

# Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos

## Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights

2013



**Anuario de Acción Humanitaria  
y Derechos Humanos**

**Yearbook on Humanitarian Action  
and Human Rights**



# **Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos**

## **Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights**

Núm. 11/2013

Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe:

Avda. de las Universidades, 24

48007 Bilbao

Teléfono: 94 413 91 02

Fax: 94 413 92 82

Correo electrónico para envíos de artículos:

gorka.urrutia@deusto.es

URL: <http://www.idh.deusto.es>

### **Coordinación editorial:**

Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

### **Consejo de Redacción:**

Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

Cristina Churrua, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

Dolores Morondo, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

### **Consejo Asesor:**

Carlos Camacho Nassar, DANIDA

Xabier Etxeberria, Universidad de Deusto

Francisco Ferrándiz, Consejo Superior de Investigaciones Científicas

Koen de Feyter, University of Antwerp

Patrick Gibbons, University College Dublin

Javier Hernandez, United Nations- Office of the High Commissioner for Human Rights

Mbuyi Kabunda, University of Basel

Asier Martínez de Bringas, Universidad de Deusto

Fernando Martínez Mercado, Universidad de Chile

Guillermo Padilla Rubiano, University of Texas

Felipe Gómez, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

Francisco Rey, IECAH- Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria

Nancy Robinson, United Nations- Office of the High Commissioner for Human Rights

Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Imagen de portada: Fotografías de Sonia Meijer

Illustration front page: Photographs by Sonia Meijer

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: [publicaciones@deusto.es](mailto:publicaciones@deusto.es)

ISSN: 1885-298X

Depósito legal: BI - 1.984-2006

Impreso en España/Printed in Spain

# Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos

## Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights

Núm. 11/2013

### Índice / Contents

---

Prólogo / Foreword / Hitzaurrea 9

#### I. ESTUDIOS / ARTICLES

Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Avances y retos pendientes  
*Patricia Cuenca Gómez* 17

Obligaciones de los Estados en materia de derechos territoriales indígenas  
*Jernej Letnar Čerňič* 41

Entrada en vigor, general y para España, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales  
*Rosa Riquelme Cortado* 75

The International Labour Organisation (ILO) as an actor of global governance: sufficiently involved to help overcome the latest financial and economic crisis?  
*Jordi Bonet Pérez* 109

Bolivia, élite sectorial chola y élite política: las ambivalencias de su relación  
*Fran Espinoza* 141

The rise of the emerging powers and donors: enhanced multilateralism in humanitarian action? The case of Turkey  
*Maria del Mar Cabecerans Lopera* 161

Disturbed valley: a case of protracted armed conflict situation in Northeast India  
*Rameshchandra Ningthoujam* 185

The transformative potential of gender justice in the land restitution programme in Colombia  
*Anne Kathrin von Au* 207

## **II. ACTIVIDADES ACADÉMICAS / UNIVERSITY ACTIVITIES**

Actividades del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe en el año 2012 243

Pedro Arrupe Institute of Human Rights events and activities in 2012 247

Pedro Arrupe Giza Eskubideen Institutuarien jarduerak 2012. urtean 251



## Prólogo

El Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto (Bilbao) presenta con este volumen su undécima edición del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos. La finalidad de esta publicación es la de facilitar un espacio donde la reflexión y el intercambio sobre las prácticas, experiencias e investigaciones en el ámbito de la Acción Humanitaria y los Derechos Humanos sea posible para académicos, profesionales y personas vinculadas a este campo. El Anuario, con esta edición, pretende continuar ofreciendo un espacio para la creación de pensamiento crítico en dicho campo, accesible no solo al mundo académico, sino también a los agentes sociales involucrados, tanto en el espacio estatal como internacional.

El contenido de esta undécima edición del Anuario se nutre de varios tipos de aportaciones: algunos de los estudios proceden de personas pertenecientes a alguna de las redes europeas e internacionales en las que participa el Instituto; otros han sido consecuencia de investigaciones realizadas por personas ajenas a la estructura del Instituto, que cuentan con experiencia directa en el campo de la acción humanitaria y de los derechos humanos; varios de los artículos incluidos en esta edición son resultado de trabajos de investigación en el marco de los programas de posgrado del Instituto de Derechos Humanos. Todos estos contenidos adquieren la forma de estudios o artículos monográficos.

Desde ediciones anteriores, el Anuario continúa profundizando en el cumplimiento de los criterios necesarios para formar parte de las bases de datos de revistas científicas reconocidas internacionalmente. Como en anteriores ediciones, de cara a la siguiente, continuaremos con la convocatoria abierta para el envío de artículos originales, tal y como podéis observar en las normas de estilo. Con ello animamos a enviar originales para su publicación, así como a difundir esta posibilidad. El Anuario se complementa con una presentación de las actividades más relevantes desarrolladas por este Instituto a lo largo del pasado curso.



## Foreword

This is the eleventh edition of the Humanitarian Action & Human Rights Yearbook presented by the Institute of Human Rights at the University of Deusto. The aim of this publication is to provide academics, professionals and other people involved in the field with a space for reflection and the exchange of experiences and research in Humanitarian Action and Human Rights. It is intended that, with this edition, this space for the creation of critical thought in the abovementioned field will be maintained and made accessible not only to the academic world, but also to the social agents involved on both a national and international scale.

The content of this the eleventh edition of the Yearbook is made up of various types of contributions. Firstly, a number of studies by members of some of the international and European networks of which the Institute is member of. Secondly, articles that are the result of research carried out by people from outside the Institute, people with experience straight from the field of humanitarian action and human rights. Several of the articles included in this edition are the result of research works under the postgraduate programs of the Human Rights Institute. All these contents take the form of case studies or articles. Most of the content is in the form of monographic studies or articles.

Since last year's edition, the Yearbook continues with the accomplishment of publishing criteria for scientific recognition and therefore, be included in international indexes. Call for papers for next year's edition is open, as you can see in the requirements for submission. Therefore, we invite those of you reading this copy to put forward your proposals, and to spread out this possibility. This Yearbook is accompanied by a description of the most significant activities of the Institute during the last academic year.



## Hitzaurrea

Deustuko Unibertsitateko (Bilbao) Giza Eskubideen Institutuak Ekintza Humanitarioko eta Giza Eskubideetako Urtekariaren hamaikagarren edizioa aurkezten du honako liburuki honekin. Argitalpen honen helburua Ekintza Humanitarioko eta Giza Eskubideetako praktiken, esperientzien eta ikerketen hausnarketarako eta trukerako toki bat eskaintzea da akademiko, profesional eta arlo honetan diharduten pertsoneri. Urtekariak esparru honetako pentsamendu kritikoa sortzeko espazioa eskaintzen jarraitzeko asmoa du argitalpen honekin, mundu akademikoarentzat ez ezik arlo honetako gizarte eragileentzat ere, estatu eta nazioarte mailan.

Urtekariaren hamaikagarren edizio honen edukiak ekarpen mota ezberdinetik hornitzen dira: batzuk Institutuko taldeak parte hartzen duen nazioarteko edo Europako sareetako bateko pertsonen ikerketetatik; beste batzuk Institutuaren egituratik kanpo, ekintza humanitarioan eta giza eskubideen alorrean esperientzia zuzena duten pertsonen egindako ikerketetatik; Edizio honetako artikulua batzuk, Giza Eskubideen Institutuko gradu-ondoko programetako esparruan egindako ikerketak dira. Eduki guztia hauek ikerketa edo artikulua monografikoen itxura hartzen dute.

Aurreneko argitalpen-tik, Urtekariak aurrera pausuak eman nahi ditu nazioartean ezagunak diren aldizkari zientifikoak jasotzen dituzten datu baseetan sartzeko behar diren irizpideak betetzeko. Hurrengo edizioari begira, deialdi irekia egongo da artikulua originalak bidaltzeko, horretarako estilo arauetan ikusiko duzuen bezala, artikulua bidaltzeko animatzen zaituztegu. Argitalpen hau Institutuak joan den ikasturtean burututako jarduerarik nabarmenenekin osatzen da.



I

**Estudios**  

---

**Articles**





# Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Avances y retos pendientes

Patricia Cuenca Gómez\*

**Resumen:** Este trabajo pretende hacer balance de los cinco primeros años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ello se analizan los avances y retos pendientes en la implantación del cambio de paradigma que impone esta Convención en el tratamiento de la discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en las legislaciones nacionales y se da cuenta de su proyección social.

**Palabras clave:** Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implementación en las legislaciones nacionales, proyección social.

**Abstract:** This paper intends to make balance of the five years of implementation of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Advances and challenges in the implementation of the paradigm shift imposed by this Convention in the treatment of disability in International Law of Human Rights, in national legislation and its social diffusion will be analyzed.

**Keywords:** Convention on the Rights of Persons with Disabilities, International Law of Human Rights, national implementation, social impact.

---

\* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación «El tiempo de los derechos», (HURI-AGE) Consolider-Ingenio 2010 (CDS 2008-00007) y «Discapacidad, In-dependencia y Derechos Humanos» (DER 2011-22729).

## 1. Introducción

El 3 de mayo de 2013 se cumplieron cinco años desde la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI aprobado en el seno de Naciones Unidas<sup>1</sup>. Es común entender que la CDPD supone un cambio de paradigma<sup>2</sup> en la concepción y regulación de la discapacidad orientado a lograr que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos y a garantizar su participación plena en la vida social.

Transcurrido un lustro de vigencia parece un momento apropiado para evaluar el impacto e implantación efectiva de este cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad en diferentes ámbitos —en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, en las legislaciones nacionales y en la percepción social de la discapacidad— dando cuenta de los avances logrados y de los principales retos pendientes. Con carácter previo a este análisis, procede exponer, sucintamente, las claves del punto de inflexión que la CDPD marca en la forma tradicional de entender y abordar la discapacidad.

## 2. Dimensiones del cambio de paradigma de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El cambio de paradigma que la CDPD impone en el tratamiento de la discapacidad se proyecta en una serie de dimensiones estrechamente relacionadas<sup>3</sup>.

En primer lugar, la CDPD exige abordar la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y no desde un punto de vista meramente asistencial. Manejando esta perspectiva la Convención tiene por objeto (art. 1) «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igual-

---

<sup>1</sup> Aprobada en Nueva York por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Agustina Palacios, Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Cinca, 2007), y Don Mackay, «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2007): pp. 323-331, p. 328.

<sup>3</sup> A algunas de ellas se ha referido R. de Asís Roig, «La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad», en Luis Cayo Pérez Bueno, dir., y Ana Sastre, coord., *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo* (Pamplona: Thomson, Arandazi, 2009), pp. 307-318, p. 314.

*dad de todos los derechos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente»* y los valores centrales que presiden el discurso de los derechos (dignidad, igualdad, independencia, autonomía, participación) se proclaman en su artículo 3 como principios generales que deben guiar su aplicación e interpretación. Estos principios incluyen, además, la igualdad de las niñas y niños con discapacidad y de las mujeres con discapacidad.

En segundo lugar, la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos está estrechamente relacionada en la CDPD con la asunción del modelo social de tratamiento de la discapacidad y la superación del modelo médico<sup>4</sup>. El modelo social considera que la discapacidad tiene su origen no tanto en las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia —según mantiene el modelo médico— como en las limitaciones de una sociedad diseñada sin tener en cuenta la situación de las personas con discapacidad que genera barreras que les excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y normalizarse para poder ser integradas en la comunidad. Es la sociedad la que debe rehabilitarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones.

Estos presupuestos se plasman nítidamente en todo el texto de la CDPD y también en la definición de personas con discapacidad<sup>5</sup>. En el Preámbulo se afirma *«la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»* y en el artículo 1 se señala *«las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Ciertamente, aunque la CDPD sigue haciendo alusión al elemento individual (las deficiencias), es la interacción entre éstas y las barreras sociales la que puede dificultar su participación en la vida social.

Desde el modelo social las restricciones que las personas con discapacidad sufren en el ejercicio de sus derechos no se consideran una consecuencia natural de su deficiencia, inevitable y, por ende, tolerable sino

---

<sup>4</sup> Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI (Madrid: Ediciones Cinca, 2008). Sobre la dialéctica modelo médico/modelo social, Len Barton, comp., *Discapacidad y sociedad* (Madrid: Morata, 1998), y Mike Oliver, *Understanding Disability, From theory to practice* (Malasia: Palgrave, 1996).

<sup>5</sup> Agustina Palacios, op. cit., p. 323.

como el producto de una construcción social y de relaciones de poder que institucionalizan situaciones de discriminación. Asumiendo esta premisa la CDPD (artículo 2) define la discriminación «*por motivos de discapacidad*» como «*cualquier distinción, exclusión o restricción*» que tenga «*el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*». Suele señalarse que la Convención protege contra la discriminación tanto a las personas con discapacidad como a las personas que, sin tener ellas mismas una discapacidad, pueden también ser discriminadas «*por motivos de discapacidad*»<sup>6</sup>.

El enfoque social determina también la estrategia adoptada por la CDPD en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Este instrumento no se limita a enunciar una serie de prescripciones genéricas contra la discriminación<sup>7</sup>, pero tampoco se dedica a crear nuevos derechos específicos basados en la especialidad del colectivo<sup>8</sup>. Frente a esta disyuntiva CDPD opta por extender en la práctica los derechos humanos universalmente reconocidos a las personas con discapacidad. Para ello aborda la regulación sustantiva de los derechos universales y generales que ya existen —civiles y políticos, económicos, sociales y culturales— procediendo a su adaptación a la situación específica de las personas con discapacidad. De esta forma, el principio de no discriminación «interactúa» con los derechos humanos recogidos en la CDPD asegurando su ejercicio y disfrute en igualdad de oportunidades por parte de las personas con discapacidad<sup>9</sup>. Ciertamente, esta estrategia da lugar al re-reconocimiento de los derechos humanos preexistentes en condiciones de igualdad, a su concreción y ampliación mediante la previsión de contenidos, medidas y garantías adicionales, a la incorporación de novedosas formulaciones y también al «florecimiento» de nuevos derechos no contemplados previamente en otros instrumentos de derechos humanos<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Debido a la existencia de prejuicios y estereotipos una persona puede ser tratada de manera discriminatoria por la percepción errónea de que posee una discapacidad, por haber tenido una discapacidad en el pasado, por considerarse que puede tenerla en el futuro o por estar vinculada con personas con discapacidad, por ejemplo por trabajar con personas con discapacidad o tener un familiar con discapacidad, Agustina Palacios, op. cit., pp. 325 y ss.

<sup>7</sup> En este sentido no se sigue el modelo de Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

<sup>8</sup> Tampoco se sigue el modelo de la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>9</sup> Agustina Palacios, op. cit., p. 270.

<sup>10</sup> Federic Megret, «The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?», *Humans Rights Quartely*, 30 (2008): pp. 494-516.

En la normalización de la sociedad y de los propios derechos resultan imprescindibles la accesibilidad universal, reconocida en la CDPD como un principio (artículo 3) y como un derecho (artículo 9<sup>11</sup>), y los ajustes razonables (artículo 2<sup>12</sup>) cuya denegación se considera explícitamente como una forma de discriminación (artículo 5).

En tercer lugar, la CDPD rechaza cualquier tipo de paternalismo conducente a tratar a las personas con discapacidad como objetos de protección y les contempla como agentes activos que deben poder tomar parte en todas las decisiones —públicas o privadas— que les afectan. Esta consideración se plasma en la relevancia que la CDPD otorga a las ideas de participación y autonomía.

La participación de las personas con discapacidad y de las organizaciones que las representan caracterizó desde el inicio la negociación de la CDPD<sup>13</sup>, se impone en sus mecanismos de seguimiento<sup>14</sup> y se incorpora en el contenido de diversos artículos<sup>15</sup>. La Convención considera que la negación o restricción arbitraria de la autonomía constituye la causa principal de la discriminación que sufren las personas con discapacidad. Desde esta idea, en su articulado la autonomía se presenta no tanto como un punto de partida de los derechos, sino como un punto de llegada. Esta visión se refleja claramente en el artículo 12 y en el artículo 19 que ocupan un lugar preeminente en la estructura de la CDPD.

---

<sup>11</sup> Este precepto establece que con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en toda una serie de ámbitos.

<sup>12</sup> Los ajustes razonables son, según la CDPD, «*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*».

<sup>13</sup> En efecto, desde los primeros momentos de este proceso las personas con discapacidad y sus organizaciones tuvieron un papel protagonista. Agustina Palacios, op. cit., pp. 240 y ss.

<sup>14</sup> En este sentido la CDPD artículo 4.3 establece la obligación de los Estados parte de consultar y colaborar con las personas con discapacidad y sus organizaciones en la elaboración y aplicación de la CDPD y en la adopción de cualquier decisión sobre cuestiones relacionadas con la discapacidad.

<sup>15</sup> La participación en la sociedad se incluye en la definición de la discapacidad, se reconoce como un principio general, se concreta en sendos derechos a la participación «en la vida política y pública» y a «la vida cultural, la recreación, el ocio y al deporte» y se menciona en la formulación de otros, educación, derecho a la habilitación y la rehabilitación.

El artículo 12 CDPD reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obliga a los Estados parte a garantizarles el acceso a los apoyos que puedan necesitar para hacer posible tal ejercicio<sup>16</sup>. La Convención supone, de nuevo en este ámbito, un trascendental cambio de perspectiva desde la limitación a la promoción de la capacidad y desde el modelo de sustitución al modelo de apoyo en la toma de decisiones. La igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica permitirá que las personas con discapacidad puedan ejercer por sí mismas los derechos de los que son titulares asumiendo el control de su propia vida.

Este empeño por hacer a las personas con discapacidad dueñas de sus propio destino inspira también el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad<sup>17</sup> (artículo 19) que exige garantizar a las personas con discapacidad «*la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico*»; el «*acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta*»; y la puesta a su disposición, en igualdad de condiciones y atendiendo a sus necesidades, de «*las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general*».

Finalmente, conviene aludir a algunas cuestiones relacionadas con la garantía de la CDPD. La Convención establece, a nivel nacional, lo que se ha calificado como un triple triángulo de garantía<sup>18</sup> que incluye la recopilación de datos y estadísticas, la cooperación internacional y la aplicación y seguimiento nacionales. En relación con el seguimiento internacional, la CDPD establece —como es común en el sistema ONU— un Comité ante el que los Estados parte tienen la obligación de presentar informes periódicos.

---

<sup>16</sup> Véase, sobre el artículo 12, Francisco Bariffi, «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», en Luis Cayo Pérez Bueno, dir., y Ana Sastre, coord., op. cit. (2009), pp. 353-390, y Patricia Cuenca Gómez, «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español», *Derechos y Libertades*, 24 (2011): pp. 221- 257.

<sup>17</sup> María del Carmen Barranco Avilés, coord., *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos* (Madrid: Dykinson, 2011).

<sup>18</sup> Francisco Bariffi, «El triángulo de garantía en la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en Patricia Cuenca Gómez, ed., *Estudios sobre el impacto de la Convención* (Madrid: Dykinson, 2010), pp. 601-653.

Junto con la CDPD se aprobó un Protocolo Facultativo, al que voluntariamente pueden adherirse los Estados, que establece dos nuevos mecanismos de garantía: un procedimiento de comunicaciones o quejas individuales, que se inicia a instancia de particulares o grupos de particulares y un procedimiento de investigación de oficio que puede poner en marcha el propio Comité sobre los derechos de la persona con discapacidad cuando sospeche de la existencia de violaciones sistemáticas de las obligaciones establecidas por la Convención por parte de un Estado<sup>19</sup>.

### 3. El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y en la Unión Europea

La CDPD ha otorgado a las personas con discapacidad la necesaria visibilidad en el sistema universal de protección de los derechos humanos y en los sistemas de garantía regionales. Y ello no sólo porque la CDPD, al ofrecer por fin a las personas con discapacidad una herramienta jurídica de protección vinculante y específica deja claro que son sujetos de derechos humanos y que su no discriminación es una obligación impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no una cuestión que pueda dejarse a la buena voluntad de los Estados, sino, además, porque la Convención ha tenido una repercusión sumamente positiva en el uso y aplicación del resto de los instrumentos de Naciones Unidas en el ámbito de la discapacidad revelándose como el «mejor catalizador» posible para la integración de esta cuestión en todos los mecanismos de vigilancia de los tratados<sup>20</sup>.

Hasta la aprobación de la CDPD únicamente existían en el contexto de Naciones Unidas instrumentos de *soft law*, sin carácter obligatorio<sup>21</sup>, especialmente referidos a la discapacidad. En cambio, ni la Declaración Univer-

---

<sup>19</sup> Sobre estos procedimientos Ana Sastre Campo, «Mecanismos para la efectividad de la Convención de la ONU en España», en Luis Cayo Pérez Bueno, dir., y Ana Sastre, coord., op. cit. (2009), pp. 331-352, p. 346.

<sup>20</sup> Gerard Quinn y Theresia Deneger, *Derechos humanos y discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1 (Nueva York y Ginebra, 2002), p. 285, [http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc).

<sup>21</sup> En los años 70 cabe destacar la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1971 y la Declaración de los Derechos de los Impedidos, Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975 que responden todavía al modelo rehabilitador. Desde una visión más acorde con el modelo social cabe mencionar el «Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad», Resolución 37/52 de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1982 con el que comenzó el Decenio de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad (1983-1992) y las «Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades de las Personas

sal de Derechos Humanos, ni los Tratados que integran el núcleo duro del sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, a excepción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>22</sup>, aluden expresamente a la discapacidad, tampoco en las cláusulas generales de prohibición de la discriminación.

Aunque parecía obvio que estos instrumentos protegían a las personas con discapacidad y pese a que presentaban un importante potencial y grandes posibilidades para la garantía de sus derechos, hasta la aparición de la CDPD no se habían terminado de aplicar de manera adecuada y suficiente en el ámbito de la discapacidad<sup>23</sup>. Esta escasa incidencia estaba relacionada con la persistencia de barreras y particularmente con la falta de percepción, compartida por todos los operadores relevantes, de las limitaciones que padecen las personas con discapacidad para participar en la vida social como supuestos de discriminación y de vulneración de derechos<sup>24</sup>. Los estudios desarrollados sobre la aplicación del sistema universal a las personas con discapacidad revelan que los Estados parte de los diferentes tratados no aludían a la discapacidad en sus informes, que los órganos de supervisión no realizaban recomendaciones que incorporasen referencias a la discapacidad, que las ONGS que no trabajaban específicamente en el ámbito de la discapacidad no se ocupaban de esta cuestión y que las organizaciones especializadas no tenían suficiente interacción con los mecanismos de vigilancia de los tratados<sup>25</sup>. Las propias personas con discapacidad tampoco consideraban las restricciones que padecían para participar en la sociedad como violaciones de derechos, sino como un efecto «natural» de sus limitaciones personales.

Esta situación de invisibilidad se ha revertido radicalmente. La CDPD ha propiciado que la discapacidad —como cuestión de derechos humanos—

---

con Discapacidad» Resolución 48/96 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993 con las que se culminó dicho decenio.

<sup>22</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ONU Doc. A/6316 (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ONU Doc. A/6316 (1966); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, ONU Doc. A/39/51 (1984); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1982, ONU Doc. A/34/46 (1979); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, ONU Doc. A/6014 (1966); Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ONU Doc. A/44/49 (1989). Este último instrumento alude al «niño impedido» en su art. 23.

<sup>23</sup> Gerard Quinn y Theresia Deneger, op. cit. (2002), p. 23.

<sup>24</sup> Anna Lawson, «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2007): pp. 563- 619, p. 571.

<sup>25</sup> Gerard Quinn y Theresia Deneger, op. cit. (2002), 286.



pase a incorporarse a las agendas de todos los organismos de Naciones Unidas implicados en la garantía y protección de los derechos<sup>26</sup> y que las organizaciones de personas con discapacidad —al menos las de ámbito internacional— estén mucho más involucradas en los mecanismos de seguimiento de todos tratados.

Desde la entrada en vigor de la CDPD los diferentes Comités incluyen asiduamente en sus observaciones finales a los informes de los Estados miembros referencias a la situación de las personas con discapacidad a quienes se menciona también en muchos comentarios generales<sup>27</sup>. El Comité de Derechos Humanos adoptó en 2012 la resolución «Derechos de las personas con discapacidad: participación en la vida política y pública»<sup>28</sup> y desde 2009 ha venido desarrollando anualmente debates sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>29</sup>. La transversalización del tratamiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad se ha plasmado de forma manifiesta en las recomendaciones del segundo ciclo del Examen Periódico Universal, que comenzó en el 2012. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos ha realizado diversos estudios temáticos<sup>30</sup>, publicado un manual<sup>31</sup> y una guía<sup>32</sup> orientados respectivamente a potenciar la implementación y el monitoreo de la CDPD y ha desarrollado material de capacitación<sup>33</sup>. Los procedimientos especiales también han ve-

---

<sup>26</sup> Puede consultarse la actividad general de Naciones Unidas en materia de discapacidad en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/DisabilityIndex.aspx>

<sup>27</sup> Véase, como ejemplo, la Observación número 20 sobre «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales» adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en mayo de 2009. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

<sup>28</sup> <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/HRC.aspx>.

<sup>29</sup> Los últimos debates han versado sobre el derecho a la participación política y el derecho al empleo. Pueden consultarse todos los debates en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/HRC.aspx>

<sup>30</sup> Estos estudios temáticos se han centrado en el trabajo y empleo de las personas con discapacidad; su participación en la vida política y pública; la cooperación internacional como apoyo a la realización de los objetivos de la CDPD; la estructura y el papel de los mecanismos nacionales de implementación y monitoreo de la CDPD y las medidas jurídicas clave para la ratificación e implementación de la CDPD. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/ThematicStudies.aspx>

<sup>31</sup> «Manual para parlamentarios sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo», redactado conjuntamente con el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales y la Unión Interparlamentaria, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=42&pid=1410>

<sup>32</sup> «Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Guidance for Human Rights Monitoring», [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities\\_training\\_17EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf).

<sup>33</sup> [http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/TrainingmaterialCRPDConvention\\_OptionalProtocol.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/TrainingmaterialCRPDConvention_OptionalProtocol.aspx).

nido prestando en los últimos años una atención preferente a los derechos de las personas con discapacidad<sup>34</sup>. Diferentes organismos han aprobado numerosos informes relativos a la aplicación del conjunto de la CDPD o de algunos de sus aspectos<sup>35</sup>, la discapacidad se ha abordado en diferentes ámbitos temáticos<sup>36</sup> y ha incidido en la actividad de las agencias de Naciones Unidas<sup>37</sup> que están representadas en el Grupo de apoyo interagencial de la CDPD<sup>38</sup> y participan en el Partenariado sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>39</sup>.

A pesar de estos avances, conviene advertir la existencia de algunas incoherencias en el tratamiento de la discapacidad por parte de los diferentes organismos, apuntar la conveniencia de aumentar la interacción de las organizaciones de personas con discapacidad de ámbito nacional con diversos instrumentos de derechos humanos y profundizar en la transversalidad y resaltar la necesidad de arbitrar más recursos destinados a la cooperación internacional para la favorecer la implementación de la CDPD en los países en desarrollo<sup>40</sup>. En todo caso, el impacto de la CDPD en el sistema universal de protección de los derechos dependerá en un futuro próximo del posicionamiento de la discapacidad en el marco en la agenda de desarrollo de Naciones Unidas post 2015 que sustituirá a los objetivos del milenio<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Entre otros, el informe del Relator especial sobre la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que considera el internamiento forzoso de personas con discapacidad psicosocial como un caso de tortura y trato cruel y degradante y el informe del Relator especial sobre el derecho a la educación sobre «El derecho a la educación de las personas con discapacidad».

<sup>35</sup> <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/UNStudiesAndReports.aspx>.

<sup>36</sup> Por ejemplo, por el Foro Permanente de Asuntos Indígenas, por el Alto Comisionado sobre Refugiados, en el diseño de la Estrategia internacional de reducción de riesgos por desastres. En los Boletines de la International Disability Alliance publicados mensualmente desde 2009 puede encontrarse un resumen detallado de la actividad de Naciones Unidas en materia de discapacidad <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es>.

<sup>37</sup> Como la United Nations Children's Fund (UNICEF) o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

<sup>38</sup> La labor de este grupo consiste en contribuir a difundir la CDPD, proporcionar cooperación técnica y financiera a los Estados y a las organizaciones de personas con discapacidad y contribuir al seguimiento de las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

<sup>39</sup> <http://www.gpdd-online.org/>.

<sup>40</sup> Estos retos han sido señalados por Trömmel, Stefan (2013). Ponencia «La CDPD tras 5 años de su entrada en vigor», Conferencia internacional 2008-2013: *Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, [http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/conferencia\\_cdpd/Ponencias](http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/conferencia_cdpd/Ponencias).

<sup>41</sup> Para posicionar la discapacidad en esta agenda es de crucial importancia la Reunión de Alto Nivel sobre la Discapacidad y el desarrollo que del 23 de septiembre de 2013 en Nueva

En el sistema europeo —en el que, de nuevo, la realidad de las personas con discapacidad es ignorada con carácter general en los tratados de referencia<sup>42</sup>, también en las cláusulas de no discriminación<sup>43</sup>, confinada a esferas relacionadas con el bienestar social o las políticas asistenciales, y abordada puntualmente desde parámetros médicos<sup>44</sup>— la entrada en vigor de la CDPD también ha tenido como consecuencia positiva el aumento de la interacción de las personas con discapacidad con la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que se ha traducido en un incremento más que significativo de los «casos de discapacidad» presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>45</sup> (TEDH). En este punto cabe mencionar la sentencia del TEDH en el caso *Glor. v. Switzerland*, de 30 de abril de 2009 en la que por primera vez se menciona la CDPD y en la que también por primera vez se considera expresamente que la cláusula abierta «cualquier otra situación» incluida en el artículo 14 de la CDPD prohíbe la discriminación por razón de discapacidad<sup>46</sup>. Igualmente, importa resaltar la jurisprudencia reciente del TEDH en materia de capacidad jurídica<sup>47</sup>.

---

York. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>42</sup> La discapacidad se aborda, de nuevo, en el contexto del sistema europeo en instrumentos de *soft law*. Un análisis de los mismos puede verse en Israel Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

<sup>43</sup> Ni el artículo 14 de la CEDH, que prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Convenio, ni el artículo 1 del Protocolo núm. 12 que extiende la protección antidiscriminatoria a cualquier derecho «reconocido por la ley», incluyen expresamente la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas.

<sup>44</sup> La Carta social europea, que recoge derechos económicos, sociales y culturales sí se refiere a la discapacidad pero desde una perspectiva propia del modelo médico, véase Jorge Cardona Llorens, «La protección de los derechos de los discapacitados en Europa», en Ferrando Mariño Menéndez y Carlos Fernández Liesa, *La protección de las Personas y los Grupos vulnerables en el Derecho Europeo* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2011), p. 353.

<sup>45</sup> Gerard Quinn y Lisa Waddington, eds., «The Council of Europe», *European Yearbook of Disability Law* (Netherlands: Intersentia 2011), pp. 243-301, p. 253. Véase también, Luke Clements y Janet Read, «The Dog that Didn't Bark: The Issue of Access to Rights under the European Convention on Human Rights by Disabled People», en Anna Lawson y Caroline Goodwing, eds., *Disability Rights in Europe, From Theory to Practice* (Oxford: Hart Publishing, 2004), pp. 23-33.

<sup>46</sup> Véase un resumen de este caso en «The Council of Europe», op. cit., pp. 253 y ss.

<sup>47</sup> Véase las sentencias *Shtukurov v. Russia* de 27 de marzo de 2008; *DD. v. Lithuania* de 4 de febrero de 2012; *Stanev v. Bulgaria* de 17 de enero 2012. Igualmente cabe mencionar la sentencia *Salontaji-Drobnjak v. Serbia* de 13 de octubre de 2009 sobre el derecho al voto. Véase, sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de capacidad jurídica, Patricia Cuenca Gómez, «Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Consejo de Europa desde la Convención de la ONU». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 20 (2012).

Ahora bien, en el sistema europeo de garantía de los derechos humanos existen algunas previsiones convencionales que se enfrentan claramente con la CDPD. La CEDH contiene una referencia aislada a la discapacidad en su artículo 5.1.e) que permite la privación de la libertad, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley, «*de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un tóxicomano o de un vagabundo*». El término enajenado, propio del modelo médico, debe entenderse referido a las personas con discapacidad mental. Esta disposición vulnera el artículo 5 de la CDPD que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad, el artículo 12 relativo a la capacidad jurídica y el artículo 14 que expresamente señala que la existencia de una discapacidad no puede justificar «en ningún caso una privación de la libertad». De otro lado, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo<sup>48</sup> establece una excepción al principio de autonomía del paciente, que exige que nadie puede ser sometido a una intervención en los ámbitos de la biología y la medicina sin su consentimiento informado, en el caso de las personas que no tienen capacidad para prestar su consentimiento «*a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar*» asumiendo un modelo de sustitución en la toma de las decisiones que de nuevo trasgrede la CDPD.

Estos conflictos entre los tratados del sistema europeo y la CDPD deben resolverse a favor de esta última sobre la base de tres grandes principios<sup>49</sup>: el principio *lex posterior*, el principio *lex specialis*, al menos en relación con el CEDH, y el principio *pro homine* en tanto la Convención de la ONU se erige en el mayor estándar de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. No obstante, sería aconsejable la modificación de las disposiciones convencionales que vulneran la CDPD. Y mientras se produce esta reforma, lo que no parece probable en un plazo razonable, se debería proceder a reinterpretar estas disposiciones a la luz de la CDPD. Desafortunadamente y a pesar de la evolución que ha experimentado su jurisprudencia como consecuencia de la entrada en vigor de la CDPD el TEDH no ha cuestionado directamente en ningún caso ni el internamiento forzoso, ni los tratamientos médicos involuntarios ni tampoco la incapacitación total por razón de discapacidad.

---

<sup>48</sup> Sobre este Convenio, véase Carlos María Romeo Casabona, *El Convenio de Derechos Humanos y biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español* (Granada: Comares, 2002).

<sup>49</sup> Francisco Bariffi, op. cit. (2009), p. 376.

El Consejo de Europa también ha intensificado su preocupación por la discapacidad como consecuencia de la aprobación de la CDPD<sup>50</sup>, si bien en algunas de sus resoluciones y declaraciones perviven reminiscencias del modelo médico<sup>51</sup>. De esta crítica puede salvarse la excelente labor desarrollada desde la aprobación de la CDPD por el ex Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>52</sup>.

En el ámbito interamericano encontramos el único instrumento convencional previo a la CDPD específicamente dedicado a las personas con discapacidad. Se ha señalado, certeramente, que la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en vigor desde 2001, se ve claramente superada por la CDPD<sup>53</sup>. En este sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) ha venido insistiendo en la necesidad de lograr la coordinación y complementariedad entre estos instrumentos y mostrando su preocupación por la discrepancia existente entre el art. 12 de la CDPD y el art. I.2 de la Convención Interamericana que, tras definir el término «discriminación contra las personas con discapacidad», entiende en el último inciso de su apartado b que «*en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación*». En mayo de 2011 el CEDDIS adoptó, entre tanto se procede a la revisión de la Convención interamericana ya en marcha, una Observación General en la que pretende resolver esta discrepancia y en la que aboga rotundamente por la eliminación de la incapacitación y el reemplazo de los mecanismos de sustitución por mecanismos de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica en con-

---

<sup>50</sup> Véase el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) aprobado por el Comité de Ministros.

<sup>51</sup> El Comité de Ministros ha aprobado, por ejemplo, la Recomendación (2009) 3 para monitorizar la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental y la Recomendación (2009) 9 sobre principios relativos a los poderes de representación y las directivas avanzadas por incapacidad. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también aprobó en 2009 la Resolución 1642 sobre «Acceso a los derechos para las personas con discapacidad y su participación plena y activa en la sociedad». Pues bien, estos instrumentos incluyen algunas consideraciones en materia de capacidad jurídica que responden al modelo médico que la CDPD pretende superar.

<sup>52</sup> Thommas Hammarberg, «Contribution of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe», en Gerard Quinn y Lisa Waddington, eds., op. cit. (2011), pp. 153-159.

<sup>53</sup> Christian Courtis, «Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano», en Rafael de Lorenzo García y Luis Cayo Pérez Bueno, dirs., *Tratado sobre discapacidad* (Pamplona: Thomson, Aranzadi, 2007).

sonancia con las exigencias de la CDPD<sup>54</sup>. Esta Observación resulta trascendental en el camino hacia la armonización de la legislación de los países latinoamericanos con la CDPD y debería servir de ejemplo para el sistema europeo de derechos humanos.

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos declaró el Decenio (2006-2016) de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad con un Programa de Acción inspirado en la CDPD<sup>55</sup>. En cualquier caso, y como un déficit muy relevante que exigiría un estudio para la detección de posibles barreras, cabe cuestionar la todavía muy escasa presencia de la discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Con anterioridad a la aprobación de la CDPD el sistema africano de protección de los derechos humanos venía prestando una atención intermitente a la discapacidad en sus instrumentos de *hard law* y de *soft law*<sup>56</sup>. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, en vigor desde 1986, menciona expresamente en su artículo 18 la discapacidad cuando señala, desde un enfoque médico y asistencialista que «*los ancianos y personas con discapacidad tienen derecho a medidas especiales de protección relativas a sus necesidades físicas y morales*». La discapacidad se incluye también en el artículo 13 de la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño* (ACRWC) de 1990 denominado «Niños minusválidos»<sup>57</sup>. En 1999 la Organización para la Unidad Africana declaró el periodo 1999-2009 como el Decenio Africano de las Personas con Discapacidad aunque el Plan de Acción diseñado no pudo implementarse adecuadamente por falta de recursos. En 2003 el artículo 23 del *Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África* alude a las mujeres con discapacidad, aunque esta referencia es omitida en otros instrumentos en los que resultaba conveniente y pertinente.

---

<sup>54</sup> Sobre esta observación Patricia Cuenca Gómez, «Hacia la armonización de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reflexiones a la luz de la observación general del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 5, 2 (2011): pp. 1-26.

<sup>55</sup> <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/discapacidad.asp>

<sup>56</sup> Tobias Pieter van Reenen y Helene Combrinck, «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en África: Progresos después de 5 años», *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 14 (2011).

<sup>57</sup> Que otorga a todo niño y niña con discapacidad mental o física el derecho «a disfrutar de medidas especiales de protección para cubrir sus necesidades físicas y morales, y en condiciones que garanticen su dignidad y que fomenten su autosuficiencia y su participación activa en la comunidad».

Desde la aprobación de la CDPD la discapacidad se ha incluido, con un tratamiento más acorde con el modelo social, en la *Carta de la Juventud Africana* de 2007 y en la *Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África* de 2009 y se ha declarado el decenio 2010-2019 como la Segunda Década Africana de las Personas con Discapacidad. Igualmente se ha retomado la iniciativa, que ya se anunció en 2003, de aprobar un *Protocolo Africano sobre la Discapacidad*, cuyo primer borrador se paralizó al no haberse realizado las preceptivas consultas con las organizaciones estatales de personas con discapacidad.

Para cerrar este apartado procede aludir, también brevemente, a la incidencia de la CDPD en el ámbito de la Unión Europea (UE). La CDPD es el primer tratado internacional que contempla la posibilidad de adhesión de una organización de carácter regional y la UE la ratificó el 5 de enero de 2011. Esta ratificación inédita plantea una serie de cuestiones de gran interés acerca de la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la UE que no me puedo detener a analizar en este trabajo<sup>58</sup>. En todo caso, parece obvio que la adhesión de la UE determina la conversión de la CDPD en Derecho comunitario —situado por debajo del Derecho primario pero por encima del Derecho secundario— incrementa su impacto y tratamiento transversal en todos los instrumentos legislativos, exige la articulación de un mecanismo de monitoreo independiente<sup>59</sup> y, por ende, potencia su impacto en la normativa nacional de los países miembros. El compromiso de la UE con la CDPD se ha materializado en una renovada Estrategia de Discapacidad 2010-2020<sup>60</sup> y ha incidido también en la distribución de los fondos estructurales y en las relaciones internacionales.

De todo lo anterior se desprende la significativa repercusión de la CDPD en los sistemas internacionales de protección de los derechos y en la UE. Pero, a su vez, se deduce la necesidad de mejorar ciertos aspectos que pasan, en todo caso, por la plena concienciación de los operadores relevantes acerca del significado del modelo social y por la aplicación consistente en el ámbito de la discapacidad de la perspectiva de los derechos humanos.

---

<sup>58</sup> Véase Delia Ferri, «The conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: some reflections from a “constitutional” perspective», *I quiaderni europei*, 4 (2010): pp. 1-19.

<sup>59</sup> Se ha nombrado para esta tarea al European Disability Forum.

<sup>60</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/disability\\_and\\_old\\_age/em0047\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/disability_and_old_age/em0047_es.htm). Antes de la aprobación de la CDPD ya se había diseñado una Estrategia de Discapacidad y un Plan de Acción en Discapacidad (2004-2010) y elaborado algunas Directivas, como la Directiva 78/2000 de Igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

#### 4. La implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las legislaciones nacionales

El artículo 4.2 de la CDPD establece la obligación de los Estados parte de «*adoptar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*». Antes de analizar, con carácter general, el estado de la implementación de la CDPD considero pertinente realizar algunas reflexiones que revelan el alcance de esta obligación.

En primer lugar, importa insistir en que la CDPD establece un trascendental cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad frente a su concepción tradicional que enriquece, además, el acervo común de los derechos humanos con nuevas perspectivas<sup>61</sup>. Nos encontramos, por tanto, con un supuesto claro en el que el canon internacional de los derechos humanos ha evolucionado más rápidamente que el canon nacional, que en el mejor de los casos se encuentra en un momento de tránsito hacia del nuevo modelo. En segundo lugar, conviene recordar que la CDPD contribuye a precisar el alcance de todos los derechos humanos en el contexto de la discapacidad abordando la regulación de ciertos aspectos especialmente problemáticos que no se habían considerado en otros tratados internacionales y cuya interpretación no se deja ya a la discrecionalidad de los Estados<sup>62</sup>. En muchos casos la normativa nacional en vigor sobre estos aspectos —de gran tradición— se enfrenta radicalmente con las exigencias de la CDPD. Nos hallamos, por ende, también ante un ejemplo paradigmático de influencia intensa y amplia del canon internacional de los derechos humanos en el canon nacional. Y, en tercer lugar, cabe resaltar que las disposiciones de la CDPD reconocen todo un catálogo de derechos a las personas con discapacidad que en ocasiones poseen una aptitud normativa —al formularse en disposiciones expresadas en términos lo bastante precisos y completos— que permite su aplicación de manera directa, sin perjuicio de que en algunos casos sea conveniente, además, su desarrollo y concreción en el Derecho interno. Por ello, al menos en aquellos países en los que el sistema de incorporación de los tratados internacionales lo permite, se trata de un caso en el que la incidencia de la normativa internacional en

---

<sup>61</sup> Amparo San José Gil, «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 13 (2013): pp. 1-26, p. 13.

<sup>62</sup> Federic Megret, *op. cit.* (2008), p. 504.



la legislación nacional puede ser inmediata a través su invocación ante el poder judicial interno.

Pues bien, hasta la fecha 130 Estados parte han ratificado la CDPD y 76 su Protocolo Facultativo. En la valoración de este dato, de entrada positivo, es importante aclarar que mientras algunos países, como España, optaron por ratificar primero la CDPD y abordar después la adaptación de su normativa otros Estados, por ejemplo, Irlanda o Japón, decidieron emprender antes la revisión de su legislación posponiendo la ratificación.

Resulta imposible, y más aún en un trabajo de estas características, dar cuenta de manera exhaustiva de todas las medidas que se han adoptado en los diferentes países para la implementación de la CDPD. Por ello me limitaré, de un lado, a mencionar algunos de los progresos normativos más relevantes y, de otro, a dar cuenta a través del análisis general y sistemático de las Observaciones finales aprobadas hasta el momento por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con los informes iniciales presentados por diferentes países en cumplimiento del artículo 35<sup>63</sup> de la CDPD de los retos todavía pendientes. Conviene destacar que en este proceso las organizaciones de personas con discapacidad han tenido un especial protagonismo.

Aunque se ha señalado la conveniencia de que la implementación de la CDPD se lleve al nivel constitucional<sup>64</sup>, potenciando su visibilidad e incidencia normativa, pocos países —un buen ejemplo es Kenia— se han decantado hasta el momento por reformar sus normas constitucionales. Y ello a pesar de que muchas Constituciones nacionales no se refieren expresamente a la discapacidad en su articulado y las que lo hacen suelen estar inspiradas, como sucede en el caso de España, en un enfoque médico<sup>65</sup>. En algunos Estados —entre ellos Japón, Perú, Nicaragua y otros países de Latinoamérica y Caribe o India— la adhesión a la CDPD ha propiciado la promulgación de leyes antidiscriminatorias o de leyes generales sobre los derechos de las personas con discapacidad o ha provocado la revisión —de nuevo España puede ser un ejemplo— de la normativa vigente<sup>66</sup>. En aque-

---

<sup>63</sup> Según este precepto los Estados debían presentar un primer informe a los dos años de la entrada en vigor de la Convención. Hasta el momento se han aprobado, por orden cronológico, las Observaciones finales referentes a Túnez, España, Perú, Argentina, China, Hungría y Paraguay. En septiembre de 2013 se publicarán las de Austria, Australia y El Salvador. Estas observaciones pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Sessions.aspx>.

<sup>64</sup> Don Mackay, *op. cit.* (2007).

<sup>65</sup> Véase el art. 49 de la Constitución española (CE).

<sup>66</sup> Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que modifica la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

llos sistemas jurídicos en los que la legislación doméstica lo permite o favorece especialmente —otra vez cabe mencionar el caso español<sup>67</sup>, pero también el argentino— algunas disposiciones de la CDPD han sido aplicadas directamente por el poder judicial interno. Ejemplos de buenas prácticas en la implementación de la CDPD que merecen ser mencionados son las medidas adoptadas en Australia orientadas a prestar mayor atención a la discapacidad en la cooperación internacional; la revisión de las previsiones sobre el derecho al voto (Japón, Alemania); la revisión y fortalecimiento de las estructuras de implementación y coordinación (Perú); la aprobación de nuevas leyes y servicios de asistencia personal (Serbia, Bulgaria); la adaptación de las leyes de educación para la implantación del modelo de educación inclusiva (Serbia, Ucrania, Perú) o la prohibición del internamiento forzoso (Perú)<sup>68</sup>. En la actualidad diversos Estados —entre ellos, Argentina, Canadá, Irlanda, Hungría, los Balcanes, India y de nuevo España— están inmersos en procedimientos de reforma de su normativa interna en materia capacidad jurídica.

En todo caso, la implementación de la CDPD es un camino de largo recorrido en el que, aunque se han producido algunos avances, todavía queda mucho por andar. Así lo revelan las Observaciones finales aprobadas hasta el momento por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Del análisis de los pronunciamientos del Comité se desprende que ninguno de los países hasta el momento examinados ha terminado de adoptar en toda su amplitud la definición social de las personas con discapacidad<sup>69</sup> y la perspectiva de derechos humanos<sup>70</sup> que maneja la CDPD ni de asumir todas sus implicaciones. Y, en relación con lo anterior, la protección

---

<sup>67</sup> Como es sabido, en el caso español el artículo 96 CE permite la aplicación directa de los tratados internacionales que una vez publicados oficialmente pasan a formar parte del sistema jurídico español. En este punto cabe mencionar el art. 10.2 CE que obliga a interpretar las disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales «de conformidad» con los tratados internacionales ratificados por España. Sobre la incidencia de este precepto en la aplicación de la CDPD en España en Patricia Cuenca Gómez, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU* (Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2012).

<sup>68</sup> Stefan Trommel, op. cit. (2013).

<sup>69</sup> Así, en el caso de Paraguay el Comité lamenta el uso de terminología y definiciones peyorativas de las personas con discapacidad y en los de Túnez, Hungría y China apunta la prevalencia del modelo médico. En diversos informes el Comité muestra su preocupación por el riesgo de exclusión de las personas con discapacidad psicosocial. En el caso de Perú el Comité advierte la inexistencia de una estrategia coherente y general para aplicar el modelo social.

<sup>70</sup> En el caso de Argentina el Comité denuncia la ausencia de una estrategia coherente y general para aplicar el modelo de derechos humanos.

contra la discriminación por motivo de discapacidad que proporcionan las legislaciones nacionales resulta, a juicio del Comité, manifiestamente insuficiente<sup>71</sup>. En este punto, las Observaciones insisten en la obligación de considerar la denegación de los ajustes razonables como una forma de discriminación por motivos de discapacidad, consideración que no se asume expresamente en ninguno de los países examinados, a excepción de España<sup>72</sup>.

Por lo que respecta a la exigencia de accesibilidad el Comité considera insuficiente la legislación de Paraguay y Túnez limitada básicamente al medio físico y demasiado amplios los plazos establecidos por la legislación húngara para su cumplimiento. Asimismo, muestra su inquietud por la situación de las personas con discapacidad que viven en zonas rurales en China o por los pasajeros de aerolíneas en España. Con carácter general el Comité insiste en la necesidad de proyectar la normativa de accesibilidad en las entidades privadas y en vigilar mejor su cumplimiento en todos los ámbitos estableciendo mecanismos adecuados de supervisión, medidas para garantizar la efectividad de las sanciones y recursos financieros y humanos<sup>73</sup>. La relevancia que el Comité otorga a esta materia explica que se le dedicara un día de debate general y que en la actualidad esté trabajando en una Observación general.

En los casos de España y Hungría el Comité cuestiona la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que establece distinciones en los plazos basadas en la discapacidad.

En todos los informes —de forma más o menos rotunda según las diferentes situaciones— el Comité entiende insuficientes las consultas celebradas con las organizaciones nacionales de personas con discapacidad en los procesos de adopción de legislación y políticas en materia de discapacidad y echa en falta una mayor atención a la situación de las mujeres con discapacidad y los niñas y niños con discapacidad<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> En el caso específico de España, que teóricamente adaptó en agosto de 2011 la definición legal de personas con discapacidad a la CDPD, al Comité le sigue preocupando, con razón, que no todas las personas con discapacidad gocen de la protección contra la discriminación con independencia de su nivel de discapacidad y aconseja que se amplíe esta protección para abarcar la discapacidad percibida y la asociación con una persona con discapacidad.

<sup>72</sup> De acuerdo con lo señalado en la nota anterior en el contexto español el Comité teme que la protección contra la denegación de los ajustes se module en función del grado de discapacidad.

<sup>73</sup> En las Observaciones sobre España se denuncia la falta de eficacia general del sistema de infracciones y sanciones establecido en la Ley 49/2007 y de su sistema de arbitraje.

<sup>74</sup> En los casos de Argentina y Perú, se menciona además a la población indígena.

El Comité ha observado en relación con todos los Estados examinados que los regímenes vigentes permiten la incapacitación y la sustitución en la toma de decisiones y ha subrayado su incompatibilidad con la CDPD, aconsejando su derogación y su reemplazo por un sistema de apoyo en la toma de decisiones. El Comité ha mostrado su preocupación por la falta de adopción de medidas en este terreno. En el caso de Argentina, en el que pudo conocer el contenido de la futura reforma, se denuncia que continúa basándose en un modelo de sustitución en contradicción con la CDPD. La implementación de la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y del sistema de apoyo se confirma, por ende, como el principal desafío que plantea la implementación de la Convención. El Comité también dedicó un día de debate general al artículo 12 y está trabajando, asimismo, en una Observación general, cuya publicación se viene retrasando.

El Comité establece en sus Observaciones finales la necesidad de revisar la legislación que en todos los países— con la excepción ahora de Perú— permiten, con más o menos garantías, el internamiento forzoso de personas con discapacidad psicosocial y su tratamiento médico involuntario. En el examen de España y China se alude específicamente a la cuestión de la esterilización. El Comité aconseja también la derogación de las restricciones existentes en todos los Estados en el ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad mental y en el caso de Paraguay de las personas sordas. En algunos informes el Comité realiza recomendaciones en relación con la aplicación de las medidas de seguridad en el ámbito penal a las personas con discapacidad<sup>75</sup>.

Por lo que respecta al derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad el análisis de las Observaciones finales del Comité permite concluir que los Estados analizados lo incumplen con carácter general al no establecer recursos alternativos a la institucionalización en centros residenciales. El Comité insta en este punto a que se proporcione financiación adecuada para que las personas con discapacidad puedan elegir su residencia y acceder a servicios comunitarios, incluida la asistencia personal, que permitan su efectiva inclusión en la comunidad<sup>76</sup>.

En relación con el derecho a la educación inclusiva si bien se admiten algunos avances el Comité denuncia la persistencia de la educación segregada y la ausencia de adaptaciones necesarias en la educación or-

---

<sup>75</sup> Estas recomendaciones deberían ser tenidas muy en cuenta por el legislador español cuyo anteproyecto de Código Penal incurre en algunos de los problemas señalados por el Comité.

<sup>76</sup> Especialmente grave le parece al Comité la situación de China y Paraguay.

dinaria<sup>77</sup>. La falta de incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo ordinario, a pesar de algunas medidas adoptadas en este sentido por los Estados, es también la principal preocupación que el Comité muestra en todas sus Observaciones en relación con el ámbito laboral.

Cabe, por tanto, concluir que todos los países examinados inicialmente por el Comité de diferentes regiones, tradiciones y culturas jurídicas, tienen cuestiones pendientes en la adecuada implementación de casi todos los aspectos clave de la CDPD.

En estos y en otros aspectos incide de manera tremendamente negativa la crisis económica que tiene repercusiones especialmente trágicas para los colectivos expuestos a situaciones de mayor vulnerabilidad social. Tal y como se deduce claramente de la CDPD en el caso de las personas con discapacidad es todavía más evidente la interdependencia de las categorías de derechos<sup>78</sup> y la necesidad de que los poderes públicos adopten medidas positivas, presten apoyos y asistencia y doten de recursos para que puedan ejercer *todos* sus derechos (civiles, políticos y sociales) en igualdad de condiciones con los demás<sup>79</sup>. Pues bien estas medidas, al menos cuando afectan a los derechos civiles y políticos y, en todo caso, cuando resultan imprescindibles para erradicar discriminaciones, son de exigencia inmediata y no de realización progresiva<sup>80</sup> y no son susceptibles de una política regresiva. Su cumplimiento y mantenimiento no puede excusarse en la falta de recursos disponibles. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debería vigilar especialmente que la crisis económica no suponga el desmantelamiento de la agenda de la discapacidad y frene en seco —como está sucediendo en países como España— la lenta andadura emprendida desde su aprobación hacia la inclusión social de las personas con discapacidad, provocando una marcha atrás en algunos ámbitos y poniendo en inminente peligro los precarios e insuficientes logros conquistados con tanto esfuerzo.

---

<sup>77</sup> En este caso las Observaciones de España parecen demasiado benévolas cuando existen casos en los que no se garantiza a los alumnos cuyos padres se niegan a llevarlos a centros especiales, su inclusión en la escuela ordinaria.

<sup>78</sup> Inciso c) del Preámbulo.

<sup>79</sup> Gerard Quinn y Christian Courtis, «Poverty, Invisibility and Disability: the Liberating Potential of Economic, Social and Cultural Rights», *Freedom from Poverty* (UNESCO, 2008).

<sup>80</sup> Se ha señalado, con razón, que la inclusión de la cláusula de «realización progresiva» de los derechos sociales resulta especialmente inadecuada en la CDPD que introduce en la formulación de muchos derechos, considerados tradicionalmente como derechos de libertad, dimensiones prestacionales y en cuyo articulado no se sostiene la división tajante entre las categorías de derechos. Véase, por ejemplo, Amparo San José Gil, op. cit., pp. 20 y ss.

## 5. La proyección social de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad

A mi modo de ver, el éxito del cambio de paradigma por el que aboga la CDPD en el tratamiento de la discapacidad y la superación de los déficits que se han detectado en su implantación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los sistemas jurídicos nacionales dependen de un modo básico de su proyección social. De nuevo en este ámbito se plantean algunos desafíos.

La propia CDPD detalla en su artículo 8 medidas concretas destinadas a la sensibilización social, la lucha contra los estereotipos y la promoción de la toma de conciencia acerca de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad que involucran no sólo al Estado, sino también a los medios de comunicación. Entre estas medidas considero especialmente relevante la obligación de *«fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad»* por su potencialidad para garantizar una socialización profunda, completa y coherente en el modelo de la CDPD. La Convención establece también, a lo largo de su articulado, la obligación de formar y capacitar a profesionales de diferentes ámbitos (educación, justicia, salud, rehabilitación, servicios sociales, etc.).

En relación con estas previsiones, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha denunciado en sus Observaciones finales que en ciertos países<sup>81</sup> las campañas de sensibilización continúan basándose en el modelo médico y ha detectado en todos los casos importantes carencias en el diseño de programas de formación dirigidos a profesionales y a la sociedad en general<sup>82</sup>. Por otro lado, parece dudoso que en todos los contextos nacionales la discapacidad ocupe el papel que le corresponde a la luz de la CDPD en el curriculum educativo. En el caso español la desaparición de la asignatura de Educación para la ciudadanía supondrá la eliminación de un foro idóneo para la formación en la igualdad de derechos de las personas con discapacidad y en la educación superior esta materia no recibe la atención preferente que merece en ámbitos clave, por ejemplo, en los estudios de Derecho.

---

<sup>81</sup> Paraguay, Perú, Túnez.

<sup>82</sup> En el caso de España, por ejemplo, indica del Comité la necesidad de mejorar el conocimiento de la Convención y de su Protocolo Facultativo en todos los niveles, particularmente en la judicatura y la abogacía, los partidos políticos, los funcionarios parlamentarios y gubernamentales, la sociedad civil, los medios de información y las personas con discapacidad, así como entre el público en general.

Para cerrar estas reflexiones me referiré a tres ámbitos específicos en los que me parece particularmente importante la difusión social de la CDPD y en los que, de nuevo, los significativos avances logrados en los últimos cinco años no parecen suficientes.

En primer lugar, el de las propias personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones que las representan. La lucha por la igualdad de las personas con discapacidad que la CDPD emprende exige que se les informe, que se les forme sobre sus derechos y que se les capacite adecuadamente para su efectivo ejercicio. Asimismo, resulta imprescindible diseñar estrategias de intervención orientadas a superar la resistencia que las familias de las personas con discapacidad y, consecuentemente, algunos sectores del movimiento asociativo, especialmente en el ámbito de la discapacidad intelectual, muestran todavía frente al modelo propugnado por la CDPD. Por otra parte, es importante superar la fragmentación que a veces se produce en la actuación de las organizaciones de personas con discapacidad en muchas ocasiones demasiado centradas —como consecuencia de una visión médica— en el tipo de discapacidad que tienen las personas a las que representan. Aunque resulta obvio que la CDPD ha fortalecido al movimiento de las personas con discapacidad, especialmente en el plano internacional, considero importante potenciar el papel de las organizaciones nacionales y promover su unidad de acción, con independencia de que puedan reclamar medidas y soluciones diversificadas en algunos ámbitos.

En segundo lugar, conviene destacar que la entrada en vigor de la CDPD ha significado el comienzo del fin de la incomunicación antes existente entre las organizaciones de personas con discapacidad y las organizaciones de derechos humanos. En este sentido, han comenzado a surgir importantes sinergias entre el movimiento asociativo de personas con discapacidad y las ONGS dedicadas a la defensa de los derechos de los niños y niñas, mujeres, personas inmigrantes etc. E igualmente las organizaciones más generalistas han empezado a incorporar en su agenda la cuestión de la discapacidad. En todo caso, de nuevo en este terreno es esencial incidir en la transversalidad y vigilar la coherencia de los enfoques adoptados con las exigencias de la CDPD.

Finalmente, se ha afirmado que la CDPD ha tenido como efecto muy positivo el creciente interés del mundo académico por la temática de los derechos de las personas con discapacidad. Ciertamente, en los últimos años han proliferado investigaciones y publicaciones académicas orientadas a determinar el impacto de las legislaciones y políticas públicas en la situación de las personas con discapacidad y a analizar su adecuación a los mandatos de la CDPD, lo que ha propiciado, además, el surgimiento de una importante alianza entre la academia y el movimiento asociativo de la discapacidad en la que se debe seguir profundizando y de la que am-

bas partes pueden sacar importantes beneficios. Con carácter general esta alianza puede incrementar la virtualidad que la CDPD viene mostrando como herramienta de incidencia política contribuyendo a justificar con mejores argumentos la necesidad de acometer reformas legislativas y a afrontarlas de forma más meditada y razonada.

En definitiva, el éxito del cambio de paradigma de la CDPD requiere la acción decidida de los organismos internacionales, la voluntad política de los gobiernos nacionales y la colaboración imprescindible de profesionales, asociaciones y organizaciones de derechos humanos, del mundo académico y de la sociedad en general en contacto estrecho y diálogo constante con sus principales protagonistas, las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan.



# Obligaciones de los Estados en materia de derechos territoriales indígenas

Jernej Letnar Čerňič\*

**Resumen:** Este artículo examina las obligaciones de los estados relativas al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. La supervivencia y el desarrollo cultural de estos pueblos depende directamente de la conexión espiritual y física con sus tierras. También se argumenta que los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales derivan tanto del derecho internacional y como del nacional. Sus costumbres presentan un sistema de tenencia colectiva en lugar de un derecho individual de propiedad a la tierra. Las obligaciones estatales respecto a los derechos territoriales indígenas están basados en tratados internacionales sobre derechos humanos. En síntesis, el documento sostiene que los estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras.

**Palabras clave:** pueblos indígenas, los derechos territoriales, obligaciones del Estado, la aplicación.

**Abstract:** This article examines state obligations under indigenous territorial rights. The cultural survival and development of indigenous peoples depends on their spiritual and factual connection with their lands. It argues that indigenous ancestral land rights derive from international and national law. Indigenous customs prefer a collective land tenure system to individual property rights. State obligations regarding indigenous ancestral land rights are based on international human rights treaties and national systems. In short, the paper argues that states have an obligation to respect, protect, and fulfil indigenous land rights. This article also examines their enforcement in the international and domestic arenas.

**Keywords:** indigenous peoples, territorial rights, state obligations, enforcement.

---

\* Graduate School of Government and European Studies, Slovenia.

## 1. Introducción

Los pueblos Nuba son un grupo étnico indígena que vive en la zona de las montañas Nuba en Kordofán del Sur en el centro de Sudán. Está formado por una variedad de tribus de las montañas Nuba, pero que les une una cultura y modo de vida comunes. Salih afirma que «los Nuba son en efecto los pueblos indígenas de las montañas Nuba; tienen los más fuertes vínculos con sus tierras y han vivido en esta región desde antes de la colonización»<sup>1</sup>. Ellos obtienen su sustento a través de la agricultura y la cría de animales. A lo largo de los siglos los pueblos Nuba han sido víctimas de sistemáticas violaciones de derechos humanos, de limpiezas étnicas y de luchas políticas colonizadoras llevadas a cabo desde británicos hasta árabes. Estos atentados aun no han cesado. Después de que Sudán del Sur declarara el 9 de junio de 2011 su independencia, los intentos del gobierno sudanés por doblegarles y destruirles se han intensificado. Recientemente, el *New York Times* informó el 3 de julio de 2011 que el ejército sudanés ha estado «atacando durante semanas sin descanso las montañas Nuba desde bombarderos de fabricación rusa Antonov. Cientos de civiles han sido asesinados, entre ellos muchos niños. Las bombas han caído en cabañas, sobre agricultores en el campo, sobre niñas que iban a buscar agua juntas, cortándolas por la mitad mientras sostenían los cubos en sus manos»<sup>2</sup>. La tierra es fundamental para la existencia cultural, la identidad y la supervivencia socioeconómica de los pueblos Nuba. Tradicionalmente las leyes consuetudinarias han regulado la tenencia de la tierra en estas montañas. Sin embargo, los derechos a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas Nuba han sido socavados por el moderno sistema sudanés de tenencia de la tierra.<sup>3</sup> Los pueblos Nuba han sido empujados «sistemáti-

<sup>1</sup> M.A.M. Salih, «Land Alienation and Genocide in the Nuba Mountains, Sudan», *Cultural Survival Quarterly* 22 (1999), p. 10, y citado en Guma Kunda Komey, «The denied land rights of the indigenous peoples and their endangered livelihood and survival: The case of the Nuba of the Sudan», *31 Ethnic & Racial Stud.* 991 (2008), 991-1008.

<sup>2</sup> Jeffery Gettleman, «Sudanese Struggle to Survive Endless Bombings Aimed to Quell Rebels», *New York Times* (3 de julio de 2011), <http://www.nytimes.com/2011/07/04/world/africa/04sudan.html?ref=sudan>.

Véase también, Matteo Fagotto, «Nuba mountains bear scars of Sudan's forgotten war», *The Guardian* (3 de julio de 2011), <http://www.guardian.co.uk/world/2011/jul/03/nuba-mountains-scars-sudan-war>.

Véase también los informes y fotos de los ataques en Kordofan del Sur, 13 de febrero de 2011, [http://www.tomokriznar.com/ang/index.php?li=12-01m17\\_southern\\_kordofan](http://www.tomokriznar.com/ang/index.php?li=12-01m17_southern_kordofan).

<sup>3</sup> Guma Kunda Komey, «The denied land rights of the indigenous peoples and their endangered livelihood and survival: The case of the Nuba of the Sudan», *31 Ethnic & Racial Stud.* 992, 996.

camente al margen de las tierras tradicionalmente de su propiedad»<sup>4</sup>. Además, las cuestiones relativas a la propiedad de la tierra no fueron resueltas con el Acuerdo General de Paz<sup>5</sup>. Hay que tener en cuenta que las tierras ancestrales de los pueblos Nuba son fundamentales para su supervivencia y desarrollo. Sin ellas, una característica importante de su identidad cultural es destruida.

La precaria situación de los pueblos de las montañas Nuba es ilustrativa de la situación general de los pueblos indígenas y plantea una serie de preguntas que guardan relación con las obligaciones de los estados en materia de derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales. Pasqualucci acertadamente señala que «los pueblos indígenas han sufrido durante mucho tiempo violaciones de sus derechos básicos a la tierra, ya sean perpetradas por el estado o por terceros que operen sin interferencia del estado»<sup>6</sup>. Los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales son derechos colectivos, pertenecen al grupo en su conjunto. Del mismo modo, Clinton señala que la «expropiación de la tierra y de los recursos de los pueblos indígenas en beneficio de la sociedad colonial dominante se repite en la mayoría de las sagas de contacto colonial entre poblaciones indígenas y el poder colonial»<sup>7</sup>.

Por tanto, las cuestiones de análisis son si los estados tienen obligaciones normativas para respetar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, y si las tienen conocer cuáles son sus fuentes, su naturaleza y su alcance. También lo que sucede cuando los estados infringen y privan a los pueblos indígenas del acceso a sus tierras ancestrales o cuando sistemáticamente acaban con el territorio ancestral indígena. Y por último, examinar dónde los pueblos indígenas pueden ejercitar acciones tras haber sufrido violaciones de sus derechos.

La base moral de los derechos indígenas a la tierra reside en la relación cultural y espiritual que une los pueblos indígenas a sus tierras. Las tierras ancestrales a menudo incluyen «lugares sagrados y sitios de culto que constituyen una condición *sine qua non* para la identidad cultural de los pueblos indígenas»<sup>8</sup>. Sin acceso a sus tierras ancestrales, los pueblos indígenas son despojados de un elemento de su identidad cul-

---

<sup>4</sup> *Id.*, 1007.

<sup>5</sup> *Id.*, 1004-06.

<sup>6</sup> J.M. Pasqualucci, «International indigenous land rights: A critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», 27 *Wis. Int'l. L.J.* (2010): 51, 59.

<sup>7</sup> Robert N. Clinton, «The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights», 32 *Ariz. L. Rev.* 739 (1990): pp. 745-746.

<sup>8</sup> J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 56-57.

tural<sup>9</sup>. El artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas señala que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

La legitimidad moral de sus derechos radica en su conexión tradicional con las tierras que habitan. Los pueblos indígenas entienden la propiedad como un derecho colectivo, no como derechos individuales. Por lo tanto, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas da prioridad a un sistema de tenencia grupal de la tierra, en la que todos pueden utilizar las tierras, casas, jardines, escuelas, talleres, y los alrededores que son propiedad de la comunidad indígena en su conjunto.<sup>10</sup>

El Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas señala que «los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos»<sup>11</sup>. Lo que es más, los pueblos indígenas deben ser tratados igualitariamente mientras que disfrutan de sus derechos. Alfredsson acertadamente señala que «los derechos de los pueblos indígenas ... son parte de los derechos humanos y deberían ser tratados de la misma manera»<sup>12</sup>. Aún más elocuente, Wiessner afirma que «la conciencia colectiva de los pueblos indígenas, a menudo expresada en historias creadas o en similares cuentos sagrados sobre su origen, coloca a estos pueblos de manera inequívoca y desde tiempo inmemorial en el lugar de su existencia física»<sup>13</sup>. No solo un lugar físico es lo importante, pero «sus creencias hacen que permanezca en ese lugar un dictado convincente de fe»<sup>14</sup>. No se trata sólo de que sean valiosas las costumbres, la lengua y las tradiciones de los pueblos indígenas,

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, Douglas A. Kibbee, «Minority Language Rights: Historical and Comparative Perspectives», 3 *Intercultural Human Rights Law Review* 79 (2008).

<sup>10</sup> J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, p. 64.

<sup>11</sup> Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

<sup>12</sup> Gudmundur Alfredsson, *The Rights of Indigenous Peoples with a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries*, p. 529; [http://www.zaoerv.de/59\\_1999/59\\_1999\\_2\\_a\\_529\\_54\\_2.pdf](http://www.zaoerv.de/59_1999/59_1999_2_a_529_54_2.pdf).

<sup>13</sup> Siegfried Wiessner, «European Journal of International Law Symposium, 18 de junio de 2010», *International Law for Cultural Heritage*, European University Institute, Florence, The Cultural Rights of Indigenous Peoples —Esquema—, p. 8 (en el archivo del autor).

<sup>14</sup> *Id.*

sino que también lo es la conexión espiritual con sus tierras ancestrales. Así es el razonamiento que está detrás del sistema colectivo de tenencia de la tierra.

El resto de este artículo está dedicado a la investigación de las obligaciones de los estados respecto a los derechos de los pueblos indígenas<sup>15</sup>. Se tratará de explorar la naturaleza, la fuerza y el alcance de estas obligaciones, y responder si hay estándares legales constantes internacionales o nacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. Esta tarea se divide en cinco pasos. La sección II proporciona una definición de pueblos indígenas. La sección III discute y analiza las fuentes de las obligaciones estatales. Su naturaleza y alcance se discuten en la sección IV. En la sección V se analiza el cumplimiento de las mismas de respetar los derechos indígenas a la tierra. Análisis del cumplimiento que se realiza en tres pasos: el primero a través de la discusión y el estudio de las observaciones del Comité de Naciones Unidas de Derechos Humanos; en segundo lugar examinando el mecanismo de ejecución según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio de la OIT n.º 169; y en tercer lugar, analizando el sistema de vigilancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sección VI evalúa la situación del marco normativo *de lege lata*. Sobre la base de este estudio la conclusión de la sección VII examina el valor añadido de las obligaciones estatales en esta materia y cómo podrían estos derechos implementarse mejor en el futuro. En general, el artículo intentará argumentar que los estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos indígenas a su tierra tanto desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos nacionales y como desde el propio derecho internacional.

## 2. Definición de pueblos indígenas

Los derechos territoriales indígenas son objeto de controversia en el derecho internacional sobre derechos humanos y particularmente opuestos para los estados y territorios de América, Asia y Oceanía, que fueron «descubiertos» por los exploradores europeos a partir del siglo xv<sup>16</sup>. La mayor parte de esos territorios estaban habitados por los pueblos hoy en día co-

---

<sup>15</sup> Véase, en general, Siegfried Wiessner, «Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis», *12 Harvard Human Rights Journal* (1999).

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, Serv Wiemers, «The International Legal Status of North American Indians after 500 Years of Colonization», *5 Leiden Journal of International Law* (1992).

nocidos como «pueblos indígenas»<sup>17</sup>. Con la llegada de Cristóbal Colón en el otoño de 1492 a las costas de las Bahamas, comenzó un capítulo oscuro en la historia de los pueblos indígenas de América Central y Sur. Los que no murieron por enfermedades previamente desconocidas fueron sometidos a un tratamiento inhumano por parte de los conquistadores europeos<sup>18</sup>. Bartolomé de las Casas fue testigo de esas atrocidades y a partir de ahí argumentó que los pueblos indígenas son libres y tienen derecho a la dignidad humana<sup>19</sup>. De las Casas sostuvo por tanto que las personas deberían ser tratadas por igual. Describió su tesis más concretamente en su obra principal, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*<sup>20</sup>. Y concluye su libro con las siguientes palabras refiriéndose a los colonizadores españoles en América «Y con color de que sirven al Rey deshonran a Dios y roban y destruyen al Rey»<sup>21</sup>.

No hay consenso sobre el término «pueblos indígenas» en el derecho internacional. Sin embargo, como observa Alfredsson, «las prácticas e instrumentos de los estados y las organizaciones internacionales, así como los escritos académicos, contienen indicaciones significativas en cuanto al contenido del término pueblo»<sup>22</sup>. A continuación, sostiene que «el territorio es la base principal para la definición de un pueblo», junto con las «características comunes nacionales, étnicas, lingüísticas y/o religiosas de los grupos y su deseo de mantener y desarrollar sus comunidades»<sup>23</sup>. La cultura común es por tanto otra característica importante en la definición de los pueblos indígenas<sup>24</sup>. La ONU define los pueblos indígenas de la siguiente manera:

Los descendientes actuales de los pueblos que habitaron el territorio actual de un país total o parcialmente en la época en que personas de cultura u origen étnico diferentes llegaron desde otras partes del mundo, los sometieron y, mediante la conquista, el doblamiento

<sup>17</sup> S. James Anaya, *Indigenous peoples in international law* (2.ª edición, 2004); Patrick Thornberry, *Indigenous peoples and human rights* (2002).

<sup>18</sup> Véase Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina* (Catálogos, 2005).

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, G.C. Marks, «Indigenous Peoples in international law: The significance of Francisco de Vitoria and Bartolomé de Las Casas», *Australian Yearbook of International Law* 13 (1992).

<sup>20</sup> Bartolomé de las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, 1552, <http://www.ciudadseva.com/textos/otros/brevisi.htm>.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> Gudmundur Alfredsson, «Peoples», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2, <http://www.mpepil.com/>.

<sup>23</sup> *Id.*, 18.

<sup>24</sup> Alexandra Xanthaki, «Indigenous Cultural Rights in International Law», 2 *Eur. J.L. Reform* 343 (2000).

u otros medios, los redujeron a una situación no dominante o colonial; los que hoy día viven más en conformidad con sus costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales particulares que con las instituciones del país del que ahora forman parte, bajo una estructura de estado que incorpora principalmente las características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos de la población que son predominantes.<sup>25</sup>

De manera similar el Ex Relator Especial de Naciones Unidas para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José Martínez Cobo, define los pueblos indígenas de la siguiente manera:

...aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades dominantes en esos territorios o en partes de ellos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base para su continuidad como pueblos en conformidad a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.<sup>26</sup>

Del mismo modo, Anaya señala que los pueblos indígenas pueden definirse como «los descendientes vivos de los habitantes pre-invasión de las tierras ahora dominados por otros. Los pueblos indígenas, naciones o comunidades son grupos culturalmente distintos que se encuentran absorbidos por las sociedades de colonos nacidas de las fuerzas del imperio y la conquista»<sup>27</sup>. Como alternativa, Wiessner señala que «los pueblos indígenas son grupos orgánicos vulnerables con una relación especial hacia sus tierras ancestrales»<sup>28</sup>. Y lo que es más, Daes enumera elementos que identifican a los pueblos indígenas:

i) existe una profunda relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, territorios y recursos; ii) esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económi-

<sup>25</sup> Documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, §. 379.

<sup>26</sup> José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1-4, 5.

<sup>27</sup> Anaya, *supra* nota 17. Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas desde 2008.

<sup>28</sup> Wiessner, *supra* nota 13, § 11.

cas y políticas; iii) la dimensión colectiva de esta relación es importante; y iv) el aspecto intergeneracional de dicha relación también es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas.

Puede haber otros elementos referentes a los pueblos indígenas y su relación con sus tierras, territorios y recursos que no aparecen en esos ejemplos.<sup>29</sup>

Las seis definiciones comparten patrones comunes que incluyen las ideas de territorio o tierra y de rasgos culturales comunes.

### 3. Las fuentes de los derechos de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales

Las obligaciones de un estado en materia de derechos humanos derivan de un sistema normativo nacional y internacional. Los dogmas de todo sistema normativo son principios y reglas que crean derechos y obligaciones a los sujetos o participantes de ese sistema. A los pueblos indígenas les corresponden los mismos derechos que se aplican a individuos y los pueblos.<sup>30</sup> El derecho de propiedad es comúnmente aceptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales constitucionales y en el derecho internacional.<sup>31</sup> Por ejemplo, se señala en el artículo 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que «toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes».<sup>32</sup> La fuerza normativa de las obligaciones estatales en materia de los derechos indígenas a sus tierras deriva de dos niveles: nacional e internacional. En esta sección se argumenta que el respeto de éstas obligaciones deriva en primer lugar del nivel internacional.

<sup>29</sup> Erica-Irene A. Daes, Relatora Especial de Naciones Unidas. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001, § 20. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/141/82/PDF/G0114182.pdf?OpenElement>.

<sup>30</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007), artículo 1.

<sup>31</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU. Doc. A/810 p 71 (1948). El artículo 17 dice lo siguiente: 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

<sup>32</sup> Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 213 U.N.T.S. 262, entrada en vigor el 18 de mayo de 1954.



### 3.1. *Los derechos territoriales indígenas en el derecho internacional sobre derechos humanos*

Los derechos indígenas sobre la tierra derivan de varios documentos internacionales sobre derechos humanos. Los estándares de derecho internacional provienen de mínimos comunes acordados por y vinculantes para toda la comunidad internacional, o parte de ella.<sup>33</sup>

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad, que concretamente deriva de la segunda parte del Convenio de la OIT n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.<sup>34</sup> Así el artículo 13(1) aunque no otorga directamente el derecho de los indígenas a sus tierras ancestrales, lo que hace es imponer la obligación a los estados de no dañar las «culturas y valores espirituales» en su «relación con las tierras o territorios, o con ambos» teniendo en cuenta «en particular los aspectos colectivos de esa relación.»

El territorio indígena puede ser definido como el «hábitat necesario para su vida colectiva, actividades, autogobierno y difusión cultural y social.»<sup>35</sup> Por otra parte, el artículo 14 del Convenio de la OIT n.º 169, que establece que «deberá reconocerse» el derecho a la propiedad y a la posesión de los pueblos indígenas sólo «sobre las tierras que tradicionalmente ocupan». Anaya señala que estas palabras « sugieren que la ocupación deba estar conectada con el presente a fin de que dé lugar a derechos posesorios ... Una conexión suficiente contemporánea con la tierra perdida puede ser probada con un apego cultural continuado para ellos, sobre todo si la desposesión ha ocurrido recientemente»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Geir Ulfstein, «Indigenous Peoples' Right to Land», *8 Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2004).

<sup>34</sup> Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (OIT No. 169), 72 ILO Official Bull. 59, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991. Hasta la fecha, sólo 22 Estados han ratificado esta Convención, [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf). Para más detalles, véase Athanasios Yupsanis «ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989-2009: An Overview», *Nordic Journal of International Law* 79 (2010), 433-456.

<sup>35</sup> Grupo de trabajo encargado de elaborar el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Reunión del grupo de trabajo en la sección quinta del proyecto de declaración con especial énfasis en «Traditional Forms of Ownership and Cultural Survival, Right to Land and Territories» (Washington, D.C., Simon Bolivar Room, 7 y 8 de noviembre de 2002, OEA/Ser.K/XVI,GT/DADIN/doc.113/03 rev. 1, 20 de febrero de 2003), p. 3.

<sup>36</sup> S. James Anaya, «International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State», *21 Journal of International and Comparative Law* 13 (2004), 10. Véase, también, G. Ulfstein, «Indigenous Peoples' Right to Land», *8 Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2004), 18-19.

En cambio, el artículo 26(1) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas estipula este derecho sobre « las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido». <sup>37</sup> Dando lugar a que se pueda comenzar a utilizarse una interpretación de la ocupación del territorio conectada con el pasado, y no necesariamente con el presente, de tal forma que los pueblos forzados a abandonar sus territorios tradicionales y que ahora viven en otras áreas, puedan estar en condiciones de ejercer sus derechos. <sup>38</sup>

Además, en este contexto, el artículo 2(2)(b) del Convenio de la OIT n.º 169 obliga también a los estados a promover «los derechos sociales, económicos y culturales ... respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones». Es el Informe General de África el que enfatiza la importancia de la esta disposición y señala que los «derechos territoriales reconocidos en países postcoloniales a menudo no reconocen las tradiciones de los pueblos indígenas, sus costumbres y conceptos de la propiedad». <sup>39</sup>

De este modo, el artículo 14(1) del Convenio de la OIT n.º 169 señala que deben ser empleadas medidas para «salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia» atendiendo en particular «la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes». <sup>40</sup> Sin embargo, esta fuerte redacción queda algo debilitada por el artículo 16(1), que señala que «los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan», pero «cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.» <sup>41</sup> Y una vez que el motivo de la recolocación desaparece, se reconoce el dere-

<sup>37</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. Res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007).

<sup>38</sup> S. James Anaya, «Maya Aboriginal Land and Resource Rights and the Conflict Over Logging in Southern Belize», *1 Yale Human Rights and Development Law Journal* (1998).

<sup>39</sup> OIT, Informe General del Proyecto de Investigación por la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los pueblos en la protección constitucional y legislativa de los derechos de los pueblos indígenas en 24 países africanos (2009), p. 88, [http://www.chr.up.ac.za/chr\\_old/indigenous/overview\\_report/ILO\\_overview\\_report\\_web.pdf](http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/overview_report/ILO_overview_report_web.pdf).

<sup>40</sup> Artículo 14(1) de la Convenio de la OIT n.º 169. En este sentido, el apartado 2 señala que «los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.»

<sup>41</sup> *Id.*, artículo 16(2).f.

cho a regresar a sus tierras tradicionales «siempre que sea posible en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.»<sup>42</sup> Igualmente el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas establece que «los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma»<sup>43</sup> y que «los estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.»<sup>44</sup> En resumen, el estado está obligado a respetar los derechos indígenas a sus tierras.

El artículo 16 del Convenio de la OIT n.º 169 aborda el desplazamiento de los pueblos indígenas, señalando en su apartado 2 que «la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar...». Y cuando no es posible, el retorno, es decir en circunstancias excepcionales, el apartado 4 impone obligaciones a los estados en los que viven pueblos indígenas, debiendo éstos «recibir en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro». Por último, el apartado 5 prevé un derecho individual: «Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento».

El artículo 15(1) regula el acceso a los recursos naturales, afirmando que los pueblos indígenas gozan del derecho «a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».<sup>45</sup> El artículo 15(2) establece el derecho de participación de los indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la prospección y explotación de recursos naturales.<sup>46</sup> El

---

<sup>42</sup> *Id.*, artículo 16(3).

<sup>43</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. Res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007), artículo 26(2).

<sup>44</sup> *Id.*, artículo 26(3).

<sup>45</sup> Convenio de la OIT n.º 169, artículo 15(1)

<sup>46</sup> Convenio de la OIT n.º 169, artículo 15(2), Véase S.J. Anaya, «Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources», 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005); S.J. Anaya, «The Native Hawaiian People and International Human Rights Law: Toward a Remedy for Past and Continuing Wrongs», 28 *Georgia Law Review* (1994); M.L. Ferch, «Indian Land Rights: An International Approach to Just Compensation», 2 *Transnational Law and Contemporary Problem* (1992). Véase, tam-

artículo 17 regula la autonomía de procedimientos de las tierras indígenas entre los propios pueblos indígenas.<sup>47</sup>

Por lo tanto, los derechos indígenas a la tierra surgen de diferentes documentos internacionales sobre derechos humanos, vinculantes y no vinculantes. Pero además, hay quienes sostienen que los derechos territoriales indígenas derivan del derecho consuetudinario internacional.<sup>48</sup> Por ejemplo, en la Corte Suprema de Justicia de Belice, A.O. Conteh señaló que en su opinión « tanto el derecho internacional consuetudinario como el derecho internacional general requirieran que Belice respete los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos».<sup>49</sup>

De este análisis hay que reconocer que la protección de los derechos indígenas a la tierra es mucho más superficial que la protección del individuo dentro de los derechos humanos internacionales así como que la mayoría de las obligaciones estatales en este campo son suaves obligaciones legales. Mediante el examen de los sistemas nacionales, la siguiente sección mostrará que existen prácticas estatales y también *opinio juris* de respeto a los derechos indígenas a la tierra.

### 3.2. *Los ordenamientos jurídicos nacionales*

Los ordenamientos jurídicos nacionales proporcionan un nivel adicional de protección a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales. Son varias las constituciones y leyes nacionales que reconocen los derechos indígenas a la tierra. La Constitución de Paraguay admite expresamente la existencia de pueblos indígenas (Indios), definidos como «grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo». El derecho de los indígenas a sus tierras se reconoce en el párrafo primero del artículo 64, que establece que «Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida». Además, el artículo 64(1) recoge una obligación para el estado, éste

---

bién, S. James Anaya, «Indian Givers: What Indigenous Peoples Have Contributed to International Human Rights Law», 22 *Washington University Journal of Law and Policy* (2006).

<sup>47</sup> Convenio de la OIT n.º 169, artículo 17.

<sup>48</sup> S. James Anaya, Robert A. Williams, «The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System», *Harvard International Law Journal*, pp. 53-74, <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml#fn41>.

<sup>49</sup> *Aurelio Cal (por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros) Vs. el Procurador General de Belice*, Sentencia de 18 de octubre de 2007, Tribunal Supremo de Belice, § 127, [www.elaw.org/node/1620](http://www.elaw.org/node/1620) (25 de mayo de 2009).

«les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo». El apartado 2 del artículo 64 se refiere a la reubicación y prohíbe «la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos». <sup>50</sup> Similarmente, la constitución de Bolivia señala en su artículo 31 «1) Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva. 2) Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan.» <sup>51</sup> Parecida redacción se puede encontrar en la constitución de Ecuador, concretamente en su artículo 57 que señala: «Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos... (4) conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. (5). mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.» <sup>52</sup> También similar provisión puede encontrarse en el artículo 119 de la constitución de Venezuela. <sup>53</sup> Todas estas disposiciones llevan al argumento de que el derecho indígena a la tierra ancestral deriva de ordenamientos jurídicos nacionales.

Diferentes tribunales nacionales en América Latina han protegido los derechos de los pueblos indígenas refiriéndose al Convenio de la OIT n.º 169. <sup>54</sup> Por otra parte, Bolivia ha hecho que la Declaración de las Nacio-

---

<sup>50</sup> Véase, también, Rainer Grote, «The Status and Rights of Indigenous Peoples in Latin America», 59 *Heidelberg Journal of International Law* (ZaöRV) (1999).

<sup>51</sup> Constitución de Bolivia, <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>.

<sup>52</sup> Constitución de Ecuador, [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf).

<sup>53</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 119: «El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.» Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* n.º 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

<sup>54</sup> Véase *Application of Convention No. 169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Case Book* (International Labour Office, Geneva: 2009), [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_123946.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_123946.pdf).

nes Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sea obligatoria en su derecho interno.<sup>55</sup> Los ordenamientos jurídicos nacionales de Filipinas y Tailandia también protegen los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras.<sup>56</sup> Más específicamente, el capítulo III de la Ley de los Pueblos Indígenas de 1997 de la República de Filipinas protege «los derechos indígenas a los dominios ancestrales».<sup>57</sup> Chigovera observa que «a pesar de la ausencia de disposiciones legales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el gobierno de Namibia mantiene que la Constitución de Namibia establece un marco legislativo y normativo para la protección de las minorías indígenas».<sup>58</sup> Varios países africanos incorporan en sus marcos constitucionales derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas a la propiedad. Sin embargo, en sus sistemas jurídicos nacionales falta una base normativa explícita sobre los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales.<sup>59</sup> El artículo 29 de la Constitución de Ruanda afirma que «la propiedad privada, individual o colectiva, es inviolable».<sup>60</sup> Disposiciones similares pueden encontrarse en las legislaciones sobre las tierras de otros países africanos como Chad, Egipto, la República del Congo, Sudáfrica y Uganda. Esta falta de base normativa es común en la mayoría de países africanos. No obstante, los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales de África también derivan del derecho consuetudinario, formando una parte importante de esos sistemas legales.<sup>61</sup> Además, el Informe General de África señala que «en casi todos los países de la región de África Central, las leyes consuetudinarias de la población Bantú son diferentes a las de los pueblos Pigmeos, ya que los territorios tradicionales de estos últimos comprende grandes extensiones de tierras o territorios en los que practican la caza, la recolección, la pesca y otras actividades. Estas tierras son consideradas un bien colectivo de la comunidad en su conjunto».<sup>62</sup> Por lo tanto,

<sup>55</sup> Ley n.º 3760, *Gaceta Oficial* n.º 3039 (7 de noviembre de 2007).

<sup>56</sup> Alexandra Xanthaki, «Land Rights of Indigenous Peoples in South-East Asia», *4 Melbourne Journal of International Law* (2003), p. 469.

<sup>57</sup> Ley de la República n.º 8371, Secciones 4 a 12, <http://www.chanrobles.com/republicactno8371.htm>.

<sup>58</sup> Andrew Chigovera, [http://www.chr.up.ac.za/chr\\_old/indigenous/country\\_reports/Country\\_reports\\_Namibia.pdf](http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/country_reports/Country_reports_Namibia.pdf), Informe País del Proyecto de Investigación de la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a la protección constitucional y legislativa de los derechos de los pueblos indígenas: Namibia.

<sup>59</sup> Véase el Informe General de África, *supra* nota 39, pp. 87-94.

<sup>60</sup> Constitución de Ruanda, artículo 29.

<sup>61</sup> Informe General de África, *supra* nota 39, pp. 100-114.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 101.

el derecho consuetudinario indígena de la tierra constituye una parte importante de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países africanos. Así también, el ordenamiento jurídico nacional de Nueva Zelanda recoge derechos indígenas a la tierra.<sup>63</sup> Incluso los tribunales australianos han reconocido en varios casos los derechos indígenas a la tierra.<sup>64</sup> Del mismo modo, los tribunales de Japón<sup>65</sup>, Sudáfrica<sup>66</sup>, Kenia<sup>67</sup>, Perú<sup>68</sup>, Filipinas<sup>69</sup> y Malasia<sup>70</sup> tienen un diálogo judicial único ratificando los derechos indígenas sobre sus tierras ancestrales. Asimismo, el artículo 5 de la Ley Noruega de Finnmark señala que «a través del uso prolongado de áreas de tierra y agua, los Sami han adquirido colectiva e individualmente derechos a la tierra en Finnmark».<sup>71</sup>

De este análisis se desprende que una serie de fuentes del derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales reconocen el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. Parece que está creciendo el apoyo a la idea de que los derechos indígenas a la tierra pueden derivar del derecho consuetudinario, así como de las protecciones constitucionales y normativas. Los estados se ven obligados a cumplir con las protecciones nacionales constitucionales y legislativas de los derechos indígenas. Derechos de los indígenas a las tierras que han sido respaldados por una serie de ordenamientos jurídicos nacionales en Europa, África, América y Asia. Se ha argumentado que las obligaciones de los estados en materia de derechos indígenas a la tierra derivan de los ordenamientos jurídicos

---

<sup>63</sup> S.M. Stevenson, «Indigenous Land Rights and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Implications for Maori Land Claims in New Zealand», *32 Fordham International Law Journal* (2008-2009), p. 319.

<sup>64</sup> *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1 (Austl.), (*Mabo v. Queensland* (1988), 166 C.L.R. 186 (Austl.)).

<sup>65</sup> *Kayano et al. v. Hokkaido Expropriation Comm.*, 38 I.L.M. 397 (1999) (Japan) (holding that Japan was obligated under international law to recognize the Ainu as an indigenous people); Véase, también, J. Gilbert, «Historical Indigenous Peoples' Land Claims: A Comparative and International Approach to the Common Law Doctrine on Indigenous Title», *56 Int'l & Comp. L.Q.* 583 (2007).

<sup>66</sup> *Alexkor Ltd. v. Richtersveld Cmty.* (2003), C.C.T. 19/03 (S. Afr.)

<sup>67</sup> *Lemeiguran v. Att'y Gen.* (2006), I.L.D.C. 698 (Kenya), available at [http://www.oxfordlawreports.com/sample\\_article?id=/oril/Cases/law-ildc-698ke06&reco=1&](http://www.oxfordlawreports.com/sample_article?id=/oril/Cases/law-ildc-698ke06&reco=1&).

<sup>68</sup> *Jaime Hans Bustamante Johnson* (2009), EXP. No. 03343-2007-PA/TC (Peru).

<sup>69</sup> *Isagani Cruz v. Sec. of Env't & Natural Res.* (2000), G.R. No. 135385 (Phil.).

<sup>70</sup> *Sagong Tasi v. Negeri Kerajaan Selangor* (2002), 2 C.L.J. 543 (Malay).

<sup>71</sup> Ley de 17 de junio de 2005, n.º 85, sobre las relaciones jurídicas y la administración de tierras y recursos naturales en el condado de Finnmark (Ley de Finnmark). Véase, también, Malgosia Fitzmaurice Lachs, «Practical Implementation of Indigenous Peoples' Land Rights: A Case Study of the Russian Federation (Comparison with Certain Developments in Africa in Relation to Indigenous Peoples)», *3 Y.B. Polar L.* 389 (2011).

nacionales y desde el nivel internacional. Después de haber obtenido una comprensión de los derechos indígenas a la tierra que derivan de los ordenamientos jurídicos nacionales, la siguiente parte analiza el alcance y la naturaleza de las obligaciones estatales en el respecto de los derechos territoriales indígenas.

#### **4. La naturaleza y el alcance de los derechos indígenas a las tierras tradicionales ancestrales**

En esta sección se examina la naturaleza y el alcance de los derechos indígenas a la tierra. En primer lugar se analiza su naturaleza colectiva y posteriormente las obligaciones tripartitas estatales de respetar, proteger y garantizar el derecho humano de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales.

##### *4.1. La naturaleza colectiva de los derechos indígenas a la tierra*

En el ámbito internacional de los derechos humanos se han regulado tradicionalmente los derechos de la persona entendiéndola a ésta como víctima de una violación, además de haberse construido los derechos humanos teniendo en cuenta la relación del individuo con el estado o, más recientemente, con los actores no estatales. Sin embargo, en algunas circunstancias es necesario proteger los derechos de los individuos como grupo, concretamente aquellas características que están mejor garantizadas a nivel colectivo, tales como: la identidad, las costumbres, las tradiciones, el idioma, la educación, la tierra, la participación y el autogobierno. En tales circunstancias la voz del grupo se escucha mucho más fuerte que la voz de un individuo en solitario. Los pueblos indígenas como grupo también son un socio mucho más fuerte de negociación con los estados y las organizaciones internacionales. Además las normas consuetudinarias y las tradiciones han regulado el reparto de la propiedad en las sociedades indígenas, no habiendo sido conocidos o reconocidos por parte de estas sociedades derechos humanos a la propiedad individuales. La propiedad ha sido más una cuestión colectiva.

En otras palabras, algunos derechos individuales están mucho mejor protegidos cuando se defienden en grupo. En este contexto, Alfredsson acertadamente señala que «si los derechos de grupo son rechazados y se les niega un trato preferente, las pautas discriminatorias persistirán y el ejercicio en igualdad de los derechos humanos por parte de las minorías



nunca se hará realidad». <sup>72</sup> La Corte Interamericana señaló muy claramente en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* que «entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios». <sup>73</sup> Los derechos indígenas a la tierra son por lo tanto derechos de grupo y colectivos en su naturaleza. Éstos pertenecen a los pueblos indígenas como un grupo. <sup>74</sup> Anaya y Williams señalan que «entre las comunidades indígenas un sistema de grupo particular de tenencia de tierra es reconocido como la encarnación de un régimen de derechos de propiedad. Dentro del sistema correspondiente de normas consuetudinarias de los pueblos indígenas, la tenencia tradicional de la tierra es entendida generalmente como el establecimiento de la propiedad colectiva para la comunidad indígena y los derechos derivados entre los miembros de la comunidad.» <sup>75</sup> Otra característica importante es que los derechos territoriales indígenas no son estáticos, sino que pueden cambiar con el tiempo a medida que las tierras utilizadas por los pueblos indígenas varían. La posesión tradicional de sus tierras por los pueblos indígenas puede ser probada mediante hechos objetivos como son sus prácticas y en derecho a través de opiniones de expertos. Por todo esto, los pueblos indígenas gozan de derechos colectivos sobre el territorio con el que están conectados tanto física como espiritualmente.

#### 4.2. *Obligaciones tripartitas estatales para la observancia de los derechos indígenas a la tierra*

Esta sección examina la naturaleza y el alcance de las obligaciones del estado en materia de derechos indígenas a la tierra. En primer lugar se analiza la tipología tripartita de las obligaciones de derechos humanos. <sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> G. Alfredsson, *Institutional Trends: Minority Rights*, 20, <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Class2-Reading3MinorityRightsNormsandInstitutions.pdf?rd=1>.

<sup>73</sup> Corte IDH., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79 (2001). §149.

<sup>74</sup> Lee Swepston y Roger Plant, «International Standards and the Protection of the Land Rights of Indigenous and Tribal Populations», *124 International Labour Review* (1985).

<sup>75</sup> Anaya y Williams, *supra* nota 48, p. 44.

<sup>76</sup> Véase M. Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 157 (2003); ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 (7 de julio de 1987) (por Asbjórn Eide) Asbjórn Eide, *The right to adequate food and to be free*

Esta tipología se refiere, en virtud de las doctrinas tradicionales de derechos humanos, a las obligaciones estatales.<sup>77</sup> Las obligaciones tripartitas de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se aplican universalmente a todos los derechos e implican una combinación de deberes negativos y positivos.<sup>78</sup> Sin embargo, el hecho de que el estado sea el portador de las obligaciones de derechos humanos no implica que sólo él tenga obligaciones. Shue señala a este respecto que «por cada derecho fundamental —y muchos otros derechos también— hay tres tipos de funciones, todas ellas deben llevarse a cabo para que el derecho fundamental sea completamente honrado, pero no todas ellas necesariamente deben ser realizadas por las mismas personas o instituciones.»<sup>79</sup>

Las obligaciones tripartitas estatales de respetar, proteger y garantizar también se aplican para los asuntos relativos a los derechos indígenas a la tierra. Eide confirma este punto diciendo: «Debería tenerse en mente, sin embargo, que todos los miembros de una sociedad comparten la responsabilidad para la materialización de los derechos humanos».<sup>80</sup> El disfrute de los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales supone obligaciones estatales para respetar, proteger y garantizar esos derechos, que ade-

---

*from hunger: Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide in accordance with Sub-Commission decision 1998/106, ONU Doc E/CN.4/Sub.2/1999/12; véase, también, Ida Elisabeth Koch, «Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?», 5 Hum. Rts. L. Rev. 81.*

<sup>77</sup> Comisión Internacional de Juristas-Ginebra (ICJ), *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, 6, 26 de enero de 1997; Véase ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general n.º 12: El Derecho a una Alimentación Adecuada (art. 11 del Pacto)* § 15, 12 de mayo de 1999. Véase Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* 52 (1980).

<sup>78</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 30.ª Sesión., transmitida por carta de fecha 27 de mayo de 2002 el Director del Centro de Derechos Económicos y Sociales respecto de la Comunicación 155/96, § 44, ACHPR/COMM/A044/1 (27 de mayo de 2002). La Comisión interpretó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y desarrolló una cuádruple tipología de obligaciones de derechos humanos en el caso del Centro de Acción de Derechos Económicos y Sociales y el Centro de Derechos Económicos y Sociales contra Nigeria (Comunicación 155/96, 27 de mayo de 2002). Sostiene que «las ideas aceptadas internacionalmente de las diversas obligaciones engendradas por los derechos humanos, indican que todos los derechos —tanto los derechos civiles y políticos y los económicos y sociales— generan al menos cuatro niveles de deberes para un Estado, que se compromete a adherirse a un régimen de derechos, específicamente el deber de respetar, proteger, promover y garantizar estos derechos». *Id.* § 44.

<sup>79</sup> Shue, *supra* nota 77, 215. Véase, también, Asbjørn Eide, «Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach», 10 *Hum. Rts. L.J.* 35, 37 (1989).

<sup>80</sup> Relator Especial sobre la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Report on the Right to Adequate Food as a Human Right*, Naciones Unidas-Consejo Económico y Social-Comisión de Derechos Humanos, § 65.

más se acompañan con obligaciones corolarias para asegurar el pacífico disfrute. Anaya y Williams señalan que «la negligencia pasiva por parte de los estados en no delimitar o en no asegurar las tierras de los pueblos indígenas se acompaña frecuentemente de activas afrentas a las conexiones que los pueblos indígenas pretenden mantener con las tierras y recursos naturales».<sup>81</sup> Los estados son a menudo reacios en reconocer y proteger los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales, por eso es necesario trazar la naturaleza y el alcance de sus obligaciones.

En este contexto, Anaya y Williams distinguen dos grandes tipos de obligaciones legales relativas a las tierras indígenas: «La obligación de los estados de adoptar las medidas adecuadas para específicamente identificar y asegurar las tierras comunales de los pueblos indígenas» y «obligaciones estatales con respecto a los recursos naturales u otras iniciativas de desarrollo que afectan a las tierras indígenas».<sup>82</sup> Esta división de las obligaciones del estado es de gran ayuda, sin embargo, en lugar de contar con ella como marco, es más útil apoyarse en el marco tripartito de respetar, proteger y garantizar los derechos indígenas propuesto por Asbjørn Eide.

Los estados tienen la obligación de garantizar el disfrute por parte de los pueblos indígenas de los derechos relativos a sus tierras. En el pasado los estados han descuidado frecuentemente su obligación de respetar los derechos indígenas, incluido el derecho a sus tierras. Ahora está claro el mínimo común denominador de las obligaciones estatales. El Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, establece que «cada estado individualmente es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad».<sup>83</sup> La Declaración Final de este modo aclara que «esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias».<sup>84</sup> Esta redacción fue tomada más tarde por el artículo 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y fortalecida en el artículo 8, que señala que «los pueblos y los indi-

---

<sup>81</sup> Anaya y Williams, *supra* nota 48, p. 77.

<sup>82</sup> *Id.* Véase, también, Siegfried Wiessner, «The Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis», 12 *Harv. Hum. Rts. J.* 57 (1999); Robert A. Williams, Jr. «Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World», 1990 *Duke L.J.* 660.

<sup>83</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 2005. Documento Final de la Cumbre Mundial. 60.º período de sesiones, Doc. A/60/L.1 § 138.

[http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1\\_Sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf).

<sup>84</sup> *Id.*

viduos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura».

#### LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE RESPETAR

Las obligaciones de los estados de respetar los derechos indígenas a la tierra supone que éstos se abstengan de interferir en su disfrute.<sup>85</sup> Esta regla proviene del antiguo principio romano *sic utere tuo ut alterum non laedas*.<sup>86</sup> Según Eide, la obligación de respetar exige que:

el estado, y por lo tanto todos sus órganos y agentes, se abstengan de hacer cualquier cosa que violente la integridad de la persona o quebrante a ésta o a su libertad, incluida la libertad de utilizar los recursos materiales disponibles para sí en la forma que él o ella considere mejor para satisfacer las necesidades básicas.<sup>87</sup>

Esta obligación de respeto también obliga al estado a reconocer efectivamente el derecho de los pueblos indígenas a la participación en todos los asuntos que les conciernan.<sup>88</sup> Además supone que los estados deben hacer todo lo posible para evitar causar daños. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en sus observaciones finales sobre Finlandia que el país necesita que «encuentre una solución adecuada a la cuestión de la propiedad y el uso de la tierra en el territorio sami, en estrecha consulta con todas las partes interesadas, en particular el Parlamento Sami, y a que ratifique posteriormente el Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes».<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General 23, el artículo 27 (Quincuagésimo período de sesiones, 1994), Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos de tratados de derechos humanos, Doc. ONU. HRI/GEN/1/Rev.1, (1994), 38. § 7.

<sup>86</sup> Elizabeth E. Ruddick, Note, «The Continuing Constraint of Sovereignty: International Law, International Protection, and the Internally Displaced», 77 *B.U.L. Rev.* (1997): pp. 429, 471. La autora define el término en el sentido de «que uno debe utilizar su propia propiedad de tal manera que no lesione la del otro», *id.* at 471 n.231. También señala que esto se ha convertido en un término ampliamente aceptado en el derecho ambiental, *id.* pp. 470-71.

<sup>87</sup> Informe sobre el Derecho a una Alimentación Adecuada como Derecho Humano, p. 67.

<sup>88</sup> Convenio de la OIT n.º 169, artículo 6(1); Declaración Naciones Unidas, artículo 18; Anaya y Williams, *supra* nota 48, pp. 78-71, véase también J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 86-91.

<sup>89</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Doc. E/C.12/FIN/CO/5 (16 de enero de 2008), §20, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7921.pdf?view=1>.

Por lo tanto la obligación del estado de respetar incluye obligaciones no sólo para reconocer los derechos indígenas a la tierra, sino también para demarcarlos.<sup>90</sup>

Esta obligación de reconocer y demarcar se desprende también de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo en *Awas Tingis Vs. Nicaragua* los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios tradicionales se reconoció de la forma siguiente: «Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.»<sup>91</sup>

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece en su artículo 26(1) que «Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos».<sup>92</sup> Y continúa «Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas...».<sup>93</sup> Las medidas que los estados pueden adoptar para garantizar el respeto de los derechos territoriales indígenas son: su reconocimiento en la legislación nacional; el examen constante y consciente de las situaciones en que están en juego; el seguimiento con eficacia de las políticas que los protegen; la implementación de un sistema de control eficaz para garantizar que las políticas de derechos humanos relativas a los derechos sobre las tierras indígenas se están llevando a cabo. Es más, el estado no debe interferir en el sistema de tenencia de la tierra indígena pero debe reconocerlo como equivalente al sistema moderno basado en el derecho a la propiedad.<sup>94</sup> También tiene la obligación de prevenir e investigar violaciones, juzgar y sancionar a los responsables e indemnizar por los daños y perjuicios causados.<sup>95</sup> La siguiente sección analiza la obligación de los estados de proteger los derechos indígenas a la tierra.

---

<sup>90</sup> J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 61-33. Véase también Anaya y Williams, *supra* nota 48, pp. 75-77.

<sup>91</sup> *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. *supra* nota 73, §149. Véase también Leonardo J. Alvarado, *Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples' Human Rights in International Law: Lessons from the Case of Awas Tingni v. Nicaragua*, 24 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. (2007), 609, 623-2.

<sup>92</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. Res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007), artículo 26(3).

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 64-65.

<sup>95</sup> J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 70-72.

## LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE PROTEGER

La obligación estatal de proteger supone preservar el disfrute individual y colectivo, así como apoyar la protección de la tierra. Es de naturaleza positiva y obliga al estado a adoptar medidas de protección para garantizar el cumplimiento de los derechos territoriales indígenas. Anaya destaca que esta obligación incluye «un ambicioso programa de reforma jurídica y política, acción institucional y reparaciones de los errores del pasado, con la participación de un gran número de agentes del Estado dentro de sus respectivos ámbitos de competencia».<sup>96</sup> Es habitual que grandes proyectos de desarrollo tengan lugar en territorio indígena. En estos casos, los estados están obligados a garantizar que los proyectos de desarrollo no tengan efectos adversos sobre la supervivencia y el desarrollo de los pueblos indígenas.<sup>97</sup> Además, los pueblos indígenas también tienen derecho a los beneficios derivados de los proyectos de desarrollo llevados a cabo en sus territorios.<sup>98</sup> Esto se ve confirmado por el artículo 20 de la Declaración de las Naciones Unidas.<sup>99</sup>

La obligación de proteger es una obligación sustantiva y una obligación primaria en relación a la conducta de terceros, tales como grupos rebeldes o empresas. Los estados también tienen la obligación de garantizar que los agentes privados no violen los derechos indígenas a la tierra. En *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, un caso relacionado con la desaparición de Manfredo Velásquez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró:

Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.<sup>100</sup>

La norma de debida diligencia incluye, cuando particulares o entidades privadas puedan infringir derechos, la obligación estatal de actuar con

<sup>96</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, A/HRC/9/9 (11 de agosto de 2008), § 48.

<sup>97</sup> Anaya y Williams, *supra* nota 48, pp. 81-83.

<sup>98</sup> *Id.*, pp. 83-84.

<sup>99</sup> Declaración Naciones Unidas, el artículo 20 señala: «1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo».

<sup>100</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. §172.

«el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado».<sup>101</sup> En *Velásquez*, la Corte IDH mantuvo que Honduras «está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación».<sup>102</sup> En *Herrera Rubio Vs. Colombia*, el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en el derecho de tomar medidas eficaces para remediar violaciones. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que «el estado no puede absolverse a sí mismo de la responsabilidad, delegando sus obligaciones a entidades privadas o particulares».<sup>103</sup> El estado, sin embargo, no puede ser responsable de todas las violaciones de los derechos indígenas a la tierra realizadas por un organismo privado. Con este fin, el estado sólo está obligado a contar con un sistema administrativo y judicial lo suficientemente adecuado de prevención y detención de violaciones, así como un sistema para proporcionar reparaciones a las víctimas de esas violaciones instigadas por entidades privadas.

#### LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE GARANTIZAR

La tercera categoría de las obligaciones estatales relativa a los derechos territoriales indígenas incluye la obligación de garantizar, lo que requiere que el estado adopte medidas activas para asegurar la disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad de las tierras indígenas.<sup>104</sup> Los estados son y deben ser los principales responsables de cumplir esta obligación. Sin embargo, un grupo rebelde o una empresa puede convertirse en el titular principal de la obligación de garantizar estos derechos dentro de un estado desestructurado donde no haya un control eficiente del gobierno o autoridad que se ocupe de su protección.<sup>105</sup> Una situación similar puede ocurrir cuando hay empresas que operan en territorios donde un estado es incapaz de garantizar los derechos a la tierra de las personas que viven allí. El

<sup>101</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, § 8, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/419/59/PDF/G0441959.pdf?OpenElement>.

<sup>102</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, §174.

<sup>103</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Costello Roberts Vs. United Kingdom* (1995) 19 European Human Rights Reports *EHRR* 112, §. 27.

<sup>104</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), 4.

<sup>105</sup> *Id.*, 7.

tamaño y la disponibilidad de recursos financieros de un estado jugarán un papel importante en el cumplimiento de estos estándares. Mientras que los recursos disponibles para el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos pueden no ser tan abundantes en los estados pequeños como en los grandes, cada uno puede adoptar tales políticas hasta el máximo de sus recursos disponibles.

En esta sección se ha tratado de mostrar que los estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos indígenas a la tierra. En resumen, estos niveles intrínsecamente interconectados de obligaciones significan que los estados tienen obligaciones tripartitas de observancia de los derechos indígenas a la tierra.

## 5. Cumplimiento de las obligaciones estatales de observar los derechos indígenas a la tierra

El derecho a una reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos de manera individual o como grupo es un principio de todo sistema judicial en funcionamiento. La eficacia de todos los demás derechos se basa en el acceso a la tutela judicial efectiva. En esta sección se discute y analiza cuatro diferentes vías que permiten a las personas indígenas hacer que se cumplan las obligaciones estatales en materia de derechos indígenas. Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, identifican la obligación del estado en relación con la norma de diligencia debida.<sup>106</sup> Los principios y directrices básicos sugieren que los estados están obligados a «adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones»,<sup>107</sup> «investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional»,<sup>108</sup> «dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia

---

<sup>106</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

<sup>107</sup> Principios y directrices básicos, 3(a).

<sup>108</sup> Principios y directrices básicos, 3(b).



de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación;»<sup>109</sup> y «proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación».<sup>110</sup> Es decir, los estados tienen la obligación legal internacional de obedecer la norma de debida diligencia en materia de derechos indígenas territoriales.

En esta sección se analiza el cumplimiento de las obligaciones estatales de respetar los derechos indígenas a la tierra en tres pasos: en primer lugar, a través de la discusión y el análisis del cumplimiento de las observaciones del Comité de Derechos Humanos; en segundo lugar, examinando el mecanismo de ejecución en conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la OIT n.º 169; y en tercer lugar, examinando el sistema de seguimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

### 5.1. *El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que toda víctima de una violación de un derecho recogido en el Pacto debe tener acceso a un recurso efectivo. El Pacto no se refiere directamente a los derechos de los pueblos indígenas, aunque su artículo 27 estipula los derechos de las minorías.<sup>111</sup> Y como señala Scheinin, «los grupos que se identifican a sí mismos como pueblos indígenas generalmente encajan bajo la protección del artículo 27, como “minorías”». <sup>112</sup> El Protocolo Facultativo del Pacto establece el derecho a las comunicaciones individuales, facultando al Comité de Derechos Humanos para recibir las comunicaciones de aquellos individuos que aleguen haber sufrido violaciones de cualquiera de los derechos recogidos en el mismo<sup>113</sup> y sólo después de haber agotado todos los

---

<sup>109</sup> Principios y directrices básicos, 3(c).

<sup>110</sup> Principios y directrices básicos, 3(d).

<sup>111</sup> *Id.* El artículo 27 señala que «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

<sup>112</sup> Martin Scheinin, *Indigenous Peoples' Land Rights Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, Torkel Oppsahls minneseminar 28 de abril de 2004, Centro Noruego para los Derechos Humanos, Universidad de Oslo, p. 3, [http://www.galdu.org/govat/doc/ind\\_peoples\\_land\\_rights.pdf](http://www.galdu.org/govat/doc/ind_peoples_land_rights.pdf).

<sup>113</sup> Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. res. 2200A (XXI), 21 ONU GAOR Supp. (No. 16) 59, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por 114 Estados Partes, 4.1.2012, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>, Preámbulo.

recursos internos disponibles en su país. El Comité de Derechos Humanos está a partir de entonces obligado a comunicar sus observaciones al Estado Parte de que se trate y al denunciante.<sup>114</sup> Sin embargo, del el Comité de Derechos Humanos no es un órgano judicial, a pesar de que sus «observaciones» muestren algunas similitudes a las decisiones judiciales.<sup>115</sup> Además los datos de su informe del año 2010 confirman la profunda sombra que cae sobre el sistema de seguimiento, en concreto sobre la eficacia de su labor y del cumplimiento de sus observaciones por los estados parte.<sup>116</sup> Hasta ahora de los 731 casos en que se encontraron violaciones, solo en 7 de ellos se ha sido descrito como satisfactorio el seguimiento y la respuesta del estado parte, y en 131 no se ha producido ninguna respuesta. Sin embargo, no se prevé ninguna sanción si el estado parte no colabora o no cumple las observaciones del Comité de Derechos Humanos.<sup>117</sup> Por tanto, parece que es una deficiencia importante el modo de funcionamiento del Comité de Derechos Humanos, ya que carece de verdaderos «dientes» para sancionar a los infractores del Protocolo Facultativo y el Pacto y también porque no proporciona una reparación efectiva a las víctimas de violaciones de los derechos indígenas a sus tierras.

## 5.2. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la OIT n.º 169*

La Declaración de las Naciones Unidas fue aprobada con 143 votos a favor, 4 votos en contra y la abstención de 11 países. Fue adoptada en

<sup>114</sup> Observación General 33, Obligaciones de los Estados Partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/GC/33 (25 de junio de 2009), §5(4), [http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.33\\_Es.pdf](http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.33_Es.pdf).

<sup>115</sup> El Comité de Derechos Humanos, la Observación General n.º 33, §11. Además el párrafo 12 señala: «12. El término empleado en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo para las decisiones del Comité es “observaciones” (en el texto francés se utiliza el término “constatations”, y en el inglés “views”). «En esas decisiones se exponen las constataciones del Comité sobre las violaciones alegadas por el autor y, cuando se ha comprobado la existencia de una violación, se señala el medio de reparar esa violación.»

<sup>116</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos Volumen I, 100.º, 101.º y 102.º período de sesiones, §98, [http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.33\\_Es.pdf](http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.33_Es.pdf).

<sup>117</sup> Reglas del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Doc. CCPR/C/3/Rev.8 (22 de septiembre 2005), artículo 92: «El Comité podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado Parte interesado, informar a ese Estado de si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el Comité informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación».

2007.<sup>118</sup> Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos de América votaron en contra de su aprobación.<sup>119</sup> En el preámbulo la Asamblea General señala que proclama la Declaración «preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,» y «reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos»<sup>120</sup> Anaya describe la Declaración de las Naciones Unidas como el reflejo del «consenso internacional existente con respecto a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas». De esta forma, se proporciona «la expresión más autorizada de ese consenso» y establece «un marco de acción para la plena protección y ejercicio de esos derechos».<sup>121</sup> La Declaración de las Naciones Unidas tiene muy claro el derecho de recurso de los pueblos indígenas para hacer valer sus derechos. El artículo 27 obliga a los Estados a establecer y aplicar «un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.»

El artículo 28 establece también el derecho a dar su consentimiento libre, previo e informado. Y al respecto Davis sostiene que «mientras no se acometa un derecho de veto sobre el desarrollo de la tierra, algunos pue-

---

<sup>118</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (13 de septiembre de 2007). Véase, también, M. Davis, «Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *9 Melbourne Journal of International Law* (2008): pp. 439-471; R.T. Coulter, «The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Historic Change in International Law», *45 Idaho Law Review* (2008-2009): pp. 539-553.

<sup>119</sup> BBC News, *Indigenous right outlined by the UN* (13 de septiembre de 2007). [http://news.bbc.co.uk/2/hi/in\\_depth/6993776.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/6993776.stm).

<sup>120</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (13 de septiembre de 2007), Preámbulo.

<sup>121</sup> Anaya, Informe 2010, § 20. Véase, también, David Fautsch, «An Analysis of Article 28 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and Proposals for Freedom», *Michigan Journal of International Law*; vol. 31, afl. 2 (2010): pp. 449-473.

blos indígenas lo consideran un derecho de cuasi-veto. Su ambigüedad se debe a que era uno de los principios controvertidos en el grupo de la tierra y los recursos y porque de hecho hay muchos intentos en curso por definirlo internacionalmente.»<sup>122</sup> Además, el artículo 28(1) establece el derecho a la reparación por los territorios tradicionalmente indígenas.<sup>123</sup> El estado tiene la obligación de compensar a los pueblos indígenas en la naturaleza.<sup>124</sup> Algunas de las funciones de control se llevan a cabo por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, a pesar de que éste no sea un órgano judicial, sino sólo un órgano consultivo del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.<sup>125</sup> De esta manera, la Declaración de las Naciones Unidas puede ser descrita como *lex imperfecta*. Una de sus debilidades ha sido el no haber logrado el apoyo de ninguno de los estados que tienen grandes poblaciones indígenas.<sup>126</sup> Davis señala que «la mayoría de los estados apoyaron el espíritu de los artículos pero consideraban que requerían de más precisión en su redacción debido a las imprecisiones de estos derechos en los sistemas de tenencia nacionales.»<sup>127</sup> Está claro, sin embargo, que los documentos sin fuerza obligatoria no tienen valor normativo como tratados en el ámbito internacional de los derechos humanos.<sup>128</sup> No obstante éstos lo que hacen es proporcionar una capa adicional de la que deriva el compromiso de los Estados de respetar los derechos de los pueblos

<sup>122</sup> Megan Davis, «Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2008), 9(2), *Melbourne Journal of International Law* 439, 27. Véase, también, Stacy Fallon, «Don't Leave the Sami Out in the Cold: The Arctic Region Needs a Binding Treaty that Recognizes Its Indigenous People's Right to Self-Determination and Free, Prior and Informed Consent», *Law of the Sea Reports*; vol. 3, afl. 1 (2012): p. 29.

<sup>123</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 28(1): «Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.»

<sup>124</sup> *Id.*, artículo 28(2): «Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.»

<sup>125</sup> Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Naciones Unidas, <http://social.un.org/index/Default.aspx?alias=social.un.org/index/indigenouses>.

<sup>126</sup> Véase por ejemplo, Stephen Allen y Alexandra Xanthaki, eds., *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford: Hart, 2011).

<sup>127</sup> Megan Davis, «Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2008), 9(2), *Melbourne Journal of International Law* 439, 26.

<sup>128</sup> Mauro Barelli, «The Role of Soft Law in the International Legal System: the Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, afl. 4 (2009): pp. 957-983.

indígenas a la tierra. La identificación de los derechos indígenas a sus tierras ancestrales es un gran ejercicio, del que la legislación no vinculante es solo una pequeña pero importante parte.

El Convenio de la OIT n.º 169 establece en su artículo 14(3) que los estados están obligados a establecer procedimientos adecuados «en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados». Anaya señala que «el artículo 14(3) es una respuesta a los procesos históricos que han afectado a los pueblos indígenas, procesos que han pisoteado su apego cultural a las tierras ancestrales, ignorado o minimizado su interés legítimo de propiedad, y dejándoles sin medios de subsistencia adecuados».<sup>129</sup> Aunque la Convención sólo ha recibido un puñado de ratificaciones, sus efectos se han observado sobre todo en América Latina. A pesar de la falta de un sólido mecanismo internacional dentro de la propia Organización Internacional del Trabajo<sup>130</sup>, sus recientes estudios muestran que la legislación nacional y los órganos judiciales nacionales se refieren a ella.<sup>131</sup> No obstante, los estados parte son requeridos cada cinco años para presentar una memoria sobre la aplicación del Convenio, que debe ser su consulta previamente compartida a nivel nacional no sólo con organizaciones de trabajadores y empresas, sino también con los pueblos indígenas.<sup>132</sup> Las memorias son examinadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones,<sup>133</sup> emitiendo un informe anual que es examinado en la OIT por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia que

---

<sup>129</sup> S. James Anaya, *supra* nota 36, 40.

<sup>130</sup> Acerca de los procedimientos de ejecución de la OIT, véase en general: [http://www.ilo.org/safework\\_bookshelf/english?content&nd=857170272](http://www.ilo.org/safework_bookshelf/english?content&nd=857170272). Véase, también, Athanasios Yupsanis, «The International Labour Organization and its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples», *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 49 (2011): pp. 117-176/2012

<sup>131</sup> OIT, Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_150209.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf).

Véase también Aplicación del Convenio n.º 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_116075.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf).

<sup>132</sup> Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), 2013, p. 7, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf).

<sup>133</sup> Véase <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>.

además selecciona comentarios que son debatidos.<sup>134</sup> El Manual de la OIT señala que a partir de entonces «las reclamaciones pueden ser presentadas por las organizaciones de empleadores o de trabajadores en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT en caso de una supuesta violación al Convenio. Las reclamaciones se remiten a un comité tripartito establecido por el Consejo de Administración, que formula conclusiones y recomendaciones.»<sup>135</sup> Por tanto, existen algunos mecanismos para la aplicación del Convenio de la OIT n.º 169. Sin embargo, su valor directo como mecanismo para hacer respetar los derechos indígenas aún sigue en duda.

Teniendo todo en cuenta, la Declaración de las Naciones Unidas y el Convenio de la OIT n.º 169 no han logrado establecerse como una herramienta útil para la aplicación de los derechos indígenas a la tierra. Aunque los estados no están legalmente obligados por la Declaración, la referencia a ésta en la legislación nacional podría implicar una tendencia emergente con la que los estados se consideren a sí mismos obligados.

### 5.3. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el tratado regional de obligado cumplimiento en América.<sup>136</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son responsables de supervisar el cumplimiento de la Convención por parte de los estados miembros. Anaya y Williams señalan que la Corte Interamericana tiene «la facultad de exigir a los estados que han aceptado su jurisdicción que adopten medidas correctivas por la violación de derechos humanos».<sup>137</sup> Puede decirse que la Corte Interamericana ha desarrollado en las últimas décadas, de la forma más extensa y avanzada los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a sus tierras.

Por ejemplo, la Corte Interamericana señaló en *Awas Tingis Vs. Nicaragua* que «Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen dere-

<sup>134</sup> Véase <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang-es/index.htm>.

<sup>135</sup> Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), 2013, pp. 7-8, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/-normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_205230.pdf).

<sup>136</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José de Costa Rica» Serie sobre Tratados OEA n.º 36-Registro ONU 27/08/1979 N.º 179551144 U.N.T.S. 123, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, *reprinted in* Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 25 (1992).

<sup>137</sup> Anaya y Williams, *supra* nota 48, p. 38.

cho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica». <sup>138</sup> Del mismo modo, la Corte observó en el caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* que «al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros». <sup>139</sup> Por el contrario, la Corte señaló en el párrafo siguiente que «la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista». <sup>140</sup> En resumen, el derecho a la propiedad no es absoluta. En el caso de la Comunidad indígena *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, la Corte señaló que « las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta 'no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad' ». <sup>141</sup> Además, la Corte señaló que «el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo 'objetivo y fundamentado' suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias». <sup>142</sup> Esto significa que los estados también tienen que proteger los derechos indígenas a la tierra en relación a terceros.

Además, no hay ninguna restricción de tiempo en el derecho a la reparación. <sup>143</sup> La obligación de respetar incluye el deber del estado de reconocer y demarcar las tierras indígenas. La Corte en *el Pueblo Saramaka Vs. Surinam* observó que «más que un privilegio para usar la tierra, el cual

---

<sup>138</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 79, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf).

<sup>139</sup> Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 125. §147.

<sup>140</sup> *Id.* §148.

<sup>141</sup> Corte IDH, *Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Denuncia No. 0322/2001, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), § 120, citando el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *supra* nota 73, § 149, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf).

<sup>142</sup> *Id.* §138.

<sup>143</sup> *Id.* §131-134.

puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra». <sup>144</sup> Además, señaló que «este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos». <sup>145</sup> En última instancia, la labor de la Corte Interamericana es un paso en la dirección correcta. Sin embargo, sería mejor si mediante más de estos mecanismos que fueran establecidos, los pueblos indígenas pudieran ejercer sus derechos.

## 6. Conclusión

Las secciones anteriores han demostrado que los pueblos indígenas están excluidos en gran medida de los foros internacionales cuando se trata de hacer valer sus derechos. <sup>146</sup> Y cuando los mecanismos de control existen, éstos en la mejor de las situaciones son ineficaces, y en la peor sólo tienen un significado simbólico en la aplicación de los derechos indígenas a la tierra. A pesar de la vigencia de mecanismos internacionales como el Convenio de la OIT n.º 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estos derechos son inexistentes, de tal forma que los pueblos indígenas solo cuentan con mecanismos cuasijudiciales tales como el sistema de comunicaciones individuales en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sistema que demuestra algunos problemas, como su incapacidad para imponer decisiones vinculantes a los estados.

Dada la posibilidad de reforma del Protocolo Facultativo en el futuro, las revisiones pueden ser necesarias para hacer frente a esta deficiencia. De tal manera que el Comité de Derechos Humanos pueda desempeñar un papel considerable en la creación de un marco ventajoso para la regulación

---

<sup>144</sup> Corte IDH, *el Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Serie C No. 172. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, § 115; véase, también, Lisi Brunner, «The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights», *Chinese Journal of International Law*, volumen 7, Issue 3, pp. 699-711.

<sup>145</sup> *Id.* §115.

<sup>146</sup> Harriet Ketley, «Exclusion by Definition: Access to International Tribunals for the Enforcement of the Collective Rights of Indigenous Peoples», *8 International Journal on Minority and Group Rights* (2001).



de las actividades de los estados, en particular en relación con los derechos indígenas. El Pacto podría desempeñar un papel constructivo en los esfuerzos para mejorar la responsabilidad estatal con los derechos humanos, incluso a pesar de su falta de autoridad para emitir decisiones vinculantes e imponer sanciones. Pero facultar al Comité de Derechos Humanos para que adopte soluciones vinculantes a las controversias y aplique sanciones, requeriría sin embargo una revisión significativa del Pacto y sus protocolos, un proceso al que los estados partes podrían oponerse, eventualmente socavando todo el sistema que se ha desarrollado hasta la fecha.

Debido a que no existe una protección judicial efectiva de los derechos indígenas a la tierra, cuestiones como la inaccesibilidad deberían ser abordadas y reforzadas por los sistemas judiciales nacionales. Los estados deben responsabilizarse por el incumplimiento de las obligaciones sobre los derechos indígenas a la tierra. Cuando un estado no cumpla con sus obligaciones, las víctimas de violaciones de derechos humanos deben disponer de aquellos recursos que sean adecuados y eficaces. En el futuro, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas podría considerar el establecimiento de un grupo de trabajo de expertos o de mecanismos de denuncia para recibir las quejas de individuos y de pueblos. Algunos comentaristas han abogado por un tribunal mundial de derechos humanos.<sup>147</sup> Este órgano para la resolución de reclamaciones también podría examinar comunicaciones de los pueblos indígenas como víctimas de violaciones de los derechos a la tierra.

La supervivencia cultural y la existencia de los pueblos Nuba y de otros pueblos indígenas está ligada a su tierra ancestral. Si la limpieza étnica perpetrada por el gobierno de Sudán tiene éxito, una parte vital de su identidad habrá desaparecido.

El objetivo general de este artículo ha sido examinar las obligaciones de los estados con respecto a los derechos indígenas a la tierra, que derivan tanto de un nivel internacional como nacional. Los pueblos indígenas perciben los derechos de propiedad de forma colectiva y no individual. De esta manera, los estados están obligados a respetar los sistemas colectivos de tenencia de la tierra indígena. También se ha argumentado que los estados están obligados a respetar, proteger y cumplir los derechos indígenas a la tierra. Si bien puede llegarse a la conclusión de que los derechos

---

<sup>147</sup> Véase, por ejemplo, Martin Scheinin, *Towards a World Court of Human Rights, Research report within the framework of the Swiss Initiative to commemorate the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, 30 de abril de 2009, [http://www.eui.eu/Documents/Departments\\_Centres/Law/Professors/Scheinin/WorldCourtReport30April2009.pdf](http://www.eui.eu/Documents/Departments_Centres/Law/Professors/Scheinin/WorldCourtReport30April2009.pdf); Manfred Nowak, «The Need for a World Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, volumen 1, número 1 (2007): pp. 251-259.

indígenas a la tierra están adecuadamente incorporados en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, también es evidente que éstos podrían estar más protegidos, implementados y fortalecidos. Todavía puede apreciarse que estas obligaciones estatales son más o menos *lex imperfecta*, ya que no prevén sanciones claras en caso de violaciones. La protección y promoción de los derechos indígenas a la tierra de manera genérica adolecen de una falta de aplicación efectiva en el plano internacional. A pesar de las iniciativas que se están llevando a cabo por vías diferentes en un intento de lograr una mejor protección, deben establecerse procedimientos y mecanismos eficaces de revisión internacional para proteger toda presunta violación estatal de los derechos indígenas a la tierra y asegurar que se asuman responsabilidades. Hasta que llegue el momento en que se hagan verdaderos esfuerzos para mejorar el cumplimiento de los derechos indígenas a la tierra, una parte esencial del acceso de las víctimas a la justicia permanecerá ausente.

# Entrada en vigor, general y para España, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Rosa Riquelme Cortado\*

**Resumen:** El 5 de mayo de 2013 entró en vigor, general y para España, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) instaurando como procedimiento medular la presentación de comunicaciones por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos constituye el pilar que lo sustenta a fin de corregir el discriminatorio régimen protector con el que en 1966 nacieron los *pactos gemelos* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La gestación del Protocolo del PIDESC no fue sin embargo ajena al insistente debate que plantea la *justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales, con consecuencias en los límites impuestos a la experimentación de los procedimientos de supervisión en él previstos para supervisar el cumplimiento de los derechos garantizados en el Pacto, a saber, la presentación de *comunicaciones individuales*, su principal *leitmotiv*, de *comunicaciones entre Estados* y de *investigación* ante violaciones graves o sistemáticas de esta gama de derechos, así como en los mecanismos complementarios de *asistencia y cooperación internacionales*, del Fondo fiduciario en particular.

**Palabras clave:** Derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad, procedimiento de presentación de comunicaciones, margen de apreciación de los Estados en la formulación de políticas y la asignación de recursos, asistencia y cooperación internacionales.

**Abstract:** The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESC) entered into force on 5 May 2013, generally and for Spain, thereby establishing, as an essential procedure, the filing of communications by individuals or groups of individuals claiming to be victims of a violation by a State Party of any one of the rights set forth in the Covenant. The principle of indivisibility and interdependence between all human rights acts as its supporting pillar for the correction of the discriminatory protective regime brought about in 1966 by the *twin covenants* (International Covenant on Civil and Political Rights).

---

\* Catedrática de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia.

The process through which the Protocol to the ICESCR came into being, however, did not ignore the insistent debate arising from the *justiciability* of economic, social and cultural rights, which has an effect on the limits set for the monitoring procedures provided forth therein in order to ensure compliance with the rights protected by the Covenant; that is, the filing of *individual communications*, its main *leitmotiv*, of *communications between States* and *inquiry* into grave or systematic violations of this range of rights, as well as the complementary mechanisms of *international assistance and cooperation* of the trust fund in particular.

**Keywords:** Economic, social and cultural rights, justiciability, procedure for filing communications, the States' margin of appreciation in policy-making and in the allocation of resources, international assistance and cooperation.

## 1. Introducción

El 5 de mayo de 2013, tres meses después de la fecha en que fue depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de manifestación del consentimiento requerido<sup>1</sup>, entró en vigor general y para España el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>2</sup>, instaurando como procedimiento medular la presentación de comunicaciones «por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos económicos sociales y culturales enunciados en el Pacto» (art. 2)<sup>3</sup>. En la lista de las actuales Partes contratantes del Protocolo, once a 15 de octubre de 2013, predominan Estados pertenecientes al Grupo Latinoamericano Caribeño (GRULAC), significados durante su gestación entre los denominados *amigos del protocolo*; como España y Portugal (nacionalidad de la Presidenta Relatora del *Grupo de Trabajo sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC*)<sup>4</sup>, los únicos europeo occidentales que hasta la fecha lo habían ratificado<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Art. 18.1 del Protocolo del PIDESC.

<sup>2</sup> El presente Protocolo fue adoptado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008 (A/RES/63/117) y abierto a la firma, la ratificación o adhesión de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él (art. 17).

<sup>3</sup> Véase en nuestra doctrina, Javier Quel López, «Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en A. Embid Irujo, dir., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Madrid: Iustel, 2009), pp. 305-334 (también en *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* (Madrid: Iprolex, 2013), pp. 837-859; Carlos Villán Durán, «Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. 23 (2009): pp. 32-54; Ana Gemma López Martín, «La protección internacional de los derechos sociales, a propósito de la ratificación española del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008», *Foro. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas. Nueva época*, núm. 13 (2011): pp. 13-59; Rosa Riquelme Cortado, «El Protocolo Facultativo del PIDESC. Comunicaciones de personas o grupos como piedra angular», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, www.reei.org, núm. 24 (2012): pp. 1-49, y la bibliografía en él citada, entre la que destacaría los trabajos publicados en el monográfico de la *Nordic Journal of Human Rights (NJHR)* (2012): *Perspectives on a New Complaint and Inquiri Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Vol. 27, núm. 1.

<sup>4</sup> El *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC* (Grupo de Trabajo en adelante) fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos el 22 de abril de 2003 (res. 2003/18), y prorrogado su mandato por un plazo de dos años por el Consejo de Derechos Humanos (res. 1/3, de 29 de junio de 2006).

<sup>5</sup> A 15 de octubre de 2013, eran Estados Partes en el Protocolo del PIDESC: Argentina, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, España, Mongolia, Montene-

Siguiendo las directrices del Plan de Derechos Humanos aprobado por el Consejo de Ministros en 2008<sup>6</sup>, España depositó el instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto el 10 de diciembre de 2010<sup>7</sup>, para apenas tres años después (el 13 de junio de 2013) dar el mismo paso en relación con el Protocolo Facultativo —el tercero— de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup>, que asimismo instaaura entre los mecanismos de supervisión de la Convención y de sus dos anteriores Protocolos<sup>9</sup> el *procedimiento de presentación de comunicaciones individuales* (art. 5).

Apenas es preciso llamar la atención sobre la trascendencia del derecho que estos flamantes instrumentos reconocen a individuos y grupos para denunciar ante una instancia internacional la violación de derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente considerados de *segunda generación* por imponer, se decía desde esta errónea concepción, no *obligaciones de resultado* como las derivadas de derechos civiles y políticos, sino únicamente *obligaciones de comportamiento progresivo* su-peditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal ¿Cómo en esas condiciones, corearon los opuestos en general al Protocolo del Pacto —entre ellos, cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y otras potencias económicas del llamado *primer mundo*—<sup>10</sup> sería posible traducir sus disposiciones en obligaciones mensurables capaces de permitir en un procedimiento de comunicaciones la apreciación de una violación motivada en derecho?

---

gro, Portugal y Uruguay; véase la serie de Tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, Cap. IV (Derechos Humanos) (<http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>).

<sup>6</sup> *Plan de Derechos Humanos* aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2008, parte IV («Acción exterior»), 1 (ONU), Medida 2, p. 16 (puede consultarse en [http://www.mpr.es/uploads/media/pdf/2/ddhhes\\_1260787618.pdf](http://www.mpr.es/uploads/media/pdf/2/ddhhes_1260787618.pdf)).

<sup>7</sup> Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC, dado en Madrid, a 9 de julio de 2010 (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2013).

<sup>8</sup> El tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptado por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 (A/RES/66/118). A 15 de octubre de 2013 su entrada en vigor pendía del depósito de dos manifestaciones del consentimiento para alcanzar las diez requeridas (art. 19).

<sup>9</sup> El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados (A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000).

<sup>10</sup> Se trata, en particular, de Estados Unidos, Reino Unido, la Federación de Rusia y China, así como Alemania, Canadá, Dinamarca, Japón, Noruega, Suecia, Suiza...; su opinión al respecto quedó meridianamente patente al término de las sesiones del *Grupo de Trabajo* (A/HRC/8/7, Anexo), pp. 27 y ss.

El principio de que todos los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, pilar conceptual que junto con la universalidad sustentan el edificio normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>11</sup>, constituyó la partitura natural del Protocolo del PIDESC con miras a corregir el discriminatorio régimen protector con el que en 1966 nacieron los *pactos gemelos* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP). Su gestación no fue sin embargo ajena al debate que plantea la *justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales por carecer —insisten los que se la niegan<sup>12</sup>— de todo elemento que pueda ser objeto de apreciación por tribunales u otros órganos cuasi judiciales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales guardián del Pacto. La precisión del carácter y alcance de las obligaciones derivadas del PIDESC, principalmente por la labor del mismo Comité (que examinaremos en el apartado 2) fue determinante para componer la letra del principio de indivisibilidad e interdependencia aplicado al control del cumplimiento de esta gama de derechos.

No obstante, la misma percepción de no *justiciabilidad* rondó durante todo el proceso de elaboración del Protocolo, con consecuencias en los límites impuestos a la experimentación de los mecanismos en él dispuestos para salvaguardar y verificar la aplicación del Pacto (apartado 3). Reflejo de ello lo confiere el hecho de que los procedimientos de *comunicaciones entre Estados* y de *investigación* se hagan depender en el Protocolo *Facultativo* del PIDESC de su expresa aceptación mediante la fórmula *opting in*, frente a la *opting out* prevista para los mismos procedimientos en otros tratados de derechos humanos de última generación. El consentimiento del Estado interesado también se precisará para que el Comité pueda, en el contexto del Protocolo, señalar a la atención de los órganos competentes la conveniencia de tomar medidas internacionales de asistencia y cooperación, así como para que se presten por conducto de un previsible

---

<sup>11</sup> Véanse, entre los instrumentos más memorables que así lo proclaman: el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Preámbulo común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (PIDCP y PIDESC, 1966), y la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993) adoptada en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/23), Parte I, párr. 5.

<sup>12</sup> En la doctrina, Michael J. Dennis y P. Steward David, «Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?», *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 98 (2004): pp. 462-515; Mary Dowell-Jones, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004); Christian Tomuschat, «An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?», en Klaus Dicke et al., eds., *Weltinnenrecht: Liber amicorum J. Delbrück* (Berlín: Duncker and Humblot, 2005), pp. 815-834.

*Fondo fiduciario* dirigido a hacer valer y promover los derechos garantizados en el Pacto, punto neurálgico y más discutido de este mecanismo complementario (apartado 5).

Es en el marco del *procedimiento de presentación de comunicaciones* (apartado 4) donde de manera más elocuente se advierte el escepticismo cuando no abierta aversión que suscita la demanda de personas o grupos ante instancias internacionales por la supuesta violación de los derechos económicos, sociales y culturales. Así se manifestó, sobre todo, en los enfoques *ratione materiae* barajados durante la gestación del Protocolo acerca de los derechos garantizados en el Pacto que podrían ser susceptibles de denuncia (4.1), en las condiciones, más severas, impuestas a la admisibilidad de una comunicación (4.2), así como en los criterios que han de guiar la decisión del Comité en su examen de fondo (4.3).

Podía así decirse que si bien es unánime la afirmación acerca de que todos los derechos humanos tienen el mismo valor por cuanto son universales, indivisibles y están relacionados entre sí, no todos —los Estados— piensan que todos los derechos humanos se hacen efectivos por igual desde el punto de vista jurídico. Queda aún camino por recorrer<sup>13</sup>. En el caso de Estados hoy parte en el Protocolo del PIDESC, como España, el Comité recientemente ha instado al Gobierno a tomar «las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos», así como tomar «las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales»<sup>14</sup>.

## 2. **Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales**

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto ha sido definida como «la capacité pour les clauses

---

<sup>13</sup> Fons Coomans, ed., *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems* (Antwerp: Intersentia, 2006); y, en particular, sobre la decisiva contribución en este punto de Sudáfrica, Christopher Mbazira, *Litigating Socio-Economic Rights in South Africa. A Choice between Corrective and Distributive Justice* (Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009); P. Langa, «Taking Dignity Seriously: Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR», *NJHR*, vol. 27, núm. 1 (2009): pp. 29-38.

<sup>14</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con ocasión del quinto informe periódico sometido por España por virtud de los arts. 16 y 17 del PIDESC (E/C.12/ESP/CO/5), p. 2, párr. 6.



substantielles du Pacte de constituer le point de appui à la motivation, fondée en droit, d'un constat de violation effectuée par le Comité»<sup>15</sup>. Desde esta perspectiva, su *justiciabilidad* no se plantea tanto respecto del carácter intrínseco de las normas a aplicar, o dicho en otros términos, del valor que se les reconoce, sino que incide más bien en las obligaciones que el mismo Pacto impone a los Estados parte a fin de identificar los comportamientos —acciones u omisiones— de sus órganos susceptibles de ser juzgadas conformes o no con ellas<sup>16</sup>; siendo así, afirma con rotundidad el profesor De Schutter, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, «la question de la justiciabilité reçoit une réponse évidemment affirmative»<sup>17</sup>.

La definición de las obligaciones derivadas de esta gama de derechos es, por tanto, crucial a la hora de resolver los problemas que suscita su *justiciabilidad*, una empresa a la que ha contribuido la ingente labor desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde su misma creación (1985)<sup>18</sup>. Ésta ha consistido en precisar el contenido y alcance de un derecho o situación particular y —o a partir de ahí— de las obligaciones contraídas por los Estados partes de conformidad con el Pacto, considerando que de ellas derivan tanto obligaciones de *comportamiento* como de *resultado*, y con elementos —unas y otras— positivos (que imponen al Estado emprender determinadas acciones) y negativos (que exigen su abstención, caso de la obligación de *respetar*)<sup>19</sup>. De ello deriva que las opiniones expresadas por el Comité, sea sobre la base del examen de los informes periódicos y, más aún, en sus *Observaciones generales*, pueden considerarse interpretaciones autorizadas del Pacto. Según observó el mismo Comité en el documento analítico sometido a la Con-

---

<sup>15</sup> Olivier de Schutter, «Le Protocole Facultatif au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels», *Revue Belge de Droit International (RBDI)*, núm. 1 (2006): pp. 7-56 (p. 18).

<sup>16</sup> «El debate suscitado no es, o no debería ser», afirmó el Sr. Kotrane, experto independiente nombrado (en 2001) por la Comisión de Derechos Humanos con miras a examinar la posibilidad de un Protocolo del PIDESC, «un debate sobre el valor que se atribuye a esos derechos ni sobre la posición que ocupan en la nomenclatura internacional de los derechos humanos... que no puede ser objeto de ningún tipo de jerarquización»; Informe (primero) (E/CN.4/2002/57), p. 8, párr. 19.

<sup>17</sup> Olivier de Schutter, op. cit., nota 15, p. 20.

<sup>18</sup> Como sabemos, el Comité destinado a salvaguardar los derechos garantizados en el PIDESC fue establecido por resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de 28 de mayo de 1985, siendo así el único órgano del sistema de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas que no fue creado en el mismo instrumento sometido a su supervisión.

<sup>19</sup> Véanse, en este sentido, los *Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC* (E/CN.4/1987/17) y las *Directrices de Maastricht* (E/C.12/2000/13, pp. 18 y 20, párrs. 7, 14 y 15).

ferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), «La aprobación de observaciones generales» (veintiuna hasta la fecha) le permiten hacer «una contribución significativa a la jurisprudencia relativa a un derecho o cuestión particular»<sup>20</sup>.

La *Observación general* núm. 3<sup>21</sup> reviste en este punto particular interés en la medida en que tiene por objeto desentrañar la índole de las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados partes de conformidad con el concepto de *realización progresiva* definido en el art. 2.1 del Pacto<sup>22</sup>, lo que en esencia implica: a) la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para la realización de los derechos reconocidos en el Pacto, y b) hacerlo hasta el máximo de los recursos disponibles<sup>23</sup>. Examinemos estos elementos.

«Adoptar medidas» entraña la *obligación inmediata* (no condicionada ni limitada por ninguna otra consideración) de acordar estrategias deliberadas, concretas y debidamente orientadas a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de un plazo razonablemente breve desde la entrada en vigor del Pacto para el Estado de que se trate<sup>24</sup>. Estas medidas habrán de incluir «todos los medios apropiados», siendo los legislativos no sólo deseables, sino en la mayoría de casos indispensables<sup>25</sup> de cara a dar efecto en el ordenamiento interno a los derechos enunciados en el Pacto (*Observación general* núm. 9, 1998)<sup>26</sup>. Otras medidas de carácter financiero, educacional y social, así como la provisión de recursos administrativos y judiciales serán de vital importancia para deducir responsabilidades de la violación y resarcir a las víctimas, al punto que «cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales»<sup>27</sup>. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) consagró en 2006 un informe destinado a describir y evaluar las estrategias multidimensionales de promoción y *protección jurídica* de

<sup>20</sup> A/CONF. 157/PC/62/Add. 5, Anexo II, p. 14, párr. 28.

<sup>21</sup> *Observación general* Núm. 3, «La índole de las obligaciones de los Estados partes» (E/1991/23, de 14 de diciembre de 1990).

<sup>22</sup> Otros tratados situados en la órbita de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en lo mismo, caso del art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 4.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>23</sup> Véase, en este sentido, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) relativo al análisis del concepto de realización progresiva (E/2007/82, de 7 de junio de 2007), p. 4, párr. 4.

<sup>24</sup> *Observación general* núm. 3, párr. 2.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 3.

<sup>26</sup> *Observación general* núm. 9, «La aplicación interna del Pacto» (E/C.17/1998/24, de 3 de diciembre de 1998).

<sup>27</sup> *Observación general* núm. 3, párr. 7, y *Observación General* núm. 9, párrs. 3-5, 7 y 9.

los derechos económicos, sociales y culturales en el que insiste en la misma idea<sup>28</sup>.

La expresión «el máximo de los recursos disponibles», característica definidora del concepto de *realización progresiva*, hace alusión al *margen de discreción* permitida en la aplicación de las obligaciones dimanantes del Pacto en función del nivel de recursos y de la influencia que los mismos tienen en la consecución de un determinado derecho<sup>29</sup>. Conviene no obstante precisar, como lo han hecho el mismo Comité (*Observación general núm. 3*) y otros órganos de derechos humanos<sup>30</sup>, que el *margen de discreción* del Estado no es absoluto. De un lado, porque la disponibilidad de recursos no modifica el carácter inmediato de la obligación prioritaria de asegurar la satisfacción de niveles básicos, esenciales para cada uno de los derechos garantizados, constituyendo *prima facie* una violación del Pacto el incumplimiento de esas *obligaciones mínimas*<sup>31</sup>. De otro, porque la obligación de adoptar medidas y avanzar hacia la plena realización de los derechos enunciados en el Pacto entraña una firme presunción en contra de la adopción de medidas deliberadamente regresivas. Durante la gestación del Protocolo el Comité adoptó una Declaración relativa a la «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que disponga* de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto», en la que subraya que:

«cuando no se adoptan medidas o estas son de carácter regresivo, corresponde al Estado parte probar que la decisión pertinente se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada en relación con la totalidad de recursos disponibles»<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Informe del ACNUDH de 21 de junio de 2006 (E/2006/86), véase en particular p. 20, párr. 46.

<sup>29</sup> Se trata, afirma el Comité (*Observación general núm. 3*, párr. 9) de un «dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales». Véase en la doctrina Ida Elisabeth Koch, «The Justiciability of Indivisible Rights», *NJHR*, vol. 72, núm. 1 (2003): pp. 3-39; Yuval Shany, «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?», *The European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 16, núm. 5 (2005): pp. 907-940.

<sup>30</sup> Por ejemplo, el Informe del ACNUDH cit. nota 23 (p. 8, párrs. 13 y 14), así como los Informes del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (E/CN.4/2003/58, párr. 53) y del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (E/CN.4/2002/58, párr. 39).

<sup>31</sup> Véanse los trabajos publicados en la obra dirigida por Audrey Chapman y Sage Russell, *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (Antwerp: Intersentia, 2002).

<sup>32</sup> «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que disponga* de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto», E/C.12/2007/1, de 21 de septiembre de 2007, párr. 9.

Hay que llamar, asimismo, la atención sobre las *obligaciones de inmediato cumplimiento* enunciadas en el Pacto no sometidas al concepto de realización progresiva cualquiera que sea el nivel de los recursos disponibles. Así ocurre, en particular, con la *obligación inmediata* y general de garantizar el ejercicio de los derechos dimanantes del Pacto *sin discriminación* (art. 2.2). La no discriminación y la igualdad, afirma el Comité (*Observación general Núm. 20*)<sup>33</sup>, «son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos» cuya implementación no exige forzosamente importantes asignaciones de medios<sup>34</sup>, aunque sí suele hacer necesaria la aprobación y aplicación de legislación apropiada y la disposición de recursos judiciales que aseguren su cumplimiento<sup>35</sup>. Toda discriminación constituye una violación del Pacto y debe permitir su escrutinio por los tribunales sin más disquisiciones, concluye el Comité en la Observación General mencionada<sup>36</sup>.

La doctrina de los tres tipos o niveles de obligaciones derivadas de los derechos humanos: *respetar*, *proteger* y *cumplir*, ha contribuido asimismo a clarificar las que en particular se desprenden de los derechos enunciados en el PIDESC<sup>37</sup>. En primer lugar, la obligación de *respetar* requiere que los Estados partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos en él consignados (por ejemplo, de toda acción u omisión que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad)<sup>38</sup>. Frente al elemento negativo de la anterior obligación, la de

---

<sup>33</sup> *Observación general núm. 20*, «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales» (E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009), párrs. 2 y 7. El mismo Pacto se refiere expresamente a la no discriminación y la igualdad en relación con algunos derechos individuales (arts. 3, 7, 13, 26); de ahí que el Comité haya examinado la aplicación del principio en relación con la vivienda (*Observaciones generales núm. 4*, 1991, y núm. 7, 1997), las personas con discapacidad (*Observación general núm. 5*, 1994), personas de edad (núm. 6, 1995), la alimentación (núm. 12, 1999), la educación (núm. 13, 1999), la salud (núm. 14, 2000), el agua (núm. 15, 2002), la igualdad entre los géneros (núm. 16, 2005), los derechos de autor (núm. 17, 2005), el trabajo (núm. 18) y la seguridad social (núm. 19, 2008).

<sup>34</sup> Sobre ello insiste, entre otros, el Informe del ACNUDH relativo al concepto de realización progresiva (E/2007/82, de 7 de junio de 2007), p. 6, párr. 15, p. 9, párr. 27, y p. 21, párr. 77.

<sup>35</sup> *Observación generales núm. 3*, párr. 2, y *núm. 20*, cap. IV («Aplicación en el plano nacional»). Véase también la Declaración adoptada por el Comité en 2007, cit. nota 32.

<sup>36</sup> *Observación general núm. 20*, párr. 40.

<sup>37</sup> Pionero en la aplicación de la trilogía al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales fue el Informe sometido en 1987 por el Experto independiente, Sr. Asbjorn Eide, a la Comisión de Derechos Humanos sobre el *Derecho a una alimentación adecuada como derecho humano* (E/CN.4/Sub.2/1987/23, de 7 de julio de 1987), véase en particular el gráfico de la p. 29.

<sup>38</sup> *Observación general núm. 15*, «El derecho al agua» (E/C.12/2002/11), párr. 21.

*proteger* (por ejemplo, frente a las instancias de desahucios forzados<sup>39</sup>, o los derechos de los trabajadores ante medidas de privatización<sup>40</sup>) y, más aún, la obligación de *cumplir/garantizar*, consistente a su vez en *facilitar*, *promover* y *proporcionar*, suelen exigir la adopción de medidas positivas, legislativas y de otra índole, dirigidas a impedir que terceros, ya sean individuos, empresas u otros actores no estatales, interfieran en los derechos reconocidos en el Pacto, *facilitando* (por ejemplo, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural)<sup>41</sup>, *promoviendo* (la educación e información relevante sobre, por ejemplo, las medidas de higiene y el acceso a los planes de seguridad social)<sup>42</sup>, así como *proporcionando* (a los individuos o comunidades que no puedan por sí mismos por motivos ajenos a su voluntad acceder a...)<sup>43</sup> la plena efectividad de esos derechos.

El largo y tortuoso debate que durante cerca de dos décadas (1990-2008) generó el proceso de gestación del Protocolo del PIDESC, primero bajo la demorada batuta de la Comisión de Derechos Humanos<sup>44</sup> y a partir de 2006 de la más laboriosa del Consejo de Derechos Humanos<sup>45</sup>, reveló

<sup>39</sup> En la *Observación general núm. 4* («El derecho a una vivienda adecuada», E/1992/23) el Comité ha considerado (párr. 18) que «las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes de Derecho internacional».

<sup>40</sup> *Observación general núm. 18*, «El derecho al trabajo» (E/C.12/GC/18, de 24 de noviembre de 2005), párrs. 22 y 25.

<sup>41</sup> *Observación general núm. 21*, «Derecho de toda persona a participar en la vida cultural» (E/C.12/GC/21/Rev. 1, de 20 de noviembre de 2009), párr. 52.

<sup>42</sup> *Observación general núm. 19*, «El derecho a la seguridad social» (E/C.12/GC/19, de 23 de noviembre de 2007), párr. 49.

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, la *Observación general núm. 13*, «El derecho a la educación» (E/C.12/1999/10), párr. 47.

<sup>44</sup> La posibilidad de elaborar un Protocolo Facultativo del PIDESC se venía examinando en su Comité desde 1990 sobre la base de los informes preparados por su entonces Presidente, Ph. Alston. En 1996, el Comité aprobó un proyecto (borrador) de Protocolo que sometió a la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1997/105). En 2001, tras recibir los comentarios y observaciones de los Estados, las Organizaciones internacionales y no gubernamentales, la Comisión nombró un Experto independiente para el examen de esta cuestión, y dos años después creó el *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC* con el mandato de «*estudiar las opciones* relativas a (su) elaboración» (res. 2003/18, de 22 de abril de 2003).

<sup>45</sup> El Consejo de Derechos Humanos encomendó al mismo *Grupo* «*elaborar un Protocolo facultativo del Pacto*», objetivo más claro y decidido para cuya satisfacción prorrogó el mandato del Grupo por un período de dos años (resolución 1/3, de 29 de junio de 2006, cursivas añadidas). Para entonces el Grupo ya contaba con el *Documento analítico* preparado (en 2005) por la Presidenta-Relatora, Sra. De Albuquerque, sobre los «Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del PIDESC» (E/CN.4/2005/52 y E/CN.4/2006/WG.23/2), que constituyeron la base de negociación del protocolo en ciernes; véase Claire Mahon, «Progress

no obstante que los recelos sobre la no *justiciabilidad* de esta gama de derechos persistían, o incluso podría decirse que la abierta aversión que en particular generó el procedimiento de comunicaciones probablemente fue por la certeza de todo lo contrario. Que los individuos puedan denunciar la violación de derechos humanos no sometidos hasta ahora en el plano universal a un sistema de examen (desalojos forzosos sin las debidas garantías, restricciones injustificadas o desproporcionadas del acceso a la salud, la denegación del derecho a la educación que supone la aplicación de tasas inasequibles para buena parte de la población...) y, en general, la misma supervisión de la obligación del Estado de adoptar medidas razonables con miras a garantizar los derechos enunciados en el Pacto, respecto de los que el Comité ya ha proporcionado las bases sobre lo que constituye o no violación<sup>46</sup>, era justamente lo que algunos trataban de evitar.

### 3. Procedimientos de supervisión del Pacto establecidos en el Protocolo

«Ya era hora», afirmó el representante de la Coalición de ONG en el ecuador de los debates del *Grupo* que trabajó por la gestación del Protocolo del Pacto, «de elaborar un Protocolo Facultativo que posibilitara la presentación de quejas individuales y colectivas, incluyera un procedimiento de investigación, abarcara todos los derechos y excluyera las reservas»<sup>47</sup>. Este era, en efecto, el derrotero de los *elementos* más progresistas del *documento analítico* preparado en 2005 por la Presidenta-Relatora<sup>48</sup> y los que en general trató de recoger el primer texto articulado de Protocolo (2007) que sometió al Grupo<sup>49</sup>. Sin embargo, su discurso y el de los que lo sucedieron hasta dar con un texto de consenso obligó a rebajar

---

at the From: The Draft Optional to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Law Review (HRLR)*, vol. 8, núm. 4 (2008): pp. 617-646 (p. 624). Para un examen más detenido de la gestación del Protocolo, véase mi trabajo cit. nota 3, pp. 11-17.

<sup>46</sup> Recordemos que una parte importante de las *Observaciones generales* del Comité tiene por objeto identificar qué constituye violación de un derecho y/o situación particular.

<sup>47</sup> *Informe del Grupo* sobre su tercer período de sesiones (E/CN.4/2006/47, de 14 de marzo de 2006) p. 6, párr. 25.

<sup>48</sup> Realmente, los catorce *Elementos* analizados en el *Documento analítico* elaborado por la Sra. De Albuquerque (E/CN.4/2006/WG.23/2) no tenían la explícita misión de emitir un juicio de valor sobre las diversas opciones para la elaboración del Protocolo, sino más bien plantear una visión general de las mismas con miras a facilitar el debate del Grupo.

<sup>49</sup> Proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC preparado por la Presidenta-Relatora, Catarina de Albuquerque (A/HRC/6/WG.4/2) de 23 de abril de 2007.

el diapasón del entusiasmo, y eso a pesar de que la mera enumeración de los procedimientos instituidos en el Protocolo semeja todo lo contrario.

Para asegurar la observancia de las obligaciones del Pacto, el Protocolo contempla los dos mecanismos autónomos de protección de carácter contencioso clásicos en tratados de derechos humanos, la presentación de *comunicaciones de personas o grupos de personas* (artículos 1-9) y de *comunicaciones entre Estados* (artículo 10). A ellos añade, en la estela de los instrumentos de última generación, el procedimiento de *investigación* confidencial (artículos 11 y 12) ante situaciones que de manera fidedigna indiquen violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales. Ahora bien, este alentador enunciado no deja ver los puntos neurálgicos de los procedimientos o aspectos del mismo Protocolo que quedaron en el camino de su regulación. Sirva como botón de muestra el hecho de que el Protocolo no posibilite en el marco del procedimiento de comunicaciones las reclamaciones colectivas, según preveía el primer proyecto de Protocolo preparado por la Sra. de Albuquerque<sup>50</sup>, o no prohíba como inicialmente se propuso las reservas, permitiéndolas —como se apresuró a recordar la Federación de Rusia<sup>51</sup>— compatibles con el objeto y fin del tratado mediante el sistema flexible establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Un examen más detenido de la regulación de de estos procedimientos nos permitirá averiguar otras frustraciones.

Lo iniciaremos con los mecanismos dispuestos en el Protocolo que aun siendo diferentes en su naturaleza y caracteres, a saber, la presentación de comunicaciones entre Estados y de investigación confidencial, se identifican por estar sometida su experimentación a la expresa aceptación de los Estados partes mediante la técnica *opting* o *contracting in*, una declaración unilateral de voluntad que hasta la fecha (15 de octubre de 2013) sólo han manifestado dos de los once Estados partes en el Protocolo, El Salvador y Portugal<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> El art. 3 («Comunicaciones colectivas») de dicho proyecto (A/HRC/6/WG.4/2, p. 5) establecía, de un lado, «el derecho de las ONG reconocidas como entidades de carácter consultivo por el Consejo Económico y Social... a presentar comunicaciones en qué se dé cuenta de la observancia insatisfactoria por un Estado parte de cualesquiera de los derechos enunciados en el Pacto»; y, de otro lado, abría la posibilidad —inspirada en el Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea— de que los Estados partes declararan, en cualquier momento, que reconocen «el derecho de cualquier organización nacional no gubernamental representativa que se halle bajo su jurisdicción y que tenga competencia especial en las materias regidas en el Pacto a presentar comunicaciones colectiva contra él».

<sup>51</sup> Véanse las observaciones de la Federación de Rusia al término de los debates del Grupo de Trabajo (A/HRC/8/7), p. 28, párr. 219.

<sup>52</sup> Véase en <http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>.

### 3.1. *Comunicaciones entre Estados*

Que el procedimiento de comunicaciones interestatales sea de carácter opcional no es ninguna novedad en tratados de derechos humanos de vocación universal<sup>53</sup>. Sí lo es que su instauración haya sido prevista en un Protocolo en sí *facultativo* que, a su vez, hace depender la competencia del Comité para recibir y examinar una comunicación en la que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto de una nueva declaración estatal *ad hoc* (art. 10.1, que luego imitó el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12).

Conviene señalar que la insistencia en el carácter *opting in* del procedimiento de comunicaciones interestatales fue la condición impuesta en el *Grupo de Trabajo* por partidarios y detractores de su previsión en el Protocolo del PIDESC. Que este mecanismo de control sea todavía hoy una vía por experimentar en el sistema universal —y apenas esbozada en los regionales— fue la razón principal por la que el Comité optó por no incluirlo en el Proyecto (borrador) de Protocolo elaborado en 1996<sup>54</sup>, como la de que recientes instrumentos de derechos humanos tampoco lo prevean (caso de los Protocolos Facultativos de las Convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999) y sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). No es tanto la potencial utilidad del procedimiento la que se pone en duda<sup>55</sup>, sino más bien por lo contrario es, como en aquella ocasión afirmó el Comité, una «caja de Pandora que todas las partes prefieren mantener cerrada»<sup>56</sup>.

Por lo demás, el mecanismo de comunicaciones interestatales previsto en el presente Protocolo sigue el *iter* procesal establecido en otros instrumentos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas. De manera que, una vez que el Comité haya comprobado el reconocimiento de su competencia por los Estados interesados (denunciante y denunciado), está prevista, como primera medida, que el Estado que alegue el incumplimiento del Pacto lo señale a la atención del presunto infractor mediante una comunicación escrita, e informe de ello al mismo Comité (art. 10.1.a). Sólo después, y cumplido el plazo de seis meses sin que el asunto se re-

---

<sup>53</sup> La excepción la da la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (art. 11).

<sup>54</sup> E/CN.4/1997/105, pp. 6-7, párr. 14.

<sup>55</sup> Véase Rosa Ana Alija Fernández, «Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos» ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?, *REEI* (reeei.org), núm. 22 (2011).

<sup>56</sup> El Comité cita a Rosalyn Higgins, «Encouraging Human Rights», 2 *London School of Economic Quarterly* (1988): p. 249.



suelva a satisfacción de los implicados (art. 10.2.b), cualquiera de ellos puede someterlo al Comité, que conocerá del asunto una vez cerciorado del agotamiento de los recursos internos del Estado denunciado (a menos que la sustanciación de éstos se prolongue injustificadamente, art. 10.1.c). Admitida la comunicación, el Comité prestará sus *buenos oficios* de manera reservada a fin de lograr una *solución amistosa* basada en el respeto de los derechos protegidos en el Pacto (art. 10.1.d y e). De no lograrse, el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes al asunto, las declaraciones por escrito y una relación de las orales, y «podrá transmitir únicamente a los Estados partes interesados cualesquiera observaciones que considera pertinentes al asunto entre ambos» (art. 10.1.ii).

Sabido es que las observaciones y recomendaciones del Comité no son —como la del resto de sus pares respecto de cualquier procedimiento sometido a su cargo— jurídicamente obligatorias para las partes, que únicamente tendrán que soportar, en su caso, la presión moral y política de verse reflejados en el informe anual del Comité (arts. 15 del Protocolo y 19 del Pacto). Ahora bien, a diferencia del resto de mecanismos de supervisión establecidos en el Protocolo, no se ha previsto en el marco del procedimiento interestatal ninguna medida de seguimiento de las actuaciones del Comité ¿Será porque ya se le augura poca actividad al respecto?

### 3.2. *Investigación confidencial*

El procedimiento de investigación es un mecanismo de control que en el marco de tratados de derechos humanos de ámbito universal inauguró la Convención contra la tortura (1984, art. 20), a la que siguieron los Protocolos Facultativos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999, art. 8) y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, art. 6).

El Protocolo Facultativo del PIDESC los imita (art. 11), si bien con una notable diferencia, a saber, que mientras en aquellos instrumentos el procedimiento es obligatorio de no mediar una expresa declaración de exclusión (*opting o contracting out*), técnica que asimismo sigue el Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los derechos del niño (art. 13.7), la competencia del Comité del PIDESC se hace depender, como ya se señaló, de la expresa aceptación (*opting o contracting in*) de los Estados partes por virtud de una cláusula facultativa (art. 11.1)<sup>57</sup>. Conviene además

---

<sup>57</sup> Toda declaración formulada con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 podrá ser retirada, dispone el párrafo 8 del mismo precepto, «en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General».

hacer hincapié en que todas las etapas del procedimiento de investigación requieren la colaboración del Estado parte concernido (art. 11.4).

En cuanto al *iter* procesal, el resorte que activa la investigación tiene su parangón con los procedimientos especiales (*extraconvencionales*) de derechos humanos en la medida en que será la recepción de «información fidedigna» en la que se dé cuenta de «violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de cualesquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto» la que dará pie al Comité para «invitar a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información» (art. 11.2). A partir de ahí, el Comité podrá emprender un examen preliminar de la información recibida para decidir su fiabilidad tomando en consideración, no sólo las observaciones que haya presentado el Estado interesado, sino también «cualquier otra información fidedigna puesta a su disposición» (art. 11.2 y 3), entre las que —según se desprende de la práctica de otros órganos de tratados de derechos humanos<sup>58</sup>— cabe considerar la contenida en documentos de Naciones Unidas y Organismos especializados, así como, dado el carácter abierto del procedimiento en cuanto a las fuentes de información, las que a la atención del Comité remitan personas, grupos, ONG y otras entidades de la Sociedad Civil. Asimismo, considerando que el Comité determinará la forma y manera en que obtendrá cualquier información adicional, el Protocolo del PIDESC le atribuye la facultad de encargar a uno o más de sus miembros que realicen una investigación y «presente(n) con carácter urgente un informe al Comité», incluso, «[C]uando se justifique y contando con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio» (art. 11.3)<sup>59</sup>.

Tras la investigación, las actuaciones del Comité concluirán en esta fase de examen con la transmisión de sus conclusiones, junto con cualquier comentarios o recomendaciones que estime oportunas, al Estado interesado (art. 11.5), que en el plazo de seis meses presentará sus propias observaciones (art. 11.6). Como en el procedimiento de comunicaciones de personas o grupos (art. 9), el Protocolo también contempla el «seguimiento del procedimiento de investigación» (art. 12). Con este objetivo, el Comité

---

<sup>58</sup> En particular la desarrollada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer en el marco del procedimiento de investigación previsto en el Protocolo de 1999 (art. 8); véase el *Resumen comparativo de los procedimientos y las prácticas existentes de comunicaciones e investigación en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos y el sistema de Naciones Unidas* (E/CN.4/2005/WG.23/2), pp. 15-16.

<sup>59</sup> El art. 87 del Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer explicita que tales visitas podrán incluir audiencias que permitan a los miembros del Comité determinar hechos o cuestiones pertinentes para la investigación.

podrá invitar al Estado en cuestión a que le informe de las medidas que hubiere adoptado como resultado de la investigación, bien sea por conducto del informe periódico de conformidad con las previsiones del Pacto (arts. 16 y 17) y/o con carácter *ad hoc* una vez transcurrido el período de seis meses desde la fecha de recepción de las conclusiones del Comité.

El procedimiento de investigación tiene carácter confidencial en todas sus etapas (incluidas las reuniones celebradas por el Comité y los documentos relativos al procedimiento), a excepción del resumen de la investigación que pueda figurar en su informe anual (art. 15). Ahora bien, el Protocolo (art. 11.7) le impone al Comité «celebrar consultas con el Estado parte interesado» antes de «tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el art. 15...».

#### 4. Comunicaciones de personas o grupos de personas, centro solar de los mecanismos de supervisión

El centro solar de los mecanismos de control del Pacto establecidos en el Protocolo lo ocupa el *procedimiento de presentación de comunicaciones de particulares*. Para su expresa previsión fue concebido el Protocolo<sup>60</sup> y a él están consagradas más de la mitad de sus actuales disposiciones (artículos 1-9 y 13). Su gestación consumió, también por eso, el grueso de los debates habidos en el Grupo de Trabajo, como los más peliagudos cuando de las bases que sustentan el procedimiento se trató. Motivo de discusión fue desde la competencia del mismo Comité para recibir y examinar las comunicaciones, la cual se impuso no obstante de manera natural (art. 1 del Protocolo)<sup>61</sup>; qué derechos garantizados en el Pacto podrían ser objeto de una comunicación, cuestión que se ligó a la prohibición —o no— de formular reservas; quién estaría legitimado para presentar la denuncia, lo que se saldó a favor del modelo estándar del sistema ONU, que confiere *locus standi* a «personas o grupos de personas» que se hallen bajo la jurisdicción

---

<sup>60</sup> Véase el documento analítico sometido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) (A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993, Anexo II).

<sup>61</sup> La coherencia con el sistema de Naciones Unidas y la complementariedad, confirmada en la práctica, entre sus dos principales funciones, examen de informes periódicos y de comunicaciones de particulares, avalaban la capacidad del Comité. Por otro lado, la posibilidad —sugerida por algunos delegados— de conferir al Comité la condición de órgano creado en virtud de tratado fue descartada, tanto porque extralimitaba el mandato del Grupo como porque la carencia de tal condición «no impedía que los Estados le otorgaran [al Comité] el mandato de recibir comunicaciones con arreglo a un Protocolo Facultativo»; *Informe del Grupo de Trabajo* en su segundo período de sesiones (E/CN.4/2005/52), p. 22, párr. 97.

de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado» (art. 2)<sup>62</sup>; qué condiciones habría de superar para la admisibilidad de la comunicación, así como el resultado que cabría esperar sobre la decisión del fondo de un caso. Examinaremos los aspectos del procedimiento más controvertidos.

#### 4.1. *Ámbito material de la comunicación*

Qué derechos garantizados en el Pacto podían ser objeto de una comunicación fue la cuestión que más debate generó. Sobre la misma, la Presidenta-Relatora del Grupo apuntó —como en su día hizo el mismo Comité<sup>63</sup>— la posibilidad de acudir a diversos enfoques: 1) *exhaustivo, integral o global*; 2) *restrictivo o limitado* a las Partes II y III del Pacto; y, 3) *selectivo o a la carta*<sup>64</sup>. Sus consecuencias en el principio de indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos, sus efectos en la jerarquización y afirmación de la *justiciabilidad* y la promoción de todos los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional e internacional, así como la posibilidad de que los objetivos que se persiguen con el criterio selectivo pudieran conseguirse mediante la formulación de reservas, fueron los principales aspectos sobre los que la Sra. de Albuquerque llamó la atención del Grupo a los efectos de que sus miembros tomaran partido por el enfoque que estimaran más conveniente<sup>65</sup>. No fue sin embargo esta correlación de intereses lo que motivó la opción por la que se decantaron todos los delegados.

A favor del criterio *a la carta* se pronunciaron los más acérrimos *enemigos* del Protocolo (Estados Unidos, el Reino Unido, la Federación de Rusia y China, entre otros). Su principal argumento consistió en que, dada la flexibilidad de este criterio, «permitiría que un número mayor de Estados se hicieran partes en el Protocolo y... circunscribieran la aplicación del procedimiento a los derechos respecto de los cuales hubiera remedios en el plano

---

<sup>62</sup> Siguiendo el mismo modelo, el Protocolo permite además «presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas» siempre que cuenten con «su consentimiento, a menos que el autor —de la comunicación— pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento».

<sup>63</sup> Proyecto de Protocolo facultativo del Pacto sometido por el Comité a la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1997/105), pp. 11-13, párrs. 24-28.

<sup>64</sup> Véase el *Documento analítico* preparado por la Sra. de Albuquerque «Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo...» (E/CN.4/2006/WG.23/2), pp. 4-5, párr. 5; y el *Memorando de explicación* del primer proyecto sometido al Grupo (A/HRC/6/WG.4/2), pp. 14-15, párrs. 3-6.

<sup>65</sup> E/CN.4/2006/WG.23/2, pp. 6-7, párr. 8.

nacional»<sup>66</sup>. Los mismos Estados propusieron confeccionar el modelo a la carta en dos hechuras: a) la presumiblemente más estrecha que condicionaría el ámbito de aplicación del procedimiento «eligiendo a la carta»<sup>67</sup> la gama de derechos expresamente aceptados mediante una cláusula facultativa (*opting in*)<sup>68</sup>; o b) «rechazando a la carta»<sup>69</sup> las disposiciones y/o derechos específicos del Pacto aplicables de no mediar su expresa declaración de voluntad (*opting out*)<sup>70</sup>.

La Coalición de ONG por un Protocolo Facultativo, los principales grupos regionales —de Estados Africanos y del GRULAC— y algunos Estados europeos (España, entre ellos) apoyaron un enfoque *exhaustivo*<sup>71</sup> que permitiera denunciar la supuesta violación de todos los derechos enunciados en el Pacto. Un enfoque a la carta, observaron en réplica de lo anterior, «establecería un orden de jerarquía entre los derechos humanos e iría en desmedro de la relación recíproca de los artículos del Pacto, modificaría el fondo de éste, no protegería los intereses de las víctimas y contravendría el propósito del protocolo facultativo de fortalecer la aplicación de todos los derechos económicos, sociales y culturales»<sup>72</sup>.

El proyecto original de Protocolo elaborado (en 2007) por la Sra. de Alburquerque incluyó (art. 2) ambos enfoques, *selectivo*, mediante la técnica

<sup>66</sup> Así opinaron, en particular, Alemania, Australia, China, Dinamarca, los Estados Unidos, Grecia, Japón, Nueva Zelandia, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido, la República de Corea, la Federación de Rusia, Suiza y Turquía; *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8), p. 8, párr. 37.

<sup>67</sup> Según lo denominó la Presidenta-Relatora (E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5).

<sup>68</sup> Polonia y el Reino Unido se declararon partidarios de esta hechura, que calificaron de «criterio de inclusión optativa»; *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 9, párr. 38).

<sup>69</sup> También denominado de «reserva» o «exclusión» (E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5, y A/HRC/6/WG.4/2, p. 14, párr. 3).

<sup>70</sup> Para que no se les viera tanto el plumero, también propusieron (República de Corea y el Reino Unido) la posibilidad de combinar el criterio *selectivo* con el denominado «enfoque de plazos limitados», que obligaría a los Estados a aumentar paulatinamente su compromiso por virtud del procedimiento de cara a su cobertura total o, al menos, a explicar las razones de no hacerlo; *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 9), párrs. 38 y 39.

<sup>71</sup> A favor del mismo se pronunciaron expresamente: Bélgica, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Chile, Ecuador, Egipto (en nombre del Grupo de Estados Africanos), Eslovenia, España, Etiopía, Finlandia, Francia, Guatemala, Italia, Liechtenstein, México, Nigeria, Noruega, Perú, Portugal, Senegal, Sudáfrica, Uruguay y Venezuela, *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 8), párr. 33. Aunque Suecia se pronunció a favor del criterio *exhaustivo*, su delegación también propuso que el ámbito de las comunicaciones se circunscribiera «a las violaciones importantes o significativas»; *ibid.*, párr. 34.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 33; véase, también, el *Informe del Grupo* en su tercer período de sesiones (E/CN.4/2006/47), p. 8, párr. 33.

*opting out*, y *exhaustivo*, éste combinado con el denominado criterio *restrictivo* o *limitado* a los derechos enunciados en las Partes II y III del Pacto<sup>73</sup>, lo que en consecuencia excluía del ámbito de aplicación del procedimiento las comunicaciones relativas a la reivindicación del derecho de los pueblos a su libre determinación y a la disposición de sus riquezas y recursos naturales (Parte I, artículo 1). Que el derecho de autodeterminación esté ya sometido a un procedimiento de comunicaciones por virtud del Protocolo del PIDCP (art. 1, común) y que el Comité de Derechos Humanos no haya admitido hasta la fecha ninguna reclamación sobre el mismo en consideración a su naturaleza colectiva<sup>74</sup> (aunque sí para interpretar otros derechos enunciados en el Pacto)<sup>75</sup>, fueron los argumentos barajados en el Grupo para, el 4 de abril de 2008, acordar remitir al Consejo de Derechos Humanos el art. 2 del Proyecto de Protocolo con esta redacción: «Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas... que aleguen ser víctimas de una violación [por un Estado parte] de cualquiera de los derechos enunciados en las Partes II y III del Pacto...»<sup>76</sup>.

Pero la última palabra la tuvo el proyecto de resolución presentado en el mismo Consejo por Portugal, y copatrocinado por otros (cuarenta) Estados<sup>77</sup>, dirigido a reemplazar en el art. 2 del Protocolo la explícita referencia a las Partes II y III del Pacto por la más general «cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto». Pese a las críticas que la propuesta generó<sup>78</sup> por haber sido presentada en el último momento (dijo el Reino Unido), sin que las delegaciones interesadas hayan te-

<sup>73</sup> Véase el *Memorando de Explicación* de dicho proyecto (A/ARC/6/WG.4/2), p. 16, párr. 6.

<sup>74</sup> Véase, por ejemplo, *Ominayak (Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon)*, c. *Canadá* (167/1984), CCPR/C/38/D/167/1984 (1990), parr. 32.1; *E.P. et al. c. Colombia* (318/1988), CCPR/C/39/D/318/1988 (1990), párr. 8.2; y *A.B. et al. c. Italia* (413/1990), CCPR/C/40/D/413/1990 (1991), párr. 3.2.

<sup>75</sup> En particular, los artículos 25, 26 y 27; por ej., *Diergaardt et al. c. Namibia* (760/1997), CCPR/C/69/D/760/1996 (2000), párr. 10.3.

<sup>76</sup> A/HRC/8/7, Anexo I, p. 35.

<sup>77</sup> Proyecto de resolución (A/HRC/8/L.2/Rev. 1/Corr.1) presentado en la 27.ª sesión del Consejo de Derechos Humanos (18 de junio de 2008) por el representante de Portugal y copatrocinado por: Alemania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chile, Croacia, Ecuador, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Guatemala, Honduras, Italia, México, Montenegro, Panamá, Perú, ex República Yugoslava de Macedonia, Timor Leste, Ucrania y Uruguay, a los que posteriormente se sumaron: Angola, Armenia, Azerbaiyán, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia Cuba, Djibouti, Egipto, Eslovaquia, Etiopía, Malí, Marruecos, Nicaragua, Senegal, Uganda y Venezuela; véase el Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su octavo período de sesiones (A/HRC/8/52, p. 92, párr. 118).

<sup>78</sup> Véase por todo A/HRC/8/52, p. 92, párr. 119, y A/C.3/63/SR.40, pp. 5-7, párrs. 23, 29 y 33.

nido tiempo de realizar las consultas necesarias (apuntó Japón), y reflejar por eso únicamente la opinión de un grupo de Estados y no de la totalidad (apostilló Canadá), salvar el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos garantizados en el Pacto, así como la coherencia con el régimen integral establecido en los procedimientos de comunicaciones del sistema de Naciones Unidas (del Pacto *gemelo*, en particular), sirvieron al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General para dar luz verde al art. 2 del Protocolo según la nueva redacción propuesta. Cuestión distinta será la interpretación que derive de su aplicación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya la avanzó cuando en 1996 propuso que el procedimiento de comunicaciones del futuro Protocolo abarcara «cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto» (arts. 1 a 15), lo cual, advirtió, «no impedirá en modo alguno el funcionamiento de diversas salvaguardias de procedimiento que ayuden a asegurar que el procedimiento no llevará a la consideración de cuestiones que no corresponden a ese ámbito», señalando en particular «que el derecho a la libre determinación debía abordarse en el marco de este procedimiento únicamente en la medida en que estén en juego dimensiones económicas, sociales y culturales de ese derecho»<sup>79</sup>. Dimensiones que en mi opinión son hoy el núcleo duro del respeto y garantía del derecho de libre determinación de los pueblos (coloniales)<sup>80</sup>.

Sin embargo, hay quienes (como Canadá y el Reino Unido) se apresuraron a señalar (durante el debate del proyecto de Protocolo en la Asamblea General)<sup>81</sup> que «cuando el Comité examine una reclamación deberá considerar si el Estado de que se trate ha violado un *derecho individual* enunciado en la tercera parte del Pacto, teniendo presente la segunda...», y en todo caso debe seguir el ejemplo de su homólogo, el Comité de Derechos Humanos, a saber, «negarse a recibir y examinar comunicaciones relativas a la primera parte del Pacto (art. 1) o a investigar presuntas violaciones relacionadas con esa parte..., ya que en el marco del derecho de los pueblos a la libre determinación se prevé el sistema de presentación de informes». Argentina, por su parte, ha añadido a su instrumento de ratificación del Protocolo del PIDESC una declaración en la que «expresa su en-

---

<sup>79</sup> E/CN.4/1997/105, pp. 11-12, párr. 25; véase, también, el Resumen analítico sometido por el Comité a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena (1993) (A/CONF.157/PC/62/Add.5), pp. 25-26, párr. 79.

<sup>80</sup> Véase Rosa Riquelme Cortado, «Soberanía permanente del pueblo saharauí sobre sus recursos naturales», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011* (Madrid: Tecnos, 2013), pp. 385-449.

<sup>81</sup> A/C.3/63/SR.40, pp. 5 y 7, párrs. 23 y 33.

tendimiento de que el sistema de comunicaciones establecido en dicho instrumento no se aplicará al derecho de los pueblos a la autodeterminación en ningún contexto relacionado con controversias de soberanía»<sup>82</sup>. Las espadas siguen, pues, en alto.

#### 4.2. *Condiciones de admisibilidad*

Comprobada la competencia del Comité por virtud del reconocimiento del Estado denunciado (art. 1.2), las condiciones de admisibilidad a las que el Protocolo somete las comunicaciones de particulares son, en general, más estrictas que las exigidas para el mismo procedimiento en otros tratados de derechos humanos<sup>83</sup>, lo que en sí mismo hace presumir que un número aún mayor de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales podrían quedar sin expreso pronunciamiento sobre el fondo<sup>84</sup>.

En primer lugar, la única excepción a la obligación de interponer y agotar los recursos disponibles en la jurisdicción interna que el Protocolo contempla (art. 3.1) estriba en que «la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente», sin atender que sea improbable que con los mismos se llegue a una reparación efectiva, como exigen la mayoría de instrumentos de derechos humanos de última generación. Ahora bien, el silencio del Protocolo no debería impedir al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpretar, en la línea mantenida por el Comité de Derechos Humanos<sup>85</sup>, que el agotamiento de los recursos internos sólo es exigible si están disponibles y son eficaces. En segundo lugar, el Protocolo (art. 3.2.a) impone a la presentación de la comunicación un plazo —de un año— hasta entonces extraño en tratados de ámbito universal<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Tomo la traducción del *BOE* (núm. 48, de 25 de febrero de 2013) que publicó el Instrumento de ratificación de España del Protocolo Facultativo del PIDESC.

<sup>83</sup> Véase Malcolm Langford, «Closing the Gap?: An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *NJHR*, vol. 27, núm. 1 (2009): pp. 1-28; y en el mismo número de esta revista, Martin Scheinin y Malcolm Langford, «Evolution or Revolution?: Extrapolating From the Experience of the Human Rights Comité» (2009): pp. 108-111.

<sup>84</sup> Sirva como muestra la práctica del Comité de Derechos Humanos, en la que aproximadamente un tercio de las denuncias de particulares son declaradas inadmisibles por una u otra causa, y apenas llegan al cincuenta por ciento los casos en los que el Comité declaró que hubo violación; para la práctica de otros órganos del sistema de Naciones Unidas, véase el cuadro comparativo que figura en el documento E/CN.4/2005/WG.23/2, p. 14.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, *Sr. Zdenek y Sra. Milada Ondracka c. República Checa* (1533/2006), CCPR/C/91/D/1533/2006 (dictamen, 31 octubre de 2007, párr. 6.3).

<sup>86</sup> El único antecedente era, en este ámbito, el Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (art. 91.f).



(que luego copió el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7.h) «salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo»<sup>87</sup>. Vanos resultaron los esfuerzos de la Coalición de ONG por evitar o flexibilizar al menos la indicación de un término perentorio que no cabe duda obstaculizará las denuncias de violación del PIDESC<sup>88</sup>.

Ofrecer al Comité cierto margen de discrecionalidad que le eviten «ocuparse de reclamaciones de menor importancia», fue el razonamiento argüido por el Reino Unido —secundado por otros Estado<sup>89</sup>— para proponer una nueva condición de admisibilidad que tomó cuerpo en el art. 4 del Protocolo, por cuya virtud el Comité, de ser necesario, «podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja», estableciéndose como excepción que el «Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general».

Expresión de la máxima *de minimis non curat praetor*, está condición cuenta como precedente en tratados de derechos humanos con el art. 35.3.b) del Convenio Europeo (modificado, primero, por el Protocolo 14 y, más recientemente, por el Protocolo 15<sup>90</sup>, aún no en vigor<sup>91</sup>), siendo su principal propósito optimizar la calidad y eficacia del procedi-

<sup>87</sup> La imposición del plazo se debió a una sugerencia de Canadá, Suecia y Sudáfrica, a la que no hicieron ascos otros Estados (entre ellos, Argentina, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, México y Rusia) familiarizados con requisitos similares en sus sistemas regionales (de derechos civiles y políticos, dicho sea de paso); véase el *Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo preparado por la Presidenta Relatora (A/HRC/6/WG.4/2), p. 18, párr. 13, y el *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8), p. 12, párr. 61.

<sup>88</sup> De optarse por la mención de un plazo, la Coalición de ONG propuso utilizar la fórmula de un «plazo razonable» prevista en la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (art. 56.6); *Informes del Grupo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8), p. 12, párr. 61, y quinto, período de sesiones (A/HRC/8/7), p. 8, párr. 52.

<sup>89</sup> Entre ellos, Australia, Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia y Suecia; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/8/7), pp. 9 y 20, párrs. 59 y 155. En contra se manifestaron inicialmente

<sup>90</sup> Protocole 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, de 24 de junio de 2013, cuyo art. 5 tiene por objeto dar mayor efecto a la máxima de minimis non curat praetor mediante la supresión de la condición establecida en el art. 35.3.b «de ne rejeter por ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne».

<sup>91</sup> La entrada en vigor del Protocolo (art. 7) se hace depender de la manifestación del consentimiento de todas las partes contratantes en la Convención de Roma (1950). A 15 de octubre de 2013 tan solo un Estado (Irlanda) había ratificado el presente Protocolo; véase la lista de tratados del Consejo de Europa, [http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraités.asp?CM=8&CL=FRE)

miento de denuncias de particulares, recibidas en sede europea por miles, lo que no aventura ser el caso del Protocolo del Pacto. Por otro lado, también está por determinar qué interpretación derivará de la expresión *clara desventaja*. Se ha dicho que su lectura literal parecería implicar «que toda alegación requiere un juicio comparativo, cuando en realidad este juicio sólo es relevante en aquellos casos en los que se plantee una violación del principio de no discriminación»<sup>92</sup>, lo que podría conferirle el sentido previsto en el Convenio europeo de «perjuicio importante»<sup>93</sup>.

#### 4.3. *Examen de la comunicación a tenor del carácter razonable de las medidas adoptadas por el Estado parte*

Superado el filtro de la admisibilidad, las previsiones del Protocolo en lo tocante al *iter* procesal de la comunicación no se alejan de las establecidas para este mecanismo de control en otros tratados de Naciones Unidas, caracterizados por el carácter reservado que guía todo el procedimiento, desde la tramitación de la comunicación (art. 6.1) hasta su examen en «sesiones privadas» (art. 8.2) del Comité acerca de si «a la luz de toda documentación que se haya puesto a su disposición» (art. 8.1)<sup>94</sup> ha habido o no violación de los derechos protegidos. Sin embargo, a diferencia de otros tratados<sup>95</sup>, el Protocolo del Pacto no garantiza la confidencialidad de la identidad de las víctimas<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Véase Christian Courtis, *Comentario del Protocolo Facultativo del PIDESC* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CIJ, 2008), pp. 68-69 (accesible en [http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_1375160761/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf); y Claire Mahon, op. cit., nota 45, p. 636.

<sup>93</sup> En 2009, la Guía práctica sobre la admisibilidad elaborada por el Consejo de Europa advertía no obstante que era «demasiado pronto para describir un marco preciso de la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito» (puede consultarse en [www.echr.int](http://www.echr.int)).

<sup>94</sup> A fin de asegurar la cooperación entre los órganos de tratados de derechos humanos y evitar la duplicación entre los procedimientos de comunicaciones, el art. 8.3 del Protocolo confiere facultades discrecionales al Comité para consultar, según convenga, «la documentación pertinente procedente de otros órganos —organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales—, «incluidos los sistemas regionales de derechos humanos», así como «cualesquiera observaciones y comentarios del Estado parte interesado».

<sup>95</sup> Por ejemplo, los Protocolos Facultativos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 14.6.a) y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 6.1).

<sup>96</sup> Una propuesta de Portugal («La identidad de las personas o grupos de personas interesadas no se revelará sin su consentimiento expreso», A/HRC/6/8, p. 14, párr. 77) fue desestimada por el Grupo considerando que «el conocimiento de la identidad del autor o autores

En todo caso la singularidad del Protocolo la determinó la naturaleza de los derechos garantizados en el Pacto y, a partir de ahí, los criterios que al examinar el fondo de las comunicaciones deben guiar la decisión del Comité sobre su violación. Con tal propósito, el primer proyecto de Protocolo incorporó una disposición por cuya virtud «el Comité evaluará en qué grado son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos reconocidos»<sup>97</sup>. Aclarar el sentido del término «razonables» y garantizar manga ancha al *margen de apreciación* de los Estados en la formulación de políticas y la asignación de recursos a nivel nacional fueron la piedra de toque de las enmiendas formuladas a este texto por los más escépticos<sup>98</sup>.

Se insistió, en particular, en añadir una disposición en la que expresamente se indicara que «[E]n su determinación el Comité tendrá presente el *amplio margen de valoración* del Estado Parte para determinar la utilización óptima de sus recursos»<sup>99</sup>. En contra se manifestaron otros Estados y todas las ONG, considerando que la misma «equivalía prácticamente a modificar el Pacto», «socavaba el objetivo básico del Protocolo» y hacía «recaer una mayor carga de la prueba en las víctimas»<sup>100</sup>. Se puntualizó igualmente que la expresa referencia al margen de apreciación «ya estaba implícita en el Pacto y no era necesario incluir tales criterios en el Protocolo»<sup>101</sup>. El mismo Comité adoptó (en 2007) la Declaración antes mencionada, relativa a la «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que dispone* de conformidad con un

---

por el Estado parte parece requisito imprescindible para facilitar un recurso eficaz» (A/HRC/8/WG.4/2, p. 18, párr. 24). Otra cosa sería —se dijo— que el Reglamento, partiendo de la base de que el secreto permanente sobre la identidad del autor debería ser la excepción, dispusiera la posibilidad de solicitar su «objección expresa a que se revele su identidad, en lugar de pedir su consentimiento expreso para que pueda revelarse»; *ibíd.*

<sup>97</sup> Art. 8.4 del *Memorando de explicación* del Proyecto original de Protocolo Facultativo del PIDESC (A/HRC/6/WG.4/2), p. 21, párr. 19.

<sup>98</sup> Véase por todo el *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8), p. 16, párrs. 94 y 95.

<sup>99</sup> Propuesta abanderada por Estados Unidos y el Reino Unido, y apoyada por Canadá, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia y Suecia; *Informes del Grupo* en su tercer (E/CN.4/2006/47, pp. 18,19 párrs. 92-95), cuarto (A/HRC/6/WG.4/2, p. 16, párrs. 93 y ss.) y quinto período de sesiones (A/HRC/8/7, p. 12, párr. 90, p. 22, párrs. 171-174).

<sup>100</sup> Véanse en este sentido las observaciones de Bélgica, Eslovenia, México, Portugal, la Coalición de ONG, Amnistía Internacional, la CIJ, FIAN (*FoodFirst Information and Action Network*) y el Centro Noruego para los Derechos Humanos; *Informe del Grupo* en su cuarto (p. 16, párr. 95) y quinto período de sesiones (p. 22, párr. 171).

<sup>101</sup> *Memorando de explicación* del Proyecto (primero) de Protocolo (A/HRC/6/WG.4/2), p. 21, párr. 29.

Protocolo Facultativo»<sup>102</sup>, en la que hizo votos de que *invariablemente* respetaba —en el marco del procedimiento de informes periódicos— y respetaría —en el de comunicaciones— «el *margen de flexibilidad* que se reconoce a los Estados» teniendo presente en todo momento su papel «a los efectos de elaborar, aprobar, financiar y aplicar leyes y políticas sobre derechos económicos sociales y culturales» y determinar así «cuál es la mejor forma de utilizar sus recursos» y «establecer el orden de prioridad que [...] más se ajuste a sus circunstancias particulares»<sup>103</sup>.

Ayudados por este viento de cola, fue una propuesta abanderada por Canadá<sup>104</sup> la que constituyó la base del consenso que hoy contempla el art. 8.4 del Protocolo, según el cual «hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado parte» denunciado serán evaluadas por el Comité «de conformidad con la parte II del Pacto», y «[A] hacerlo... tendrá presente que el Estado parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto». De manera que pese a la reluctancia que inicialmente provocó en la mayoría el «margen de apreciación», el mismo está implícito en el segundo inciso de esta disposición<sup>105</sup>.

## 5. Medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales

La plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales exige, además, la activación de medidas de asistencia y cooperación internacionales como elementos indiscutidos de la aplicación del Pacto (art. 2.1), un papel esencial cuya consecución destacan otras de sus disposiciones, sustantivas unas (artículos 11.2 y 15.4) y adjetivas otras (artículos 22 y 23)<sup>106</sup>. En su *Observación general N.º 3* el Comité hizo, asimismo,

---

<sup>102</sup> E/C.12/2007/1, párr. 2.

<sup>103</sup> *Ibid.*, pár. 11.

<sup>104</sup> Canadá propuso para el art. 8.4 del Proyecto de Protocolo el siguiente texto: «hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto», y «si las medidas de política son apropiadas y se ha hecho un uso óptimo de los recursos de conformidad con sus prioridades internas, siempre que sean compatibles con sus obligaciones en virtud del Pacto». Australia, Dinamarca e Irlanda secundaron esta enmienda; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/8/7), p. 12, párr. 90, y p. 22, párr. 173.

<sup>105</sup> Bruce Porter, «The Reasonableness of Article 8 (4): Adjudicating Claims From the Margins», *NJHR*, vol. 27, núm. 1 (2009): pp. 39-53 (especialmente pp. 43-50).

<sup>106</sup> Véase Felipe Gómez Isa, «Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights», *REEI*, núm. 18 (2009).

hincapié en la intención que en este contexto tiene la expresión «hasta el máximo de los recursos de que disponga», a saber, la de referirse tanto a los existentes dentro del Estado «como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales», una obligación —recuerda el Comité— «bien establecida en Derecho Internacional» (artículos 55 y 56 de la Carta) que corresponde a todos los Estados, «particularmente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los demás a este respecto»<sup>107</sup>.

A fin de activar el art. 22 del Pacto —hasta ahora raramente invocado en el marco del procedimiento de informes periódicos— el Protocolo (art. 14.1) confiere al Comité facultades discrecionales para transmitir a los órganos competentes en cualquier aspecto de la cooperación internacional («organismos especializados, programas y fondos de las Naciones Unidas y otros órganos competentes»)<sup>108</sup> sus observaciones y recomendaciones «acerca de las comunicaciones e investigaciones en las que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia». El Comité también podrá (art. 14.2) señalar a la atención de esos órganos «toda cuestión surgida de las comunicaciones... que pueda ayudarlos a pronunciarse, cada uno en la esfera de su competencia, sobre la conveniencia de medidas internacionales para ayudar a los Estados partes a hacer valer de forma más efectiva los derechos reconocidos en el Pacto» (art. 14.2). Para que así sea se requerirá «el consentimiento del Estado parte interesado» (art. 14.1 y 2).

Para estimular y facilitar la asistencia y cooperación internacionales, el primer Proyecto de Protocolo previó, sobre la base de una propuesta del Grupo Africano<sup>109</sup>, la creación de un fondo *especial* —se adjetivó entonces—, que sería financiado «con contribuciones voluntarias» con miras a ayudar a los países con graves dificultades económicas a aplicar las medidas correctivas recomendadas por el Comité «en beneficio de las víctimas de las violaciones del Pacto». Esta disposición, de función eminentemente reparadora, se inspiró —dijo la Presidenta-Relatora<sup>110</sup>— en las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 79) y del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (art. 26). Sin embargo, su definitiva previsión en el Protocolo del PIDESC generó uno de los debates más

<sup>107</sup> *Observación general núm. 3*, párrs. 13 y 14.

<sup>108</sup> *Observación general núm. 2*, «Medidas internacionales de asistencia técnica» (E/1990/23), párr. 2.

<sup>109</sup> *Informe del Grupo* sobre su tercer período de sesiones (E/CN.4/2006/47), p. 15, párr. 78.

<sup>110</sup> *Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo (A/HRC/6/WG.4/2), p. 22, párr. 36.

calientes de su gestación, quedando en su camino parte de los primigenios objetivos para los que fue concebido.

Los opuestos en general al Protocolo, que hasta la fecha ni siquiera se han dignado firmar<sup>111</sup>, y algunos de sus declarados *amigos* (por ejemplo, Bélgica, Finlandia y Francia)<sup>112</sup> expresaron su preocupación por el establecimiento de un fondo que duplicaría los existentes en Naciones Unidas, supondría altos costes administrativos e impondría al ACNUDH una carga de trabajo adicional sin saber a ciencia cierta a quiénes beneficiaría ni cómo se harían llegar los fondos a las víctimas, y del que para más INRI derivaría el peligro de vincular las violaciones a la financiación haciendo pensar que el incumplimiento de las obligaciones del Pacto se podían justificar aduciendo la falta de asistencia internacional. Otros delegados, en réplica, afirmaron que las preocupaciones relativas a la duplicación de fondos no habían sido un problema para aprobar los previstos en otros instrumentos de derechos humanos (caso del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura); que la carga adicional para el ACNUDH no tenía porqué impedir su creación; y, sobre todo, que la aplicación de los dictámenes del Comité harían necesario contar con un fondo a fin de hacer efectiva la obligación jurídica enunciada en el artículo 2.1 del Pacto y en la Carta de Naciones Unidas de proporcionar asistencia internacional a los países en desarrollo, que no tenían intención de eludir sus obligaciones, pero que no podían hacerlas valer plenamente sin asistencia internacional...<sup>113</sup>.

Finalmente, el compromiso se alcanzó in extremis<sup>114</sup> para crear un fondo *fiduciario* «con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General en la materia, que será administrado conforme al Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera detallada de las Naciones Unidas», al que se le ha amputado su finalidad eminentemente reparadora mediante la supresión de la expresión «y en beneficio de las víctimas...». Del art. 14.3 también se borró la expresa referencia al carácter *voluntario* de las contribuciones, si bien —como dijeron algunas delegaciones— ello no debía interpretarse en el sentido de que las contribuciones al fondo «pasaran a ser

---

<sup>111</sup> Caso Austria, Australia, Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido, Suecia y Suiza; véanse los *Informes del Grupo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8), p. 20, párr. 127, y quinto períodos de sesiones (A/HRC/8/7), p. 15, párrs. 114 y 117, y p. 24, párrs. 183-185.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Así lo expresaron, en particular, Argentina y Egipto en nombre de los países del Grupo Africano; *Informes del Grupo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8), p. 21, párr. 130, y quinto períodos de sesiones (A/HRC/8/7), p. 15, párr. 115.

<sup>114</sup> En la segunda parte del quinto período de sesiones del Grupo (31 de marzo-4 de abril de 2008, A/HRC/8/7, pp. 24-26), cuyas discusiones estuvieron prácticamente centradas en todo el período acerca de si y cómo se debía instaurar el Fondo.

obligatorias, sino que el nivel de las contribuciones quedaría a discreción de los Estados partes y dependería del nivel de recursos de que dispusiera, de conformidad con la obligación impuesta en el art. 2.1 del Pacto»<sup>115</sup>.

Un último párrafo del art. 14 (4) pretende dejar constancia de que «las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la obligación de todo Estado parte de cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto»<sup>116</sup>.

## 6. Reflexiones finales

La elaboración del Protocolo del PIDESC, afirmó su Comité en el documento analítico sometido a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), conseguiría entre sus *objetivos básicos* «acrecentar el entendimiento del contenido normativo de los derechos —económicos, sociales y culturales— y, así, arrojar más luz sobre los aspectos de la noción de *iuscitiabilidad*»<sup>117</sup>. Pero no solo eso, pues a partir de ahí derivaría toda una larga serie de corolarios. En particular, subrayó la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo que laboró por su gestación, Sra. Catarina de Albuquerque<sup>118</sup>, el Protocolo brindaría medios para la *protección integral* de los derechos económicos, sociales y culturales, hasta ahora sólo proporcionada de forma *fragmentaria* y poco sistemática a través del prisma de los derechos civiles y políticos, como muestra la práctica del Comité de Derechos Humanos<sup>119</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>120</sup> y la Corte Inte-

---

<sup>115</sup> Así lo afirmó Egipto en nombre de los países del Grupo Africano; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 20, párr. 128).

<sup>116</sup> Se ha dicho (C. Curtis, op. cit., nota 92, p. 111) que «la intención que subyace a este agregado es la de subrayar que, más allá de la existencia de obligaciones legales de cooperación y asistencia internacionales, los Estados partes siguen siendo los principales responsables del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales».

<sup>117</sup> A/CON.157/PC/62/Add.5, p. 18, párr. 46.

<sup>118</sup> Véase el Documento analítico sobre los «Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del PIDESC» (E/CN.4/2006/WG.23/2), p. 31, párr. 64.

<sup>119</sup> Véase, por ejemplo, la Comunicación No. 182/1994, *FH Zwaan-de Vries contra los Países Bajos*, en la que el Comité de Derechos Humanos (en el dictamen aprobado el 9 de abril de 1987) abordó en lo que respecta al derecho de la seguridad social cuestiones relacionadas con la no discriminación (CCPR/C/29/D/182/1984). Sobre la labor del Comité en este ámbito, véase Martin Scheinin y Malcolm Langford, op. cit., nota 83 (2009), pp. 103-108.

<sup>120</sup> Un compendio de las decisiones del Tribunal Europeo relativas a esta gama de derechos puede consultarse en los informes elaborados por el Grupo de Trabajo sobre los Derechos Sociales (GT-DH-SOC) del Consejo de Europa, «Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los derechos sociales», Comité de Dirección de los Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre los derechos Sociales, GT-DH-SOC (2005/004);

americana<sup>121</sup>. La experiencia de los procedimientos de comunicaciones en el sistema de Naciones Unidas u otros órganos de derechos humanos permite además comprobar que éstos no sólo han servido para ofrecer auxilio a las víctimas, sino que asimismo han desempeñado una importante función catalítica a nivel nacional, orientando la jurisprudencia a la hora de interpretar el alcance de los derechos humanos e impulsado la promulgación de legislación dirigida a prohibir determinadas acciones o mejorar las condiciones que condujeron a denunciar su violación, sobre las que el Comité ya ha proporcionado importantes *indicadores*<sup>122</sup>.

Tras cerca de dos décadas de gestación, la Asamblea General aprobó sin someter a votación el Protocolo Facultativo del PIDESC en el emblemático día conmemorativo del 60.º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008). La adopción del Protocolo, se proclamó a bombo y platillo, constituía «un hito en la historia del sistema universal que proporcionaría un impulso importante y se traduciría en una renovada atención de esta gama de derechos»<sup>123</sup>, con el que se daba «un paso esencial»<sup>124</sup> hacia su eficacia internacional mediante la corrección del desequilibrio entre categorías de

---

véase también el examen que al respecto hacen en nuestra doctrina Carmen Morte Gómez y Sergio Salinas Alcega, «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en A. Embid Irujo, dir., op. cit., nota 3 (2009), pp. 359-411.

<sup>121</sup> Véase Verónica Gómez, «Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System» (Oxford: M.A. Baderin y R. Mccorquodale, eds., 2007), pp. 167-194; Tara J. Melish, «The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity», en M. Langford, ed., *Social Rights Jurisprudence: Emerging trends in International and Comparative Law* (New York: Cambridge University Press, 2008), pp. 409-471; Laurence Burgorgue-Larsen, «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos», en A. Embid Irujo, dir., op. cit., nota 3 (2009), pp. 337-358; Damián A. González-Salzburg, «Derechos económicos y sociales en el sistema interamericano de derechos humanos: Pensando en nuevas estrategias para obtener protección judicial», *Internacional Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 18 (2011): pp. 117-154; Carlos Tejero García, «Algunas consideraciones sobre el avance en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, con especial referencia a la práctica del sistema interamericano», en *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 2 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), pp. 1297-1317 (especialmente, pp. 1312-1316).

<sup>122</sup> Sobre la necesidad, no obstante, de avanzar en su mayor precisión a fin de determinar el grado de cumplimiento de esta gama de derechos, véase Alfonso M. Chacón Mata, «Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 43 (2007).

<sup>123</sup> Así lo manifestó la ACNUDH, Louise Albour, en su intervención ante el mismo Grupo al término de las sesiones de trabajo; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/8/7, 6 de mayo de 2008), p. 3, párr. 5.

<sup>124</sup> Javier Quel López, «Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales...», op. cit., nota 3 (2009).



derechos creadas artificialmente, manifiesto en la comparación con el régimen protector de su *gemelo*, el PIDCP, y completaba «la pieza que faltaba en la *Carta Internacional de Derechos Humanos*»<sup>125</sup>, integrada por la Declaración Universal y los mismos Pactos. La entrada en vigor del Protocolo el 3 de mayo de 2013 no cabe duda que refuerza y vigoriza las anteriores manifestaciones de júbilo.

Sin pretender minorizarlas, no cabe si no sentir una cierta frustración por el recelo manifiesto que un buen número de Estados del supuesto *primer mundo*, precisamente los que más suelen alardear de su defensa de los derechos humanos en y allende sus fronteras, han mostrado desde los orígenes de su gestación hacia al Protocolo, al punto que ni siquiera se han dignado firmar. Entre las ausencias más significativas cabe mencionar las de cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, Estados Unidos, el Reino Unido y la Federación de Rusia), de más de la mitad de miembros de la UE (entre ellas, además del Reino Unido, de Alemania, Austria, Dinamarca y Suecia)<sup>126</sup>, así como las de otros Estados desarrollados que tampoco figuran entre los signatarios del Protocolo (caso de Canadá, Japón, Australia, Nueva Zelanda...)<sup>127</sup>.

Todavía queda, pues, mucho por hacer para que cale la generalizada percepción de que la protección jurídica de derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de los Estados parte en el Pacto (ciento sesenta y uno a 15 de octubre de 2013) y parte esencial de la garantía y respeto de derechos primarios y básicos (a la alimentación, a la salud, a la educación...) con frecuencia sometidos a las más intolerables restricciones masivas y directas. Una situación a la que no es ajena nuestra reciente experiencia como consecuencia de una crisis financiera que salva a los *mercados* hundiendo servicios esenciales de la sociedad, lo que ha aumentado la desigualdad social hasta extremos incompatibles con las obligaciones asumidas convencionalmente y contrarias con los mismos principios constitucionales<sup>128</sup>. Siendo España uno de los Estados parte en el Protocolo,

---

<sup>125</sup> C. de Albuquerque, «Chronicle of an Announced Birth: the Coming Into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: the Missing Piece of the International Bill of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, núm. 32 (2010): pp. 144-178.

<sup>126</sup> Además de España y Portugal, partes del Protocolo del PIDESC, los miembros de la UE que sí figuran entre sus signatarios son: Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

<sup>127</sup> Véase, por todo, la serie de Tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, Cap. IV, en <http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>

<sup>128</sup> Véase F. Gómez Isa, «La reversibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en contextos de crisis», en J. Bonet y J. Saura, eds., *El Derecho Internacional de los derechos humanos en periodos de crisis* (Madrid: Marcial Pons, 2013), pp. 187-204.

cualquier persona o grupo de personas bajo su jurisdicción que aleguen ser víctimas de la violación por ese Estado de los derechos enunciados en el Pacto, podrá presentar una comunicación ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De interés son por eso los principales motivos de preocupación en los que hizo hincapié el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, apenas unos días después de la entrada en vigor del Protocolo, con ocasión del quinto informe periódico sometido por España de conformidad con los arts. 16 y 17 del Pacto<sup>129</sup>. Respecto de la *justicibilidad* de los derechos en él garantizados, al Comité le preocupa que, «a excepción del derecho a la educación..., los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado parte como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y de la práctica judicial», lo que ha tenido como consecuencia «que las disposiciones del Pacto hayan sido invocadas y aplicadas pocas veces ante los tribunales del Estado parte». Asimismo le preocupa al Comité «que el Defensor del Pueblo no tenga la capacidad de llevar quejas individuales» ante los tribunales por la violación de esta gama de derechos. Es general la constatación de la preocupación del Comité en lo tocante a la reducción «de los niveles de protección efectiva de los derechos garantizados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte» en el contexto de la crisis económica y financiera, lo que en particular ha llevado a que el 21,8 por ciento de la población viva aún por debajo del umbral de la pobreza o con riesgo de ella (arts. 9 y 11 del Pacto), a la congelación del salario mínimo interprofesional y en los niveles de pensión a un valor que no permiten un nivel de subsistencia mínimo (arts. 7, 9, 10, 11 y 12), a límites en los derechos de acceso de los inmigrantes a los servicios públicos de salud (art. 12), a la realización de desalojos forzosos sin las debidas garantías legales (art. 12), a que la educación haya sido uno de los sectores más afectados por los recortes presupuestarios, y la universitaria objeto de las medidas regresivas adoptadas por el Estado al incrementar sus tasas (art. 13)... De ahí que, entre sus recomendaciones, el Comité inste al Gobierno español a que en la adopción de las medidas de austeridad tome las «apropiadas para proteger [su] contenido esencial en cualquier circunstancia»<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> El Comité examinó el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC (E/C.12/ESP/5) en sus sesiones 12.<sup>a</sup> a 14.<sup>a</sup>, celebradas los días 7 y 8 de mayo de 2012 (E/C.12/2012/SR.12 a 14), y aprobó, en su 28.<sup>a</sup> sesión, el 18 de mayo de 2012 (E/C.12/2012/SR.28), las observaciones finales que figuran a continuación (E/C.12/ESP/CI/5).

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 3, párr. 8.

«La democracia, la estabilidad y la paz no pueden sobrevivir mucho tiempo en condiciones de miseria crónica, desposeimiento y abandono», afirmó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace veinte años sin que ello haya perdido un ápice de actualidad, considerando que «la creciente insistencia en las políticas de libre mercado trae consigo una mayor necesidad de garantizar que se tomen medidas para salvaguardar y promover los derechos económicos, sociales y culturales»; si ello «resulta fútil», añadió, «esos fracasos generarán renovados movimientos en gran escala de personas, creándose corrientes de refugiados y de los llamados *refugiados económicos*, con todas las tragedias y los problemas que eso trae consigo»<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Declaración pronunciada por el Comité ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), Anexo I del Doc. A/CONF.157/PC/62/Add. 5, la cita en p. 4, párrs. 9 y 10.



# The International Labour Organisation (ILO) as an actor of global governance: sufficiently involved to help overcome the latest financial and economic crisis?\*

Jordi Bonet Pérez\*\*

**Abstract:** This article focuses on the analysis of the role of the International Labour Organization (ILO) in the current global governance, analysing its interaction with the main actors of governance and the involvement of the ILO itself as a current actor in global governance. It has taken into account for this writing both the historic role played by the ILO in the international institutional architecture since its creation in 1919 (today as a part of United Nations System), and the relevance it may have now seeking social justice in a global economy still governed by neoliberal principles. The question is whether social justice can be accommodated between these principles and if the main actors of global governance are really willing to strengthen the social dimension of globalization in times of crisis. The formal inclusion of some of the proposals of the ILO among those that seek to define the terms of post-crisis global governance (for example, the decent work strategy) cannot be overly optimistic even be considered a positive step.

**Keywords:** ILO, global governance, crisis, decent work, social justice, G20, social dimension of globalization, neoliberalism, fundamental rights at work, conditionality.

**Resumen:** Este artículo se centra en el análisis del papel de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la gobernanza global actual, ponderando su interacción con los principales actores de la misma pero también el alcance de la implicación de la propia OIT como uno de esos actores. Se han tomado en cuenta para su elaboración tanto el rol histórico jugado por la OIT en la arquitectura institucional internacional desde su creación en 1919 (y hoy como parte del Sistema de las Naciones Unidas), como la relevancia que pueda tener hoy su mandato de mejorar la justicia social en el contexto de una economía global todavía gobernada por principios neoliberales. La cuestión es si la justicia social puede ser encajada en-

---

\* This article is the result of work carried out within the research project *The enforceability of International Law of Human Rights in crisis*, funded by the Spanish Ministry of Science and Technology / Ministry of Economy and Competitiveness (DER2009-10847).

\*\* Catedrático de Derecho internacional Público, Universidad de Barcelona.

tre esos principios y si los principales actores de la gobernanza global desean realmente fortalecer la llamada dimensión social de la globalización en un período de crisis como la actual. La inserción formal de algunas de las propuestas de la OIT entre aquellas que pretenden definir los términos de la gobernanza global post-crisis (por ejemplo, la estrategia del trabajo decente) no permite ser excesivamente optimista aunque pueda entenderse como un logro positivo.

**Palabras clave:** OIT, gobernanza global, crisis, trabajo decente, justicia social, G20, dimensión social de la globalización, neoliberalismo, derechos fundamentales en el trabajo, condicionalidad.

## 1. Introduction

The latest financial crisis starting in 2007/2008, yet another one cyclically unleashed by the capitalist system, can almost be seen as a *perfect storm*<sup>1</sup>: it practically ran parallel to the price increase of basic products as a result of offer and supply imbalances in some global sectorial markets —due to higher demand from emerging countries among other causes— that led, as a consequence, to a food and an energy crisis. This financial crisis triggered an economic crisis affecting countries and areas of the planet unevenly but hitting more intensely those who are placed in the centre of the global economic system.

Even if establishing the causes of above is not a priority in this article, the crisis was triggered by excess liquidity brought by low interest rates, by trying to obtain a high yield through insufficiently assessed high risk products; or by speculative over-appraisals of real estate in many countries leading to increased mortgage risk due to growing level of borrowing amounts and mortgage securitisation.

These causes, however, are linked to institutional management, as pointed out by the G20 members: “Policy-makers, regulators and supervisors, in some advanced countries, did not adequately appreciate and address the risks building up in financial markets, keep pace with financial innovation, or take into account the systemic ramifications of domestic regulatory actions”<sup>2</sup>. We can precise further such mistakes in political and legal terms: financial deregulation “based on theory and ideology”, and “[t]rusting that the efficient market hypothesis reflected how financial markets worked and that the Washington Consensus view of the global economy offered the correct vision of international trade and finance”<sup>3</sup>. As pointed out by a Spanish economist<sup>4</sup>, the financial crisis was caused by deregulation doing away with some of the sensible restrictions that kept the mentioned excesses at bay.

The lesson to be learnt is that having no legal rules or legally based institutional decisions applicable to some trans-border economic transactions

---

<sup>1</sup> Xavier Fernández Pons, “Globalización económica, soberanía de los Estados y políticas sociales: funciones y retos del Derecho internacional ante el ‘trilema’ de la globalización”, *Revista Sociedad Global*, vol. 3, n.º 1 (2009): pp. 72-74.

<sup>2</sup> *G20’s Declaration Summit on Financial Markets and the World Economy*, november 15, 2008.

<sup>3</sup> Richard B. Freeman, “It’s financialization!”, *International Labour Review*, vol. 149, No. 2 (2010): p. 165.

<sup>4</sup> José Tugores Ques, *Crisis: lecciones aprendidas... o no?* (Barcelona: Marcial Pons, 2010), p. 32.

has favoured freedom to private economic operators and has increased the risks to stability in the global economy.

This *state of affairs* —showing clear failures in the structures of global governance— is part and consequence of the dogmatic consolidation of neoliberal ideology. This global construction is the result, however, of both decisions taken by States located in the centre of the economic system and the increasing power gathered by private economic operators in the transnational sphere. And so, it can also be argued that “the institutional foundations of markets have been under systematic neoliberal attack for three decades, through financial deregulation and the promotion of competition between different systems of labour and environmental law”<sup>5</sup>.

The aim of this article is to analyse under these parameters the contribution of ILO to the global governance of the economic and financial crisis unleashed by the events of 2007-2008 by taking into account three factors that can somewhat justify such choice of parameters:

- The conjunctural factor: ILO has categorized the consequences of the economic and financial crisis as a *Global Job Crisis*<sup>6</sup>.
- The functional factor: the essence of ILO’s mandate is to promote social justice, being its normative and operative activity directed to improve the labour and living conditions of workers through a three-party reformist methodology (principle of tripartism).
- The institutional factor: ILO was included, after the II World War, in the basic institutional architecture of the international society as a specialized agency within the structure of United Nations System.

The analysis below shall develop two fundamental aspects: first, the analysis of the mandate and institutional action of ILO as vectors of global governance; and, two, the review of its repercussion on decision-making affecting global governance.

Also, the so-called “political trilemma of the world economy” (*globalization trilemma*), which intends to explain “the tension between national democracy and global markets”<sup>7</sup> is included in this international political

<sup>5</sup> Alain Supiot, “A legal perspective on the economic crisis of 2008”, *International Labour Review*, vol. 149, No. 2 (2010): p. 152.

<sup>6</sup> Setting up a center for conceptual and statistical analysis, even when from “1 July 2012 the ILO Global Job Crisis Observatory will no longer be updated” (ILO: *Global Job Crisis Observatory. Home Page*, available on: <http://www.ilo.org/dyn/jobcrisis/f?p=11105:1:0:::> (accessed 11/01/2013).

<sup>7</sup> Dani Rodrik, *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States and Democracy can’t Coexist* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 200.



and legal analysis. The three vectors of this trilemma are: deepening global economic integration; the existence of a system of sovereign states with decision making powers in the domestic political and economic spheres; and, finally, depending on the conceptualization used, political democracy (social pact) and/or the government commitments with regard social protection and economic stability. This trilemma shows the extreme difficulty or even the impossibility of developing conveniently and/or evenly the three vectors at the same time given that, in accordance with RODRIK, “the nation-state system, deep economic integration, and democracy are mutually incompatible”<sup>8</sup>. Currently, it seems that the preferences driving the results of the trilemma are in accordance with the predominant ideological and economic parameters in international society: the most common interaction seems to be a deepening global economic integration and the system of states. The consequence seems to be obvious: these preferences operate also on the institutional action addressed to global governance and/or in the production of public international law.

## 2. The mandate and institutional action of ILO as vectors of global governance

Given the *global* involvement and universal vocation of ILO —composed of 185 Member States at present— in an increasingly globalized economy, a historical and a contemporary reflection about the socio-economic issues arising in international society is needed.

### 2.1. *Historical reflection about the institutional activity of ILO: social justice and world agenda*

The founding of ILO, foreseen in Part XIII of the Versailles Treaty, 29 June 1919<sup>9</sup>, was determined by a combination of *structural and conjunctural factors* that explain the universal dimension of its mandate and institutional action; the Preamble of ILO’s Constitution expresses it in very general terms: universal peace “can be established only if it is based upon social justice”.

---

<sup>8</sup> Dani Rodrik, “Feasible globalizations”, *Center for Economic Policy Research Paper*, No. 3524 (august, 2002), p. 25.

<sup>9</sup> ILO (1920): *The Labour Provisions of Peace Treaties* (Geneva: International Labour Office), p. 1.

In short, the *structural factors* were the extremely harsh working conditions during the industrial revolution and the period of expansion of capitalist production model: as stated in the Preamble of the ILO's Constitution "conditions of labour exist involving such injustice, hardship and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled"<sup>10</sup>. This extended social injustice became, already during XIX, a factor of political destabilization in industrialized societies and of political regimes guaranteeing bourgeois predominance —among other things due to the growing organization and mobilization of the labour movement and its opposition to prevailing interests. The will to transform this *status quo* encompasses two differing approaches: moderate improvements in the living and working conditions, such as the *bourgeois social reformism* —gradually embraced by non-revolutionary sectors of the labour movements and starting point for the idea of developing an international labour law<sup>11</sup>—, and revolutionary projects integrated in the labour movement.

The *conjunctural factors* are related to the development and ending of I World War and are based on one premise: improving existing labour conditions as a contribution to the world political and socio-economic stability<sup>12</sup>. This idea explains why the international regulation of working conditions was included in the agenda of peace negotiation and a specific commission was created for such purpose: the Commission on International Labour Legislation (1 February to 4 March 1919).

To name but a few, the main conjunctural factors acting together were:

- The acceptance by sectors of labour organisations, trade-unions and political parties that one part of their claims could be met immediately after the war if the principles of social reformism were followed —among them the enactment of international labour legislation<sup>13</sup>— and that the consensual positions were the most suitable ones.

---

<sup>10</sup> Objectives conditions obtained favouring intensive exploitation and unbalance between the parties to the employment relationship. Antony Alcock, *History of the International Labour Organisation* (London: Macmillan, 1971), pp. 4-5.

<sup>11</sup> Victor Yves Ghébaly, *The International Labour Organization. A Case Study of the evolution on U. N. Specialised Agencies* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 2.

<sup>12</sup> The Preamble of ILO's Constitution also includes an economic reason (comparative disadvantage) for legitimizing a universal project: "Whereas also the failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries".

<sup>13</sup> Among the works of the *International Association for the Legal Protection of Workers*, set up in 1901, we can find the probably first international labour conventions of a multilat-

- The end of armed conflict favoured that the workers claims, at least in part, were met: the undeniable contribution to the *national war effort* (army and production mobilization in the avanguard and in the rearguard) and the political and economic instability that demobilization could generate explain the above.
- The need to neutralise the impact of the soviet revolution shared by the government, business and workers representatives taking part in the previous negotiations leading to the establishment of ILO.

The origin of ILO's mandate was therefore a direct consequence of the structural and conjunctural needs of xx Century's international society. But such mandate is historically evolutionary and changeable depending on political and ideological considerations due to the undetermined, inclusive and open nature of the notion of *social justice*. That means that it is feasible to adapt the international legal treatment of the labour factor to the political, economic and humanitarian aspects obtaining at a given time.

These legal/political parameters were immediately tested due to ILO's start of activity coinciding with the need to face the immediate consequences of post-war —including a high unemployment rate in the most industrialised countries<sup>14</sup>. It is not surprising that, next to international treaties addressed to improve working conditions straightaway —*Convention n.º 1 Limiting the Hours of Work in Industrial Undertakings to Eight in the Day and Forty-eight in the Week*—, *Convention n.º 2 concerning Unemployment*, was adopted in the first meeting of ILO's General Conference whereby the member States undertook "to establish a system of free public employment agencies under the control of a central authority" (art. 2.1).

The crisis in 1929 (the *Great Depression*), often compared with the crisis unleashed in 2007-2008, brought consequences that in the opinion of ILO's Director General "have drawn the nations deeper down into the abyss", taking into consideration that "[o]n the top of the economic depression came an acute financial crisis, which was soon complicated by a recrudescence of the trade crisis and, as a last consequence, by a new psychological crisis"<sup>15</sup>.

---

eral nature: the *Convention related to the prohibition of night work for women in industrial employment*, and the *Convention on the prohibition of the use of white phosphorus in the manufacture of matches*.

<sup>14</sup> The agenda of the first meeting of ILO's General Conference (29/10 to 29/11, 1919) included the question of preventing or providing against unemployment (Point 2).

<sup>15</sup> ILO, *Report of the Director. International Labour Conference Sixteenth Session (Geneva 1932)* (Geneva: International Labour Office, 1932), p. 18.

ILO's institutional activity shows well, in one way or the other, the scope and the deep effects of the crisis:

- ILO's mandate was widened both with regard the productive sectors included and because of the intention to show the interaction between economic and social factors by following some of the basic Keynesian principles<sup>16</sup>. The consequence was a frantic normative activity during period 1930-1939: 39 Conventions and 32 Recommendations were adopted.
- Concerns about unemployment are again shown in the adoption of *Convention n.º 34 concerning Fee-Charging Employment Agencies Convention* (1933) and *Convention n.º 44 Ensuring Benefit or Allowances to the Involuntarily Unemployed* (1934).
- Also, the first of what shall be called, years later, *ILO's fundamental conventions* was adopted, complementing the Society of Nations' work on slavery: the *Convention n.º 29 concerning Forced or Compulsory Labour* (1930).

The end of II World War gave the winners the opportunity to realise those values and principles believed essential for the building of a *new world order*. Very soon afterwards, ILO took up those principles and was called to be part of the institutional framework to develop such project: no wonder that at ILO's General Conference held in New York and Washington (27 October and 6 November 1941) a resolution in support of the *Atlantic Charter* and another one regarding *post-war rebuilding* were passed. Before the end of armed conflict, ILO's General Conference adopted, on 10 May 1944-26<sup>th</sup> session, the *Declaration regarding the ends and goals of ILO or Philadelphia Declaration*.

---

<sup>16</sup> Jean Michel Bonvin, *L'Organisation Internationale du Travail. Étude sur une agence productrice de normes* (Paris: PUF, 1998), p. 37.

Governmental and business sectors questioned such widening; however, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) stated in a consultative opinion that the term *industry* should not interpreted in its most strict interpretation—the manufacturing industry in that historical period—, but as a generic reference to productive activity of the worker in all sectors (PCIJ, "Advisory Opinion on the Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture, of 12 august 1922", *Series B*, n.º 2, pp. 35-37. A similar opinion was held in: PCIJ, "Advisory Opinion on Competence of the ILO to Examine Proposal for the Organization and Development of the Methods of Agricultural Production, of 12 august 1922", *Series B*, n.º 3; "Advisory Opinion on Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer, of 23 july 1926", *Series B*, n.º 13; and "Advisory Opinion on Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, of 15 november 1932", *Series A/B*, n.º 50).

With the Philadelphia Declaration, ILO not only reaffirms its fundamental principles (section I)<sup>17</sup>, but reshapes its future action:

- Social justice is linked to values such as *freedom* and *dignity*: in accordance with Section II.a), “all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”, and, therefore, outlines the need to protect the individual/worker—in the line stated by the Universal Declaration of Human Rights in 1948. The adoption of five of the eight fundamental Conventions of ILO during the period 1948-1958<sup>18</sup> represents an essential legal contribution of ILO to human rights at the work place. The setting of special procedures still operative today is also relevant by implementing the competences conferred on the Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association (1950) and Committee on Freedom of Association (1951)<sup>19</sup>.
- The centrality of social goals in domestic and international political and legal/political action is promoted in such manner that the national and international policies “should be judged in this light and accepted only in so far as they may be held to promote and not to hinder the achievement of this fundamental objective[s]” —Section II.c)—.

The importance of the Philadelphia Declaration is *institutional*, given that in accordance with article 1 of ILO’s Constitution after the coming

---

<sup>17</sup> That is to say: (a) labour is not a commodity; (b) freedom of expression and of association are essential to sustained progress; (c) poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere; (d) the war against want requires to be carried on with unrelenting vigour within each nation (...).

<sup>18</sup> *Convention n.º 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise* (1948); *Convention n.º 98 concerning the Right to Organise and Collective Bargaining Convention* (1949); *Convention n.º 100 on Equal Remuneration* (1951); *Convention n.º 105 concerning the Abolition of Forced Labour Convention* (1957); *Convention n.º 111 concerning Discrimination (Employment and Occupation)* (1958).

The seventh fundamental Convention of the ILO was the *Convention n.º 138 concerning the Minimum Age Convention* (1973); the last one was the *Convention n.º 182 concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour* (1999).

<sup>19</sup> The complaints in these special procedures can be based on legal obligations in the field of trade union freedom emanating from ILO’s Constitution, and, consequently, independently of whether the state have ratified or not the relevant Conventions. On the other hand, there is a relevant difference between both special procedures: the complaints before the Committee on Freedom of Association do not need the consent of the reported state to be processed.

into force of amendment adopted in 1946<sup>20</sup>, it determines, together with the Preamble, the content of the institutional mandate; but also *systemic*: its principles and goals shall be part of the political/legal framework addressed to support this supposed new world order.

The anchoring of ILO to this political and legal framework meant to start a process of institutional remodelling to establish its institutional autonomy and at the same time to integrate it in such institutional framework. What is most relevant of amendments to ILO's Constitution —that of 1945<sup>21</sup> and of 1946 already mentioned— is that they consolidated the international legal personality and the functional autonomy of ILO, while they eased the cooperation between ILO and United Nations Organisation (UN). This interrelation became more solid by means of the *Agreement between the UN and ILO of 30 May 1946*<sup>22</sup>, making ILO a *specialized agency* within the so-called *United Nations System*.

In sum, it can be said that ILO was founded and developed as a reformist project in search of social justice and linked to very deep political and economic crises. After World War II, ILO was placed, as part of the United Nations System, as one of the theoretical institutional pillars of world governance, next to UN and other specialized financial agencies, in order to bring in a social justice functional sensibility. Another matter is whether, in the game of interactions, the influence of ILO is similar or comparable to that of other international organisations which, in accordance with the principle of functional speciality, focus their mandate on other segments linked to world governance. The failure to create a World Trade Organisation right after World War II<sup>23</sup> is perhaps an eloquent sign that the social justice speciality ended up not having the same power.

---

<sup>20</sup> *ILO's Official Bulletin*, volume XXIX, 4 (1946): pp. 203-253.

<sup>21</sup> *ILO's Official Bulletin*, volume XXVIII (1945): pp. 1-4.

<sup>22</sup> In force since 16 december 1946 (UNITED NATIONS. *United Nations Treaty Series*, Volume 1, n.º 9, 1946-1947, pp. 183-205).

<sup>23</sup> The foundational instrument of the International Trade Organization (the Havana Charter), which was adopted at the United Nations Conference on Trade and Employment (november 21, 1947 to march 24, 1948), suggests that "all countries have a common interest in the achievement and maintenance of fair labour standards related to productivity, and thus in the improvement of wages and working conditions as productivity may permit. The Members recognize that unfair labour conditions, particularly in production for export, create difficulties in international trade, and, accordingly, each Member shall take whatever action may be appropriate and feasible to eliminate such conditions within its territory" (art. 7.1).

## 2.2. *Social justice as an element of the world agenda of XXI Century: ILO's politics and the scope for developing a social dimension of globalization*

Without prejudice of institutional activism against *apartheid* or in favour of regulating the activity of multinational companies<sup>24</sup>, the dedication of ILO to normative activity kept its institutional precedence from the 60s to the 90s.

Nevertheless, while the normative policy was subjected to strict institutional scrutiny<sup>25</sup>, the critical voices regarding the relevance of international labour standards didn't cease to grow. In particular during the latest decades, the dominant political and economic powers have seen the international labour standards of ILO as a source of excessive rigidity for labour markets. Likewise, the universality of legal standards or their effectiveness in a globalized economy have been seriously questioned —as shown the low number of ratifications of Conventions or the lack of flexibility of their provisions.

On occasion of its 75th anniversary, the internal discussion at ILO became weightier. Although the meeting was called to discuss the suitability of international legal standards made by ILO, the pertinence as a whole of the institutional action of ILO was addressed; so, the importance of highlighting the terms of the internal debate regarding ILO's policies for the XXI Century and the specification of ILO's strategies of action in order to strengthen the social justice dimension of globalization.

### A) THE DEBATE REGARDING ILO'S POLICIES FOR THE XXI CENTURY

The debate, promoted by ILO's Director General, Michel HANSENNE, was based on two main ideas: "the market economy has become the universally accepted standard" and "a growing integration of financial markets and a massive flow of capital between countries" exist —due to a

---

<sup>24</sup> See: *Declaration concerning the Policy of "Apartheid" of the Republic of South Africa*, adopted by the International Labour Conference on 8 July 1964; and *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, adopted by the Governing Body on 16 november 1977 (amended on 2000 and 2006).

The ILO has also developed an institutional policy in the field of cooperation and technical assistance.

<sup>25</sup> See two prior reports (*Ventajol Reports*): *Final Report of the Working Party on International Labour Standards*, in: *ILO's Official Bulletin*, Volume LXII, Series A (1979): pp. 1-30; and *Report of the Working Party on International Labour Standards*, in: *ILO's Official Bulletin*, volume LXX, Series A, Special Issue (1987): pp. 1-57.

“general deregulation of capital markets”<sup>26</sup>. The adaptation of institutional policies to the demands of this setting required, according to him, a renewed consensus about shared values and three basic lines of action<sup>27</sup>: “better adapt our standard setting to real and pressing needs; explore new opportunities for promoting basic social rights; create a new synergy between international labour standards and the growth of international trade”.

- On the *normative level*, the replacement of the ILO’s regulatory model—that prioritized the Convention as a normative act—with a regulating model of a trend-based, promotional and guiding nature was suggested: a model that limits commitments to very general goals, widely discretionary with regard the rhythm and means to reach them; and a model that expresses a preference for non-binding normative acts, too<sup>28</sup>. The opposition to this normative paradigm change did not prevent a consensus over the need of “a renewal of the means of action of the ILO” —*Resolution concerning the 75th anniversary of the ILO and its future orientation*, 22 June 1994. Important decisions regarding the normative activity were adopted which, truth be told, were far removed from HANSENNE’s wishes, who had to gradually soften his discourse<sup>29</sup>: first, after the setting in 1995 of a *Working Party on Policy regarding the Revision of Standards*, the review of a set of international legal standards made by ILO was carried out—described by personalities connected to ILO, such as MAUPAIN<sup>30</sup>, as *normative pruning* (a deregulatory

<sup>26</sup> ILO: *Defending values, promoting change. Social justice in a global economy: An ILO agenda*, Report of the Director-General (Part I) to the International Labour Conference in its 81st Session (Geneva: International Labour Office, 1994), pp. 10 and 12.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>28</sup> “pinpointed that “there is unquestionably a need for a sort of soft law—with a shorter life and less binding than standards in the strict sense—in the form of codes, practical manuals or directives, to provide governmental and non-governmental decision-makers with the counsel they might need to deal with new problems” (*ibid.*, p. 49). His normative proposal had three core ideas: a) giving priority to Recommendations; b) selective use of Conventions based on expectations of ratification and enforcement—besides a preference for *Promotional Conventions*—; and c) boosting *soft law* likely to guide state political decisions in a non binding manner.

<sup>29</sup> ILO: *The ILO, standard setting and globalization*. Report of the Director-General (Part I) to the International Labour Conference in its 85st Session (Geneva: International Labour Office, 1997); take also into account that, very likely his proposal required amendment of art. 19 of ILO Constitution.

<sup>30</sup> François Maupain, “OIT, justice social et mondialisation”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 278 (1999): p. 230.



process by another, softer, name?); second, *the rhythm of creation of Conventions and Recommendations has slowed down*<sup>31</sup>; and, third, the *methodology of normative work* has been modified, including, from 2003, an *integrated approach* to the preparation and adoption of Conventions and Recommendations<sup>32</sup>.

- With regard *fundamental rights*, beyond the initiative to promote the ratification of fundamental Conventions —letter of the Director General of 25 May 1995—, the essential milestone is the adoption on 18 June 1998 by the General Conference of the *ILO's Declaration regarding fundamental principles and rights at work* (Declaration 1998)<sup>33</sup>. Declaration 1998 will consolidate fundamental rights at work as a model of institutional activity and as a guarantee “to maintain the link between social progress and economic growth” (Preamble of Declaration 1998).

Without devaluing its institutional importance and its later political/legal influence, it should not be forgotten that Declaration 1998 is a declarative and promotional text —including the follow-up mechanism of its Annex (revised in 2010). And also, that Declaration 1998 responds to a proposal posed by the employer group<sup>34</sup> as an alternative the one entertained to strengthen the institutionalised guarantee mechanisms with regard the fundamental rights at work: to extend the technique of special procedures regarding trade union freedom —in which it is not relevant whether the states are parties or not to the ILO's Conventions in the field— to the supervision of fundamental rights at work.

---

<sup>31</sup> Between 1995 and 2012 (both inclusive), 14 Conventions (0.83/year) have been adopted, while the average from 1919 (1919-2012) exceeds 2 Conventions/year —including II World War period and excluding the additional Protocols.

<sup>32</sup> In 2005, the Governing Body adopted an integrated and comprehensive standards strategy which covers four components: standards policy; the supervisory system; standards and technical cooperation; and information and communication on the standards system (ILO, “Improvements in the standards-related activities of the ILO: Outlines of a future strategic orientation for standards and for implementing standards-related policies and procedures”, *Document GB.294/LILS/4*, 2005); on the other hand, in 2007, the Governing Body drew up an interim plan of action for implementing the standards strategy (ILO, “Improvements in the standards-related activities of the ILO: Possible approaches and an interim plan of action to enhance the impact of the standards system”, *Document GB.300/LILS/6*, 2007).

<sup>33</sup> The Declaration 1998 was adopted with 273 votes in favour, with 43 abstentions and no votes against.

<sup>34</sup> ILO, “Reports of the Committee on Legal Issues and International Labour Standards”, *Document GB.267/9/2* (1996): § 38.

— In the related field of work/international trade, the failure of HANSENNE's initiatives to promote the multilateralism in the field of social justice was not firmly counterbalanced by the World Trade Organisation (WTO)<sup>35</sup>: first, the difficulty to find normative references to the link work/trade in the WTO law; and, second, by the limited relevance in the institutional action of Point 4 of the Singapore Ministerial Declaration, adopted on 13 December 1996<sup>36</sup>. The contributions have come, rather, from normative instances linked to regional or sub-regional integration processes, or free trade bilateral or restricted multilateral treaties<sup>37</sup>.

## B) ILO'S STRATEGIES OF ACTION TO STRENGTHEN THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION

What was discussed in 1994 and later years is how ILO could give answers to the challenges of the global economy and to achieve the alignment of advancements in world economic integration with social justice: that is to say, the *social dimension of globalization*<sup>38</sup>.

Although the social dimension of globalization initially searched for a balance based on the link between work and international trade —paying special attention to fundamental rights at work—, the new ILO's Director

<sup>35</sup> Hansenne proposes a multilateral regulation of social conditionality or the creation of a global system of social labels (ILO, *Defending values...*, op. cit. (1994), pp. 65-66).

<sup>36</sup> "We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration" (WTO, "Singapore Ministerial Declaration, adopted on 13 december 1996", *Document WT/MIN (96)/DEC* (1996): p. 2).

<sup>37</sup> Characterized by the "limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound" (art. 20.2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 may 1969).

<sup>38</sup> This is related to the setting up of a subsidiary organ to the Governing Body —the *Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade* (1995)—, from 2000 onwards knows as *Working Party on the Social Dimension of Globalization*, as a forum: a) to discuss main issues arising out of globalization; b) to develop an integrated approach to economic and social policies; and c) to promote dialogue and consensus building with other multilateral institutions. Also, ILO founded in 2001 some sort of independent body of high level experts known as *World Commission on the Social Dimension od Globalization*.

General, Juan SOMAVÍA, launched from 1999 onwards the so-called *decent work* strategy, addressed “to promote opportunities for women and men to get decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity”<sup>39</sup>. This integrated methodological approach to decent work is based on the idea that economic, social and environmental goals can be simultaneously reached by humanizing the economy—decent work can yield economic dividends—; on the other hand, gender equality is recognised as transversal principle of the decent work strategy. The promotion of decent work has *four strategic aims*: creation of quality jobs by means of promoting sustainable growth policies; effective protection of employee rights—logically, by focusing on fundamental rights at work—; the strengthening and expansion of social protection; and strengthening social dialogue.

The decent work strategy has given way to some institutional initiatives:

- Being the creation of quality jobs one of its strategic aims, when an increase in unemployment started to show, ILO’s General Conference adopted the so-called *Global Jobs Pact* on 19 June 2009. Its design is that of an economic and social programme aimed at guaranteeing that the recovery of the job market respects decent work<sup>40</sup>, undertaking ILO to bring the added value of its experience and its human and financial means “to governments, social partners and the multilateral system”. Likewise, it is projected as an ILO’s systemic initiative to be coordinated with other institutionalised proposals—such as the G20<sup>41</sup>—.
- If another aim is the strengthening and extension of social protection, ILO has taken part in an initiative of the United Nations sys-

<sup>39</sup> ILO, *Decent Work. Report of the Director-General (Part I) to the International Labour Conference in its 87st Session (1999)* (Geneva: International Labour Office, 1999), p. 3.

<sup>40</sup> The Resolution of the International Labour Conference point out that four issues are capital: “(i) a supervisory and regulatory financial framework serving the real economy, sustainable enterprises and decent work; (ii) efficient and well-regulated trade and markets working for all, without protectionism but with due regard to the situation of lower-income countries; (iii) shifting to a low-carbon, environment-friendly economy; and (iv) a development path that enables all—including developing countries—to place employment and social protection at the centre of their economic, social and poverty reduction policies, supported internationally”.

<sup>41</sup> Already in 1969, ILO adopted the *World Employment Programme* (WEP)—focusing on cooperation and technical assistance—; in 2000, as an answer to the Millennium Goals Declaration, it adopted the *Global Employment Agenda*, in order to establish a coherent and coordinated international strategy for the promotion of freely chosen productive employment.

tem<sup>42</sup> addressed at coping with the effects of the economic crisis: the *Social Protection Floor Initiative*. Its aim is to maintain a global social policy approach promoting integrated strategies for providing access to essential social services and income security for all. As a result, on 14 June 2012, ILO's General Conference adopted *Recommendation n.º 202 concerning National Floors of Social Protection*; its authors affirm that "members should, in accordance with national circumstances, to establish as quickly as possible and maintain social protection floors comprising basic social security guarantees. Guarantees should ensure at least that, over the life cycle, all in need have access to essential health care and to basic income security which together secure effective access to goods and services defined as necessary at the national level"<sup>43</sup> (Point 4).

- Finally and as an aglutinating element of all ILO's policies and strategies, the *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization Adopted by the International Labour Conference at its Ninety-seventh Session*, of 10 June 2008 (Declaration 2008).

This Declaration intends to be a reinterpretation and updating of ILO's principles and values for the XXI Century<sup>44</sup> —as it was the Declaration of Philadelphia in 1944—, and it is based on an institutional evaluation, perhaps excessively optimistic, pointed out in its Preamble: "the international community's recognition of Decent Work as an effective response to the challenges of globalization", visible in "the wide support, repeatedly expressed at global and regional levels, for the decent work concept developed by ILO". ILO wants to translate its current aims and mandate in action parameters both for its Member States and for the international society as a whole; assuming that its mandate includes "to place full and productive employment and decent work at the centre of economic and social policies", but also its own international legal standards —Point I.A.—.

<sup>42</sup> UN System Chief Executives Board of Coordination (UNCEB), *The Global Financial Crisis and its Impact on the work of the UN System* (United Nations, Geneva/New York: CEB Issue Paper, 2009), Part VI.

<sup>43</sup> The notion of *social protection floors* refers to a "nationally defined sets of basic social security guarantees which secure protection aimed at preventing or alleviating poverty, vulnerability and social exclusion" (Point 2).

<sup>44</sup> As stated in the Preamble, the Declaration is "based on the mandate contained in the ILO Constitution, including the Declaration of Philadelphia (1944), which continues to be fully relevant in the twenty-first century".

ILO assumes the mission, fundamentally, to counsel the Member States to make decisions coherently with the aims of decent work —Point II.A—, understanding that they have to adopt or participate in “a national or regional strategy for decent work, or both, targeting a set of priorities for the integrated pursuit of the strategic objectives” —Point II.B (i)—. At the same time, other international, universal or regional, organisations are *invited* to promote decent work within their own functional specialization area —Point II.C—.

Declaration 2008 clarifies what ILO understands as *social dimension of globalization* and intends to *constitucionalise* the aims of the decent work strategy for Member States under the principle of its “inseparable, inter-related and mutually supportive” nature —Point I.B—. And it is done to open a third way between social policies and globalization that could ease the main problems arising out of the globalization trilemma. Notwithstanding the above, the analysis of its presence and future perspectives presents two dimensions: the *factic*, that should measure its effectiveness as a strategy aimed at member states and to the multilateral system as a whole over time<sup>45</sup>; and the *legal*, that could lead to question its *constitutional dimension* if it is not established that the aims of decent work are part of the ILO’s Constitution —as it happens with the fundamental rights at work—, given that formally Declaration 2008 has not been annexed to the ILO’s Constitution through an amendment, as it was the case with the Declaration of Philadelphia.

### 3. The operativeness of ILO as an actor of global governance in the XXI Century

In order to analyse this issue, we begin by identifying some of the *factors determining state behaviour* with regard globalization’s state of development to then analyse the influence of ILO on the governance multilateral system and its results. Such analysis is based on two points: the financial/economic crisis has not impacted evenly on the international society and no comprehensive examination of adopted measures is intended but to point out how ILO has performed as an actor of global governance from its position as promoter of social justice.

---

<sup>45</sup> See the *preliminary implementation plan*, adopted by ILO in 2008 (ILO, “Declaration on Social Justice for a Fair Globalization Preliminary implementation plan”, *Document GB.303/SG/DECL/2*, 2008).

### 3.1. *Factors determining state behaviour and globalization*

Even among the member states of the European Union (and within the *Eurozone*), the shock measures were at first taken by states, notwithstanding the fact that a state of awareness demanding political and legal coordinating measures progressively appeared. This means that, even in such circumstances, states retain powers and decision capacity to a varying degree<sup>46</sup> despite interference caused by an increase of interdependence and integration in the global economy. The option of many states to rescue their banking system or to nationalize their banks on the brink of bankruptcy resulted in the socialization of losses, an increase of public deficit and foreign debt leaving little room for manoeuvre to promote expansive policies of employment and social policies. In terms of the globalization trilemma, the options of sovereign state action have left aside the social policies path, especially in those states most affected by the crisis, due to the existence of external guidelines aimed at reducing deficit<sup>47</sup>.

States are subjected to intense pressure by decision making private operators in those financial markets where the undertaken foreign debt, be it public or private, can be financed or refinanced. For example, the most influential rating agencies, which are decisive in the determination of financing costs, are private companies in the most part<sup>48</sup>. This dependency de-

---

<sup>46</sup> Despite being a conceptualization used mainly with regard developing countries, the balance between the availability of their *space for national economic policy or policy space*, and the *loss of policy space* derived from a more globalized economic structure could be extrapolated to all states (United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "São Paulo Consensus", *Document TD/410* (2008): pp. 3-4, § 8).

<sup>47</sup> It must be remembered that, except when proven otherwise, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights emphasises "on the general presumption that retrogressive measures are prohibited" (Amrei Müller, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 9, n.º 4 (2009): p. 587); on the other hand, the *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* include as examples of violation of economic, social and cultural rights (UN, "Substantive issue arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Document E/C.12/2000/13* (2000): p. 20): "The adoption of any deliberately retrogressive measures that reduces the extent to which any such right is guaranteed" and "[t]he reduction or diversion of specific public expenditure, when such reduction or diversion results in the non enjoyment of such rights and is not accompanied by adequate measures to ensure minimum subsistence rights for everyone" —14 (e) and (g)—.

<sup>48</sup> In accordance with the International Monetary Found (IMF), these agencies above all "do have an impact on the funding costs of issuers and consequently their actions can be a financial stability issue" (IMF, *Global Financial Stability Report. Sovereigns, Funding, and Systemic Liquidity*, IMF, Washington DC (october 2010): p. 111); this report shows that, together with Fitch Ratings, Moody's Investors Service, and Standard & Poor's, the number of credit rating agencies around the world is about 75 (*ibid.*, pp. 118-119, Annex 3.1).

rives not only from the economic and financial dynamics of globalization but from the absence or little regulation (or even its removal) in sectors of the global economy and/or very strategic sectorial markets.

Also, the international legal system may contribute to, in practice, the social parameters to lose out in the globalization trilemma. The current political/legal logic permits to find an explanation: Public International Law is useful today to create a framework of reference which, basically built by and for states, aims to facilitate a minimum stability and safety for capitalist production and exchange relationships develop; there exist, directly and indirectly, trend coordination guidelines facilitating certain uniformity, even if competitive, in state social and economic policies.

The convergence of the above trends takes place, for example, in the treatment of foreign investment due to the existence of the so-called stabilization clauses<sup>49</sup>, which “protect investors, particularly corporations, from the application of unfavourable legislation or administrative measures subsequent to the conclusion of the contract [binding a state and an investor]”<sup>50</sup>. Bilateral Investment Treaties (BITs) may include formulas referring to the legal security of investments or that provide economic compensation for losses, establishing, for example, an analogy between expropriation or nationalization and measures having an equivalent effect, referred to as *regulatory takings*<sup>51</sup>. The temptation to interpret as *unfavourable law* those measures affecting employment or social legal standards is an inter-

---

The *European Parliament resolution of 8 June 2011 on credit rating agencies: future perspectives* (P7-TA (2011) 0258); establishes, among other things, that «the over-reliance of the global financial regulatory system on external credit ratings has to be reduced as far as possible and in a realistic timeframe» (Point 1), and «that competition biases caused by the common practice that credit rating agencies assess market participants while simultaneously obtaining orders from them, have to be reduced» (Point 2). An overview of the EU policy on rating agencies can be found in: European Commission: The EU Single Market. Rating Agencies, available on: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/rating-agencies/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/rating-agencies/index_en.htm), accessed 11/02/2013. On 21 March 2012, four Commission Delegated Regulations establishing regulatory technical standards for credit rating agencies (*Official Journal*, L 140, 30 May 2013); the European Commission has also attempted to reinforce the regulatory framework on credit rating agencies through the *Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies Text with EEA relevance* (*Official Journal*, L 146, 31 May 2013).

<sup>49</sup> Jernej Letnar Cernic, “Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses”, *German Law Journal*, vol. 11 (2010): pp. 213-214.

<sup>50</sup> Even when stabilisation schemes are also “routinely built into BITs [Bilateral Investment Treaties]” (David Kinley, *Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 174).

<sup>51</sup> “Regulatory takings are those takings of property that fall within the police powers of a State, or otherwise arise from State measures like those pertaining to the regulation of the environment, health, morals, culture or economy of a host country” (UNCTAD, *Taking of*

ested but feasible reading—if seen as affecting legal security, costs and/or value of investment—; furthermore, it can place the state in the situation of having to answer for its international legal obligations in the employment and/or social fields<sup>52</sup>. The search of a balance between the application and interpretation of these contractual or conventional clauses is seen as a need deserving an ever growing institutional and doctrinal predicament<sup>53</sup>.

Finally, Public International Law offers the legal foundations for regional or sub-regional integration processes that, as it happens in the European Union (EU), give way to a supranational legal system—or even a single currency for 17 of its members [the so-called *Eurozone*]. The solution of financial and economic problems of UE's member states, and especially the members of the Eurozone, has given way to various fields of action, such as:

- The support of states in difficulties: for example, by means of the European Financial Stability Facility (EFSF)<sup>54</sup> and the European Fi-

---

*Property*, United Nations, (New York and Geneva: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2000): p. 12).

<sup>52</sup> However, in the latest U.S. BIT program, it is understood that except “in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations” (United States Trade Representative, 2012 *U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, 2012, available on: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>, Annex B, 4 b), accessed 11/09/2013).

<sup>53</sup> Without being exhaustive and taking into account the references already made: Raphael de Vietri, “Incorporating Humanity and the Global Economy: The Law of International Investment and Human Rights”, *International Trade and Business Law Review*, volume 15 (2012): pp. 211-229; Committee on the International Law on Foreign Investment of the International Law Association, *International Law of Foreign Investment. Final Report* (London: Rio de Janeiro Conference, International Law Association, 2008), pp. 4-5, 10-11; Lorenzo Cotula, “Regulatory Taking, Stabilization Clauses and Sustainable Development”, Paper prepared for the OECD Global Forum on International Investment VII (Paris, 27-28 march 2008), 2008, available on: <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf>, accessed 10/30/2013; Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights*. International Finance Corporation/UN Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights (Geneva/New York: 2008), pp. 1-43; Thomas W. Waelde & George Ndi, “Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation”, *Texas International Law Journal*, vol. 31 (1996): pp. 238-245.

<sup>54</sup> Public Limited Liability Company governed by Luxemburg law offering needed financing to Euro-zone member states in difficulties. The application from the member state, in accordance with the *EFSF Framework Agreement*—entered into by the company and the Euro-zone member states— gives way to the negotiation with the European Commission and the acceptance by the applicant of a Memorandum of Understanding—art. 2.1 (a)—, imposing on the member state demands affecting its policies; for example, the *Memorandum of Un-*



nancial Stabilisation Mechanism (EFSM)<sup>55</sup>; on 2 February 2012 the *Treaty establishing the European Stabilisation Mechanism* (ESM) was adopted by the Eurozone member states in order to create a permanent instrument<sup>56</sup>, substituting the original version adopted on 11 July 2011.

- The tightening of the *Stability and Growth Pact* terms and an increase in macroeconomic and budget supervision<sup>57</sup>.
- The aim of a greater coordination of the economic policies within the euro zone after the adoption of the *Treaty of Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*, 2 March 2012<sup>58</sup>.
- A normative activity aimed at improving bank supervision and to prevent excesses caused by a lack of proper governance of financial markets<sup>59</sup>.

This panorama seems to leave the social dimension of crisis out of its core and the logical consequence seems to be a progressive reduction of the social impulse of state policies —at least comparatively with other moments— and an open commitment for making the labour market more flexible in those member states most affected by the crisis<sup>60</sup>.

---

*derstanding on financial-sector policy conditionality*, of 20 July 2012, whereby Spain is invited to continue with structural reforms beyond banking re-organization to which the economic assistance is applied (§ 31); such document was published in the Spanish official bulletin (*Boletín Oficial del Estado*, n.º 296, 10 December 2012).

<sup>55</sup> *Council Regulation (EU) No 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism* (*Official Journal* L118 (12/05/2010): pp. 001-004); a credit mechanism intended to assist the financial stability of the 27 EU members.

<sup>56</sup> “The ESM may therefore provide stability support on the basis of a strict conditionality” —as is established in its Preamble. ESM started to operate on 8 October 2012 and its first operation was Spain based on temporary measures with regard EFSF and, of course, under the perspective of the said conditionality.

<sup>57</sup> See: EU economic governance. *Surveillance of economic and fiscal policies*, available on: [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/index_en.htm), accessed 10/01/2013.

<sup>58</sup> “This Treaty shall enter into force on 1 January 2013, provided that twelve Contracting Parties whose currency is the euro have deposited their instrument of ratification, or on the first day of the month following the deposit of the twelfth instrument of ratification by a Contracting Party whose currency is the euro, whichever is the earlier” (art. 14.2).

<sup>59</sup> For example, it is interesting to see how it has evolved the 2001 proposal of a common system of financial transaction tax (EUROPEAN COMMISSION: *Taxations and Customs Unions. Taxation of the financial sector*, available on: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/other\\_taxes/financial\\_sector/](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/other_taxes/financial_sector/), accessed 11/01/2013).

<sup>60</sup> It should be remembered that the recent employment reforms in Spain —especially, the Royal Decree 3/2012, 6 July 2012, and Royal-Decree-Law 20/2012, 13 July 2012— have been challenged by submitting a complaint to the *Specials procedures for the examination of*

### 3.2. *The repercussion of ILO's initiatives on the multilateral system*

It is necessary to analyze to what extent ILO is able to make contributions to redefine the trends fostering globalization and to bring into the global agenda the development of the proposed social dimension of globalization. As a general example of the guidelines drawn by global governance, we share SAIZ's thesis, in the sense that initially "despite the obvious human rights dimensions of the crisis, human rights barely figured in the diagnoses or prescriptions made by the international community"<sup>61</sup>. Therefore, despite the reference to decent work is becoming recurrent, it is easy to perceive it as rhetoric and lacking any functional concretion.

If UN may be deemed as a potential forum of global governance, the reference to decent work is coherent with the prior acceptance of it as a transversal aim in its policies and programmes<sup>62</sup>. The support to the ILO's decent work programme is shown in the *follow up process of the Declaration of Copenhagen on Social Development*<sup>63</sup> —in which reference was

---

*complaints alleging violations of freedom of association*, and more precisely a complaint addressed to the ILO's Committee on Freedom of Association (CFA) —Case No 2947—, and a representation regarding a breach of *Convention n.º 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*, in accordance with the arts. 24 and 25 ILO's Constitution.

The Case n.º 2947 is pending before the CFA, which has requested the Spanish government to send information; the Spanish government has already provided some of the information required and has submitted its observations, too. On the other hand, in the definitive Report on the Case n.º 2918, concerning the Royal-Decree-Law 8/2010, 20 may 2010, that suspended a collective agreement relating to an increase in remunerations throughout the public administrations, the CFA «considered that, if a government wishes the clauses of a collective agreement to be brought into line with the economic policy of the country, it should attempt to persuade the parties to take account voluntarily of such considerations, without imposing on them the renegotiation of the collective agreements in force» (ILO, «Reports of the Committee on Freedom of Association. 368th Report of the Committee on Freedom of Association», *Document GB.318/INS/5/1* (2013): pp. 94-95, § 362).

Concerning the claim on Convention n.º 158, the Governing Body decided that the representation was receivable and set up a tripartite committee for its examination (ILO, «Minutes of the 317th Session of the Governing Body of the International Labour Office», *Document GB.317/PV* (2013): p. 58, § 287).

<sup>61</sup> Ignacio Saiz, "Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis", *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1, number 2 (2009): p. 280.

<sup>62</sup> UN, *Draft ministerial declaration of the high-level segment submitted by the President of the Council on the basis of informal consultations. Creating an environment at the national and international levels conducive to generating full and productive employment and decent work for all, and its impact on sustainable development*, of 5 July 2006, *Document E/2006/L.8*, 2006, § 34).

<sup>63</sup> Resolution S-24/2 adopted by the General Assembly on 1 July 2000, Commitment Three, § 35.

made to the fundamental rights at work—<sup>64</sup>; and also in the incorporation in Target 1 (*achieve full and productive employment and decent work for all, including women and young people*) of the Millennium Development Goal 1 (*Eradicate extreme poverty and hunger*)<sup>65</sup>. With regard the management of the last crisis, reference to decent work in the *Outcome of the Conference on the World Financial and Economic Crisis and Its Impact on Development*<sup>66</sup> is limited operatively to the petition to ILO to explain its *Global Jobs Pact*; while the *Report of the Commission of Experts of the President of the United Nations General Assembly on Reforms of the International Monetary and Financial System (Stiglitz Report)*<sup>67</sup> understands it as a long term aim for the reform of the global system (paragraph 11).

It has to be acknowledged, however, that it has been G20 who since 2008 has received a central position in the definition of global strategies of governance, highlighting, among others, the financial pillar and the macroeconomic coordination pillar as the main support of its strategy.

First, G20 states the need of new world financial governance based on two fundamentals: the centrality of the *International Monetary Fund* (IMF) and the *Financial Stability Board* (FSB)<sup>68</sup>, with the help of the *Bank for International Settlements* (BIS), and the reform of IMF and its internal governance.

The result seems to be a pragmatic but inarticulate institutional machinery:

- The place at the top is shared by two international organisations (IMF and BIS), and the FSB, which is not an international organisation and whose constitutional instrument “is not intended to create any legal rights or obligations” —article 23 FSB Charter as amended on 12 June 2012—.

<sup>64</sup> ONU, “Report of the World Summit for Social Development”, *Document A/CONF.166/9*, Commitment Three (i) (1995).

<sup>65</sup> From 15 January 2008, indicators related to this MDG are delimited by ILO including decent work indicators (ILO, *Guide to the new Millennium Development Goals Employment indicators: including the full decent work indicator set* (Geneva: International Labour Office, 2009)). However, no express mention to the constitutive elements of decent work can be found and only to a decent standard of living (United Nations Development Programme, *Human Development Report 2011. Sustainability and Equity: A Better Future for All* (New York: United Nations, 2011), p. 166).

<sup>66</sup> Resolution 63/303 adopted by the General Assembly on 9 July 2009, Annex.

<sup>67</sup> United Nations, *Report of the Commission of Experts of the President of the United Nations General Assembly on Reforms of the International Monetary and Financial System* (New York: United Nations, 2009), available on: [http://www.un.org/ga/econcrisisummit/docs/FinalReport\\_CoE.pdf](http://www.un.org/ga/econcrisisummit/docs/FinalReport_CoE.pdf), accessed 11/01/2013.

<sup>68</sup> The FSB is the successor to the Financial Stability Forum (FSF) which was founded in February 1999.

- The BIS includes a series of normalisation committees —among them, the *Committee on Banking Supervision (Basel Committee)*—, with powers to make recommendations or to create standards, non binding in principle, to supervise the financial/banking activity; in addition, BIS organs are rather intergovernmental political and technical forums whose secretary is assumed by BIS<sup>69</sup>.
- The task of regulation and supervision is complemented by other forums with the presence of state authorities, such as the International Organization of Securities Commissions (IOSCO)<sup>70</sup>, which, despite its intergovernmental nature, is not formally an international organisation.

Therefore, the global financial governance seems to be strongly based on these intergovernmental entities, without international legal personality, whose decisions are not binding and that operate in the field of what is known as *soft law* —and that, therefore, they do not strictly generate international legal obligations<sup>71</sup>—.

And, second, it is intended to create a macroeconomic coordination mechanism: at the Pittsburgh Summit (2009) a *Framework for Strong, Sustainable, and Balanced Growth* was established that, without failing to respect the state economic sovereignty, it foresees shared minimum economic goals and an evaluation procedure. If such project is a sort of *framework programme of global development*, facilitating a “more sustained and systematic international cooperation” —Point 2 G20 Leaders Statement—, the references to decent work and to the ILO’s Global Job Pact, besides the Millennium Goals, seem to be an appeal for the social dimension of globalization to be taken in consideration.

<sup>69</sup> The Basel Committee is defined as a “forum for regular cooperation between its member countries on banking supervisory matters” which ‘decisions have no legal force’ and whose Secretariat is provided by the BIS (Basel Committee, *History of the Basel Committee and its Membership*, 2012, available on: <http://www.bis.org/bcbshistory.pdf>, pp. 1 and 7, accessed 11/01/2013).

<sup>70</sup> See: *Declaration of the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors* (october 15, 2011).

<sup>71</sup> “[M]ost of the sources of international financial law are informal, intergovernmental institutions that set agendas and standards for the global regulatory community. These institutions are generally not grounded by treaty, but instead usually operate according to consensus and non-binding by-laws” (Chris Brummer, “Why Soft Law Dominates International Finance and Not Trade”, *Journal of International Economic Law*, n.º 13, n.º 3 (2010): p. 627); creating, at the same time, a problem of legitimacy, as in general, these forums “are nonetheless ‘exclusive’ clubs generally constituted by wealthy countries, which effectively export their rules to the rest of the world” (*ibid.*, p. 642).

Even if, during 2010, global employment goals were timidly quantified at the Toronto Summit —“ten of millions more jobs would be created” (Point 7 G20 Toronto Summit Declaration)—, and if in Seoul the Pittsburgh postulates were ratified —*Annex I to the G20 Seoul Summit Declaration*—, the advancements reached suggest a real progress but outline, at the same time, a very imprecise background for the implementation of the goals of the social dimension of globalization:

- The *Cannes Summit Final Declaration* (2011) is based on three elements for *fostering Employment and Social Protection*: respect for fundamental rights at work; creation of decent work —particularly, among young people—, and the articulation of “social protection floors in each of our countries”<sup>72</sup>. Even if the will expressed by the ministers concerned is to combine the structural reforms with active policies of employment<sup>73</sup>, its concretion in policy commitments by G20 members of the *Action Plan for Growth and Jobs* —Point 2 of the Declaration— focuses on fiscal and financial consolidation, and also structural reforms which, in some cases, encompass the struggle against poverty or the job market.<sup>74</sup>
- At the Los Cabos summit (2012), besides consolidating the *Accountability Assessment Framework* with regard state commitments, the social dimension of globalization is reinforced, at least formally, reading Point 20 of the Final Declaration<sup>75</sup> jointly with the recommendations made by the Ministers of Labour and Employment<sup>76</sup>. Having said that, the basic directions of the action plan are not therefore to be remodelled in depth<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> “[S]uch as access to health care, income security for the [elderly and persons with disabilities, child benefits and income security for the unemployed and assistance for the working poor” (Point 4 of the Declaration).

<sup>73</sup> *G20 Labour and Employment Ministers’ Conclusions (Paris, 26-27 september 2011)*, available on: <http://www.g20.utoronto.ca/2011/2011-labour-110927-en.pdf>, Conclusion 7, accessed 11/01/2013.

<sup>74</sup> With regard Spain, the only proposal of structural reform is the partial privatisation of airports ([www.g20.utoronto.ca/2011/2011-cannes-action-annex-111104-en.pdf](http://www.g20.utoronto.ca/2011/2011-cannes-action-annex-111104-en.pdf), accessed 11/01/2013).

<sup>75</sup> *G20 Leaders Declaration, Los Cabos, Mexico, June 19, 2012* (<http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.html>, accessed 11/01/2013).

<sup>76</sup> See: [www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0518-labour.pdf](http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0518-labour.pdf), accessed 10/31/2013.

<sup>77</sup> It has to be taken into account that among the Spanish *policy commitment*, it is understood that it was necessary a labour reform “to address the main rigidities in the labour market” ([www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos-commitments.pdf](http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos-commitments.pdf), accessed 11/30/2013), some of the measures adopted by Spanish Government to comply with the policy commitment has been criticised and challenged before ILO (see above note 61).

- G20 Leaders' Declaration following the Saint Petersburg summit (2013) has emphasized the need "to coordination and integration of labour, employment and social policies with our macroeconomic and financial policies" (Point 28)<sup>78</sup>; on the other hand, the guidelines for planning employment and complementary policies are still very generic and don't really constitute a *global plan*, as may be seen in the G20 Labour and Employment and Finance Ministers' Communiqué following (Moscow, July 19, 2013)<sup>79</sup>.

Finally, we have to acknowledge that G20 is sensitive, and perhaps it has helped, to a more intense cooperation between specialized agencies of the United Nations system —ILO, IMF and World Bank Group—, and particularly between ILO and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)<sup>80</sup>. The principle of functional speciality is an obstacle to greater integration of their respective institutional policies but the joint articulation of action proposals makes at least, mutual recognition and joint responsibility explicit.

### 3.3. *The influence of ILO on the multilateral system of global governance*

Besides ILO being part of the United Nations system, the fact that its proposals related to the establishment of a social dimension to globalization are progressively being reflected on the guidelines and decisions of G20 is reinforcing the impression that its project to lead the way out of the economic and financial crisis is being taken into account in global governance.

<sup>78</sup> G20 Labour and Employment Ministers' Declaration (Moscow, July 19, 2013) had recommended the Leaders "mobilize all their national policies (macroeconomic, financial, fiscal, education, skills development, innovation, employment, social protection) to promote jobs for all" (available on: <http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013-0719-labour-declaration.html>, accessed 11/01/2013).

<sup>79</sup> See: <http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013-0719-labour-finance-communique.html>, accessed 11/01/2013.

<sup>80</sup> Also, account should be taken the progress carried out in the joint analysis of the link between labour and trade, between ILO and WTO (Marion Jansen & Eddy Lee, *Trade and Employment. Challenges for Policy Research* (Geneva: International Labour Office/Secretariat of the WTO, 2007)), which is the result of a mutual technical cooperation in a relationship full in incidences such as the WTO's Ministerial Conference in Singapore (1996), during which the invitation to ILO'S director general "to address the ministers was withdrawn due to objections from developing countries who wanted no discussion of labour issues at the meeting" (Virginia A. Leary, "The WTO and the Social Clause: Post-Singapore", *European Journal Of International Law*, vol. 8, No. 1 (1997): p. 119).

However, the good news should be qualified or put into perspective:

- Even if, in accordance with section 1.4 of the Charter of United Nations, UN is presented as “a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends [including the international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character]”<sup>81</sup>, this international organization seems not to have been at the centre of global governance during this period of crisis, even when the specialized bodies ascribed to it are being targeted to redirect their actions —IMF— or are being taken into account when devising global strategies —ILO—.
- The emergence of G20 as an alternative to the direction of global governance does not seem fully satisfactory, even when realist: no doubt it gathers the most developed countries and the emerging countries, but, even without questioning the presence or absence of countries, the political centre of the global governance of crisis is moved from a universal decision making framework (UN) to a restricted and oligarchic one (G20).
- This oligarchic potentiality increases because other decisions affecting financial and economic governance are taken by normalisation committees and/or *transnational regulatory organizations* —as SLAUGHTER<sup>82</sup>calls them— whose composition expresses also oligarchic power<sup>83</sup>. The evidence that their rules are not legally binding do not affect the impression that, as it happens with the recommendations of International Organisations in financial and economic matters, the specific weight of their regulations is very significant.
- The regulatory dynamic suggests the presence of a fundamental joint responsibility of the most developed and emerging countries in world governance. At the same time, however, it can dilute the

---

<sup>81</sup> It must be remembered the proposal in the *Stiglitz Report* to create a *Global Economic Coordination Council*.

<sup>82</sup> Ann-Marie Slaughter, “Governing the Global Economy through Government Networks”, in M. Byers, editor, *The role of law in international politics: Essays in International Relations and International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 186.

<sup>83</sup> It should be noted that the G20 has urged to implement the reform of the IMF governance system (*G20 Leaders Declaration, Los Cabos, Mexico, June 19, 2012*, Point 33); in *G20 Leaders' Declaration, Saint Petersburg, September 6, 2013*, the G20 Leaders reiterate: “Completing the ongoing reforms of IMF governance is indispensable for enhancing the Fund’s credibility, legitimacy and effectiveness. For this reason, the ratification of the 2010 IMF Quota and Governance Reform is urgently needed” (Point 53).

reach of the hypothetical transnational joint responsibility of international organisations and other intergovernmental forums in which the states take part with regard the effectiveness of international legal obligations of states. In specific reference to the right to work, it seems clear that the financial specialised agencies should cooperate to effectively implement the right to work within the state and that their members states “should pay greater attention to the protection of the right to work in influencing the lending policies, credit agreements, structural adjustment programmes and international measures of these institutions”<sup>84</sup>; but, no doubt, it is more difficult to translate such approach to highly technical intergovernmental cooperation systems that are not international organisations proper.

- The G20’s activity integrates ILO’s proposals for global governance; but it entails no significant advancement in the transversal insertion of human rights (or even less likely, the set of employment rights) in the global debate<sup>85</sup>. What prevents not the acknowledgement that, timidly, both IMF and the World Bank Group have made their policies of conditionality more flexible, in particular opening a growing line of progress from the launch of the *Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and Human Rights* (2002)<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> *General Comment n.º 18 (2005) of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: The Right to Work (art. 6)*, in UN, “The right to work. General comment No. 18, adopted on 24 november 2005. Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Right”, *Document E/C.12/GC/18*, 2006, pp. 8 and 13, §§ 30 and 53; a different matter are the international legal obligations imposed by general international law in the field of human rights: “International organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties” (ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 march 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980*, pp. 89-90, § 37).

<sup>85</sup> Ignacio Saiz, op. cit., p. 281.

<sup>86</sup> “The World Bank and the IMF have international legal obligations to take full responsibility for human rights respect in situations where the institutions’ own projects, policies or programmes negatively impact or undermine the enjoyment of human rights (Principle 5).

For example, the World Bank Group scheme named as *Doing Business* in 2013 “does not present rankings of economies on the employing workers indicators or include the topic in the aggregate ranking on the ease of doing business” (see: <http://doingbusiness.org/methodology/employing-workers>, 10/31/2013).

On the other hand, some States are trying to develop in their current practice new generations of bilateral economic agreements that evolve in the sense of including labour-related legal obligations and that pretend to go beyond the decent work and fundamental rights at work approach: for example, the art. 16, 7 (e) of the *US/Oman Free Trade Agreement* (2004) recognizes, as one of the “internationally recognized labor rights” that laws cannot weaken



The positive opinion, in general lines, regarding the participation of ILO in global governance should also be subjected to a brief critical reflection regarding its endogenous behaviour and the results of its institutional action.

ILO has carried out an important contribution to identify and promote fundamental rights at work<sup>87</sup> —undoubtedly universal today—. However, the proposed catalogue of rights seems very restrictive, becoming evident that its choice is political and arbitrary<sup>88</sup>: it seems that the realist approach is a tribute to the neoliberal approach which tried to neutralise the normative activity of ILO and it has institutionally reinforced “a limited range of process rights and its neglect of substantive norms such as those relating to safety and health, minimum wages, and reasonable conditions of work”<sup>89</sup> —a criterium that could be followed if an analysis of the aspects included in decent work was carried out in depth.

But the criticism is also addressed to the internal governance: tripartism maintenance creates serious problems of legitimacy in the ILO —in view of the lack of real representativeness of some of its constituents and the restricted role played by NGOs and civil society— that weaken the coherence and pertinence of the institutional goals<sup>90</sup>. Moreover, the authority of the ILO has been affected by an institutional crisis that has been opened in 2012 as a result of the decision of the employer members to transform their disagreement with the interpretation given by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Convention No. 87 on freedom of Association and protection of the Right to Organise (1948) into a capital problem for the credibility of the control system of the OIT<sup>91</sup>. Perhaps, BACCARO and MELE are right when they say

---

or reduce —art. 16.2—, the right to “acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health”; or the art. 13 of the 2012 *U.S. Model Bilateral Investment Treaty* (see above: note 53).

<sup>87</sup> 1) Freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; 2) The elimination of all forms of forced or compulsory labour; 3) The effective abolition of child labour; and 4) The elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

<sup>88</sup> Claire la Hovary, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international* (Paris: PUF, 2009), p. 47.

<sup>89</sup> Philip Alston, “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 3 (2005): p. 477.

<sup>90</sup> See, for example: François Maupain, op. cit. (1999), pp. 331-332.

<sup>91</sup> “Interpretations of a right to strike by the Committee of Experts were fundamentally unacceptable to the Employer members” (ILO, “Report of the Committee on the Application of Standards”, *International Labour Conference, 101st Session, Geneva, may-june 2012, 19(Rev.) Part One* (Geneva: International Labour Office, 2012), p. 34, § 147). The interpretation given is not part of a *new jurisprudence*: the opinion of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations was formulated in the 50s.

that: “The only topic on which unions and employers found themselves in full agreement was the need for the ILO to remain a tripartite organization and to exclude NGOs and civil society organizations from any formalized access to the organization”<sup>92</sup>; from another perspective, this crisis can also be understood as the manifestation of employers will to increase its influence within the ILO, in line with the trends of economic globalization itself.

#### 4. Final considerations

ILO contributes, with more or less intensity depending on how one looks at it, to the redefinition of the terms of global governance: in order to bring a social dimension to globalization, it provides social parameters as alternatives to what caused and/or helped to cause the current financial and economic crisis.

It is a modest contribution due to the restrictive nature of the social goals defining the *social dimension of globalization*. It can be said that they are confined to the category of basic parameters —be they fundamental rights at work, decent work or the minimum floor of social protection. The underlying legal/political logic is clear: a downward adaptation of ILO’s mandate to a socio-economic context marked by neoliberal principles.

Likewise, its framing within the guidelines of G20’s global governance mainly means being within the framework of financial and economic *policy commitments* addressed to guarantee systemic stability.

The first consequence is that social goals are subject to macroeconomic guidelines and to the traditional belief that economic growth will bring *per se* job creation. More difficult it will be that these jobs meet the specifications of decent work: the structural reforms affecting the labour markets in many states represent a regression in employment conditions and, therefore, the loss and devaluation of employment quality when compared with the past.

The second consequence is that ILO is helping rather relatively to the transversal incorporation of human rights —if you wish, labour rights— into the global agenda, perhaps being aware of the objective difficulty of anchoring them to a global governance that is still governed by neoliberal reticence to incorporate them as legal rules.

Finally, if we balance the positive and negative aspects of its proposal, it can be said that ILO is re-dimensioning the balance of concurring vectors

---

<sup>92</sup> L. Baccaro and V. Mele, “Pathology of Path Dependency?: The ILO and the Challenge of New Governance”, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 65, n.º 2 (2012): p. 217.

in globalization trilemma—in favour, evidently, of the social vector—, but its contribution is not fundamentally changing the scheme of interactions and dominances that the trilemma is currently showing in the current globalized economy: the greater presence of the social vector does not shatter the understanding of the State as *an agent of the current form of understanding globalization* nor offers final political arguments in order for state policies conditioned by financial and economic crisis to give less weight to the reasons behind the structural reforms or budget adjustments and more to economic, social and cultural rights.



## Bolivia, élite sectorial chola y élite política: las ambivalencias de su relación

Fran Espinoza\*

**Resumen:** Uno de los efectos del ascenso de la nueva élite política al poder, es la visibilidad de nuevas élites sectoriales que habían permanecido ausentes del quehacer político, económico y social, debido a las antiguas dinámicas de poder entre la «élite blanca» y el Estado, ya que estos históricamente provocaron la exclusión de sectores populares. Con la revolución de 1952, se originó una nueva élite sectorial, la que se ha visto favorecida con el recambio de élites ocurrido en el año 2006. En el actual marco del proceso de cambio, con la desaparición (en parte) de viejos modelos de estratificación social, las nuevas élites iniciaron su proceso de acumulación de ganancias, pero debido a los intereses sectoriales que cada una las élites representa, su relación está marcada por continuas ambivalencias.

**Palabras claves:** Bolivia, Estado, nuevas élites, élite sectorial chola, redes, contrabando.

**Abstract:** One of the effects of the rise of the new political elite is the visibility of new sectoral elites. These new elites had been absent from the political, economic and social landscape due to the old power dynamics between the “white elite” and the State which resulted to the historical exclusion of the popular sectors. The new sectoral elite which emerged with the revolution of 1952, was favored by the elites’ replacement of 2006. In the current context of the ‘change process’ and of the partial disappearance of the old social stratification, the new elites have initiated their process of wealth accumulation. However, due to the sectoral interests that each elite represents, their relations are marked by continuous ambivalences.

**Keywords:** Bolivia, State, new elites, chola sectoral elite, networks, smuggling.

---

\* Es investigador, doctorando en el programa Estudios Internacionales e Interculturales, en la Universidad de Deusto | SPIBUILD Marie Curie Pre-Doctoral Research.

## 1. Introducción

Posterior a los resultados electorales de 2005, se ha (re) producido una inmensa cantidad de documentos sobre los orígenes, caracterización y composición de las organizaciones sociales que propiciaron el triunfo electoral de Evo Morales. Algunos trabajos se han encargado de complejizar la naturaleza del Movimiento al Socialismo (MAS), recurren a cuestionamientos teóricos para comprender y explicar la naturaleza del MAS, la mayoría de análisis se centran en cuestionar: el MAS ¿movimiento social o partido político?

Para explicar el ascenso de la nueva clase política se toman como marco referencial la «la Guerra del Agua» del año 2000, los bloqueos del Chapare, Cochabamba y Achacachi, La Paz de 2000. Y posteriormente se explican las causas que originaron «la Guerra del Gas» del año 2003. Al conjunto de estas movilizaciones sociales se les denomina «Ciclo de Protestas». Los trabajos describen y analizan a los sectores sociales involucrados en la protesta social en contra el modelo neoliberal, destacan su capacidad organizativa, sus reivindicaciones sociales y el desgaste provocado a la vieja élite política y económica, para concluir que el Ciclo de Protesta favoreció el triunfo electoral de Evo Morales.

El presente artículo con el afán de abrir nuevos espacios de reflexión en el marco del *proceso de cambio* analiza las actuales relaciones poder entre la nueva élite política y las élites sectoriales emergentes<sup>1</sup>. El documento se estructura de la siguiente manera, en la primera parte se presenta algunas nociones del término élite y de las teorías de élites sectoriales. En la segunda parte, se revisa brevemente el estado de la cuestión de los estudios elitarios en Bolivia. En la tercera parte se introduce la categoría analítica *élite sectorial chola*, con el objetivo de rastrear su origen y establecer algunas de sus características más representativas. Posteriormente se analiza los diferentes tipos de relaciones que se dan entre la élite sectorial chola y la nueva élite política. En la cuarta parte, se estudia desde la perspectiva simbólica la festividad del Señor de El Gran Poder. Y por último, se presentan algunas conclusiones preliminares.

### *Definición de élite*

Los aportes de Mills<sup>2</sup>, nos permite un primer acercamiento para una posible definición de élite. El autor afirma que las minorías que ocupan los

---

<sup>1</sup> El presente artículo forma parte de la tesis doctoral *Bolivia: circulación de élites, causas y efectos*, que será defendida en la Universidad de Deusto, Bilbao.

<sup>2</sup> C.W. Mills, *La élite del poder* (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1957).

Hofmeister, agrega que la élite es una capa dirigente que se separa y se diferencia de las masas populares. Esta separación puede tener diferentes causas: origen social, poder económico.

puestos de mando pueden considerarse como los poseedores del poder, la riqueza y la fama. La minoría está formada por individuos pertenecientes al estrato superior en una sociedad capitalista. Dicha minoría puede definirse con criterios psicológicos y morales como ciertas especies de individuos selectos.

Definidos así, los miembros de la *élite* son sencillamente, personas de carácter y energía superiores. El humanismo, por ejemplo, puede concebir la élite no como un plano o categoría social, sino como el conjunto de los individuos dispersos que intentan superarse a sí mismos y que en consecuencia, son más notables, más eficientes, como hechos de mejor clase. No importa que sean pobres o ricos, que ocupen altas o bajas posiciones, que sean aclamados o despreciados: son *élites* por la clase de individuos que son. El resto de la población es masa, la cual, según esta concepción, yace indolentemente en una incómoda mediocridad (Mills<sup>3</sup>).

De acuerdo a Mills, la mayor parte de las concepciones de élite toman en cuenta al estrato en su conjunto (no tanto al individuo). También señala que las personas que gozan de ventajas se resisten a creer que ellas son por casualidad personas que gozan de superioridad y que éstas se inclinan a definirse a sí mismas como personas naturalmente dignas de lo que poseen y a considerarse como una «élite natural» a imaginarse que sus riquezas y privilegios como ampliaciones naturales de sus personalidades selectas, constituye una ideología de *élite* en cuanto estrato gobernante privilegiado, y ello es así, ya sea por ideología de la *élite* misma o de otros.

Las minorías que detentan el poder poseen un sin número de capacidades que irían desde la reproducción de visiones simbólicas (religiosas) y culturales, el uso de medios de comunicación hasta el uso de las fuerzas armadas.

En 2004, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD<sup>4</sup>, elaboró una definición de élite tomando en consideración las características sociopolíticas de la región latinoamericana. De acuerdo a su definición, la élite sería aquella minoría de actores sociales que cuenta con las mayores cuotas de poder, las que no sólo les permite diferenciarse de la pobla-

---

mico, cargo o posición, mérito o educación. W. Hofmeister, «Las élites en América Latina: un comentario desde la perspectiva de la cooperación para el desarrollo», en Peter Birle, Wilhelm Hofmeister, Günther Maihold, Barbara Potthast, eds., *Élites en América Latina* (Madrid-Frankfurt: Iberomericana-Vervuert, 2007), pp. 125-141.

<sup>3</sup> C.W. Mills, op. cit. (1957), pp. 20-21.

<sup>4</sup> PNUD, *¿El poder para qué y para quién?*, Informe de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (Santiago: 2004), p. 173.

ción común y ejercer altas funciones de conducción, sino que también les obliga a justificar de algún modo su accionar.

La definición del término élite, en su expresión más simple expresa que las élites económicas controlan bienes escasos y las élites políticas controlan el Estado. Los medios para hacerse de estos recursos responden a reglas formales e informales. Las reglas formales provienen del Estado mismo, y condicionan como mínimo a quienes están autorizados para tomar decisiones obligatorias para toda la sociedad y la extensión de sus decisiones (esfera política), así como las modalidades válidas para los derechos de la propiedad (esfera económica). Las reglas informales surgen de las relaciones sociales —espontáneas— y corresponden a una cultura política nacional compuesta por el sistema simbólico (ideología) y la estructura de las redes sociales (Adler Lomnitz, Pérez, y Salazar<sup>5</sup>). Sin embargo, en todas las sociedades también existen las élites sectoriales, élites que representan a su sector, las que reflejan sus ideas e intereses — y logran articularse con los tipos de élites anteriormente señalados (Waldmann<sup>6</sup>).

### Élites sectoriales

El presente estudio toma los aportes de la teoría sociológica desarrollada por Pereto y la actualización del *elitism*, propuestos por Herrera Gómez<sup>7</sup>, en ese sentido para la definición de élite sectorial se plantea el siguiente marco teórico: i) Una sociedad como campo de batalla por los recursos, especialmente los posicionales (ligados a estatus social, ingresos, prestigio o poder). ii) Una determinada concepción de la estratificación social que contempla tanto los ingresos de formación de unidades (clases, grupos y estratos), sus formas de movilidad, así como los procesos selectivos «electivos». iii) Una evidente conexión con aquellos modelos de sociedad llamados tradicionales (pre-modernos) y de la primera modernización, que aún no conocen el primado de la diferenciación funcional.

Se coincide con Herrera Gómez, en la necesidad de actualizar el marco referencial del *elitism*, porque fue desarrollado en la Europa del siglo XIX.

<sup>5</sup> L. Adler Lomnitz, L. Pérez y E. Salazar, «Globalización y nuevas élites en México», en Peter Birle, Wilhelm Hofmeister, Günther Maihold y Barbara Potthast, eds., *Élites en América Latina* (Madrid-Frankfurt: Iberomericana-Vervuert, 2007), pp. 140-168.

<sup>6</sup> P. Waldmann, «Algunas observaciones y reflexiones críticas sobre el concepto de elite», en Peter Birle, Wilhelm Hofmeister, Günther Maihold y Barbara Potthast, eds., *Élites en América Latina* (Madrid-Frankfurt: Iberomericana-Vervuert, 2007), pp. 9-30.

<sup>7</sup> M. Herrera, Gómez, «Élites y ciudadanía societaria: una teoría relacional del pluralismo postmoderno», *Paper* No. 68 (Universidad de Granada: 2002), pp. 169-190.



En ese marco nuestro análisis contempla algunas especificidades del contexto boliviano, por ejemplo el que se refiere a las transformaciones mínimas de las antiguas estructuras de poder y los procesos de estratificación social del pasado.

En la formación de los estratos sociales «elegidos» (selectos), ya no son considerados solamente los indicadores de estatus típicos del pasado, tales como ingresos, el prestigio y el poder. i) Emergen otras dimensiones de la vida social que desvelan otros criterios de selección social en la relación social *qua talis*. ii) Cambian los parámetros de comparación entre estos indicadores de estatus elegido, sus interacciones y los efectos emergentes de tales interacciones. iii) Cambian los procesos de atribución y de incentiva-ción para tales indicadores de estatus, y con ello también cambian los pa-rámetros de acceso y de salida de estratos o clases sociales (la movilidad ya no está ordenada jerárquicamente y según una centralidad). iv) Y en la cir-culación de élites ya no tienen lugar las lógicas conectadas a los viejos mo-delos de estratificación social<sup>8</sup>. En otras palabras, las viejas élites continúan como realidad del poder, pero el poder y el acceso a este han sufrido trans-formaciones.

Es oportuno considerar el anterior planteamiento teórico en el caso boliviano, porque con la circulación de élites de 2005, se modificaron (en parte) algunos de los parámetros para formar parte de la minoría que de-ntenta el poder, la noción de estratificación social y de procesos selectivos. Debido a la actual coyuntura que vive el país la pertenencia a la élite difícil-mente será heredada a familias tradicionales, ello no traduce en la desapa-rición de la vieja élite económica, sino que la emergencia de nuevas élites sectoriales, no solo se constituyen con otros marcos referenciales sino que además se conforman nuevas redes familiares y sociales que las sostienen.

Para el análisis de las élites sectoriales emergentes, hemos introducido el *Esquema AGIL*, desarrollado por Donati<sup>9</sup>, y estudiado por Herrera Gó-mez<sup>10</sup> y Terenzi,<sup>11</sup> porque toma en cuenta los siguientes criterios: repre-sentación, clasificación, nacimiento y desarrollo potencial mediante diná-micas interactivas: La(s) nueva(s) nace en cada una de las cuatro esferas que componen la sociedad: económica, política, social y cultural. Pero, ge-neralmente son el producto de las interacciones entre las cuatro esferas.

Empíricamente, en cada uno de estos ámbitos (AGIL) existen muchos tipos de élites: i). (A) En el ámbito económico: las élites empresariales, sin-

<sup>8</sup> Herrera Gómez, op. cit. (2002), p. 174.

<sup>9</sup> P. Donati, *Teoria relazionale della società* (Milan: Franco Angeli, 1991).

<sup>10</sup> Herrera Gómez, op. cit. (2002), pp. 169-190.

<sup>11</sup> P. Terenzi, «Relación social y realismo crítico en la obra de Pierpaolo Donati», *RES*, No. 10 (2008): pp. 39-52.

dicales, financieras, etc. ii). (G) En el ámbito político: las élites de los partidos políticos y de los movimientos políticos no organizados como partidos, etc. iii). (L) En el ámbito cultural: las élites religiosas, intelectuales, de las artes, del espectáculo. iv). (I) Debido a la complejidad social, en el ámbito social, resulta más difícil individualizar los tipos de élites.

En sociedades democráticas las élites se caracterizan por una creciente diferenciación (funcional o suprafuncional), entre élites económicas, políticas, culturales y sociales. Su manera de relacionamiento o intercambios están más o menos limitados, por ejemplo: el intercambio más fuerte se produce entre las élites económicas y élites políticas.

Con posterioridad se da el intercambio entre élites culturales y élites políticas. Una élite cultural puede llegar a ser política; menos frecuente es que figuras de la élite política asuman el *rol* de élite cultural. Existe poco intercambio entre élites económicas y sociales, también entre élites económicas y élites culturales. Dicho de otra manera, aunque las élites surgen en diferentes ámbitos, estas tienen sus áreas de intereses e identidades observables en la democracia moderna por los sus códigos de selección simbólicos.

## 2. El estado de la investigación sobre las élites en Bolivia

A diferencia de las investigaciones sobre movimientos sociales y partidos políticos, las investigaciones sobre el *rol* de las élites bolivianas son pocas y menos actualizadas, sin embargo, esta línea de investigación podría ofrecer nuevos aportes para el análisis y comprensión de las nuevas relaciones de poder en el actual proceso de cambio.

De acuerdo a Irurusqui<sup>12</sup> las visiones historiográficas boliviana sobre la realidad o no de la construcción de un Estado Nacional se entienden en función del tipo de élite que cada uno de los autores define. Una de las líneas interpretativas está conformada por los historiadores que resaltan la trascendencia de las obras realizadas por «Los Patriarcas de la Plata» y «Los Barones del Estaño», en esta línea se identifican y se relacionan obras públicas con progreso, para posteriormente destacar el protagonismo de estos grupos dominantes en el proceso de industrialización, dinamización y liberalización económica del país.

Consideran que la iniciativa modernizadora de los mineros jugó un *rol* importante en la formación del Estado nacional, pero en los casos que ese

---

<sup>12</sup> M. Irurusqui, *La armonía de la desigualdad. Élites y conflictos de poder en Bolivia 1880-1920*. Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cuzco (Madrid: Consejo Superior de Investigación Científica, 1994).

proceso no llegó a consolidarse la responsabilidad no recae sobre la élite progresista, sino que se responsabilizan a los rezagos coloniales.

Las investigaciones sobre las élites bolivianas, son bastantes escasas, especialmente las que abordan su *rol* a partir de la revolución del 52, aunque algunos autores las mencionan reiteradas veces en sus trabajos. Generalmente se les acusa de haber gobernado través de pactos políticos para garantizar su permanencia en el poder o se les responsabiliza de haber privilegiado a la élite del oriente.

En los últimos años especialmente después de los ciclos de protestas (2000-2005), se han publicado algunos trabajos que abren la posibilidad para profundizar en el análisis de las minorías que detentan el poder (Rojas Ortuste<sup>13</sup>; Rossells<sup>14</sup>; Mayorga<sup>15</sup>; Stefanoni<sup>16</sup>; Do Alto y Stefanoni<sup>17</sup>; García, Linera<sup>18</sup>; Gordillo Rivera<sup>19</sup>; Mansilla<sup>20</sup>; Argirakis<sup>21</sup>).

Por otro lado, algunos autores consideran que los estudios de las élites bolivianas carecen de validez debido a las referencias teóricas y las particularidades del país (Castellón<sup>22</sup>; Ströbele-Gregor<sup>23</sup>). Castellón, se propone marcar precedentes en la forma que se ha estudiado los grupos de poder en Bolivia, las tendencias y las modas. La autora inicia reconociendo que «el estudio de la élite en Bolivia está aún en sus primeros pasos, en compara-

<sup>13</sup> G. Rojas Ortuste, *Cultura política de las élites en Bolivia (1982-2005)* (La Paz: Fundación Friedrich Ebert, FES y CIPCA, 2009).

<sup>14</sup> B. Rossells, «Pepinos, Ch'utas y Cholas: La nueva sociedad de la Paz», en Marcos González Pérez, coord., *Fiesta y Nación en América Latina* (Bogotá: Panamericana, 2011).

<sup>15</sup> F. Mayorga, *Dilemas, ensayos sobre democracia y Estado Plurinacional* (La Paz: Plural editores: 2011), p. 324.

<sup>16</sup> P. Stefanoni, «Siete años de gobierno de Evo Morales. Un nuevo mapa político en Bolivia», *Le Monde diplomatique*, No. 164 (febrero de 2013): pp. 10-11.

<sup>17</sup> H. do Alto, y P. Stefanoni, «El MAS: las ambivalencias de la democracia corporativa», en Luis Alberto García Orellana y Fernando Luis García Yapur, coords., *Mutaciones del campo político en Bolivia*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD-Bolivia) (Impresiones Gráficas Virgo, 2010), pp. 303-353.

<sup>18</sup> Á. García Linera, *Las tensiones creativas de la revolución, la quinta fase del proceso de cambio* (La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2011).

<sup>19</sup> J.M. Gordillo, «Las élites de poder en Bolivia», *Temas de debate* (La Paz: PIEB, 2008).

<sup>20</sup> C.F. Mansilla, «El mundo de ayer, de la compresión de nuestros límites y de la deprecación de las élites», en *Revista de Ciencias Sociales*, vols. III-IV (Universidad de Costa Rica, 2006), pp. 113-121.

<sup>21</sup> H. Argirakis, «El Comité Cívico Pro Santa Cruz como aparato ideológico de la élite crucial», *Mojón 21*, No. 1 (Santa Cruz de la Sierra: marzo de 2011),. pp. 42-46.

<sup>22</sup> C. Castellón, «Un análisis en torno a algunos estudios sobre élite en Bolivia», *RAE, Historia*, musef XXII (2008): pp. 239-246.

<sup>23</sup> J. Ströbele-Gregor, «Autoridad, poder y liderazgo», en Peter Birle, Wilhelm Hofmeister, Günther Maihold, Barbara Pottthast, eds., *Elites en América Latina* (Madrid-Frankfurt: Iberoamericana-Vervuert, 2007), pp. 105-124.

ción con otros países de Latinoamérica». Posteriormente, explica el origen del término, menciona los aportes de los clásicos (Mosca, Pareto y Michels) y las diferencias en cuanto a la interpretación teórica sobre el término.

Su trabajo se centra en la crítica a cinco investigaciones que abordan el tema en cuestión<sup>24</sup>. Cuestiona los estudios de élites por la manera y el significado con que se emplea dicho término. Para la autora, en algunas investigaciones existe una especie de anacronismo porque Bolivia estaba lejos de ser una sociedad industrializada y lejos de la revolución tecnológica que sufrieron otros países europeos.

Resumiendo, el ensayo es un llamado a la renuncia de las investigaciones sobre las élites boliviana, tanto por las especificidades de la sociedad, como por los enfoques con los que se han abordado las investigaciones:

No podemos seguir importando modelos y hacerlos encajar por seguir una tendencia, tenemos la obligación como investigadores de cuestionarnos y de hacer hablar otra vez a esos teóricos muchas veces olvidados que nos pueden decir hasta donde llegar con sus propuesta<sup>25</sup>.

Algunas consideraciones a su trabajo: i) La autora no especifica a qué tipo de élite se refiere: política, económica, social o cultural. Se percibe que es una crítica a la definición de élite económica, ya que relaciona élite con poder regional, pero en ningún momento especifica. ii) La autora no propone enfoques para analizar las minorías que detentan el poder en Bolivia.

Por otro lado, Ströbele-Gregor, realiza una interesante reflexión, en la que cuestiona si a los indígenas se les podrían considerar parte de las élites nacionales. En su ensayo menciona que:

En 1993, por primera vez en la historia de Bolivia, hubo un vicepresidente indígena, y en las elecciones del 31 de mayo 2002 fueron elegidos 24 diputados y tres senadores indígenas... ¿Significa todo esto que esos indígenas forman parte de las elites nacionales?<sup>26</sup>

Es evidente que la autora posee conocimiento y experiencia en estudios antropológicos en las comunidades indígenas de América latina, sin embargo en su ensayo no menciona ningún estudio en particular. Pero

---

<sup>24</sup> M. Irurosqui, «La armonía de la desigualdad. Élite y conflictos de poder en Bolivia 1880-1920». Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cuzco (Madrid: Consejo Superior de Investigación Científica, 1994); G. Rojas Ortuste, *Cultura política de las élites en Bolivia (1982-2005)* (La Paz: Fundación Friedrich Ebert, FES y CIPCA, 2009).

<sup>25</sup> Castellón, op. cit. (2008), p. 245.

<sup>26</sup> Ströbele-Gregor, op. cit. (2007), p. 105.

echa de menos la perspectiva *emic*<sup>27</sup>. A medida que se profundiza en su lectura, se puede percibir el cuestionamiento a las investigaciones que relaciona al indígena con élites de poder.

Se coincide con la autora en su propuesta de incluir la perspectiva *emic*, porque desde la antropología política se realizarían nuevas aportaciones. Sin embargo, habrá que considerar que el ascenso de la actual élite política es relativamente nuevo, por tal motivo resultaría difícil identificar a líderes indígenas que han ocupado puestos políticos en la cúpula del aparato estatal y que hayan retornado a sus comunidades de origen<sup>28</sup>. Las investigaciones elitarias deberían distinguir entre los diferentes ámbitos y tipos de élites, así como las categorías de análisis empleadas, tres elementos ausentes en su ensayo.

### 3. La élite sectorial chola

El término «cholo» o «lo cholo como identidad étnica», no está exento de controversias. Se debe la connotación negativa (peyorativa) que la palabra lleva consigo. En el presente estudio, con el objetivo de contribuir al debate y proponer un nuevo abordaje de las relaciones de poder se analiza a una de las élites sectoriales emergentes, para ello se introducirá la categoría de análisis: *élite sectorial chola*.

Al no existir ninguna definición de *élite sectorial chola* a continuación se intenta realizar una aproximación a su significado. En diferentes ensayos Toranzo<sup>29</sup>, ha explorado el origen y dinámicas de los cholos, según el autor existe una *burguesía chola* que estaría conformada por nuevos segmentos de la economía liberados o creados por la Revolución Nacional de 1952, especialmente en las actividades comerciales destinadas al mercado interno, el transporte interprovincial y el contrabando.

Por otro lado, Pérez-Ruiz, considera que *lo cholo* es una de las identidades emergentes. De acuerdo a la autora, anteriormente lo cholo, indi-

---

<sup>27</sup> El análisis *emic*, es utilizado en la antropología, corresponde a una visión del mundo que los participantes nativos aceptan como real, significativa o apropiada. Con la perspectiva *emic*, los antropólogos tratan de adquirir un conocimiento de las categorías y reglas necesarias para pensar y actuar como nativos.

<sup>28</sup> También habría que investigar el porcentaje de líderes indígenas que ha formado parte de la élite política y está dispuesto a regresar a sus labores comunitarias.

<sup>29</sup> C. Toranzo, «Carlos Palenque y condepismo», *Nuevos actores políticos* (La Paz: ILDIS, 1992). C. Toranzo, «Lo pluri multi o el reino de la diversidad; Burguesía chola y señorialismo conflictuado. Burguesía chola y trigo limpio coaligados», *Rostros de la democracia. Una mirada mestiza* (La Paz: Plural-Fundación Friedrich Ebert, ILDIS, 2006).

caba solo el mestizaje entre indígenas altiplánico y el blanco criollo. Pero, en la actualidad denota una identidad más amplia en la que se ubica no sólo a los mestizos, sino también a los inmigrantes altiplánicos (aymaras o quechuas) que asumen una identidad urbana, diferente del habitante no indígena, la que a su vez reproduce núcleos de organización social y económica específicos<sup>30</sup>.

De acuerdo a Tassi, Arbona, Ferrufino y otro<sup>31</sup>, los comerciantes aymaras se han transformado, en las últimas décadas, en uno de los sectores económicos emergentes que están desplazando a las élites tradicionales en Bolivia. Puntualizando, para el presente estudio, no se trata del desplazamiento de una *élite tradicional* por una *élite sectorial emergente*, sino de la emergencia o «nacimiento» de una élite sectorial en la esfera económica y la interacción de ésta en las esferas: política, social y cultural<sup>32</sup>.

En el presente estudios se denominará *élite sectorial chola*: a la élite sectorial, originada con la revolución de 1952, la que había permanecido invisible por más de sesenta años debido a las antiguas relaciones de poder entre élites tradicionales «élite blanca» y Estado. Dicha élite está conformada mayoritariamente por comerciantes aymaras y quechuas, y por sus redes familiares y sociales, las que incursionan en los diferentes ámbitos de la economía informal. Se entiende que el núcleo consolidado de élite es el que se encuentra en la cúspide piramidal.

### *Origen de la élite sectorial chola*

El origen de la *élite sectorial chola*, está vinculado a las políticas desarrolladas por el Movimiento Nacional Revolucionario (MNR), que generó una fuerte burguesía basada en la minería, pero también a la apropiación y manejo de la economía informal por redes familiares de comerciantes, que inicialmente se establecieron en algunas ciudades del occidente del país. En esa línea habría que puntualizar que la élites sectorial chola, desde sus orígenes ha estado vinculada al «sector informal»<sup>33</sup> y el contrabando.

---

<sup>30</sup> M.L. Pérez-Ruiz, *Nacido indio, siempre indio. Discriminación y racismo en Bolivia* (DEAS-INAH, 2000), pp. 73-87.

<sup>31</sup> N. Tassi, J.M. Arbona, G. Ferrufino y otro, «El desborde económico popular en Bolivia. Comerciantes aymaras en el mundo global», *Nueva Sociedad*, No. 241 (septiembre-octubre de 2012), pp. 95-105.

<sup>32</sup> Herrera Gómez, op. cit. (2002), pp. 169-190.

<sup>33</sup> La economía informal como concepto, ha pasado por diferentes definiciones. En América Latina, en los años sesenta apareció el término «marginalidad» refiriéndose a los asentamientos y viviendas establecidos al margen de los centros urbanos que no contaban con la in-

¿A qué factores se debe la reciente visibilidad de la élite sectorial? En primer lugar, a una creciente apropiación de los espacios físicos en diferentes ciudades y pueblos, por sus redes familiares y redes sociales que dedican a la comercialización: compra y venta de una inmensa variedad de productos importados que van desde electrodomésticos, textiles, automotores, transporte, construcción hasta productos alimenticios, los que son ingresados al país sin pagar impuestos (contrabando). En segundo lugar, a su capacidad de comercialización y de exportación de productos nacionales entre los que destacan oro, plata y productos alimenticios como el arroz y harina. Productos que igualmente son sacados del país por medio de sus redes comerciantes informales y contrabando.

Una de las familias más reconocidas perteneciente a la élite sectorial chola, es la Fernández. Inició con Max Fernández gracias al éxito de la Cervecería Boliviana Nacional, y posteriormente incursionó en la política con su partido Unión Cívica Solidaria (UCS).<sup>34</sup>

### *Residencia de la élite sectorial chola*

Un estudio arquitectónico, intentó un acercamiento a *lo cholo*, a través de sus nuevas viviendas en El Alto<sup>35</sup> y La Paz. Sin embargo, no se logró obtener mayor información e incluso no parece existir ningún consenso para definir el tipo de arquitectura que demandan dicha élite, dentro de las distintas formas de denominarles se destacan las siguientes: Arquitectura Chola, posmoderna andina, emergente, cohettillo, híbrida, fusión, ecléctica, barroco, contemporánea. Estos son algunos de los nombres con los que se trata de bautizar el nuevo estilo arquitectónico cada vez más

---

fraestructura de los asentamientos formales (electricidad, calles, agua potable y sistemas de drenaje). El término «marginado» Los trabajadores eventuales característicos del sector son aquellos reclutados sin contrato formal, sin acceso a sindicatos ni prestaciones sociales, a los que les pagan según la libre ley de la oferta y la demanda y que pueden ser despedidos en cualquier momento sin ningún tipo de compensación. L. Adler Lomnitz, «Globalización, economía informal y redes sociales», *Cultura en contacto: Encuentros y desencuentros* (Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2003), pp. 129-146.

<sup>34</sup> En términos organizativos, UCS utiliza el recurso inapreciable de poder de la estructura comercial de la empresa cervecera de la que fue dueño el fundador del partido Max Fernández Rojas. Tras el fallecimiento de éste en un accidente en 1995, tanto la dirección de la empresa como la del partido pasaron a su hijo Jonhhy Fernández. M. Alcántara Sáez y F. Freidenberg, «Los partidos políticos em América Latina», *América Latina Hoy*, No. 27 (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001), p. 120.

<sup>35</sup> Para profundizar en el nuevo estilo arquitectónicos de El Alto, véase: C. Plaza y R. Norman, *Arquitectura emergente en el Alto, El fenómeno estético como integración cultural* (Iberoamericana, 2010).



presente en El Alto y La Paz. De acuerdo a David Vila Fonseca, arquitecto y docente investigador de la UMSA, generalmente a la residencia de la élite sectorial chola se le conoce como *arquitectura chola*, porque es construida por y para los nuevos ricos. (Véase edificio con Chalet arriba, Plaza de la Cruz, El Alto).



Fuente: [www-la-razon.com](http://www-la-razon.com)<sup>36</sup>.

**Figura 1**

<sup>36</sup> Véase: *Edificios de estilo explosivo*, disponible en: [http://www-la-razon.com/suplementos/escape/Edificios-estilo-explosivo\\_0\\_1619838089.html](http://www-la-razon.com/suplementos/escape/Edificios-estilo-explosivo_0_1619838089.html) (última consulta, 16/07/2013).



En el estudio solo se mencionan un par de familias que formarían parte de la nueva élite sectorial: Familia Chinchero y la familia de don Adolfo. Las descripciones hechas por los arquitectos y los investigadores universitarios mencionan que en algunas de estas casas se intenta reproducir elementos identitarios asociados a dicha minoría, por ejemplo, pinturas con detalles andinos, reproducciones de lugares comunitarios: orillas del lago Titicaca, o festejos tradicionales como el Gran Poder o Alasitas.

Al carecer de investigaciones elitarias previas, es imposible identificar las principales redes familiares que conformarían el núcleo más consolidado, sin embargo, ello abre la oportunidad para futuras líneas de investigaciones, porque su identificación facilitaría los análisis y reflexiones entre sus redes familiares y las redes de la nueva élite política, en los casos que existieran.

#### 4. Características de la élite sectorial chola

Una de las principales características de la élite sectorial chola, es la inmensa versatilidad para fusionarse con el mundo global. De acuerdo a Stefanoni, actualmente muchos hijos de los comerciantes aymara estudian en universidades privadas de buen nivel como por ejemplo en la Universidad en la Católica de La Paz:

Hay un proceso de movilidad social impresionante producto de la combinación del *boom* económico y de los cambios políticos.

(Entrevista con Andrés Torrez, ex secretario ejecutivo de la Confederación de Empresarios Privados de Bolivia, Stefanoni<sup>37</sup>)

A pesar de su visibilidad económica y social, la élite sectorial chola, carece de representación en el ámbito político. Observaciones que ya fueron realizadas por Fernando Prado:

Hay una «burguesía chola» en Santa Cruz pero sin discurso está silenciosa y por el momento está exclusivamente dedicada a la acumulación de capital. Esa «burguesía chola» es mixta, es chola de origen andino, (pero) es burguesía vallegrandina, que no tiene poder, pero está acumulando capital. Yo diría que en Santa Cruz hay esa

---

<sup>37</sup> P. Stefanoni, op. cit. (2013), p. 11.

«burguesía chola», pero no ha hecho ningún discurso y está simplemente en el proceso de acumulación del capital.

(Entrevista con Fernando Prado,  
en Quiroga Trigo<sup>38</sup>)

Se coincide con Prado, sin embargo habrá que considerar que la poca proyección política de la élite sectorial chola, estaría ligada a la relación histórica entre Estado y élites tradicionales, relación que posibilitó la exclusión de minorías emergentes cuando estas no formaban parte de las redes familiares que se percibían como tradicionales.

Desde nuestro análisis se sostiene que existen por lo menos dos causas que explicarían las razones de su no politización: i) Los antiguos partidos políticos representaban intereses de una élite blanca y no estuvieron interesados en incluir a sectores populares. ii) El interés de la élite sectorial chola se limita a mantener buena relación con la élite política de turno para que sus las importaciones y exportaciones no se vean obstaculizadas por los funcionarios de aduana (relación utilitarista).

Referente a su no politización, es importante mencionar que aunque dicha élite no sea políticamente activa, el actual proceso de cambio le ha permitido apropiarse de algunos espacios políticos-institucionales que tradicionalmente habían sido controlados por las clases medias criollas.

## 5. **Élite sectorial chola y nueva élite política**

Anteriormente mencionamos algunos de los rubros en los que dicha élite incursiona, precisamente es esa facilidad de comercialización la que le permitió abrirse espacios en las esferas económicas, sociales y cultural del país.

Uno de los poderes económicos que manejan muchísimo dinero, son esas mujeres de pollera de la Eloy Salmón, que manejan toda la parte de venta de computadoras, de heladeras. Es un dominio básicamente de mujeres indígenas urbanas. Eran indígenas, emigran a la ciudad y ocupan verdaderos puestos donde se maneja muchísimo dinero. Entonces esa mirada que se tiene del indígena, sí, pero a veces es solamente para encasillar en el romanticismo y que nos sirve para los postales que el Banco Mundial y que diferentes organismos utilizan del indígena y su cara, cargando un hijo. Porque no queremos

---

<sup>38</sup> M.S. Quiroga Trigo, *Figuras, rostros mascarar: Las identidades en Bolivia* (Bolivia: Fundación UNIR, 2009), p. 161.

mirar que también tienen modelos de desarrollo que han hecho de países como Bolivia la economía informal que manejan estas mujeres, ha sido el sustento durante años del país.

(Entrevista con Carmen Ibáñez Cueto<sup>39</sup>)

Efectivamente, la élite sectorial chola es quien domina la economía informal. Por esa razón, los diferentes análisis de las relaciones de poder deberían de considerar las ambivalencias entre ambas élites.

No ha sido un camino de rosas. Estos actores populares han construido sus riquezas económicas a contracorriente del Estado y del control ejercido por los sectores criollos. El actual fenómeno de desborde se asienta en una doble estrategia político-económico<sup>40</sup>.

En esa línea, se plantea la siguiente pregunta: ¿Por qué la élite política está interesada en mantener buena la élite sectorial chola?

Por las siguientes razones: i) La élite sectorial chola, no permite que sus intereses sectoriales se vean amenazados por la élite política, en los casos que esto ocurre se posiciona frente al Estado como un sector social reivindicativo. ii) La élite sectorial chola, con su economía informal se ha convertido en uno de los motores que impulsan la emergencia económica que vive Bolivia, y iii) La élite sectorial chola, contribuye a la financiación de las campañas electorales de la élite política.

La actual coyuntura demuestra que a pesar de sus contradicciones ambas élites se necesitan recíprocamente. En algunos momentos el Estado se ha visto obligado a recurrir a los servicios de los comerciantes informales y sus redes de distribución y aprovisionamiento. Unas semanas antes de las elecciones presidenciales de 2009, se había aprobado la organización de un nuevo patrón biométrico, la Corte Nacional Electoral, CNE, estaba desesperada ante la falta de generadores de electricidad para re-empadronar a los electores en las áreas rurales.

La solución a un problema institucional fue inmediatamente resuelto por parte de las poderosas redes de comerciantes aymaras, ligadas a los puertos fronterizos y la zona franca de Iquique: Fueron estas redes cholás, las que lograron proveer al Estado de los anhelados generadores<sup>41</sup>. El gobierno para realizar una de sus funciones más básica: convocar a elecciones «solicitó la colaboración» a las redes de comerciantes, las que paradójicamente evaden la institucionalidad estatal.

<sup>39</sup> Universidad de Bielefeld, Alemania (04/07/2011).

<sup>40</sup> Tassi, Arbona, Ferrufino y otro, op. cit. (2012), p. 100.

<sup>41</sup> Tassi, Arbona, Ferrufino y otro, op. cit. (2012), pp. 93-105.

«El proceso de cambio, le está permitiendo la acumulación de ganancias», dicho de otra manera, con el recambio de élites producido en 2005 han desaparecido (en parte) las lógicas conectadas a los viejos modelos de estratificación social y les está ofreciendo a ambas élites la oportunidad de consolidación, pero debido a sus intereses (que teóricamente cada una de las élites representa), en algunos casos se producen confrontaciones.

La élite política, ofreció ventajas y facilidades a los cooperativistas mineros, les exoneró del pago de impuesto (13% por concepto de IVA) y les ofreció los recursos minerales (equipo y maquinarias).

Los cooperativistas pagan 1% por concepto de regalías y/o canon de arrendamiento, otras 0,5% por equipo y maquinarias y un 25% anual. Si esto lo dividimos entre 12 meses, el impuesto a las utilidades no supera el 2,083%, además el 1,8 es destinado a la Caja Nacional de Salud<sup>42</sup>.

Debido a este tipo de privilegios otorgados por la élite gobernante, algunos periodistas comparan al sector emergente con *Los Barones del Estaño*<sup>43</sup>.

La nacionalización de la minería es uno de los principales campos de batallas entre la élite gobernante y el sector minero. El gobierno<sup>44</sup> no ha sido capaz de imponer su propia visión, por esa razón les invitó a participar en la elaboración de la nueva ley de minería,<sup>45</sup> la que ha quedado bloqueada al abordar el tema tributario<sup>46</sup>. Con lo anterior, hemos hecho referencia al contrapoder ejercido por la élite sectorial chola.

---

<sup>42</sup> Véase: *Expertos: Cooperativistas pagan \$us 4 de cada 100 por mineral exportado*, disponible en: [http://www.erbol.com.bo/noticia/economia/21082013/expertos\\_cooperativistas\\_pagan\\_us4\\_de\\_cada\\_100\\_por\\_mineral\\_exportado](http://www.erbol.com.bo/noticia/economia/21082013/expertos_cooperativistas_pagan_us4_de_cada_100_por_mineral_exportado) (consultado, 22/08/2013).

<sup>43</sup> En ese contexto el periodista Andrés Gómez Vela, mencionó en Twitter: «Serán los nuevos barones del estaño o la rosca minera del siglo XXI». A. Gómez, *Post en twitter*, 22/08/2013.

<sup>44</sup> Véase, «Protesta minera pone en jaque programa de nacionalización en Bolivia» (*Vanguardia*, 25/09/2012). Disponible en: <http://www.vanguardia.com.mx/protestamineraaponeenjaqueprogramade nacionalizacionenbolivia-1382140.html> (última consulta, 27/03/2013).

<sup>45</sup> Véase, *Gobierno concluirá en abril propuesta de nueva ley minera*, disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/gobierno-concluiren-abril-propuesta-de-nueva-ley-minera-/130327105623> (última consulta, 27/03/2013).

<sup>46</sup> J. Arellano Yanguas, *Industrias extractivas, descentralización y desarrollo local: economía política de políticas fiscales y distributivas en Perú y Bolivia*, Paper presentado en el I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo (Santander: 2012).

## 6. La élite sectorial chola y los «autos chutos»

A manera de contextualización, se conoce popularmente como «autos chutos» a los automóviles que ingresan al país de manera ilegal (contrabando), muchos de estos automóviles han sido robados en los países en Chile, Brasil, Argentina, Perú y Paraguay. A principios de junio de 2011, el Congreso boliviano aprobó una polémica ley que otorgó legalidad a unos 70.000 mil automóviles.

Los dueños de más de 70.000 autos que entraron a Bolivia se han presentado a las autoridades de aduanas hasta hoy para pedir legalización, en virtud de una amnistía dictada por el presidente Evo Morales<sup>47</sup>.

Luego de la promulgación de ley Evo Morales, rechazó las críticas de la oposición política, de empresarios dedicados a la importancia de automóviles y de los medios de comunicación. Morales, apoyó la legalización porque beneficiaría «a la gente pobre», y utilizó argumentos como: «*Todos tenemos derecho a tener nuestro propio auto*»<sup>48</sup>.

La legalización de los automóviles abre espacio para algunas reflexiones: ¿Cuáles podrían ser las razones para defender una medida tan controversial? ¿A qué intereses responden la élite política? ¿Pragmatismo o presión sectorial de la élite sectorial?

Una medida como esta refleja las ambivalencias que existen al interior de la élite política porque: i) Se entendería que hay funcionarios públicos involucrados en el negocio de los automóviles ilegales, pero también, ii) Se podría interpretar que al interior de la élite política existe un grupo de funcionarios interesados en la redistribución de ingresos obtenidos a partir de dicha legalización.

## 7. La élite sectorial chola y el Señor de El Gran Poder

La fiesta del Gran Poder, forma parte del poder económico y de la identidad de la simbólica de la élite sectorial chola. La festividad inició en 1921, cuando la imagen recorría sólo algunos barrios de La Paz. Antes del ascenso de la nueva élite política era considerada una fiesta marginal en la

---

<sup>47</sup> Véase: *Más de 70.000 automóviles de contrabando esperan ser legalizados en Bolivia*, disponible en: <http://www.s21.com.gt/node/50843/track> (última consulta, 18/07/2013).

<sup>48</sup> Véase, *Evo: Todos tenemos derecho a tener un auto*, disponible en: [http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/economia/20110609/evo-%E2%80%9Ctodos-tenemos-derecho-a-tener-un-auto%E2%80%9D\\_129175\\_260827.html](http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/economia/20110609/evo-%E2%80%9Ctodos-tenemos-derecho-a-tener-un-auto%E2%80%9D_129175_260827.html) (última consulta, 14/03/2013).

que solo participaban *los cholos* y a la que solamente se le permitida recorrer determinadas calles y avenidas de La Paz.<sup>49</sup>

Actualmente El Gran Poder, es una fiesta de carácter nacional debido a la importancia de su carácter folclórico y al movimiento de la economía informal<sup>50</sup> que genera la festividad.

Antes El Gran Poder era de la Pérez (Ave. Pérez Velasco) para arriba... con este ascenso de esta élite criolla, hace rato que la entrada absorbe toda la ciudad y ahora baila hasta la gente blanca de la zona sur. Este es un ámbito indudablemente ostentoso que ya existía, lo que sucede es que no tenían el espacio para desplegarse, este ámbito (el ascenso de la nueva élite política) les permite el despliegue.

(Entrevista con Óscar Vega Camacho<sup>51</sup>)

Puntualizando la ampliación del recorrido de la fiesta, es producto de la importancia económica que se genera en torno a la fiesta. Según Felipe Quispe, el pasante para el presente año 2013, en los preparativos de la fiesta se había realizado una inversión de 14 mil dólares en preparativos, cantidad de dinero que iría ascendiendo hasta el día de la recepción social.<sup>52</sup>

El Gran Poder se ha convertido en un festividad de ostentación riqueza y éxito (Salman y Soruco Sologuren<sup>53</sup>). La jerarquización familiar de la élite reproduce *roles* de poder económico y sociales de los distribuidores y de las redes de comerciantes que venden en las calles. El Gran Poder, actúa como cohesionador *jerárquico-simbólico*<sup>54</sup>, porque cada una de las fami-

<sup>49</sup> *Gran Poder is a yearly grand indigenous festival in La Paz. Thousands of exuberantly dressed dancers take the main streets of the capital, celebrating Jesus Christ's power, in an unique blend of folkloristic an religious inspirations* (Salman, 2009):104.

<sup>50</sup> «La fiesta del Señor del Gran Poder invadía el centro crioillo mostrando una intrincada jerarquía del sector cholo, desde los nuevos ricos "Fausto cholos" (Nusenovich, 2001) que en las danza de la diablada y la morenada pactan con el señor de las tres cabezas...su devoción, a cambio del éxito en sus negocios y que pugnan por prestigios con sus similares, en ostentación de lujo y poder, hasta una gama diversa de artesanos, comerciantes minoristas y migrantes recientes que bailan o participan de observadores en esta fiesta que buscan (auto) reconocerse como urbanos exitosos». X. Soruco Sologuren, «La ininteligibilidad de lo cholo en Bolivia», *Tinkazos, Revista boliviana de Ciencias Sociales*, año 9, n.º 21 (La Paz: diciembre de 2006), p. 52.

<sup>51</sup> La Paz, 12/07/2011.

<sup>52</sup> Véase: *Gran Poder mueve \$us 53 millones*, disponible en: [http://www.la-razon.com/la\\_revista/cultura/Gran-Poder-mueve-us-millones\\_0\\_1624037592.html](http://www.la-razon.com/la_revista/cultura/Gran-Poder-mueve-us-millones_0_1624037592.html) (última visita: 21/03/2013).

<sup>53</sup> T. Salman y X. Soruco Sologuren, "Anti-Elites as New Elites: Complexities of Elite Performance in Baffled Bolivia", *Comparative Sociology*, n.º 10 (2011): p. 629.

<sup>54</sup> El surgimiento de un nuevo nivel jerárquico que coordina las unidas sociales, son explicadas por medio del paradigma de secuencia iterativa de variedad-selección-estabilización el cual estudia la evolución societal, basada primero en la proliferación de la variedad (autoor-

lias, baila en el lugar que le corresponde de acuerdo al estrato económico-social al que pertenece.



**Figura 2**

Entrada de *El Gran Poder* 2013<sup>55</sup>

La participación del presidente Evo Morales y el vicepresidente Álvaro García Linera, en la celebración de El Gran Poder, demuestra la importancia y poder económico que representa la élite sectorial emergente.

Discursivamente el acercamiento entre ambas élites, es justificado por la élite política argumentando que la festividad de El Gran Poder, fue negada por las viejas élites que históricamente despreciaron lo que venía del pueblo. García Linera, en ese contexto dijo:

El Gran Poder era una identidad que era negada por los sectores de poder, heredados de la Colonia que siempre despreciaban nuestros orígenes aymaras...El Gran Poder fue discriminado. Hoy ya no,

---

ganización), luego en la selección de aquellas unidades organizadas que superaran la prueba del tiempo y por último la emergencia del nuevo orden jerárquico que coordina esas unidades (Gayer citado en Adler Lomnitz, op. cit., 2003, 129-146).

<sup>55</sup> Entrada de *El Gran Poder*, Av. Mariscal Santa Cruz, La Paz. Foto Pablo Andrés Rivero (Bolivia).

hoy está en su casa (Palacio). Ésta es una señal para todos, la lucha por la integración y el respeto de cada una de nuestras manifestaciones culturales<sup>56</sup>.

Las estrategias manejadas por ambas élites implícitamente cierran espacios a los análisis y las críticas, ya que las nuevas minorías se apoyan en el discurso de sectores sociales históricamente excluidos. Los discursos plantean que no existe una nueva élite política en Bolivia porque ahora es el pueblo que gobierna, tampoco existe una nueva élite sectorial emergente, se trataría de (pobres) comerciantes dedicados al comercio informal.

A manera de conclusión, las investigaciones del ascenso, emergencia y relaciones entre las nuevas élites bolivianas plantea la necesidad de actualizar el *elitism*. El surgimiento de las nuevas minorías que detentan poder político y económico rompe con las antiguas percepciones y los esquemas que se habían utilizado para el análisis de las minorías selectas.

Al introducir el Esquema AGIL, podemos demostrar que la élite sectorial chola, surgió en el ámbito económico, permaneció invisible por más de sesenta años debido a las antiguas relaciones de poder entre élites tradicionales «élite blanca» y el Estado. Su creciente importancia social se debe a la interacción que mantiene con la nueva élite política, a la apropiación de espacios públicos utilizados para la economía informal y a la importancia simbólica que representan sus festividades, por ejemplo El Gran Poder en el ámbito cultural.

La emergencia de nuevas dimensiones de la vida social muestra otros criterios de selección social. Las viejas jerarquías económicas continúan detentando poder, pero también se han transformado algunos parámetros de acceso y de salida de estratos o clases sociales.

Las futuras investigaciones elitarias deberían de considerar que debido a las nuevas transformaciones sociales tanto las viejas élites como las emergentes utilizan elementos discursivos y simbólicos que estratégicamente han condicionado el imaginario colectivo en virtud de sus intereses sectoriales.

---

<sup>56</sup> Véase: *Gran Poder mueve \$us 53 millones*, disponible en: [http://www.la-razon.com/la\\_revista/cultura/Gran-Poder-mueve-us-millones\\_0\\_1624037592.html](http://www.la-razon.com/la_revista/cultura/Gran-Poder-mueve-us-millones_0_1624037592.html) (última visita: 21/03/2013).

En un estudio reciente Pablo Stefanoni, se refiere a las diferentes percepciones que se tiene en Bolivia sobre el significado del «vivir bien» en el actual proceso de cambio. Señala que un alto funcionario indígena argumentó que el «vivir bien» es la construcción de una ética del trabajo y de la independencia personal. El ejemplo, utilizado fue el de los comerciantes aymaras que mediante su esfuerzo, lograron una buena situación económica y ahora bailan en la fiesta del Gran Poder con seguridad privada que las cuida de los posibles robos, debido al valor de sus joyas. P. Stefanoni, «¿Y quién no querría “vivir bien”? Encrucijadas del proceso de cambio boliviano», *Crítica y Emancipación, Revista latinoamericana de Ciencias Sociales* (CLACSO, primer semestre de 2012), pp. 12-13.



# The rise of the emerging powers and donors: enhanced multilateralism in humanitarian action? The case of Turkey

Maria del Mar Cabecerans Lopera\*

**Abstract:** This paper reflects on how geopolitical challenges apply to the humanitarian landscape; and have the potential to alter the foundations of the institutionalized humanitarian system. The emerging powers have become the focus of attention of international analysts for the potential they have in reshaping world affairs. Similarly, new actors have appeared in the humanitarian scene: the so-called emerging donors. This study analyzes through the case study of Turkey how countries with a two-fold identity, like emerging powers and donors, interact with the UN multilateral humanitarian system. The premise behind is that the emerging powers and donors the potential to influence and change the way humanitarian action is carried out.

**Keywords:** Humanitarian action; donors; Turkey; emerging donors; emerging powers; UN humanitarian system; humanitarianism; humanitarian; clusters.

**Resumen:** Este trabajo plantea cómo los desafíos geopolíticos aplican a la acción humanitaria; y cómo estos retos tienen el potencial de alterar las bases del sistema humanitario institucionalizado. Las potencias emergentes se han convertido en el foco de atención de los analistas internacionales debido el potencial que tienen de remodelar los asuntos mundiales. Del mismo modo, nuevos actores han aparecido en la escena humanitaria, los llamados donantes emergentes. Este estudio analiza a través del estudio de caso de Turquía como los países con una identidad doble, como potencias y donantes emergentes, interactúan con el sistema humanitario multilateral de las Naciones Unidas. La premisa subyacente es que las potencias y donantes emergentes tienen el potencial de influir y cambiar la forma en que la acción humanitaria se lleva a cabo.

**Palabras clave:** Acción humanitaria; Turquía; donantes emergentes; potencias emergentes; sistema humanitario de la ONU; humanitarismo; humanitario; clusters.

---

\* Graduate of the Masters Degree in International Humanitarian Action-NOHA.

## 1. Introduction

The global international system is undergoing one of the biggest transformations up to now. More than a change of system, there is a transformation in the system going on. Globalization and the fact that global politics are dynamic and changing have led to a shift of power in the international arena. A rearrangement and realignment of both regional and global power is taking place among other things, due to the surge of the emerging powers. These new powers have the potential to reshape the world affairs<sup>1</sup>. That is why they have become the focus of attention of international analysts. But despite all the research done so far, it is still unclear how they will impact the system, and how the future international order will look like. The present status quo is not very likely to remain and the future will probably be a world of new coalitions for cooperation with different and changing centers of power. There is place for greater inclusivity in the international system, but also for more conflict<sup>2</sup>. The options range from a *multipolar world* without a single leader but many countries competing to emerge; to a *non-polar world* (a world dominated by dozens of actors possessing and exercising various kinds of power). Or even a renewed *bipolar world* [China-United States (US)]. It could also be a world without center of gravity, a world that belongs to no-one; an era of great complexity<sup>3</sup>.

In the current setting, the strategy of emerging powers will be neither to accept the current system nor to be excluded or create a new one. Instead of using the established international institutions, ad-hoc and regional arrangements between the emerging powers (or between some of them and traditional powers) will probably become more and more common. Last developments suggest that, up to now, the emerging powers seem to be interested in the stability of the traditional Western powers.<sup>4</sup> Not challenging the system (yet) gives them extra time to strengthen their international profile, build on their societies and try to ensure a sustainable growth. All necessary elements if they are to play a relevant role. Maintaining the status quo temporarily seems the most probable scenario for a while. In the meantime, the emerging powers are likely to continue seek-

---

<sup>1</sup> Zbigniew Brzezinski, *Strategic Vision: America and the Crisis of Global Power* (New York: Basic, 2012). Charles Kupchan, *No One's World: The West, the Rising Rest, and the Coming Global Turn* (New York: Oxford UP, 2012).

<sup>2</sup> Carnegie Endowment, *The New Geopolitics: Emerging Powers and the Challenges of a Multipolar World* (Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 10 nov. 2012).

<sup>3</sup> Charles Kupchan, op. cit.

<sup>4</sup> In this paper West/Western relates to the geographical North-West, this being mainly the US and Europe.

ing a level of influence appropriate to their positions. There is little doubt that they will try to review and reshape the system according to their values and interests<sup>5</sup>.

But the current architecture for international cooperation is already showing its limitations and is proving to be increasingly outdated. The structure of the United Nations Security Council (UNSC) is just the most striking example. Its inability to reflect the shift in power and the new geopolitical realities has reduced its legitimacy and this puts a thread to its relevance in the forthcoming years<sup>6</sup>. Something will have to change if Western powers want to keep on having a high international profile in a world of alternative powers and pacts (as the nuclear proliferation deal reached on May 2010 between Iran, Brazil and Turkey)<sup>7</sup>. The current international dynamics show that multipolarity will not necessarily bring along more multilateralism. In a globalized world, these geopolitical challenges apply directly to the humanitarian system.

## 2. Changing aid landscape: emerging donors

The humanitarian system has kept evolving somewhat organically; as a response to several factors, but mainly history and geopolitics. Indeed, it is through foreign policy that countries project themselves internationally.<sup>8</sup> Humanitarian affairs have become (explicitly or implicitly) a tool of foreign policy, a soft power instrument to raise the international profile and gain international leverage. In this sense, humanitarian response can be a tool to project an image of responsible state what can in exchange contribute to a higher international profile and better access and weight to international organizations; it can regionally contribute to expand regional influence; or help improve bilateral relations.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Fareed Zakaria, *The Post-American World* (New York: W.W. Norton, 2008). Charles Kupchan, op. cit.

<sup>6</sup> Ambassador Richard S. Williamson and Jana Chapman Gates, *Rising Powers and a New Emerging Order* (Working paper. Chicago Council on Global Affairs, 5 september 2012).

<sup>7</sup> Despite it became watershed, the deal reflects the potential emerging countries have in become brokers of new agreements in this new configuration of the international system. Mariano Aguirre, "Brazil-Turkey and Iran: A New Global Balance", *OpenDemocracy* (Weblog post, 2 june 2010).

<sup>8</sup> Emma Mawdsley, *From Recipients to Donors: Emerging Powers and the Changing Development Landscape* (London: Zed, 2012).

<sup>9</sup> Andrea Binder and Claudia Meier, "Opportunity Knocks: Why Non-Western Donors Enter Humanitarianism and How to Make the Best of It", *International Review of the Red Cross* (2011): pp. 1135-149.

International dynamics explain not only the current organization of the humanitarian system but also the emergence of new donors in the aid sphere. Indeed, changes like the surge of the emerging powers can be seen in humanitarianism too. In this sense, it has been the countries with more international power in international relations in the last decades (this is Western countries), the ones that have had the largest impact in humanitarian action so far. But the current global geopolitical trends (shift in power) have the potential to change and challenge the way we understand humanitarian action today.

Increasingly more countries are becoming active in the sector of aid. Officially 16 governments answered to the humanitarian crisis in Bosnia in the 90s, whilst in 2004, 92 countries responded to the Indian Ocean Tsunami.<sup>10</sup> The new responders in the humanitarian and development sectors have become widely known as “emerging donors”. These are countries like China, India, Brazil, South Africa, Turkey or Saudi Arabia. Countries that have raised the profile of their aid programs, and that have become active in humanitarianism<sup>11</sup>.

Traditional donors, mainly Western countries part of the OECD Development Assistance Committee (OECD-DAC) still give the largest part of the emergency response funds. The US remains the largest contributor but all the European Union (EU) states together exceed its contribution by a wide margin. Indeed, in 2008 the OECD-DAC donors provided 90% of multilateral funds for humanitarian action. This confirms what Donini said: nowadays, humanitarian action is a universal ethos with a Western apparatus.<sup>12</sup> Even the United Nations (UN) humanitarian system, here understood as the United Nations Office for Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) and the clusters system, could be accused of Western shaped. Because despite UN agencies are in theory more democratic, they are often dominated by the countries with more financing capacity and power —this has been up to now Western countries—. <sup>13</sup> However, there seems to be a changing trend. Not only new and non-Western international NGOs are growing and/or spreading (i.e. BRAC, Mercy Malaysia or SEEDS Asia), but also, as mentioned, new countries are becoming new founders in the humanitarian landscape: the emerging donors. Some of them have a double identity being both emerging donors and emerging powers.

---

<sup>10</sup> Adele Harmer and Lin Cotterrell, “Diversity in Donorship: The Changing Landscape of Official Humanitarian Aid”, *Overseas Development Institute (ODI)* (Humanitarian Policy Group, sept. 2005).

<sup>11</sup> *Ibid.*, Andrea Binder and Claudia Meier, op. cit.

<sup>12</sup> Antonio Donini, *Proc. of The Elusive Quest for Principled Humanitarian Action* (New York: IPI, 11 feb. 2013).

<sup>13</sup> Emma Mawdsley, op. cit.

It is important to note that the surge of the emerging donors is linked with another key factor that works in their favor and raises even more their profile: the economic crisis. Indeed, global economic trends can have an impact on the way in which the international humanitarian system is financed.<sup>14</sup> As a consequence of the economic and financial crisis traditional donors, like Spain or the US, are already cutting aid budgets. Also the EU has already announced cuts in aid spending.<sup>15</sup> The emerging powers, with their booming economies, have the potential to overcome the financial humanitarian challenge. Their preeminent economic position gives them the opportunity to raise the profile of their aid programs.<sup>16</sup>

Emerging donors are still providing only a small share of the global official humanitarian assistance budget (if compared with traditional donors) but their role in humanitarian crises is increasing<sup>17</sup>. They are making their humanitarian efforts more relevant and visible.<sup>18</sup> As a matter of fact, the two major donor contributors to the Haiti emergency response fund were Saudi Arabia (US\$50 million) and Brazil (US\$8 million).<sup>19</sup> Over a decade, the volume of humanitarian aid reported by emerging powers has increased by almost twenty-fold (from US\$34.7 million in 2000 to US\$622.5 million in 2010).<sup>20</sup> Their share and commitment is likely to keep on growing if aid-budgets remain linked to economic trends<sup>21</sup>. Round and Odedokun already signaled that aid is a luxury good in a State budget and

<sup>14</sup> Elizabeth G. Ferris, *The Politics of Protection: The Limits of Humanitarian Action* (Washington, D.C.: Brookings Institution, 2011).

<sup>15</sup> Mark Tran, "EU's Aid Budget Facing Cuts despite Evidence It Will Pay for Itself by 2020", *The Guardian* (Guardian News and Media, 20 nov. 2012).

<sup>16</sup> Filippo Grandi, "Interview with UNRWA Commissioner-General Filippo Grandi", *Interview by UN News Service* (ReliefWeb, 14 mar. 2013). John Borton, *Future of the Humanitarian System: Impacts of Internal Changes* (Rep. Tufts University. Humanitarian Futures Programme, nov. 2009).

<sup>17</sup> Of the amount governments contributed in 2010 to international humanitarian crises, US\$11.8 billion, approximately 95%, came from members of the OECD-DAC. Non-DAC countries contributed US\$623 million, approximately 5% of the total. In fact, the volume of humanitarian assistance from non-DAC donors increased from US\$34.7 million in 2000 to US\$622.5 million in 2010. Elizabeth G. Ferris, op. cit. Kerry Smith, *Non-DAC Donors and Humanitarian Aid. Shifting Structures, Changing Trends* (Rep. Global Humanitarian Assistance. Briefing Paper, July 2011).

<sup>18</sup> Adele Harmer and Ellen Martin, eds., "Diversity in Donorship. Field Lessons", *Rep. no. 30* (Humanitarian Policy Group, March 2010).

<sup>19</sup> Kerry Smith, op. cit.

<sup>20</sup> Alex Whiting, "New Donors Chip Away at Aid Industry Status Quo", *Where Is the Money? The Future of Humanitarian Aid* (AlertNet, 26 Jan. 2012).

<sup>21</sup> Determining exactly the total amount of their contributions, and comparing them with traditional donors' ones, is not possible yet. As of yet emerging donors do not apply the same criteria and definitions of aid as traditional donors (i.e. most of them do not distinguish be-

therefore, the higher the real income of the country, the greater the fraction of real income given as aid<sup>22</sup>.

The Ocean Tsunami in 2004 catapulted most emerging donors to the humanitarian spotlight. The arrival of emerging donors like Brazil, China, Turkey, or Saudi Arabia, is somehow a new phenomenon for the traditional actors of the humanitarian system. For years humanitarian practice has been understood and executed as the unilateral deployment of Western expertise to the "South".<sup>23</sup> Therefore, the fact that India sent humanitarian aid after hurricane Katrina in the US in 2005, that Cuba sent doctors after Haiti Earthquake in 2010, that China gave US\$5 million to Sudan in humanitarian aid, or that Turkey is praised by many for its response to the crisis in Somalia, is still surprising for many. In this sense, the activity of emerging powers and donors in humanitarianism is still understated and under-appreciated in humanitarian debates and also understudied; although the interest is growing.<sup>24</sup> But still many actors in humanitarianism find it difficult to accommodate traditional systems and approaches to the new paradigm.<sup>25</sup>

It is also important to stress that emerging donors are not only bringing new funding, but also different practices and understandings of aid. Some of them might report development and humanitarian responses together; others might include building religious buildings as part of their humanitarian aid; and some might understand the humanitarian principles differently and might decide to strictly link their donations to regional or even religious interests. All this challenges the mainstream way in which humanitarian action is understood today.

Summarizing, there is a shift going on in at least four areas: (a) who finances the humanitarian system, (b) who leads the humanitarian sys-

---

tween humanitarian and development aid). Adele Harmer and Lin Cotterrell, op. cit. Kerry Smith, op. cit. Emma Mawdsley, op. cit.

<sup>22</sup> Jeffery I. Round and Matthew Odedokun, "Aid effort and its determinants", *WIDER Discussion Papers* (World Institute for Development Economics, 2003).

<sup>23</sup> ICRC, "The Future of Humanitarian Action. Humanitarian Debate: Law, Policy, Action". *Publication no. 884*, vol. 93 (Geneva: ICRC, International Review of the Red Cross, december 2011).

<sup>24</sup> A prove of that is the growing number of forums that are discussing the issue (also in development cooperation terms). To cite a few examples: the ICRC's flagship publication was dedicated in December 2011 to "The future of Humanitarian Action" and addressed the issue of emerging donors. AlertNet explored the future of humanitarian and devoted a couple of articles to the impact of the emerging donors in the system. The Graduate Institute in Geneva organized along with other partners a conference on "Aid, Emerging Economies and Global Policies".

<sup>25</sup> Randolph C. Kent, "Planing from the Future: An Emerging Agenda", *International Review of the Red Cross* 93.884 (december 2011), 939-63.

tem, (c) who shapes and supports the work of multilateral institutions, and (d) who influences the way humanitarian aid is conceptualized and supplied. As the International Committee of the Red Cross (ICRC) indicates, we are in front of a challenge to “the *de facto* monopoly of Western organizations”.<sup>26</sup> The fact that now the emerging donors are becoming (pro)active donors brings new experiences and mindsets on board. As emerging donors will be taking a larger share in the forthcoming years, Western humanitarian actors have to understand that in a multi-polar world they will not be the only ones to define humanitarianism and as a consequence they will have to come to grips with this rapidly changing reality<sup>27</sup>.

### 3. Humanitarian architecture and geopolitical changes

Despite its claim for universalism, the current institutionalized humanitarian system has been accused of being Western-shaped and failing to represent global visions in humanitarian action<sup>28</sup>. Indeed, Bragg referred to an attempt to officially create a “global” humanitarian system.<sup>29</sup> Western actors and entities are the ones that have had a largest impact on the way humanitarianism is politically and culturally assumed. These entities have established an institutionalized system (mainly through the UN), have developed the key concepts and shaped the history of humanitarianism.<sup>30</sup> Key decisions are still made, and debates take place, in Western capitals (e.g. Geneva, London, New York, or Rome) where traditional humanitarian institutions like the ICRC, think tanks like Overseas Development Institute (ODI), or organizations like Food and Agriculture Organization (FAO) have their headquarters<sup>31</sup>. The majority of the international humanitarian organ-

<sup>26</sup> ICRC, op. cit.

<sup>27</sup> Antonio Donini, *The Golden Fleece: Manipulation and Independence in Humanitarian Action* (Sterling, VA: Kumarian, 2012).

<sup>28</sup> Andrea Binder and Claudia Meier, op. cit.; Eleanor Davey, *New Players through Old Lenses. Why History Matters in Engaging with Southern Actors*, vol. 4 (HPG Policy Brief, July 2012).

<sup>29</sup> Dr. Catherine Bragg, “The Global Humanitarian System: Why Should I Care?”, in *2012 Intensive Programme in Warsaw. Network on Humanitarian Action (NOHA)* (Warsaw: University of Warsaw, 8 sept. 2012).

<sup>30</sup> Jérémie Labbé, *Rethinking Humanitarianism: Adapting to 21st Century Challenges* (Rep. New York: International Peace Institute, 2012).

<sup>31</sup> Only the International Council of Voluntary Agencies (ICVA, an NGO consortia): member of and the National Societies of the Red Cross / Red Crescent Movement have internal members with headquarters in non-Western capitals.

izations managerial staff has a Western nationality or background (education). The oldest and most influential international humanitarian Non-Governmental Organizations (NGOs) were born in the West<sup>32</sup>. In fact, nearly all of the international humanitarian NGOs are based in the West [45% in the US and 34% in Western Europe<sup>33</sup>]. And traditional donors (mainly US and EU) have been providing the largest part in humanitarian action. This is the reflection of the global dynamics (geopolitics) up to now, the reflection of the centers of power in international relations for the last decades, but as power in international relations is moving, this is changing.

The UN humanitarian system or architecture took years to get organized. Several reforms have contributed to improve its capacity and effectiveness. As a consequence of the slow and inadequate response to the Darfur crisis in Sudan in 2004, in 2005 the so-called "Humanitarian Reform Agenda", the last big reform of the humanitarian system, took place. One of the most important achievements of this reform was the introduction of the cluster approach essential to the current humanitarian architecture. By grouping humanitarian response through particular sectors, the clusters are supposed to enhance the creation of partnerships between humanitarian actors. This is particularly useful considering the density and multipolarity of the humanitarian landscape. They are therefore a crucial tool to ensure coordination and cooperation among actors in times of emergency what ultimately should contribute to saving more lives in a more effective way.

Even though the UN humanitarian system is far from perfect, it is perceived to have improved considerably in its performance. That is why keeping the UN humanitarian system relevant and legitimate should be a priority. However, for that the emerging donors and powers will have to be included somehow. Indeed, Stuenkel signaled that only by learning more about emerging donors and approaching them as equal actors can traditional donors identify common interests, possibilities for cooperation and mutual learning.<sup>34</sup> At a moment in which emerging donors are still defining their role, there is still time to adapt in a smooth way. Understanding what trends are taking place is crucial in order to adapt the humanitarian institutions to a changing environment. Accepting "other humanitari-

---

<sup>32</sup> As a matter of fact, the biggest today are: Médecins Sans Frontières, Catholic Relief Services, Oxfam International, Save the Children and World Vision International; all West based.

<sup>33</sup> ALNAP, *The State of the Humanitarian System 2012* (Rep. London: ODI, July 2012).

<sup>34</sup> Oliver Stuenkel, "How Rising Powers Are Changing Humanitarian Assistance", Web log post. *Post-Western World: How Are Emerging Powers Changing the World?* (11 Feb. 2012).



anisms", being inclusive, and adapting to them, is not a choice anymore but a requirement. As Donini put it, "the world is changing faster than its institutions".<sup>35</sup> Hence, grasping what are the changes taking place can help the organizations retain relevance in a changing reality.

Some efforts have been made to include the new donors in the system. In this regard, some UN agencies are trying to court them. Agencies like the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) or the World Food Programme (WFP) are already cooperating successfully with some of them (i.e. some Arab Countries<sup>36</sup>).<sup>37</sup> But only recently some non-Western NGOs have started participating in the clusters system or in the Consolidated Appeal Process (CAP). The IASC has not succeeded yet in attracting significant funds to the CAP from the emerging powers and donors.<sup>38</sup> And the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) process of trying to engage with the BRIC countries<sup>39</sup> has been underway for over a decade. The reactions to these efforts are being diverse and responses and capacity to engage with emerging donors is substantially different.<sup>40</sup>

The rise of emerging powers as donors is desirable and offers opportunities in terms of more inclusiveness and increased legitimacy of the humanitarian system. However, it also poses many risks.<sup>41</sup> For instance, the emerging donors could have interest in introducing some changes to the UN humanitarian system, or could be willing to review the humanitarian principles. Other tensions relate to how different understandings will reflect in practice. Analysing the impact of emerging donors practices in humanitarianism is an essential topic since as Donini puts it, orchestrating different conceptions and practices in humanitarian crisis is not an easy task.<sup>42</sup>

---

<sup>35</sup> Antonio Donini, ed., *The State of the Humanitarian Enterprise; Humanitarian Agenda 2015: Final Report* (Rep. Medford, MA: Feinstein International Center, Tufts University (march 2008)).

<sup>36</sup> I.e. in 2008, Saudi gave the WFP US\$500 million, the WFP's largest donation ever. Alex Whiting, "Factbox-Profiles of New Humanitarian Aid Donors", *Thomson Reuters Foundation* (26 jan. 2012).

<sup>37</sup> Adele Harmer and Ellen Martin, eds., op. cit.; IRIN, "Analysis: Arab and Muslim Aid and the West: 'two China Elephants'", *IRINnews* (19 oct. 2011).

<sup>38</sup> Dr. Catherine Bragg, op. cit.

<sup>39</sup> This is: Brazil, Russia, India and China.

<sup>40</sup> Oliver Stuenkel, op. cit.

<sup>41</sup> John Borton, op. cit.

<sup>42</sup> Antonio Donini, ed., op. cit.

#### 4. Bilateralism or multilateralism?

If Western influence shaped humanitarian action past and present, the future will be influenced by non-Western actors; and mainly by the emerging donors that are also emerging powers. Indeed, authors like Donini already said that it is “doubtful that the love affair of the West with humanitarian action will continue far into the 21<sup>st</sup> century”.<sup>43</sup> As a matter of fact, the economic crisis affecting many of the developed economies in the West is just catalyzing this process.

The main question mark relates to whether the emerging powers that are also emerging donors will subscribe and embrace the UN humanitarian architecture. One of the biggest concerns is that emerging donors seem to avoid using the UN and other multilateral channels<sup>44</sup>. They seem to prefer giving bilateral aid<sup>45</sup> and funding regional mechanisms<sup>46</sup> or domestic organizations<sup>47</sup> to act abroad.<sup>48</sup> Academics are concerned about the implications of these choices for the UN humanitarian system. Indeed, the contributions of emerging donors through multilateral channels show considerable variation.<sup>49</sup> At a fundraising level some emerging donors have shown a steady commitment with the multilateral humanitarian system (e.g. contributions to the Central Emergency Response Fund —CERF—), but it is not the case for all. Besides, at the field level the support to multilateralism is way lower. Hence the question: will the emerging powers and donors prefer bilateralism or multilateralism?

Emerging donors’ choices in humanitarian affairs, their choice for bilateralism or multilateralism, will have crucial implications not only for the humanitarian system, but also for countries in crisis, aid organizations and agencies, NGOs, and all the other actors interacting in humanitarian crises.

---

<sup>43</sup> Antonio Donini, op. cit. (2012).

<sup>44</sup> Multilateral giving means that the economic support is directed towards international organizations which then distribute the money according to humanitarian needs (e.g. OCHA, UNHCR, FAO).

<sup>45</sup> Bilateral aid meaning aid channeled directly to the affected Governments. Providing bilateral aid allows more flexibility in choosing the destination of the funds; more visibility per contribution; permits ensuring effectiveness more easily; and implies fewer overheads (i.e. emerging donors often complain of the high costs of channeling aid through UN agencies). Kerry See Smith, op. cit.; Kaan Saner, *Head of International Relations*, Turkish Red Crescent, Turkey, 15 feb. 2013 (Skype interview).

<sup>46</sup> In example the Organization of the Islamic Conference or the African Union.

<sup>47</sup> The national Red Cross and Red Crescent societies are heavily funded and used to act abroad by some emerging donors like Qatar or China.

<sup>48</sup> Andrea Binder and Claudia Meier, op. cit.; IRIN, op. cit.; Jérémie Labbé, op. cit.

<sup>49</sup> Adele Harmer and Ellen Martin, eds., op. cit.

The fact that some emerging donors are also emerging powers puts these actors in a privileged position when it comes to impacting future humanitarian practices. The preference of emerging donors and powers for multi-lateral or bilateral contributions will have a definitive impact in the way humanitarian action is carried out and perceived. If in terms of development the South-South paradigm is defying the traditional North-South perspective. In terms of humanitarian action, traditional donors are challenged by the new views and practices emerging donors bring to the table. The UN humanitarian system is facing a critical historical juncture.

## 5. The Turkish case

Turkey is one of the countries with a two-fold identity. Indeed, Turkey is one of the most active emerging powers in the diplomatic field and one of the most dynamic emerging donors<sup>50</sup>. Emerging powers are defined not only by a growing economy but also by recognition and soft power projection. Even though Turkey is not included in the most known emerging power acronym “the BRICS”<sup>51</sup>, it is part of at least two other groupings like the CIVETS<sup>52</sup> and the Next Eleven (N11). The economy of the country has been growing rapidly since 2001<sup>53</sup>. Nowadays it is the world 18<sup>th</sup> largest economy and statistics indicate that it will be in the 12<sup>th</sup> position by 2030.<sup>54</sup> The economic growth has given confidence to the country, and now it appears as a (post-Ottoman) regional power. Although Turkey has been hit by the global financial crisis in 2008-2009, the country has proved more resilient than the traditional economic powers.<sup>55</sup>

Undiscovered as a donor for many, the country has been consistently involved in humanitarianism since the 90s when it was faced for the first time with a severe humanitarian crisis. Turkey’s engagement in humanitar-

---

<sup>50</sup> Turkey is both a recipient and a donor of humanitarian assistance. But it is its emerging donor facet what makes it a relevant case study in this case. For that reason, the study barely mentions the yearly natural disasters that affect the country since this would be more related to its nature as a recipient of aid.

<sup>51</sup> Brazil, Russia, India, China and South Africa.

<sup>52</sup> CIVETS stands for “Colombia, Indonesia, Vietnam, Egypt, Turkey and South Africa”.

<sup>53</sup> Despite the country having difficulties in economic policy-making in the 1990s. André Bank and Roy Karadag, “The Political Economy of Regional Power: Turkey under the AKP”, *GIGA* (GIGA Research Unit: Institute of Middle East Studies, sept. 2012).

<sup>54</sup> Rediff, “World’s 20 Economic Superpowers”, *Rediff* (22 jan. 2013). Rediff, “World’s Top 20 Economic Superpowers by 2030”, *Rediff* (mar. 2012).

<sup>55</sup> André Bank and Roy Karadag, op. cit.; M. Ibrahim Turhan and Zübeyir Kilinc, “Turkey’s Response to the Global Economic Crisis”, *Inisght Turkey* 13.1 (2011): 37-45.

ian assistance is part of the country's strategy to maximize its reputation (a component of its foreign policy agenda). However, the whole Turkish foreign policy strategy is now compromised due to certain challenges. In example, Turkey is faced among other things with the consequences of the Arab Spring, with spillovers from the current conflict in Syria, and/or with the Kurdish issue (Bryant and Peterson 2013, Lesser 2012).<sup>56</sup> All this is relevant to humanitarian action as humanitarianism in Turkey is explicitly a matter of foreign policy and reputation. In this sense, the current challenges could compromise Turkish humanitarian policies. But humanitarianism could also become a tool to make up for the disruptions in place and keep on enhancing the country's status. Especially in a country where relief aid is still very state-centric and where the State is strong and civil society weak.<sup>57</sup>

Due to historical and geographical reasons, Turkey has been exposed to humanitarian crises: both man-made and natural; both national and international. The country has historic experience dealing with refugees and earthquakes and it has been active in other kind of emergencies. Already in times of the Ottoman Empire, it was "very sensitive and tolerant on humanitarian matters".<sup>58</sup> It had policies of "open-doors" and accepted easily those seeking refuge. For example, many Jews tried to escape oppression in their homelands and found refuge in Turkey during the Spanish Inquisition in 1496. Also in a post-Ottoman Empire<sup>59</sup> era, Turkey was faced with humanitarian needs. It was the case of the massive arrival of Iranian refugees in Turkey after the Iranian revolution in 1979<sup>60</sup> and after the Turkish Erzincan Earthquake of 1939.

However, it was in the 90s, in the context of the Gulf War, when there was a massive displacement of millions of Iraqi refugees arriving in Turkey<sup>61</sup>. This was a turning point in Turkish aid, marking the beginning of

---

<sup>56</sup> Gönül Tol, "The 'Turkish Model' in the Middle East", *Current History* 111.749 (December 2012): 350-355; Pinar Tank, "Turkey's Challenges in the Syrian Crisis", *The New Middle East Blog* (Word Press, 13 April 2012).

<sup>57</sup> Sema Genel (*Executive Director*, Support to Life / Hayata Destek, Turkey). "From a Turkish/Local NGO Point of View", 26 Feb. 2013 (skype interview).

<sup>58</sup> Dilek Latif, "Refugee policy of the Turkish republic", *The Turkish Yearbook* (2002).

<sup>59</sup> In 1922 the Ottoman Empire was replaced by the modern Republic of Turkey.

<sup>60</sup> Dilek Latif, *op. cit.* Turkey responded to the crisis by accepting some of the refugees; however, afraid of creating too much tension with the Iranian regime, International Humanitarian Law protection to refugees was not applied satisfactorily.

<sup>61</sup> *Ibid.* Not all the people who tried to get asylum in Turkey were accepted as refugees. Besides, the ones that were, did not get the complete status of refugees and the full protection of the 1951 Refugee Convention nor in the 1967 Protocol; instead the authorities preferred to talk about "temporary guests" or "asylum seekers".

the first generation of Turkish humanitarian aid.<sup>62</sup> In 1991, Turkey refused to accept more refugees and decided to close its border with Iraq<sup>63</sup>. The displaced got stranded in Iraq's mountainous border until the international community created a safe haven in Iraq.<sup>64</sup> It was the US, many European countries and Turkish Kurds who then assisted the displaced Iraqis in Iraq. Even though the Turkish army provided some supplies, the response was completely unsatisfactory.<sup>65</sup>

After that crisis Turkey was faced with many other humanitarian emergencies (i.e. conflicts in Bosnia-Herzegovina, Kosovo, or Afghanistan, to mention just a few). But it is since 2009, with the appointment of Davutoğlu that the humanitarian compromise has expanded. The period 2011-2013 has been especially critical for Turkey in humanitarian action, with the humanitarian activity reaching its peak. This is due to 5 factors: the continued response to Iraqi refugees (some arriving but mostly return operations); the response to the Somali famine; the beginning of the Syrian civil war and its humanitarian consequences; the internal humanitarian crisis produced by the Van earthquake in October 2011<sup>66</sup>; and other relatively minor humanitarian efforts<sup>67</sup>.

The Turkish diplomat Kocaeefe, Counsellor at the Turkish Embassy in Oslo (Norway) calculates Turkey's value of humanitarian assistance (both in-kind and in-cash) as US\$178 million in 2005.<sup>68</sup> She points towards a decrease in spending between 2005 and 2009, but towards an increase later (from US\$152 million in emergency aid in 2010 to US\$264 million in 2011). She denies aid is being linked to regional or religious components

---

<sup>62</sup> Alpaslan Özerdem, "Series #2: New Actors: Turkey", *Humanity House* (The Hague: Changing Humanitarian Aid, Youtube, 8 nov. 2012).

<sup>63</sup> The reasons for this choice were political. At that time the largest part of refugees arriving were Kurds and Shi'ites. Based on the fact that the Kurdish minority was already perceived as a problem for Turkish authorities, accepting more Kurds into their territory would potentially increase internal tensions.

<sup>64</sup> Alpaslan Özerdem, op. cit.

<sup>65</sup> Peter W. Galbraith, *Refugees from War in Iraq. What Happened in 1991 and What May Happen in 2003*. MPI Policy Brief, Vol. No. 2 (Migration Policy Institute (MPI), february 2003).

<sup>66</sup> Year after year, Turkey is hit by natural disasters, mainly earthquakes and floods. In 2011, the biggest earthquake since the Marmara one was registered in the Van Province. This year Turkish humanitarian efforts were especially directed to address internal humanitarian needs. The international humanitarian community also responded to the crisis by assisting Turkey with aid (amongst the donors there were emerging donors: i.e. United Arab Emirates).

<sup>67</sup> In example in: occupied Palestinian territories (Gaza), Sudan, Libya, Afghanistan, Yemen, Myanmar.

<sup>68</sup> Ülkü Kocaeefe (Counsellor at the Turkish Embassy in Oslo), "Turkish Humanitarian Aid from the Perspective of the MFA", personal interview (27 feb. 2013).

and refers to the response to the Haiti earthquake to prove her argument. There seems to be a shift in focus: from a regional preference, to (first) an Asiatic and (later since 2005) an African expansion in its aid activities. But despite the regional expansion of activities, there seems to still be a cultural—religious— and regional preference.<sup>69</sup>

Turkey's participation in relief operations has diversified and increased significantly. It looks like the country has evolved in its aid commitment. A substantial change can be observed: from its reluctant and evasive participation in 1991 when faced with the arrival of Iraqi refugees, to its proactive performance with Syrian refugees today. The country has gained considerable experience dealing with refugees, earthquakes, and food aid. Turkey seems to be doing less humanitarian aid as a military component, and more as a civilian activity. If humanitarian efforts were very much linked to military activities in the 90s, the latest humanitarian activities pursued by Turkey seem to be carried out by the Turkish Red Crescent independently from the military. At the same time, Turkish relief efforts seem to be part of a holistic (foreign policy) strategy since they are often accompanied by other components: development cooperation, education (i.e. student exchanges), religious activities (i.e. building mosques), reconstruction, security, investment and peacebuilding activities. One of the most important things to keep in mind is that Turkey ranks the fifth among the top 10 emerging donors in humanitarian aid between 2006 and 2010<sup>70</sup>; and its humanitarian efforts seem to be here to stay.<sup>71</sup> A good example of this are the latest efforts for the institutionalization of a legal framework for refugee protection<sup>72</sup> and the important efforts the country is making to cover the needs of the Syrian refugees that keep arriving to the country.

Turkey is rather a bilateral donor than a multilateral one.<sup>73</sup> Bilateralism is considered to be a more effective way to invest resources, with fewer intermediaries, more proximity to the beneficiary. However, the Turkish MFA stresses that Turkish humanitarian aid is not only bilateral and that the country seeks to increase its support to international organizations such as the WFP.<sup>74</sup> Studying the interactions of Turkey with the UN humanitarian system components offers a broader perspective.

<sup>69</sup> In a decreasing order, between 2005 and 2011, the countries that have received more aid support from Turkey are: Palestine, Syria, Pakistan, Libya and Somalia.

<sup>70</sup> Today's Zaman, "Turkey among New Donors Shaking up Humanitarian Aid" (26 jan. 2012).

<sup>71</sup> Ülkü Kocaefe, *op. cit.*

<sup>72</sup> Law on Foreigners and International Protection 2013.

<sup>73</sup> Sema Genel, *op. cit.*; Kaan Saner, *op. cit.*

<sup>74</sup> Ülkü Kocaefe, *op. cit.*; IRIN, *op. cit.*

In this sense, Turkey has shown a certain degree of commitment with some of the funding mechanisms established by OCHA. While it does not contribute to the ERFs and Common Humanitarian Funds (CHFs), it contributes to the CERF. Considering the main differences between the funding mechanisms, it could be that the country prefers to channel its donations to UN agencies, rather than to NGOs and/or that Turkey feels more comfortable with a fund being administered by the Emergency Relief Coordinator (ERC), closest to the UN secretary general, and therefore a more senior and political figure, rather than, by the Humanitarian Coordinator and the Humanitarian Country Team, a more technical and ad-hoc entity.

While some so-called emerging donors seem to have a steady or increasing contribution to OCHA for the period 2010-2012 (e.g. Republic of Korea, China, or United Arab Emirates —UAE—), Turkey's last contribution to the organization dates from 2010 when it ranked as the 29<sup>th</sup> largest donor.<sup>75</sup> Before 2010, Turkey had contributed to funding the organization, although in an irregular basis<sup>76</sup>. The contributions show a certain degree of support what suggests that Turkey perceives OCHA as a legitimate institution. However, the lack of economic support in the last years might suggest a preference for other aid coordinating structures. In fact, the Turkish Red Crescent preferred to keep a bit of distance with OCHA due to the difficulties it was experiencing in coordination.<sup>77</sup> If the UN system is unable to deal with emerging donors high standards, cooperation is not likely to increase. Karen Hostens, Head of Programmes at the Norwegian Red Cross, pointed an interesting example: the Norwegian Red Crescent sent tents to Turkey after the Van Earthquake in 2010, however, after a field visit they saw that the tents were not being used except for storage purposes; the Turks had their own tents which were produced locally, at good quality, and probably at a lower cost.<sup>78</sup>

Back to OCHA's funding, OCHA's 25<sup>th</sup> largest donors gather in the OCHA Donor Support Group (ODSG), an informal grouping<sup>79</sup>. The group gives advice and feedback on policy, management, budget issues and fi-

---

<sup>75</sup> OCHA.b "OCHA Donor Ranking (Actual Ranking 2010-2011-2012 Paid and Pledged)", OCHA.

<sup>76</sup> FTS database (may 2013).

<sup>77</sup> Kaan Saner, op. cit.

<sup>78</sup> Karen Hostens (*Head of Programmes Region 1, International Department*) and Lars Erik Svanberg (*Program Coordinator for Middle East and North Africa*) (Norwegian Red Cross, Norway), personal interview (22 feb. 2013).

<sup>79</sup> The ODSG is currently comprised of Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, New Zealand, the Netherlands, Norway, Poland, Korea, Russia, Spain, Sweden, Switzerland, UAE, United Kingdom, US and the European Commission.

financial questions, and discusses ways to assist OCHA. The members are committed to keep on supporting OCHA's activities (politically, financially and technically). The group, in cooperation with OCHA, has been actively engaged in efforts to build partnerships with the emerging donors. One of the tactics used have been celebrating conferences and events in emerging donors' countries. One of these meetings was actually hosted in Turkey, Istanbul in 2006. John Holmes, former ERC, openly and repeatedly encouraged Turkey to join the ODSG without succeeding.<sup>80</sup> Seeing the evolution of the country's contributions it is un-likely that the country will position itself amongst the 25<sup>th</sup> largest donors in the near future.



Figure 1

The clusters system. Source: Cluster Coordination. OCHA website

The relationship of Turkey with the Cluster Lead Agencies is not uniform. If the relationship with the WFP, the UNHCR, and the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) —in fact, with the Turkish Red Crescent rather than with the IFRC—, seems to be quite

<sup>80</sup> Andrea Binder, Claudia Meier and Julia Steets, "Humanitarian Assistance: Truly Universal? A Mapping Study of Non-Western Donors". *GPPI Research Paper*, No.10 (august 2010).



strong. In the case of the International Organization for Migration (IOM), FAO, World Health Organization (WHO), United Nations Development Programme (UNDP), and the United Nations Children's Fund (UNICEF), the relation is weaker, at least in humanitarian issues. And with Save the Children, the NGO, the relationship seems to be inexistent. This could suggest a preference for international organizations and UN agencies, over NGOs.

## 6. Turkey: Somalia versus Syria

Turkey's involvement in humanitarian action is mostly known because of the aid provided to assist people affected by the Somali and the Syrian crisis. In this sense comparing the two responses from the perspective of multilateralism and bilateralism allows for a better understanding. In the case of the humanitarian response in Somalia after 2011<sup>81</sup>, unlike the international humanitarian community that had been working remotely from Kenya for nearly two decades, Turkey decided to have real presence in the field and sent Turkish aid workers and aid not only to Mogadishu but also to other Somali territories considered no-go zone for most international aid organizations. It was the Turkish presence what afterwards triggered other international humanitarian actors to move back to Somalia and to work from there.<sup>82</sup> Despite Turkish economic contribution to humanitarian activities in Somalia was minor in comparison to other donors, the country was the largest emerging donor in the response. Besides, humanitarian efforts were topped up with the hopeful visit, in August 2011, of Turkish Prime Minister Recep Erdogan who arrived in Somalia together with his family, members of his cabinet, businessmen and Turkish celebrities<sup>83</sup>. The visit gave high visibility to Turkish efforts as a donor, both in Turkey and internationally.

It is relevant to consider the critiques to Turkey unfolding a unilateral humanitarian policy in Somalia. It seems that if Turkey wants to become

---

<sup>81</sup> An extreme drought affected the Horn of Africa region unfolding a famine crisis, due to the hazardous context, the international humanitarian community had been working remotely from Kenya for nearly two decades.

<sup>82</sup> Alpaslan Özerdem, "How Turkey Is Emerging as a Development Partner in Africa", *The Guardian*. Transforming Institutions Hub. Global Development Professionals Network (10 apr. 2013); International Crisis Group, "Assessing Turkey's Role in Somalia". *Policy Briefing, Africa Briefing*, n.º 92 (International Crisis Group, 8 oct. 2012).

<sup>83</sup> It was symbolically important because it was the first visit of a foreign leader to the capital in about 20 years. The visit also took place during the Muslim holy month of Ramadan.

a long-term player with a good reputation in the field of humanitarian response, this criticism could play against its own interest.<sup>84</sup> Turkey acted in Somalia through Prime Ministry Disaster and Emergency Management Presidency (AFAD) and the Turkish International Cooperation and Development Agency (TIKA) but also through other ministries (i.e. health), governmental agencies (i.e. religious affairs directorate in the prime minister's office —known as Diyanet—) and NGOs (mainly the Turkish Red Crescent, but also NGOs like IHH or Kimse Yok Mu). The main critic to Turkey so far is that it did not coordinate its efforts with other humanitarian actors on the ground. However, Kaan Saner, Head of International Relations at the Turkish Red Crescent, and Kocaeefe signaled that the lack of interaction was due to the conjuncture; to the fact that not many international actors were present in Somalia.<sup>85</sup> Both interviewees complained about the high cost of supporting international projects (overheads, tickets, etc.) signaling how only 30% of the money transferred into multilateral entities would reach the beneficiaries. The unilateral performance of Turkey in Somalia generated ethical dilemmas, practical constraints, and created unnecessary tensions. In this sense, the interlinked political and economic interests unchained criticism on Turkey not respecting the humanitarian principles (mainly the neutrality one)<sup>86</sup>. Besides, the long experience of traditional donors which learned by doing mistakes, was ignored when there is no need in re-inventing the wheel. By avoiding teamwork and coordination, traditional donors felt neglected. But more important than this, the unilateral activities could have led to duplication of efforts and population unattended. In the Somalia response, despite the clusters system was activated and there was presence of UN agencies, it was the Organization of Islamic Cooperation (OIC) who coordinated the work of aid agencies instead of OCHA.<sup>87</sup>

Regarding the response to the humanitarian crisis to the Syrian conflict that started in 2011, and led to a massive displacement of Syrian refugees into Turkey that continues until today, this has been (and is) the largest challenge Turkey has faced up to date in humanitarian terms. In response to the Syrian crisis and to the arrival of refugees, the government, through AFAD, is in charge of the management and coordination of the humani-

---

<sup>84</sup> Alpaslan Özerdem, op. cit. (10 apr. 2013).

<sup>85</sup> Ülkü Kocaeefe, op. cit.; Kaan Saner, op. cit.

<sup>86</sup> Hüseyin Oruç, "Humanitarian Principles: Perspectives from an Islamic NGO" (interview); *ICRC Resource Centre* (ICRC, 4 june 2013). Oruç explains that Turkey, and for that matter other Arab donors, accepts the humanitarian principles. However, it may understand them in a different way. Especially when it comes to the principle of neutrality.

<sup>87</sup> Alex Whiting, op. cit. (26 jan. 2012).

tarian response. The Turkish Red Crescent Society has a privileged relation with AFAD and is working as an auxiliary to the Government of Turkey. It is the implementing partner providing humanitarian services (both essential food and non-food relief items and shelter services in the camps).

According to the information provided by the Government of Turkey, if 9,500 people were registered in the country by January 15<sup>th</sup> 2012; by mid-October 2013 the number of Syrians living in Turkey reached 200,045.<sup>88</sup> Turkey has been doing continuous efforts to address the evolving needs<sup>89</sup>. At present, Syrians arriving in Turkey and seeking asylum enjoy an open border policy with admission to the territory; protection against forcible returns (respect of the non-refoulement International Humanitarian Law principle); and access to basic reception arrangements, where immediate needs are addressed<sup>90</sup>.

As of October 26<sup>th</sup> 2013, there are 21 camps in Turkey.<sup>91</sup> According to several sources the camp standards are one of the highest ever seen (i.e. they have schools, mosques, playgrounds, television watching units, three hot meals a day, and extras like fridges or fans). Panos Moutziz, UNCHR coordinator for Syrian refugees, states clearly in an interview that "Turkey provides things we are unable to offer in our camps, like hot water, three meals per day, and whoever gets married goes on a month holiday".<sup>92</sup> Indeed, Sema Genel, Executive Director of Support to Life / Hayata Destek (Turkish NGO), and Hostens referred to 5 star refugee camps. The WFP expressed the same concern and was afraid of creating too high expectations to the refugee community.<sup>93</sup> A high representative of a Nordic country in Ankara (Turkey) was concerned that the international community was not in a position to offer such high quality standards. Several of the interviews were afraid that when finally Turkey asked for the cooperation of the international community; it would not be possible under the terms they desired.<sup>94</sup> Indeed,

---

<sup>88</sup> UNHCR, "UNHCR Turkey Syrian Refugee Daily Sitrep", *ReliefWeb* (21 October 2013).

<sup>89</sup> I.e. Preparing winterization strategies.

<sup>90</sup> WFP, "Regional Emergency Operation 200433: Food Assistance to Syrian Populations in Turkey", *ReliefWeb*, 21 Aug. 2012. Amnesty International, *Turkey: national authorities and the international community must act in partnership to meet the needs of Syrian refugees* (Rep. Amnesty International Publications, 2013).

<sup>91</sup> UNHCR, op. cit. Most of the camps are situated close to the Syrian border in the South Eastern Anatolia Region of Turkey. However, more than 300,000 Syrians congregate in informal settings and host communities.

<sup>92</sup> Panos Moutziz, "Q&A: Crisis Escalates as International Community Fails Syria" (interview by Apostolis Fotiadis), *Inter Press Service* (ReliefWeb, 18 May 2013).

<sup>93</sup> WFP, op. cit.

<sup>94</sup> Sema Genel, op. cit.; Karen Hostens and Lars Erik Svanberg, op. cit.

having so different standards, way beyond Sphere<sup>95</sup>, can be problematic for multilateral cooperation. In this sense, if the UN humanitarian system is incapable to cope with the standards of the emerging donors, they might prefer to channel their resources bilaterally or unilaterally rather than giving them to organizations that will not use them as they would do and that will achieve lower results (in quality). But at the same time, if camps are meant to be temporary shelter, providing better conditions than at home might also be an issue when it comes to return.

Regarding the cooperation issue, AFAD has involved several ministries in the humanitarian response<sup>96</sup>. It is common that when a crisis is happening in a neighboring country, the humanitarian response is done through the deployment of civil protection and other national assets rather than through the UN multilateral system. At the beginning and for months, Turkey refused external aid, considering it could handle the situation on its own until the country realized of the immensity of the humanitarian efforts needed<sup>97</sup>.

In comparison with Somalia, in Syria there has been more multilateralism. There has been some degree of opening up to UN agencies. But still, many coordinating activities seem to be done without OCHA. AFAD coordinates the agencies of the UN system and the organizations and NGOs that participate in the relief efforts. At the same time, UNHCR has been designated by OCHA as the lead agency for planning and coordination for the Syria Regional Refugee response. It coordinates the efforts of other UN agencies and international NGOs, however, it has a subsidiary and secondary role in terms of coordination and leading efforts. In this sense, António Guterres, the UN High Commissioner for Refugees appealed to the international community to establish "a much stronger bilateral cooperation with Turkey" in supporting the Turkish government's efforts.<sup>98</sup> UNHCR's and OCHA's partners in leading efforts by sector are: IOM and UNHCR (Core Relief Items); WFP (Food security); WHO (Health); and UNHCR (Shelter). Other agencies are participating in the efforts too

---

<sup>95</sup> The Sphere Handbook is an internationally recognized set of common principles and universal minimum standards in humanitarian response.

<sup>96</sup> The Turkish Ministry of Health provides health services at the camps and at the border; the Ministry of Family and Social Policies provides social aid to people affected; the Ministry of Education provides education for children; and for security issues, the Ministry of Internal Affairs is responsible for police and security.

<sup>97</sup> IRIN, "SYRIA: Turkey Opens up to International Aid in Camps", *IRINnews* (16 nov. 2012).

<sup>98</sup> World Bulletin, "Turkish Disaster Agency Signs Deal with UNHCR", *World Bulletin* (11 mar. 2012).

(i.e. UNICEF monitoring the situation and providing aid). The Cluster Lead Agencies that show a lower profile in the Syrian response in Turkey are UNDP, Save the Children and FAO. The IFRC "representation" seems to be partially done by the Turkish Red Crescent who has a very high profile in the response.

Despite acknowledgement for the effort Turkey is doing, there seems to be some degree of discomfort on the way Turkey leads the response to the crisis. The Turkish Red Crescent's strong relation and interaction with AFAD has led to suspicions amongst other members of the movement who see it as an unacceptable distancing with the IFRC and the ICRC.<sup>99</sup> As many interviewees complain, the Turkish Red Crescent Society is the only organization that has been granted regular access to the Turkish border points and camps. Despite some exceptions that might indicate change the rest of the organizations cannot access them.<sup>100</sup> At the same time, the fact that some of the old camps do not respect the standard distance of 50km from the border and practices like the delivery of aid at the Syrian border zero point are seen with suspicion<sup>101</sup>. Besides, a factor that might show Turkey not being interested in cooperating with NGOs is that most international NGOs are working "undercover" since they do not get the official permission they require to work on the field.<sup>102</sup> Other tensions relate to the fact that those seeking asylum are not officially considered refugees but rather "guests".<sup>103</sup>

But in the case of Syria, the situation also goes beyond humanitarian aid. Turkey is affected directly by the conflict: from spillover attacks, to negative economic consequences. Turkey is not perceived as a neutral player. The country is said to support to the Syrian opposition, to enhance a sectarian policy against the Shiites and Syrian Alawites, and to have armed and hosted armed opposition groups.<sup>104</sup> As a consequence, the whole period has been accompanied by escalating tension along the Turkish-Syria border. It resembles the Iraqi crisis in the 90s and later in 2003-09 (e.g. Turkey has tried to establish a safe haven and no-fly zone in Syria). Hence, the country is looking and calling actively for political solutions at the time it raises the humanitarian profile.

<sup>99</sup> Karen Hostens and Lars Erik Svanberg, op. cit.

<sup>100</sup> Ibid., Sema Genel, op. cit.

<sup>101</sup> Karen Hostens and Lars Erik Svanberg, op. cit.: IRIN, op. cit.

<sup>102</sup> Ibid., Sema Genel, op. cit.

<sup>103</sup> IRIN, op. cit.

<sup>104</sup> Gönül Tol, op. cit. Mark Naftalin (*Researcher*, PRIO, Norway), personal interview (24 nov. 2012). Mark Naftalin and Kristian Berg Harpviken, "Rebels and Refugees. Syrians in Southern Turkey", *PRIO Policy Brief* 10 (Oslo: PRIO, 10 september 2012).

Despite the criticism that Turkey has faced in both humanitarian responses for being perceived as an actor neglecting the rest, if both situations are compared —acknowledging how different they are—, it is clear that the degree of cooperation in the Syrian response is considerably higher than in the case of Somalia. In the case of the Syrian refugees, Turkey is now collaborating (through the Turkish Red Crescent) with key UN agencies and Cluster Lead Agencies in the provision of humanitarian aid in an increasing way. It looks like this is due to necessity rather than to a genuine interest for cooperation. The reasons remain to be studied. What is interesting is to see that gradually there seems to be more cooperation with the international humanitarian system.

## 7. Multilateral cooperation as a strategic choice

In a world context characterized by geopolitical and economic change—in the sense of emerging powers rising and Western powers undergoing an economic and financial crisis—, and raising humanitarian needs, the humanitarian field is faced with the arrival of the emerging powers and donors in the aid sphere. Emerging powers and donors have an important opportunity to increase their contributions, raise their profile, and project new conceptions of aid. Aware of this opportunity, Turkey has been increasing the scope of its humanitarian activities. It has to be noted that a single case study cannot be taken as a proof for all the emerging donors. Nonetheless, the case of Turkey contributes to the global picture of how emerging donors and powers are investing their resources in humanitarian assistance through the UN multilateral channels.

Turkey is an active emerging donor that seems to be seeking an identity in the field of humanitarianism. More than questioning the legitimacy of the UN humanitarian system, the cooperation with OCHA and most of the Cluster Lead Agencies suggests that Ankara is willing to support the multilateral humanitarian system. However, the fact that the cooperation is ambiguous and rather weak and/or ad-hoc, also suggests that the country is still identifying its best allies. It seems that the humanitarian commitments are there to stay, since humanitarian activities have been increasing and becoming more visible. This humanitarian activity has specially been proved through unilateral and bilateral channels. Indeed, Turkey has been accused of pursuing a unilateral and not very transparent response to the Syrian crisis; however the cooperation with the UN humanitarian system has increased significantly compared to the response to the Somali crisis. Turkey contributes to the UN humanitarian system; however, the relationship is not harmonized with all the organizations. It is strong with organi-

zations like the WFP or UNHCR and inexistent or very low with others like Save the Children. Considering the WFP is said to be the UN agency with stronger relations with emerging donors, this could suggest strong efforts from the organizations side, rather than a strong interest on behalf of Turkey.

It is understandable the concern shown by some Western actors to Turkey's unilateral and bilateral humanitarian actions. Indeed, it would be counterproductive if unilateralism would become the rule, the pattern for emerging donors in humanitarianism (what could happen in the case they did not feel recognized in the humanitarian system). Then, all sort of ethical and practical problems; along with tensions would turn not only against the donor itself, but also against the humanitarian system. This research builds on the fact that multilateral humanitarian action provides more guarantees for coordination; it allows less risk —but not immunity— of aid politization and instrumentalization. Also, it enhances more accountability and transparency; and from an economy of scale perspective, it generates more efficiency in the use of resources and less duplication of efforts. Therefore joint response efforts are meant to be more effective, but this requires building partnerships amongst the humanitarian actors.

The fact that Turkey has been increasing its cooperation with the humanitarian multilateral actors could point towards an era of more cooperation with the UN humanitarian system. Nonetheless, more than a compromise with multilateralism this looks more like an ad-hoc arrangement. It is presumed that if multilateralism had become a long-term approach, the cooperation would have been wider, more open, and extended to all the Cluster Lead Agencies, and even to international NGOs. Proving this right or wrong, and understanding if this will become a new trend will require further research in the years to come. In fact the choice for multilateralism or bilateralism seems to respond more to strategic and realistic choices based on *real politik* rather than to a multilateral vocation. Hence, Turkey's purpose is not per se to challenge the system or other humanitarian actors, since it admits its legitimacy by cooperating with it. The intention is rather to balance its humanitarian activity, with its foreign policy goals, and to build its own image as a strong and leading humanitarian actor.

The emerging donors, despite sharing a label, and in spite of the discourse of similarity, are not necessarily acting in the same way in humanitarian assistance. If each donor decides to act in its own terms, an anarchist and fragmented humanitarian system could emerge. If on the contrary, emerging donors would decide to harmonize their practices, like in other movements —i.e. NAM—, they could challenge the current sys-

tem and/or establish parallel forms of global humanitarian governance. Multipolarism in humanitarian action will not necessarily bring more multilateralism. A pragmatic and operational multilateralism is expected to exist in a system marked by the fragmentation of the actions. Hence, the best way to prevent fragmentation and promote a relevant UN humanitarian system is to adapt it, make it more inclusive, ensuring the representation of the so-called emerging donors.



## Disturbed valley: a case of protracted armed conflict situation in Northeast India

Rameshchandra Ningthoujam\*

**Abstract:** India's northeastern region has been experiencing the least known but one of the longest-lasting armed conflict situation in South Asia. New Delhi government has been trying to control the situation through some restrictive or economic incentives such as the Armed Forces Special Power Act-1958 (AFSPA) or the Look East Policy (LEP) and others. However, these policies have been contested by many of the human rights activists, civil societies for their disruptive character, who have unmasked the disruptive substance of human rights violation and the militaristic developmentalism. The proposed paper will rather be a *tour d' horizon* of India's political dispensation at its northeastern frontier in general and Manipur in particular, that shapes the political affairs of this region since India's Independence.

**Keywords:** Armed conflict, Northeast India, AFSPA-1958, LEP, militaristic developmentalism, Human Rights, Manipur.

**Resumen:** La región nororiental de la India ha estado experimentando una de las situaciones de conflicto armado menos conocidas, pero de mayor duración, en el Sur de Asia. El gobierno de Nueva Delhi ha estado tratando de controlar la situación a través de algunos incentivos o restricciones económicas, como la Ley de Poderes Especiales de las Fuerzas Armadas-1958 (AFSPA) o la Política de Mirada al Este (LEP) y otras. Sin embargo, estas políticas han sido contestadas por muchos de los activistas de derechos humanos y la sociedad civil por su carácter disruptivo, y que han desenmascarado la sustancia perjudicial en materia de violación de derechos humanos y el desarrollo militar. Este trabajo pretende ofrecer una panorámica general de la administración política de la India en su frontera nororiental, y de Manipur en particular, y de cómo da forma a los asuntos políticos en esta región desde la independencia de la India.

**Palabras clave:** Conflicto armado, India nororiental, AFSPA-1958, LEP, desarrollo militar, Derechos humanos, Manipur.

---

\* PhD Candidate, International and Intercultural Studies, Universidad de Deusto, Bilbao, Spain

## 1. Introduction

Since the late 1940s, a number of 'armed' movements has been smoldering in India's northeastern region. These armed movements (generally low intensity conflicts) are largely related to the national liberation or sovereignty restoration or demand for autonomous homelands. In addition, there are conflicts between the natives and the migrants, particularly in Assam and Tripura.<sup>1</sup> Yet, these issues of this (northeast) region has been one of the least known and relatively little studied, within India as well as outside India.<sup>2</sup> There are numerous reports on local (and few on national) medias upon the issues of this region including the violation of constitutional (human) rights by security forces or by the armed opposing groups from time to time. However, these reports apparently do not capture New Delhi's serious attention to evoke a significant debate at the parliament.<sup>3</sup> Rather, the issue of armed conflict in this region is viewed as a matter of development-under-development, responding with some economic incentives, such as, setting up of a separate development ministry exclusively for this region that I will discuss it in the later part of this paper.

Northeast India is a region commonly used to describe one of India's 'region' of the post colonial Indian state that is sandwiched between Bangladesh on the south, China on the north, Burma to the east, Bhutan and Nepal to the northwest. It comprises of seven states, also casually called 'seven sisters', namely: Arunachal Pradesh, Assam, Manipur, Meghalaya, Mizoram, Nagaland, and Tripura. The state of Sikkim has officially included into the Northeastern council recently, i.e. from 2003. A narrow strip of land at the northern part of West Bengal, informally called – 'the chicken neck' connects the region with the mainland India (see figure 1).

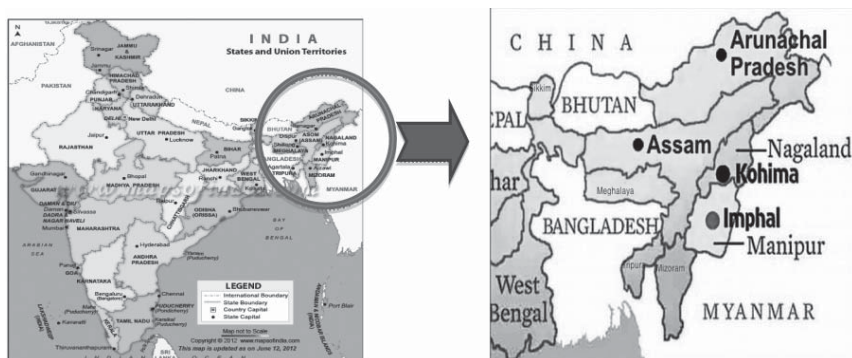
The linguistic heritage of the native communities of this region including the 'tribal'<sup>4</sup> communities can be traced to Mon-Khmer and Tibeto-Burman peoples of Southeast Asia and Southwest China. Hinduism (21.9 million), Islam (8.8 million) and Christian (6.3 million) are the major religion followed by the people of this region (see table 1). Christianity is the major

<sup>1</sup> Native-migrants tension has become a recent trend in other northeastern states too.

<sup>2</sup> J. Harriss, *The State, Tradition and Conflict in the North Eastern States of India* (London: DESTIN, LSE, 2002), p. 1.

<sup>3</sup> *The Times of India*, *Terrorism in India's northeast not govt priority: US cable*, 15 december 2010. Retrieved may 28, 2013 from *The Times of India*: [http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2010-12-18/india/28260602\\_1\\_terrorism-civilian-deaths-cable](http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2010-12-18/india/28260602_1_terrorism-civilian-deaths-cable)

<sup>4</sup> S.K. Das, *Conflict and Peace in India's Northeast: Role of Civil Society* (Washington: East-West Center, 2007), pp. 6-7.



**Figure 1**

Map of India showing the northeastern region

**Table 1**

Religious composition of northeast Indian states as per the 2001 census (in millions)

Regions/ States	Arunachal Pradesh	Assam	Manipur	Mizoram	Meghalaya	Nagaland	Tripura	Total
Hindus	0.380	17.30	1.050	0.032	0.308	0.153	2.739	21.962
Muslims	0.021	8.20	0.191	0.010	0.099	0.035	0.254	8.810
Christians	0.210	0.99	0.856	0.773	1.629	1.790	0.102	6.350
Buddhists	0.140	0.05	—	0.070	—	—	0.099	0.359
OPRs*	0.340	0.02	0.236	—	0.267	—	—	0.863
Others**	0.010	0.06	0.006	0.004	0.016	0.012	0.004	0.112
Total	1.101	26.62	2.339	0.889	2.319	1.990	3.198	Grand Total 38.456

Source: Centre for Policy Studies<sup>5</sup> \*OPRs-Other Religions and Persuasions (mainly tribal religion). \*\*Others-include Sikhs, Jains and RNS (Religion not stated)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> J. Bajaj, «Religious Demography of the Northeastern States of India: Trends to look for in the Census 2011». *Dialogue*, 12(3) (2011): XX-XX.

<sup>6</sup> For further details see, J. Bajaj, *Scheduled Tribes of India: Religious Demography and Representation* (11 november 2011. )Retrieved october 28, 2013 from Centre for Policy Studies. Also see Ministry of Tribal Affairs, *Annual Report 2006-07* (New Delhi: Government of India, 2006-07), p. 23.

religion amongst the tribal communities<sup>7</sup> with smaller communities of Buddhists and animists, while the ethnic communities (including the natives and non-natives) settles in the valleys particularly in the valleys of Assam, Manipur and Tripura, practice Hinduism and Islam.<sup>8</sup>

## 2. The political impasse of India's Northeastern region

It was in the valley of Manipur that Shri. *Hijam Irabot*, a strong adherent of communist ideology, a former social activist from Manipur, started the 'armed' insurgency or 'independentist' movement during the late 1940s. He had already started his non-armed revolutionary (social) movement in Manipur as early as the early 1930s.

Then it was in the Naga Hills, where the armed insurgency movement centering on self-determinist/independentist demands started during the early 1950s,<sup>9</sup> followed by the Mizo armed rebellion in and around Mizo Hills, the armed insurgency movements in the valleys of Manipur and Tripura during the mid of 1960s. The armed rebellion become intense (particularly in Assam, Manipur, Nagaland and Tripura) and began to spread to the entire northeastern states since the late 1970s. Today, there are roughly more than sixty armed groups operating in this region. Some of the groups are as small as fifty to hundred members that are formed along the ethnic lines.

In most of the cases, the instability in this region is centered on the grievance narrative. The fact that some of the armed opposing groups in this region, particularly the valley based armed opposing groups of Manipur have been articulating the (forceful) integration of their erstwhile princely kingdom into the Union of Indian as the mother of impasse in this province.

To cite a case on Manipur's political impasse, there appear two competing arguments on the root cause of the prolonged armed conflict situ-

---

<sup>7</sup> India has 84 million tribal population as per the 2001 census. Around 75 millions of the total tribal population, they either follows Hinduism or Buddhism or other traditional religions (animism) such as Sarna Dharma, Sari Dharma, Doni Polo, Sanamahi, etc. However, out of India's 8 million Christian Scheduled Tribes population, 5.5 million are in Northeastern State. i.e. 0.3 million are in Assam and Tripura, and 5.2 million in the remaining five North-eastern States. For further details see J. Bajaj, *Scheduled Tribes of India: Religious Demography and Representation*, 11 (November 2011). Retrieved October 28, 2013 from Centre for Policy Studies.

<sup>8</sup> D. McDuie-Ra, "Being a tribal man from the North-East: migration, morality, and masculinity", *South Asian History and Culture*, 4(2), 250-265 (2013): p. 252.

<sup>9</sup> For further details see J. Parrat, *Wounded Land: Political and Identity in Modern Manipur* (New Delhi: Mittal Publication, 2005), p. 83.

ation. One argument, particularly from the state actor's side argues that Manipur's problematic 'law and order' situation as well as the underdevelopment and backwardness, provided the unemployed or 'misguided' youths of this state led to exacerbate the problem of this region.

Another argument, particularly from the armed opposing groups of Manipur tried to relate the protracted armed conflict situation of Manipur from the controversial merger (some would say annexation) point of view that the erstwhile two millennium old sovereign kingdom of Manipur was annexed to the Union of India without the native people's consent.<sup>10</sup>

Thus the 'conflicts' or the political impasse in Manipur or India's north-east region in general as Akoijam argues that it 'involved identities that are rendered as "oppressed" or "subjugated" "nation", and a reciprocal identity of an "oppressor", the "colonial" Indian State'<sup>11</sup>. Thus, the conflict in this region is largely expressed as a conflict between "'freedom fighters", "revolutionaries" and "national workers" on the one hand, and on the other, the "colonial army" or the "occupation forces" and the "puppets" of the hegemonic "colonial" or "neo-colonial" India'<sup>12</sup>.

Accordingly, the roots of the conflict ranges from secessionist call to the demand for state or sub-state within the India Union, regional autonomy for ethnic areas within the states, or protection of ethnic areas within the states, or protection of ethnic and cultural identities.<sup>13</sup> The narratives of the people in this region usually highlights:

... the cultural differences between people in the region and those from 'mainland India', these accounts point to the domineering tendencies of the Central state. Scholars have questioned the 'unequal' and 'forced' integration of the northeast region into the Indian 'mainstream' and the subsequent development of a master – subject relationship between the two. Behind that reading is the awareness of the cultural difference between the Indian 'mainland' and the collective entity called the Northeast and the region's significantly higher

---

<sup>10</sup> The merger agreement is yet to be rectified. For further details, see H.T. Hanjabam, "Armed Conflict, Human Rights and Peace Building in Manipur", in H.T. Sukhdeba Sharma Hanjabam & H.T. Sukhdeba Shrama Hanjabam, ed., *United Nations and Human Rights in Manipur: Representation to the United Nations System & Concluding Observations/Communications/Remarks 1991-2012* (New Delhi: Forward Books, 2013), pp. 1-20.

<sup>11</sup> A.B. Akoijam, «Ghosts of Colonial Modernity: Identity and Conflict in the Eastern Frontier of South Asia», in P.B. Thomas & C.J. Prasenjit Biswas, ed., *Peace in India's Northeast: Meaning, Metaphor and Method* (New Delhi: Regency publications, 2006), pp. 113-132, p. 116.

<sup>12</sup> Akoijam, *ibid*.

<sup>13</sup> J. Bhattacharjee, *Roots of Insurgency in Northeast India* (New Delhi: Akansha Publishing, 2007).

levels of ethnic and linguistic fractionalization compared to the rest of India<sup>14</sup>.

### 3. State Responses

From time to time, the Delhi government has been controlling the armed conflict issues of this region by means of political reconciliation or restrictive measures (some would say repressive or coercive approach – the Armed Forces Special Power Act-1958 (hereafter referred as the Act or AFSPA-1958), as well as with the economic incentives such as construction of mega dams, building transnational highways, or by splitting the armed insurgent groups. This particular strategy to control armed conflict issues that is followed by central government is argued or allegedly claim as the typical legacy of *Kautilya* (also known as Chanakya), who was the traditional Hindu realpolitik statecraft who teach the king Chandragupta Maurya the significant four principles for political expansion – *Sham* (political reconciliation), *Dam* (monetary inducement), *Danda* (force) and *Bhed* (split) for the expansion of empire to form a trans-regional kingdom.<sup>15</sup>

It can be said that the conflict situation of northeast India in general has scaled down slightly, albeit it is unlikely to end easily. The settlement of Mizo armed rebellion during the late 1980s and the Naga (sic National Socialist Council of Nagaland – Isaac-Muivah factional group) peace talk since the late 1990s are the significant sign of improvement from the center. More dialogues are also anticipated with the other armed opposing groups. However, these negotiations/dialogues are not without controversy. There was a case that the Indian Army (sic. central government) signed a deal with one rebel group of Manipur to attack other rebel groups that ultimately soured the relation between the two-rebel/ethnic groups. Thus exacerbate the situation.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> M.S. Hassan, «Secessionism in Northeast India», in S. Baruah, *Ethnonationalism in India: A Reader* (New Delhi: Oxford University Press, 2010), pp. 291-315, p. 292.

<sup>15</sup> S. Bhaumik, *Troubled Periphery* (New Delhi: Sage Publications India Pvt Ltd., 2009), p. 90.

<sup>16</sup> The '*Suspension of Operation (SoO)*' was signed between the conglomeration of eight *Kuki* tribal ethnic armed rebel groups and Indian Army on 1<sup>st</sup> august 2005 without the consultation of the government of Manipur. Later on, when government of Manipur did not acknowledge that very treaty; the central government let to involved the government of Manipur and signed a trilateral SoO agreement on 22<sup>nd</sup> august 2008. See S.S. Aheibam Koireng Singh, *Removing the Veil Issues in North-East Conflict* (New Delhi: Essential Books, 2012).

#### 4. AFSPA-1958 and the issues of Human Rights violation

It is an irony that the Indian Armed Forces, who are specially trained to defend the country's territory against a foreign aggressions are let to engaged in combating internal law and order problem with extraordinary power of impunity. There have been number of counter-insurgency operations that resulted into rampant human rights violation ranging from disappearance to mass rape, torture, murder of many civilians.

Unavailability of authentic official data on human casualty is an obstacle to study the intensity of the conflict in this region. Nevertheless, most of scholars so far have been referring the data from South Asian Terrorism Portal (SATP) or data from Peace Research Institute Oslo (PRIO) (see table no. 2). Some human rights organization claims that there are more than 50,000 deaths since the late 1970s due to armed conflict in this region.<sup>17</sup> However, neither the figures of death and casualties appears on the report released by government<sup>18</sup> do not give a complete and accurate picture of the extend of violence. Many abuses are not even reported especially physical or sexual assault either, because of intimidation, lack of understanding of the official procedure, or simply because the victims have no confidences upon the administration of the state. The information that gathered are only of high profile cases that arouse enough public outcry (see figure/illustration 2).<sup>19</sup>

Worth mentioning counter insurgency operations that provokes human rights activist as well as the entire people of this region for the harsh conduct of Indian Army are – Operation Blue Bird (Manipur, 1987), Operation Bajrang (Assam, 1990), Operation Rhino (Assam, 1991-92), Operation All Clear (Bhutan India border areas, 2003), Operation Dragnet (Manipur, 2006), etc.<sup>20</sup> These operations were remembered by the most of the people and human rights activist because of the rampant human rights vi-

<sup>17</sup> Ranvijay, *Violent Conflict in India: Issues of Contention* (1 July 2010). Retrieved May 24, 2013 from Peace & Conflict Monitor: [http://www.monitor.upeace.org/archive.cfm?id\\_article=685#\\_ftn7](http://www.monitor.upeace.org/archive.cfm?id_article=685#_ftn7). Also see, PRIO's datasheet: <http://www.prio.no/Data/Armed-Conflict/UCDP-PRIO/Armed-Conflicts-Version-X-2009/>; South Asia Terrorism portal: <http://www.satp.org/satporgtp/countries/india/database/indiafatalities.htm>.

<sup>18</sup> See Supreme Court order on Writ Petition (Civil) No.445 of 2012.

<sup>19</sup> J. Parrat, *Wounded Land: Political and Identity in Modern Manipur* (New Delhi: Mittal Publication, 2005), p. 166.

<sup>20</sup> For further details see H.T. Hanjabam, "Armed Conflict, Human Rights and Peace Building in Manipur", in H.T. Sukhdeba Sharma Hanjabam & H.T. Sukhdeba Shrama Hanjabam, ed., *United Nations and Human Rights in Manipur: Representation to the United Nations System & Concluding Observations/Communiqués/Remarks 1991-2012* (New Delhi: Forward Books, 2013), pp. 1-20.



**Figure 2**

People of Manipur protesting against the Act as well as against the conduct of Indian armed military personnel

olations-especially using villagers as human shield to prevent possible ambushes from the rebel groups.<sup>21</sup> The armed personnel who were involved in the crime of murdering, raping, and torturing civilian during these counter insurgency operations are never tried, because the provision of the Act prevents them, that I will describe in the following paragraphs.

## 5. **Armed Forces Special Power Act-1958: a mechanism to control the law and order situation of Northeast India?**

How far the Act that was imposed to control the law and order situation or armed insurgency in this region serves the purpose? The escalation of violence (by state actors as well as non-state actors) in this region including fake encountered death, rape, torture and disappearance of many civilian would give the perfect answer. Except the settlement of Mizo rebellion in the mid 1980s, nothing significant result have comes up from this fifty five year long imposition of the Act in this region. Despite the report of heavy human casualty, the Act is unlikely to be repealed from this region.<sup>22</sup> Rather, the central government wants to give more teeth to the armed force personnel.

<sup>21</sup> S.S. Hanjabam, "The Youth Panorama in Northeast India", *Asia-Europe*, 5(4) (2008): 50-62, p. 166.

<sup>22</sup> See S. Joshi, *Army's stand makes it hard to amend AFSPA: Chidambaram* (7 february 2013). Retrieved february 7, 2013 from The Hindu: <http://www.thehindu.com/news/national/armys-stand-makes-it-hard-to-amend-afspa-chidambaram/article4386754.ece>



The fact that the Act was made an amendment in 1972 make more heinous with dehumanizing manifestation of the obsession with the power in the name of the state security, to the complete indifference about human security<sup>23</sup>. As mention above, it gives armed forces the legal impunity for their actions. There can be no prosecution, suit or any other legal proceeding against anyone acting under that law. Nor is the government's judgment on why an area is found to be "disturbed" subject to judicial review.

Thus, Delhi's guiding principle of enacting coercive/repressive policies to deal with ethnic dissent in this region apparently loses its credibility, and hence legitimacy. Delhi's strategy of adopting restrictive or coercive actions (the controversial law AFSPA-1958) reveals the state's key weakness. In fact, the violence committed by armed military against the civilian itself delegitimizes the credibility of the state that has been claiming as the biggest democratic country in the world. In addition, the protracted armed conflict situation in this region has ultimately give way to created a peculiar emotional depth of the 'us'-'them' dimension between the people of northeastern India and the mainlanders.

To speak about this harsh law – the AFSPA-1958 in short, it is against certain basic normative and institutional norms and practices of the civilized democratic and republic ethos. Not only against basic normative norms but it implies some underlying racist and or paranoid and jingoistic nationalism. The AFSPA-1958 has done a huge damage to soul and mind of the people of northeast India in general and Manipur in particular. It is to be remembered that a lady from Manipur named *Irom Sharmila Chanu*, who is a strong believer of Gandhian philosophy of non-violence, has been fasting since 2001 to revoke the discriminatory/controversial Act from Manipur.<sup>24</sup> The Act itself is a discriminatory one, as it has been imposing exclusively in Northeastern region (recently Jammu and Kashmir since 1990s), though the law and order on the other regions of India such as eastern corridor (CPI moist issues) are equally the same.

Ironically, when the Act was imposed in this region, there were very few armed rebel groups but today, more than sixty major rebel groups are operating in this region. Among the seven states, Manipur lead the list in

---

<sup>23</sup> B.K. Roy Burman, cited in S.S. Hanjabam, «The Youth Panorama in Northeast India», *Asia-Europe*, 5(4) (2008): pp. 50-62.

<sup>24</sup> In the year 2000, november, at Imphal valley, Indian Army had murdered ten civilian including a boy who was a National Child Bravery Award winner and a sixty two year old women on the spot in retaliation of the insurgency attack. Since then, Ms. Irom has been under hunger strike till date. She was accused for attempting suicide and has been behind the bar since then.

terms of higher number of militias<sup>25</sup>. There are now almost forty groups operating in Manipur<sup>26</sup>. Various Members of Parliament and even the cur-

**Table 2**  
Insurgency related violence in Northeast India

Year	Arunachal Pradesh	Assam	Manipur	Meghalaya	Mizoram	Nagaland	Tripura
1992	0	161	165	0	0	96	98
1993	3	131	423	0	0	173	183
1994	3	271	350	4	0	192	238
1995	3	270	321	7	0	213	257
1996	5	451	275	7	4	304	189
1997	10	537	495	4	0	360	274
1998	7	783	244	20	0	112	265
1999	2	503	231	22	7	148	303
2000	34	758	246	36	9	101	514
2001	63	606	256	40	0	103	312
2002	32	559	239	66	—	90	386
2003	39	401	205	79	1	86	296
2004	43	315	212	47	4	97	164
2005	NA	242	331	29	—	40	73
2006	NA	158	261	24	2	84	59
2007	NA	437	408	18	NA	108	36
2008	NA	373	492	12	3	147	27
2009	9	392	416	5	1	18	11
2010	0	158	138	20	0	3	3
2011	41	94	65	29	1	15	1
2012	4	91	111	48	0	61	2
2013*	1	23	22	16	0	11	0
Total	299	7.651	5.906	533	32	2.562	3.691

Grand Total: 20.674.

**Source:** Government of India, *Economic Survey*, 2004-2005 (New Delhi: Ministry of Finance, 2005); and Institute of Conflict Management (IMC), Data sheet. [www.satp.org](http://www.satp.org) (2009), cited in Hassan, *Secessionism in Northeast India*, 2010:293). The author added the data from 2001 to 2013 with reference to the South Asian Terrorism Portal.<sup>27</sup> \*Data available until May 19 2013 on South Asian Terrorism Portal.

<sup>25</sup> S. Baruah, *Durable Disorder: Understanding the Politics of Northeast India* (New Delhi: Oxford University Press, 2007), p. 5; also see South Asian Terrorism portal: <http://www.satp.org/satporgtp/countries/india/terroristoutfits/index.html>. Retrieved on may 24, 2013.

<sup>26</sup> Baruah, *ibid*.

<sup>27</sup> See A. Sahni, *Survey of Conflicts & Resolution in India's Northeast* (2013). Retrieved may 27, 2013 from South Asia Terrorism Portal: <http://www.satp.org/satporgtp/publication/faultlines/volume12/Article3.htm>

rent honorable Prime Minister of India – Sri Dr. Manmohan Singh had voiced that the Act is “inhuman”. Unfortunately, this inhuman law (AFSPA) is still gladly imposing against the will of the people or undermined the constitutional provision – the article no. 21 (the right to protection of life and personal liberty). Retired supreme court Justice Mr. Jeevan Reddy, on its Committee Report submitted on 2005<sup>28</sup> recommended to repeal the Act altogether but, the central government is yet to react on the recommendations.

It is evident from the above table that the Act, which was imposed in this region since the 1958 that was supposed to control armed conflict situation or the so called ‘law and order’ does not really serve the purpose. Neither brings any significant solution.<sup>29</sup> Rather, it turns out to be a discriminatory-problematic law that allows armed personnel to kill, rape or torture any civilian (northeastern people) at a mere suspicion of insurgency.

No doubt, in the recent two-three years from now, the violence has scaled down considerably. Yet, the violence in this region particularly in Manipur is continuing to remain high. The economic rejoinder vis-à-vis showering of enormous economic largesse in this region seems to be a staple response of the central government. These policies have been contested by many of the civil societies for their disruptive character, who have unmasked the disruptive substance of militaristic developmentalism. The problem existing in this region is apparently not only a problem of underdevelopment, but also a problem of recognition and acceptance from the center. For instance, the entire history and culture of the India’s northeastern region is practically missing from the books of the schools/college curriculum. With all due respect, even the India’s National Anthem fails completely to mention a single word about northeast region when it (the Anthem) carefully describes the socio-cultural and political landscape of *Bharat* (i.e. India).

Thus it is apparent that it is the pure *mentalist* definition of nation building or nationalism that India has been pushing since the independence. In fact, it is no longer accepted commonly, as India’s ideology of nationalism fails to encompass “a variety of current pre-reflexive manifestations, including behavior, attitudes and patterns of consumption”.<sup>30</sup> This ideological failure from the center (Delhi) thus laid a fertile ground for the

<sup>28</sup> See: <http://www.hinduonnet.com/nic/afa/>. The report that was submitted on 6<sup>th</sup> of June 2005 to the Indian Govt. was not made public after even one year. The Hindu fortunately published it on 8<sup>th</sup> of October 2006 (Hanjabam 2008).

<sup>29</sup> The state of Mizoram become an exceptional case.

<sup>30</sup> D. Conversi, “Modernism and nationalism”, *Journal of Political ideologies*, 17(1) (2012): 13-34, p. 24.

development of an (un)conscious emotional gap of 'otherness'<sup>31</sup> that ultimately widen the sentimental gap between New Delhi government and the people of northeast region in general.

No doubt, Delhi's political dispensation in this region that engages its people in terms of nationhood is not necessarily bad in itself. But, when the notions of nation building project often lacks the legitimacy and credibility, it can be, (or it is) a factor of setback to its robust and zealous groundings of nation building project.

Well, of course, acknowledging the political space of the people of northeast, its histories, its people etc. however, does not mean that the people of this region will find a readymade solution to its durable armed conflict or ethnic issues. Nonetheless, the prolonged phase of refusal and avoidance to recognize the people of this region, its identity, culture, etc. at the cost of India's nation building project needs to be discussed seriously, if at all New Delhi government want to bring peace in this region. For instance, taking the issue seriously would certainly have some significant implications – some important outcomes<sup>32</sup>.

To offer a case of Manipur, the narrative of the majority of the Manipuri people aggrieved the controversial merger of their two millenniums old kingdom into the union of India without much recognition and representation of their identity.<sup>33</sup> Manipur, albeit considered to be the first state that conducts the first ever democratic election at the annals of India's democratic history<sup>34</sup> has been encountering ever lasting armed conflict situation since the midst of 1960s, because the province has not been given enough chances to practice democracy since the inception of India as the republic union of states.<sup>35</sup>

Thus, the nation building path that the Delhi government embarked, which greatly rely on coercive and economic rejoinders is unlikely to bring a long lasting solution in this region, as it largely lacks the space for settle-

---

<sup>31</sup> C.P. Scherrer, *Structural Prevention of Ethnic Violence* (New York: Palgrave Macmillan, 2002).

<sup>32</sup> Baruah, op. cit., p. 79.

<sup>33</sup> S.S. Aheibam Koireng Singh, *Removing the Veil Issues in North-East Conflict* (New Delhi: Essential Books, 2012), p. 11. Also see J. Parrat, *Wounded Land: Political and Identity in Modern Manipur* (New Delhi: Mittal Publication, 2005), pp. 115-120.

<sup>34</sup> Manipur is the first ever province of the present India, which conducts the democratic election under Universal Adult Franchise in July 1948, with M.K. Priyobrata being the first Prime Minister of Manipur. However the government formed with this democratic election was short-lived when Government of India annexed the province in 1949 completely bypassed and neglecting the interest of Manipur.

<sup>35</sup> N. Chandhoke, *A State of One's Own: Secessionism and Federalism in India* (London: LSE, 2006).

ment through democratic dialogues. In fact, the strategy, which Delhi embarked, is just a tranquilizer not a vaccine to resolve or to kill the germs of armed conflict of this region.

## 6. Developmentalism: a device for nation building or to control armed conflict?

Before the Chinese incursion<sup>36</sup> into Indian Territory during the early 1960s, India's northeast region, as a matter of fact, was a neglected or hardly a known region to many, if not to all the mainland people.<sup>37</sup> To most of the mainland Indians, this region was just an untamed wild frontier, settled by 'wild tribes'<sup>38</sup> that may be true to some extent.<sup>39</sup>

Once perceived as a cultural museum for wild tribes during Mr. Nehru regime, the new elites find it difficult to keep this region aloof from India's political dispensation. This region, due to the political and economic expansion of China, suddenly became a significant strategic location, together with a looming threat to national security from neighboring countries.<sup>40</sup> This is particularly the case as New Delhi slowly began to consider the geo-strategic importance of this region, provided a real or imagined threat from the neighboring countries.

As a matter of fact, India, to cope with the political economic expansion of China, the Delhi government has been engaging its troubled north-eastern region with restrictive or coercive or repressive policies. Certain incentives-based policy through India's 'Look East Policy' (LEP) that focuses

<sup>36</sup> The Chinese Army had advanced upto the Brahmaputra valley of Assam during the Sino-India, 1962. For further details, see S. Bhaumik, *Troubled Periphery* (New Delhi: Sage Publications India Pvt Ltd., 2009), p. 16.

<sup>37</sup> See J. Narayan, *Nation Building in India* (Varanasi: Brahmanand Navachetna Prakashan, Brahmanand, Ed., 2003), p. 326.

<sup>38</sup> See the explanation of tribe in D. McDuie-Ra, "Being a tribal man from the North-East: migration, morality, and masculinity", *South Asian History and Culture*, 4(2) (2013): 250-265.

<sup>39</sup> See J. Narayan, *Nation Building in India* (Varanasi: Brahmanand Navachetna Prakashan, Brahmanand, Ed., 2003), p. 326. Also see, S. Baruah, *Durable Disorder: Understanding the Politics of Northeast India* (New Delhi: Oxford University Press, 2007); S. Bhaumik, *Troubled Periphery* (New Delhi: Sage Publications India Pvt Ltd., 2009); B. Guyot-Réchar, "Nation-building or state-making? India's North-East Frontier and the ambiguities of Nehruvian developmentalism, 1950-1959", *Contemporary South Asia*, 21(1) (2013): 22-37; N. Chandhoke, *A State of One's Own: Secessionism and Federalism in India* (London: LSE, 2006).

<sup>40</sup> Myanmar Bangladesh (Burma) and China are allegedly helping the armed opposing groups of Northeast India. See S. Bhaumik, *Troubled Periphery* (New Delhi: Sage Publications India Pvt Ltd., 2009), pp. 153-181.

on the line of 'modernism' and 'developmentalism', has also gradually been gaining momentum since the early 1990s.

Arguing that the problem of armed insurgency in this region is the outcome of economic backwardness and lack of development, the central government has been pumping in huge amount of money, funds, etc. with the vision of sustaining economy of this region.

The Northeast India Vision 2020 blueprint prepared by the Development of North Eastern Region (DONER) in collaboration with the North East Council reads as:

At independence North Eastern Region was among the most prosperous region of India. Sixty years on, the Region as a whole, and the States that comprise it, are lagging the rest of the country in most important parameters of growth. The purpose of this Vision document is to return the North Eastern Region to the position of national economic eminence it held till a few decades ago; to so fashion the development process that growth springs from and spreads out to the grassroots; and to ensure that the Region plays the arrow-head role it must play in the vanguard of the country's Look East Policy<sup>41</sup>.

To fulfill the objective of Northeast India Vision 2020, the region is christen to a *special category* region and has been receiving a huge amount of lapsable as well as non-lapsable monetary assistance from the center. The northeastern council 'receives 90 per cent of the plan assistance as a grant and 10 per cent as a loan, while other Indian states receive only 30 per cent as a grant and 70 per cent as loan'<sup>42</sup>.

Despite all this assistance from the centre, this region or the DONER has largely failed to reap the best result. The economic niche, which has created from this developmental strategy, rather attracted large-scale immigrants into the region that gave way to migrant-native conflict.<sup>43</sup> Then again, in order to nationalized and control over the northeastern territory/population, the Delhi government has to stick to the 'nation building' that largely rely on the logic of developmentalism provided with the heavy militarization process. (It is not uncommon to see the heavy presence of military personnel in government buildings, hospitals, banks, dams, con-

---

<sup>41</sup> Doner in S. Bhaumik, *Troubled Periphery* (New Delhi: Sage Publications India Pvt Ltd., 2009), p. 231

<sup>42</sup> Bhaumik, op. cit., p. 232.

<sup>43</sup> Most of the conflicts in Assam and Tripura are centered around migrant-native issue. For details, see M. Weiner, "The Political Demography of Assam's Anti-Immigrant Movement", *Population and Development Review*, 9(2) (1983): 279-292.

struction site, etc. Even the schools and colleges are not spared. Manipur University is the only university in the country, which has Army cantonment within the University campus.)<sup>44</sup>

In fact, Delhi's strategy of developmentalism is rooted in the institution of the Indian state that has been put in place in pursuit of the goal of nationalizing space<sup>45</sup>. The demographic alteration that has been experiencing in this region due to the heavy influx of economic migrants (particularly Bangladeshi migrants) that has resulted from the infrastructural development, such as, constructions of roads, mega-dams, railways, etc has made the central government an effective mechanism to control this wild frontier.

Interestingly, the construction of highways in this region has been under the Department/Ministry of Defense (instead of civil engineering department) hitherto. Thus, it is somewhat oblique whether the central government is working for the development of the people on this region or it has other significant motive behind. It may be remember that the construction of roads are made not only to gain access to natural resources such as timber, hydroelectric power and minerals, but also to facilitate the posting and movement of troops that has long been a normative phenomena of colonization<sup>46</sup>.

Geiger further argues that the state's policy program of resettlement of its expanding population at national fringes not necessarily, but usually underpinned multiple implicit intentions. To him, states fills up their frontiers with migrants not only to seek relief from demographic and social pressure at the center, but also to nationalize the frontier space that has not borne the full signature of the national community before<sup>47</sup>.

In fact, the discourse on development or under-development of India's northeast region suddenly became an inevitable business for the New Delhi government only after the humiliating defeat against the Chinese army in Indo-China war during the early 1960s. The discourse of India's nation building or the project of nationalizing northeastern frontier peripheries however, has created an unprecedented twist on the demographical structure of the native population that eventually created an atmosphere of overwhelming ethnic tension. For New Delhi, demographic twist or ethnic dilution in its northeast region or Manipur in particular, will lead to an eventual effective control of the durable problem of this region<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> S.S. Hanjabam, op. cit., p. 166.

<sup>45</sup> Baruah, op. cit., p. 35.

<sup>46</sup> D. Geiger, *Frontier Encounter: Indigenous Communities and Settlers in Asia and Latin America* (Copenhagen: IWGIA, D. Geiger, Ed., 2008), p. 8.

<sup>47</sup> Geiger, *ibid.*, Baruah, op. cit., p. 35.

<sup>48</sup> Baruah, *ibid.*

The Look East Policy, which aimed for special regional dispensation like northeast India however, is far from satisfactory, as the policy apparently would not benefit much to the native population of the northeast. The policy that was initiated in early 1990s is not merely an external economic policy but also a strategic shift of India's foreign policy that place India in the evolving global economy. The policy however, is at the significant cost of social, environmental and political affairs of the northeast region. As a result, there are lots of questions lingered around from almost all section of the civil societies; scholars; environmentalist, etc., arguing the credibility and sustainability of the developmental programs that New Delhi Government has been embarked in the name of development for the people of northeast India, where the region is likely to be merely a transit point or the bridge to be ferried of the finished goods from the big cities of India to the cities of Southeast Asian countries or vice versa.

Thus, the LEP apparently failed to provide a fitting answer to the problem of this region. The people of the region began to argue like, what development or sustainability is going to be brought out from this policy when the government does not have vision to promote or enhance the economy of this region,<sup>49</sup> what does it mean when the Indian military deployed in this region whose purpose is to defend the external aggression led to involve in this developmental (civil) projects (see figure/illustration no. 3)? And where does the subject of indigenous people's rights stands within these developmentalist approaches?<sup>50</sup> Well, these are the hard realities occurring in this region.

Apparently, one can sense that there is a deficit of harmony between the state and the people of this region in the process of India's nation building vis-à-vis (LEP) developmental projects. This lack of consensus on the structure of the programs ultimately causes general lack of trust, because an important component of legitimacy is apparently not derived from the process by which the institution was created, either formally and informally such as – 'wide community consultation; and popular final acceptance'<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> T. Haokip, *India's Look East Policy: Prospects And Challenges For North-East India* (12 september 2010). Retrieved may 30, 2013 from Manipur Online: <http://manipuronline.com/research-papers/india%E2%80%99s-look-east-policy-prospects-and-challenges-for-north-east-india/2010/09/12>

<sup>50</sup> See J. Yumnam, *Oil Exploration: Boon or Bane for Manipur* (27 august 2012). Retrieved August 30, 2012 from Hueiyen Lanpao: <http://www.hueiyenlanpao.com/articles/item/4004-oil-exploration-boon-or-bane-for-manipur>.

<sup>51</sup> H.C. Murphy, *Sub-State Nationalism: A comparative analysis of institutional design* (London: Routledge: Taylor & Francis Group, 2002), p. 140.





Source: *The Sangai Express News Agency*, June 28<sup>th</sup> 2011. [http://e-pao.net/epPageExtractor.asp?src=features.Impact\\_of\\_road\\_development\\_on\\_rural\\_economy\\_of\\_NE\\_India.html](http://e-pao.net/epPageExtractor.asp?src=features.Impact_of_road_development_on_rural_economy_of_NE_India.html)

**Figure 3**

A file picture of National Highway no. 39 (recently renamed it as No. 2) under construction, Manipur, India<sup>52</sup>

It is therefore necessary to reconsider the meaning of ‘development’ in India’s northeast region or Manipur in particular. Development does not mean the construction of tall skyscraper or laying six-lane transnational highways without considering the basic human rights and living standard

---

<sup>52</sup> The department of Border Road Organization (BRO), which is under Ministry of Defense (MOD) has been constructing/maintaining this highways since the colonial British period. The condition of the road —National Highway— however, has been in pathetic condition since then. The underlying gist for assigning BRO who is under MOD and not to the Manipur state’s Public Works Department (PDW) is not known.

of the people. (It will be taken by surprise to learn that Manipur receives maximum three to four hours of electricity a day despite the fact that New Delhi has made a strenuous effort to construct numerous hydel-power projects in this eco-sensitive zone.

Therefore, '*developmentalism*' or the '*modernist*'<sup>53</sup> path that India's northeastern states has embarked, " is neither the result of a choice made by policy makers about what is best for the well-being of the people of northeast, nor is it evidence of the inevitability of 'progress' and 'civilization'. Rather, it is the intended and unintended consequence of the Indian state's efforts to assert control over this frontier space and to make it a 'normal' part of India's national space"<sup>54</sup>.

## 7. National Security and the Developmentalist Path

No doubt, there is a looming threat on India's national security from its enemy (external as well as internal), and of course it is the state's obligation that security of the nation be the prime concern. In fact, New Delhi government is completely aware of its external and internal enemy since the Chinese invasion during the early 1960s. It is also reported that there is a foreign hand behind the durable turmoil of this region<sup>55</sup>. With all this fact, India's northeast region has been given a special treatment, pumping in huge amount of money for the wholesale development of the region.<sup>56</sup> The developmentalist path however, appears to be an implicit strategy of nationalizing space: *filling lands with a 'population representing the national-bearing population'*<sup>57</sup>.

The 'oblique' nation building strategy – 'assisting or sponsoring immigrants'<sup>58</sup> into the frontier region, or 'by building roads to hitherto remote frontier location, or by crafting legislation that provides outsiders with land or use rights on easy term', or 'by not enforcing legislation that excludes outsiders from the rights to trade, settle, or have access to land etc.'<sup>59</sup> are

<sup>53</sup> D. Conversi, op. cit., pp. 13-34. Also see A.D. Smith, "Dating the Nation", in D. Conversi, *Ethnonationalism in the Contemporary World: Walker Connor and the study of nationalism* (London: Routledge, 2004), pp. 53-71.

<sup>54</sup> Baruah, op. cit., pp. 35-36.

<sup>55</sup> S. Bhaumik, *Troubled Periphery* (New Delhi: Sage Publications India Pvt Ltd., 2009).

<sup>56</sup> India's Northeastern region is the only region which has separate Ministry for regional development – the Ministry for Development of Northeastern Region (DONER) that was launched during september 2001.

<sup>57</sup> Fearon & Laitin cited in Baruah, op. cit., p. 45.

<sup>58</sup> Geiger, op. cit., p. 7.

<sup>59</sup> Lynch and Talbott cited in Geiger, op. cit., p. 8.

in fact, are not uncommon in this frontier region too. To mention one case that there was an incident in which some political group of the members of parliament proposed for the state sponsor 'or' state facilitates migration towards the remote region like Northeast region (particularly Arunachal Pradesh) after India's humiliating defeat against the China in Sino-Indian war of 1962<sup>60</sup>.

As a matter of fact, there is a looming threat from the neighboring India's countries and New Delhi should not take any chances for that matter. It is reported that some rebel groups of this region are linked with some radical groups of Pakistan or Bangladesh, where many of the armed groups of this region has base camps at India's neighboring countries.<sup>61</sup> Regrettably, the New Delhi government, to deal with the situation, has been largely relying on coercive action, in which Baruah argues that:

The imperative to nationalize space dictated by the 'high politics' of national security has determined the choices made in every other policy area. The interests of the people of the area, or of the unique environment, the potential choices between alternative development strategies, the respect for the autonomy of sub-national governments enshrined in India's federal constitution, the rights of indigenous peoples, and even considerations of political stability – all have had to play second fiddle to the imperative of nationalizing space<sup>62</sup>.

## 8. Conclusion

Despite the attempts of the state and civil societies, many of the violent movements in India's northeastern region have continued to occur hitherto with serious implications. Besides separatist violence, intergroup ethnic clashes have been frequent and have taken a heavy toll of life and property. Separatist violence exists alongside interethnic contestations over resources and opportunities, in which the state finds itself pulled in different directions, with little ability to provide solution.<sup>63</sup>

In any case, the justification for such laws, the real cost of the way India chose to engage with the challenge of so called misguided groups (the term used by the state) otherwise independentist is the erosion of the prin-

<sup>60</sup> R. Guha, cited in Baruah, op. cit., p. 37.

<sup>61</sup> S. Bhaumik, op. cit., p. 153.

<sup>62</sup> Baruah, op. cit., p. 40.

<sup>63</sup> M.S. Hassan, "Secessionism in Northeast India", in S. Baruah, *Ethnonationalism in India: A Reader* (New Delhi: Oxford University Press, 2010), pp. 291-315, p. 291.

principles of rule of law, accountability, and transparency. To handle a complex situation like the India's northeast region or Manipur in particular, the new elites need sheer understanding of its ground realities along with the acceptance and respect of their grievances. In handling a fragile relationship effectively, the first step is to acknowledge the history of the underlying conflict. It is this history that often explains why people feel as they do end which can give hints about possible remedies for the current situation. A history of past events must be taken seriously, then assess not only their impact on development of an ongoing conflict, but also on possible approaches for conflict management.<sup>64</sup>

The problem lies when the initiatives towards conflict resolution are hindered by the refusal to recognize the legitimacy and rights of the groups that have been marginalized by discriminatory social structures and norms. In addition, a lack of agreement on suitable process for resolution has been an obstacle to discussion about substantive issues.<sup>65</sup>

Had New Delhi dealt the root cause of the violent conflict of this region at the very beginning, the situation today this region is battling would have been different and sure a better one. The forced militarization and counter insurgency indirectly shows the bias attitude of the Indian Union towards the people of northeast in general. It shows the inhuman and worthless treatment to the people of this region by the New Delhi government when massive militarization was imposed in the state, completely neglecting the hue and cry of the people and knowing the fact that militarization would eventually cause gross and systematic human rights violations.

The Act, which in de facto is non-discriminatory and non-distinctive between insurgents and the civilians, reflects the distrust towards the whole of population by the Indian government and equally amounting everyone to life threat. It is apparent that there is no political will from state actor's side to put into serious dialogues. Instead, both the opposing parties (separatist groups and the state) apparently stuck on the frustrating short term treaties, making the situation more destructive and hostile.

The annoying situation that has been created in this region aroused the feeling of insecurity, anger and provocation amongst the general mass. In long run such feeling could obviously generate hostile and conflicting behavior. Besides, the legal rights in which the Indian armies exercise under the provision of AFSPA-1958 (who have legal impunity from deten-

---

<sup>64</sup> H.-W. Jeong, *Understanding Conflict and Conflict Analysis* (Los Angeles: Sage Publications, 2008), 43-63.

<sup>65</sup> H.-W. Jeong, op. cit., p. 16.

tion, torture to murder of any suspect) aggravate the relation between the center and the people of Manipur. It is not surprising to see the increasing hostile attitude and conflicting behavior amongst the people of Manipur. The militarization process in no case solves neither conflict nor attempt to bring peace rather it becomes a viscous cycle of legitimization of force-violence-and hatred.

Ironically, New Delhi's process of maintaining law and order situation in this region rather led to the emergence of many secondary problems. Extortion, kidnapping, smuggling, drug, tension between migrants and native etc. became more prominent. The conflict between different ethnic groups that the state has never witnessed before the merger is now witnessing. Women's organizations and associations are voicing against high prevalence of sexual assault/violence with impunity by Indian army. The massive expenditure on the military has impacted on the expenditure over welfare for the people. Leave aside the large-scale industries, there is hardly any small-scale industry in the state to provide job to the jobless 'frustrated' educated youths of this region. The underdeveloped financial system still haunts the state economy and the sign of improvement is apparently a distant dream. There is also high rate of corruption in the state. There are many cases of siphoning New Delhi's grants or development fund toward the separatist armed opposing groups. The major service sector or job prospect is only in military or state police service. Due to the limited job prospect other than military jobs there is hardly any scope for an average educated candidate to get any job. Even if they are qualified, the corrupted state system will not allow them to get the job without a heavy bribe.

Therefore, it is imperative for New Delhi to do some groundwork to gain the trust and integrity from the people of northeast, showing a strong commitment – the commitment of pure and explicit development, the development that the people of this region greatly benefit, and the development that respects the rights of the people.



# The transformative potential of gender justice in the land restitution programme in Colombia

Anne Kathrin von Au\*

**Abstract:** This paper studies the existence of elements of gender justice in the ongoing land restitution process in Colombia, in order to analyse the potential of the Land Restitution Programme to contribute to the elimination of structural violence against women and the resulting gender inequalities. In this context, the sources of the analysis comprises the Victims' and Land Restitution Law of 2011, the implementation programmes by the Land Restitution Unit, and the sentences by the specialized judges for land restitution. The paper argues that the land restitution programme could contribute to the elimination of structural forms of discrimination and exclusion of women in the Colombian society, if the elements of gender justice are applied in a coherent and systematic way and if it is accompanied by additional measures aimed at reducing the high security risks for internally displaced women in the land restitution process and changing the patriarchal system deeply rooted in the Colombian society.

**Keywords:** Transitional Justice, displacement, land restitution, gender justice, structural violence, transformative justice, differential approach

**Resumen:** Este artículo estudia la existencia de elementos de justicia de género en el actual proceso de restitución de tierra en Colombia para analizar el potencial del Programa de Restitución de Tierras en la contribución a la eliminación de violencia estructural contra mujeres internamente desplazadas y las inequidades resultantes. En este contexto, las principales fuentes de datos para el análisis son la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de 2011, los programas de acción de la Unidad de Restitución de Tierras y las sentencias de los jueces especializados en la restitución de tierras. Este trabajo sostiene que el programa de restitución de tierras podría contribuir a la eliminación de formas estructurales de discriminación y exclusión de mujeres en la sociedad colombiana si los elementos de la justicia de género son aplicados de una manera coherente y sistemática, y si van acompañadas por medidas adicionales enfocadas a reducir el alto riesgo para mujeres internamente desplazadas en dicho proceso y a cambiar el sistema patriarcal, firmemente arraigada en la sociedad colombiana.

**Palabras clave:** Justicia transicional, desplazamiento, restitución de tierra, justicia de género, violencia estructural, justicia transformativa, enfoque diferencial.

---

\* European Master's Degree on Human Rights and Democratisation Academic Year 2011/2012.

## List of abbreviations

Bacrim	Bandas criminales Emergentes (Emerging criminal gangs)
CC	Constitutional Court
CEDAW	Covenant on the Elimination of Discrimination against Women
CODHES	Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Consultancy for Human Rights and Displacement)
HLP rights	Housing, land and property rights
ICTJ	International Centre for Transitional Justice
IDP	Internally displaced person
RUV	Registro Único de Víctimas (Central Registry of Victims)
SGBV	Sexual and gender-based violence
TJ	Transitional Justice
UN	United Nations
URT	Unidad de Restitución de Tierras (Land Restitution Unit)

## 1. Introduction

For more than 60 years, internal displacement and dispossession of land has been a continuous characteristic of the internal armed conflict in Colombia and one of the most obvious expressions of the humanitarian crisis prevailing in the country. With nearly 5,000,000 people affected by these crimes, Colombia is the country with the second largest number of internally displaced people (IDPs) in the world.<sup>1</sup>

More than half of the country's IDPs are female. They constitute an especially vulnerable group among the internally displaced population and are therefore particularly affected by the armed conflict. This condition has a very clear expression in the high number of women victims of sexual violence, before and after their displacement, and their difficult situation as single heads of household with the sole responsibility for their children. In addition, they face enormous difficulties to claim their rights to justice and reparations and those women who do fight for their rights, particularly their rights to land and property, face high security risks. The solution of the land issue and the restitution of land as a response to the human rights violations against the victims of forced displacement is one of the key issues in the governments effort to bring an end to the country's long-standing armed conflict. But given the magnitude of seized land and the

---

<sup>1</sup> Internal Displacement Monitoring Centre, *Global Overview 2012: People internally displaced by conflict and violence* (Geneva: 2013), p. 34.



high concentration of land in the hands of few owners, in addition to the manifold political, economic and military interests, it is also a highly complicated and politically sensitive issue.

In June 2011, the Colombian Congress adopted Law no.1448, the Victims' and Land Restitution Law (Victims' Law)<sup>2</sup>, which is part of the Transitional Justice (TJ) framework in Colombia.

It contains a set of judicial and administrative measures in favour of victims' rights and their effective enjoyment, and provides for assistance, attention and comprehensive reparations for the victims of the internal armed conflict and sets up measures which allow for the restitution of roughly two million hectares of land to the victims as the rightful owners of that property.

Nevertheless, the context of the ongoing Colombian armed conflict, and the persistent and even increasing violence and displacement applied by the so-called "bandas criminales emergentes" ("emerging criminal bands" or "Bacrim") and criminal anti-restitution movements, as well as the patriarchal structure of Colombian society and the historical discrimination of women are still leading to an increased risk of being displaced in the first place and cause enhanced vulnerability and poverty of women during and after their displacement.

Against this backdrop, the concrete research questions guiding this paper are first, if and how elements of gender justice are incorporated in the provisions concerning land restitution in the Victims' Law, in the implementation instruments and the subsequent sentences by special courts for land restitution, and second, which factors represent major obstacles for the Land Restitution Programme to have a positive impact on the situation of displaced women and are responsible for the gap between the objectives of the Victims' Law and its impact on the internally displaced women's lives in reality.

It is still early to conduct a comprehensive evaluation of the implementation of the Land Restitution Programme and its effects on the situation of displaced women. But initial data is available through, among others, the Land Restitution Unit (URT) which has already received around 40,000 claims by victims of displacement and dispossession, and more than 100 sentences delivered by the special judges for land restitution.

---

<sup>2</sup> Ministry of the Interior and Justice, *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones* (Bogotá: 2011).

## 2. Theoretical Framework

### 2.1. A Gender focus in Land Restitution

Recognition of the need for reparations to play a role in fighting the existing gender inequalities is gaining importance in international policy and jurisprudence. Of all the transitional measures, reparations have the most victim-oriented perspective and therefore a high potential to redress underlying inequalities and contribute to the transformation of society.<sup>3</sup>

Pablo de Greiff presents an understanding of reparations in transitional justice, according to which they can offer the basis for a new social contract in transitional societies, where a minimal degree of trust in the institutions of the “new state”, but also between the citizens can be regained and some of the pre-existing structural gender inequalities, often deeply rooted in societies, be reverted.<sup>4</sup> This potential is also mentioned in an important case of the Inter-American Court for Human Rights concerning reparations for women, namely the “Cotton Field” case against Mexico in 2009. It stated that:

450. The concept of “integral reparation”[...] entails the re-establishment of the previous situation and the elimination of the effects produced by the violation, as well as the payment of compensation for the damage caused. However, bearing in mind the context of structural discrimination [...], the reparations must be designed to change this situation, so that their effect is not only of restitution, but also of rectification.<sup>5</sup>

Rubio-Marín also mentions the structural context and confirms, especially taking women’s experiences in conflict into account, that even when women are suffering similar violations as men, they have a different impact on women, due to their pre-existing socio-economic and legal status, as well as the gender constructions in patriarchal societies.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Ruth Rubio-Marín, “The Gender of Reparations: Setting the Agenda”, pp. 20-47, in Ruth Rubio-Marín, ed., *What Happened to the Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations* (New York: Social Science Research Council, 2006), p. 25.

<sup>4</sup> Pablo de Greiff, “Introduction. Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations”, pp. 11-15, in Pablo de Greiff, ed., *The Handbook of Reparations* (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 11-15.

<sup>5</sup> Caso González y otras (“Campo algodoner”) v México, Inter-American Court of Human Rights, Series C no. 205 (16 november 2009).

<sup>6</sup> Ruth Rubio-Marín, op. cit., p. 22.

An increased interest in restitution as part of reparations can be observed to have led to the adoption of the Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (Pinheiro Principles)<sup>7</sup> by the UN Sub-Commission on Human Rights and the UN's Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (Basic Principles)<sup>8</sup>, both adopted in 2005. The right to restitution of land after having been internally displaced is the "legally enforceable right to return to, recover, repossess, re-assert control and reside in the homes and lands they had earlier fled or from which they had been displaced".<sup>9</sup>

The right to restitution for property, which has been lost as a result of forced displacement is fundamental for IDPs and according to the Pinheiro Principles "the preferred remedy for displacement and [...] a key element of restorative justice."<sup>10</sup> In practice, an increasing number of peace agreements that include provisions for restitution programmes in post-conflict situations further exemplifies this trend.<sup>11</sup>

Especially for women, HLP rights and land restitutions are important. First, because the impact of forced displacement leaves them in a very vulnerable situation due to exclusion, discrimination and violence, and second, because land restitution as part of a reparation programme can have a very high transformative potential for women's lives. However, although the Pinheiro Principles themselves demand restitution that improves the unequal distribution of land across genders<sup>12</sup>, a programme that does not focus on gender equality in land titles and not take historical inequalities into account is likely to restore an unjust system.<sup>13</sup> It could even mean that restitution programmes without a gender perspective could have a disparate impact on women, who are prone to be under-represented among

<sup>7</sup> See UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *E/CN.4/Sub.2/2005/17* (28 June 2005).

<sup>8</sup> See United Nations General Assembly, *A/RES/60/147* (16 December 2005).

<sup>9</sup> Scott Leckie, *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons* (New York: Transnational Publishers, 2003), p. 4.

<sup>10</sup> Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *E/CN.4/Sub.2/2005/17* (28 June 2005), Principles, 2.2.

<sup>11</sup> Barbara McCallin, "Restitution and Legal Pluralism in Contexts of Displacement", in ICTJ/Brookings-LSE, *Case Studies on Transitional Justice and Displacement* (2012): p. 4.

<sup>12</sup> See UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *E/CN.4/Sub.2/2005/17* (28 June 2005), Principle 4.2.

<sup>13</sup> Donny Meertens & Margarita Zambrano, "Citizenship Deferred: The Politics of Victimhood, Land Restitution and Gender Justice in the Colombian (Post?) Conflict", pp. 189-206, *International Journal of Transitional Justice*, 4 (2010): p. 200.

land or property owners.<sup>14</sup> A gender focus is especially important if the restitution is done on a collective level, as men are the majority owners of land in the communities and therefore could hamper women's access to the community property.<sup>15</sup> Land restitution as part of TJ is contributing to the redress of past human rights abuses, but at the same time has the potential to address structural inequalities and contribute to more social justice for the victims in the future.

## 2.2. *The transformative potential of gender justice*

In 1969, Johann Galtung identified the concept of "structural violence"<sup>16</sup>, in which "violence is built into the structure and shows up as unequal power and consequently as unequal life chances".<sup>17</sup> He further states, that in a situation of structural violence, the distribution of resources is unequal as is the "power to decide over the distribution of resources".<sup>18</sup> Galtung identifies patriarchy as one of the forms of structural violence, where men are dominating women.<sup>19</sup> He sees patriarchy as a violent social formation in which direct violence, structural violence and cultural violence are present.<sup>20</sup>

Using this concept of structural violence, it can be argued that social, political and economic gender inequalities are forms of structural violence that exist due to unequal power relations between men and women and the discrimination and sub-ordination of women in patriarchal societies, which may be impaired during conflict.<sup>21</sup> This patriarchal structural violence has to be understood in the context of the existing socio-cultural,

---

<sup>14</sup> Rubio-Marín, op. cit., p. 29.

<sup>15</sup> Claudia Paz and Paz Bailey, "Guatemala: Gender and Reparations for Human Rights Violations", pp. 93-135, in Ruth Rubio-Marín, ed., *What Happened to the Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations* (New York: Social Science Research Council, 2006), p. 111.

<sup>16</sup> Galtung makes a distinction between personal and structural violence. In contrast to personal violence that is inflicted directly to an object and alternates over time, structural violence is more stable, does not cause direct violence to an object and is based on structures of inequality and social injustice, see Johan Galtung, "Violence, peace, and peace research", pp. 167-191, in *Journal of Peace Research*, vol. 6, n.º 3 (1969): pp. 170-173.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 171.

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

<sup>19</sup> Johan Galtung, *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization* (London: Sage Publications, 1996), pp. 30-33.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>21</sup> Wenona Mary Giles & Jennifer Hyndman, *Sites of Violence: Gender and Conflict Zones* (London: University of California Press, 2004); Gaby Oré Aguilar, "Asserting women's eco-

economic and political system through which it is built, legitimized, reproduced, and naturalized.<sup>22</sup>

Cockburn takes this framework to describe that the unequal distribution of resources generally has a disproportionate impact on women as the group that has been systematically excluded from political decision making.<sup>23</sup> This form of structural violence limits women to access basic needs and enjoy fundamental freedoms and therefore constitutes a human rights violation, in particular a violation of economic, social and cultural rights. However, precisely these rights are important for women to be able to escape exclusion, dis-empowerment and the successional poverty, which eventually can lead to forms of direct violence. Hence, the removal of structural violence and discrimination is fundamental to achieve complete gender equality in a society, where women can enjoy their human rights.<sup>24</sup> But as Mazurana and McKay argue, patriarchy based structural violence will not be put right until women are able to play more active roles making decisions about how resources are distributed.<sup>25</sup>

Deduced from observations of women's struggles over productive resources, status in the family, or protection from gender-based violence, and women's mobilization for legal reform, Goetz contributes a very important gender aspect to the concept of transformative justice with a special focus on women. She provides us with a guide to basic standards of gender justice, where she defines gender justice as the "ending of—and if necessary the provision of redress for— inequalities between women and men that result in women's subordination to men".<sup>26</sup> These inequalities may be in the field of economic, social and cultural rights, as the distribution of resources and opportunities. Or, they may be in the area of political and civil rights, denying women physical integrity and the capacity to make autonomous choices about their lives. Hence, gen-

---

conomic and social rights in transitions", pp. 125-172, in Gaby Oré Aguilar & Felipe Gómez Isa, eds., *Re-thinking Transitions* (Cambridge: Intersentia, 2011), p. 128.

<sup>22</sup> Catia C. Confortin, "Galtung, Violence and Gender: The Case for a Peace Studies/ Feminism Alliance", pp. 333-367, in *Peace & Change*, vol. 31, n.º 3 (2006): p. 356.

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

<sup>24</sup> Oré Aguilar, *op. cit.*, p. 127.

<sup>25</sup> Dyan Mazurana & Susan McKay, "Women, Girls, and Structural Violence", pp. 130-188, in D.J. Christie & R.V. Wagner & D.A. Winter, eds., *Peace, Conflict, and Violence: Peace Psychology for the 21st Century*, Englewood Cliffs (New Jersey: Prentice-Hall, 2011), p. 137.

<sup>26</sup> Anne Marie Goetz, "Gender Justice, Citizenship and Entitlements: Core Concepts, Central Debates and New Directions for Research", pp. 15-57, in Maitrayee Mukhopadhyay & Navsharan Singh, *Gender Justice, Citizenship and Development* (New Delhi: Zubaan, 2007), p. 31.

der justice implies access to and control over resources, combined with agency.<sup>27</sup>

This approach gives an important idea of which elements of gender justice are needed in order to end forms of structural violence against women. First, the concept of gender justice implies not only access to and control over resources, but also agency, thereby emphasizing women's capacity for individualized choice and action. Second, it adds an element of accountability. Gender justice requires that women are able to hold power-holders legally accountable in order to punish or prevent actions that limit women's access to resources or capacity to make choices. Through this element, Goetz' model focuses not only on formally equal citizenship rights but on the effective enjoyment of their rights by women and draws attention to the way the institutions that produce rules and adjudicate disputes between women and men institutionalize biases against women. A third point is the addition of the element of redress which is normally not found in discussions of women's empowerment.<sup>28</sup> To understand and accurately analyse violence against women, the classical distinction between times of war and peace is not helpful, as women experience violence at all times, and the existence of structural violence in a society often leads to direct SGBV against women.<sup>29</sup> With this approach in mind, the issue of structural violence in states in post-conflict situations and the link between transitional justice and structural violence against women will be considered.

The deep-rooted inequality in a pre-conflict society enhances the vulnerability of women and girls in conflict situations. This leads to the disproportionate impact of conflict on the situation of women, which reinforces their vulnerability to discrimination, exclusion, poverty and the violence—structural as well as direct—inflicted on them. In light of this recognition, it is essential in every post-conflict situation to address the existence of gender inequality and the violations of their economic and social rights, in order to achieve a real and sustainable transition for all citizens towards positive peace<sup>30</sup> in the country. Post-conflict scenarios provide a critical opportunity for transformative constitutional moments in societies. As such they are an occasion for publicly addressing fundamental issues such as poverty reduction, distribution of resources, land reform, and develop-

---

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Cynthia Cockburn, "The Gendered Dynamics of Armed Conflict and Political Violence", pp. 13-30, in Caroline O.N. Moser and Fionna C. Clark, eds., *Victims, Perpetrators or Actors? Gender, Armed Conflict and Political Violence* (London: Zed Books, 2001), p. 17.

<sup>30</sup> Positive peace according to Galtung means the absence of structural violence, see Johan Galtung, op. cit. (1969), p. 183.

ment.<sup>31</sup> At the same time, forms of structural violence are very persistent in societies with a violent past, especially inequalities based on gender as they are often deeply-rooted in culture, customs and traditions and institutionalized in the public and private sphere. Their removal depends on the ways in which structural inequalities are recognized and redressed and justice is done. There is therefore a need for transitional justice to link challenges in the present clearly to structural continuities in the past.<sup>32</sup>

Former UN High Commissioner on Human Rights, Louise Arbour, argued for the inclusion of elements of transformative justice in societies in transition:

Transitional justice must [...] reach to, but also beyond the crimes and abuses committed during the conflict which led to the transition, into the human rights violations that pre-existed the conflict and caused, or contributed to it.<sup>33</sup>

Concretely, transformative justice through land restitution can be furthered by linking land restitution to comprehensive land reform and redistribution policies, including land tenure reform; it should also be linked to rural development programmes so that women's livelihood capabilities are supported and through land ownership and financial control.<sup>34</sup>

In the case of female victims of displacement and other human rights abuses, land restitution programmes can have a double transformative effect. The first, as outlined above, concerns the general advantage of the re-distribution of land in the margin of a general land reform, which could lead to a more equal rural society and the guarantee of economic, social and cultural rights for the displaced population. But this transformative effect only can have a positive impact on women if the following core elements of gender justice are realized: the recognition that development and peace require gender equity; the participation of women in all aspects of the process; the access to and control over resources; the development of laws that respect and foster gender equity; and the facilitation and estab-

---

<sup>31</sup> Morten Bergsmo et al., "Introduction", pp. 1-14, in Morten Bergsmo, César Rodríguez-Garavito, Pablo Kalmanovitz & Maria Paula Saffon, eds., *Distributive Justice in Transitions* (Oslo: Torkel Opsahl Academic Epubisher, 2010), p. 1.

<sup>32</sup> Paul Gready et al., "Transformative Justice: A concept Note" (2010), available at [www.wun.ac.uk/sites/default/files/transformative\\_justice\\_-\\_concept\\_note\\_web\\_version.pdf](http://www.wun.ac.uk/sites/default/files/transformative_justice_-_concept_note_web_version.pdf), p. 3.

<sup>33</sup> Luise Arbour, "Economic and Social Justice for Societies in Transition", *Second Annual Transitional Justice Lecture* hosted by the Centre for Human Rights and Global Justice at New York University School of Law and by the ICTJ (25 October 2006).

<sup>34</sup> N. Valji, R. Sigsworth & A.M. Goetz, *A Window of Opportunity: Making Transitional Justice Work for Women* (UN Women, 2012, 2<sup>nd</sup> edition), p. 18.

lishment of a transitional justice system that does not allow for impunity for crimes committed during the conflict against women and girls, and offers protection and guarantees of non-repetition in order to avoid a re-victimization.<sup>35</sup> If this is the case, the situation for displaced women can improve in two ways. One is the respect and protection of their right to land, the end of discrimination and gender injustice, and their empowerment in the public and private sphere through structural change in laws and practices.

### 3. The gendered impact of Forced Displacement in Colombia

In *auto* 092, the Constitutional Court highlighted the disproportionate impact of violence on women during and after displacement in qualitative and quantitative terms and ordered the Colombian government to adopt specific measures for the attention and protection of the rights of internally displaced women in order to end the unconstitutionality of the state of affairs, acknowledging that

[...] the situation of women, young women, girls and elder women displaced due to the armed conflict constitutes one of the most critical manifestations of the unconstitutionality of the state of affairs declared in sentence T-025 of 2004 [...]<sup>36</sup>

The CC identified ten special risks women are exposed to in armed conflicts due to their gender, which are reasons for displacement and at the same time explain, in their combination, the disproportional impact of the forced displacement on women: sexual violence, domestic exploitation, family contacts with armed groups, forced recruitment of their sons and daughters by armed groups, persecution by reason of their membership in social organisations, persecution or murder as control strategies, lack of protection due to the disappearance of the provider during the violence or the displacement, discrimination of Afro-Colombian and indigenous women, the risk for women to be more easily dispossessed from their lands and territories by the illegal armed actors given their traditional position with regard to property, especially rural properties.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Valji, op. cit., p. 4.

<sup>36</sup> Colombian Constitutional Court, Sala Especial de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, *Auto* 92 (Bogotá: 2008), p. 23 (own translation).

<sup>37</sup> *Ibid.*



From a quantitative point of view, the disproportional impact on women due to *the interrelation of violence*<sup>38</sup>—within the context of the armed conflict and due to structural violence in the society— can be confirmed with 52, 4% of the displaced population being female and 65% under 25 years old.<sup>39</sup>

The CC also refers to the historical patterns of violence, exclusion and discrimination against women in Colombian society, which have special consequences for displaced women, as these patterns are exacerbated during times of armed conflict, and lead to the aforementioned disproportionate impact of the conflict, in which they are victims of several forms of violence. But historical discrimination and exclusion also represent a severe obstacle for women in situations of displacement, when claiming their rights, in order to get access to justice, assistance, reparations and guarantee of non-repetition.<sup>40</sup>

Consequently, the CC ordered the government and other relevant bodies to adopt specific programs to protect displaced women from these risks and restore their rights in a participative manner.<sup>41</sup> In 2011, a report presented to the CC by the *Mesa de Seguimiento del auto 092* (Working Group to monitor compliance with Auto 092 of 2008 of the Colombian Constitutional Court) concluded that the programmes ordered by the CC three years ago still have not been realized by the responsible institution.<sup>42</sup>

The *Auto 092* shows a considerable amount of elements of gender justice in its considerations and decisions, and questions traditional government policies concerning the situation of displaced women. This approach led to a recognition of the displaced population as victims and the recognition of women's rights in particular. The comprehensive risk analysis and conceptualization of disproportionate impacts on women added new dimensions to the formulation of public policy, leading ultimately to the inclusion of elements of gender justice in the Victims' Law

<sup>38</sup> Donny Meertens, "La tierra, el despojo y la reparación: justicia de género para mujeres víctimas en Colombia", pp. 195-226, in *Justicia desigual. Género y derechos de las víctimas en Colombia* (Bogotá: Unifem, 2009), pp. 215-16.

<sup>39</sup> CODHES, "Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisible", *CODHES Document 25*, ISBN: 978-958-57325-8-2 (2012): p. 77.

<sup>40</sup> Colombian Constitutional Court, op. cit. (2008), p. 34.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>42</sup> Working Group to monitor compliance with Auto 092 of 2008 of the Colombian Constitutional Court, "Access to justice for women victim of sexual violence", *Fourth Follow-up Report to Auto 092 of the Colombian Constitutional Court* (2011), available at [www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos\\_publicacion &field=archivo&id=210](http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion &field=archivo&id=210), p. 67 (consulted on 30 June 2013).

in 2011.<sup>43</sup> There are two specific ways, in which displaced women are negatively affected by the crime of displacement and put in an especially vulnerable situation: through sexual and gender-based violence and for being female heads of households.

According to Meertens, the relationship between sexual violence and displacement is three-fold: sexual violence can be part of several forms of violence that caused the forced displacement; threats of sexual violence can be the direct cause of displacement; and continuing sexual violence is committed against displaced women due to their particularly vulnerable situation during and after displacement.<sup>44</sup>

The aims pursued by sexual violence in armed conflicts are often not exhausted by the act of sexual violence itself, but are connected with strategic goals of the armed actors.<sup>45</sup> Sexual violence directed toward women in the Colombian conflict has been used for different purposes; as a strategy of war in order to gain military control over people and territory, to sow terror within communities to force them to flee their land, as punishment for supposed connections with the adversaries, or because they have challenged rules of conduct or prohibitions imposed on them by the armed groups, to accumulate trophies of war, to exploit women as sexual slaves.<sup>46</sup>

During and after the crime of forced displacement takes place, many women lose their partners or husbands or separate from them due to family ruptures caused by the displacement. As a consequence, the women and their children are in a situation of vulnerability, as in a patriarchal society, the conditions for them to assume the new role as head of household are very difficult.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Donny Meertens, "Forced Displacement and Gender Justice in Colombia: Between Disproportional Effects of Violence and Historical Injustice", paper prepared for ICTJ / Brookings, *Project on Transitional Justice and Displacement* (2012a), available at <http://www.brookings.edu/~media/Projects/idp/tj%20case%20studies/Meertens%20Gender%20and%20Colombia.pdf>, pp. 12-13 (consulted on 30 June 2013).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>45</sup> Lina María Céspedes-Báez, «Les vamos a dar por donde más les duele. La violencia sexual en contra de las mujeres como estrategia de despojo de tierras en el conflicto armado colombiano», pp. 273-304, in *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 12, n.º 2 (2010): p. 275.

<sup>46</sup> Amnesty International, "'Eso es lo que nosotras exigimos. Que se haga justicia': Impunidad por actos de violencia sexual cometidos contra mujeres en el conflicto armado de Colombia", *AI Index: AMR 23/018/201* (2011): p. 5.

<sup>47</sup> Colectivo de Abogados José Alvar, "Guía frente al desplazamiento forzado" (2009), available at <http://www.nrc.org.co/docs/guia-desplazamiento-forzadocorporacioncolectivode-abogados-2009.pdf>, p. 53 (consulted on 30 June 2013).

The *Comisión de Seguimiento* found out that 45% of displaced households are headed by a woman as sole provider<sup>48</sup>, a number much higher than the 29,9% of female-headed households in the national population of Colombia, according to the 2005 national census.<sup>49</sup> In the *auto 92* the CC acknowledges the difficulties of women heads of household due to the abrupt adoption of the position as only financial providers of their families in an unknown, often urban setting, without support or social network, and little work experience or education. The women and their families often live in poverty, and therefore are vulnerable to sexual exploitation, and often forced to sell their bodies for food or money.<sup>50</sup>

## 4. Women's rights in the process of land restitution

### 4.1. *Victims' and Land Restitution Law*

#### 4.1.1. THE VICTIMS' LAW

In June 2011, the Colombian Congress approved Law 1448, known as the Victims' Law.<sup>51</sup> According to the final legislation, the Victims' Law creates a restitution programme that generally complies with the Pinheiro Principles. Article 25 in the Victims' Law establishes the right to comprehensive reparation. The victims have the right to receive reparation in an adequate, differential, transformative and effective way for the harm they have suffered as consequence of the violations mentioned in article 3 in the same Law. Reparation comprises of measures of restitution, indemnification, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition, in their individual, collective, material, moral and symbolic dimensions.

The restitution process will occur basically in two phases, one administrative and one judicial.

---

<sup>48</sup> Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, «Tercer Informe de Verificación sobre el Cumplimiento de Derechos de la Población en Situación de Desplazamiento» (Bogotá: 2010), available at [http://www.codhes.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=168](http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=168), p. 50 (consulted on 5 July 2013).

<sup>49</sup> Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, "Presentación Censo General 2005", 2005, available at [http://www.dane.gov.co/censo/files/presentaciones/jefes\\_hogar.pdf](http://www.dane.gov.co/censo/files/presentaciones/jefes_hogar.pdf) (consulted on 30 May 2013).

<sup>50</sup> María Dolores Gandulfo, "Roles de género y desplazamiento interno en Colombia", *Working paper No. 15* (Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2007), p. 51.

<sup>51</sup> Ministry of the Interior and Justice of Colombia, "Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones", n.º 1448, *Diario Oficial* n.º 48,096 (Bogotá: 2011).

#### 4.1.1.1. *Positive aspects*

In article 13 the law establishes a differential approach, recognizing that parts of the population have particular characteristics due to their age, sex, sexual orientation and disability. It provides for special guarantees and protection measures for groups who are exposed to greater risks within the dynamics of the armed conflict in general and forced displacement in particular. Women are especially mentioned among this group, as well as children, IDPs, farmers, social leaders and human rights defenders, etc. How this differential approach looks regarding the restitution process can be seen more concretely in articles 114-118, where special regulations for female victims of dispossession are presented.

The first measure has the aim to prioritize the claims for land restitution by women, and especially women heads of household, during the administrative and judicial stage and to guarantee them special protection by the State throughout the process of land restitution through the establishment of a special programme.<sup>52</sup>

The second measure concerns the protection of women in the actual return of the land by the URT, as well as the police authorities and military forces. It demands the creation of security conditions which allow the women to effectively enjoy their property.<sup>53</sup> This point is fairly vague and controversial, as especially the presence of the armed forces has not been a guarantor for the security of the population, but rather has been part of the armed conflict and responsible for human rights violations and violations of international humanitarian law, and therefore can even represent a greater risk for the returning population.<sup>54</sup>

In article 117, women are entitled to a prioritization in receiving a number of social benefits as for example credits and technical assistance, social security, education and land allocation. These benefits are based on Law 231 of the year 2003 (Law on rural women), which, according to Meertens, is old and mostly inoperative.<sup>55</sup>

The next provision is crucial regarding gender justice. It demands that in all cases in which the plaintiff and his or her spouse or the permanent partner had been victims of dispossession and have been granted the resti-

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, arts. 114, 115.

<sup>53</sup> *Ibid.*, art. 116.

<sup>54</sup> Comisión Colombiana de Juristas, *VII Informe de seguimiento a la aplicación en Colombia de las recomendaciones del representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de las Personas Internamente Desplazadas*, julio 2010-diciembre 2011, n.º 7 (2012): p. 26.

<sup>55</sup> Donny Meertens, *op. cit.* (2012a), p. 14.

tution of the land by the judge, the restitution of the land and the formalization of the land titles should be registered as a joint title, even if only the partner who holds the legal title is present during the procedure.<sup>56</sup>

Given the historical injustice concerning women's land rights and the highly unequal distribution of land titles between men and women among the rural population (which in itself already is characterized by a high amount of informality in land titles), this measure could contribute to more gender justice through access and control over resources for women who have suffered displacement and dispossession.<sup>57</sup> In this context, also the principles of the shift of burden of proof from the accuser to the accused, the sufficiency of summary proves to start the legal process of land restitution, the principle of good faith in favour of the victims, as well as the existence of presumptions regarding the absence of consent in certain negotiations and contracts of sale leading to a transfer of land rights, have to be positively evaluated from a gender justice point of view, as they all have the potential to provide more legal certainty regarding the land rights for displaced peasant women, a condition which has been identified throughout the thesis as one of the main elements of gender justice.

With regard to the security and well-being of displaced women in the course of the land restitution process, article 31, 3 demands that the protection mechanisms for female victims must take into account the modalities of the aggression, the special risks women are facing and the difficulties women have protecting themselves against their aggressors.

By the same token, article 139 g. refers to "the support for the reconstruction of the social movement and the social net of farmers' communities and especially of women" (own translation) in the framework of satisfaction measures. Although this article does not particularly refer to women who are in the process of land restitution, but to general measures of satisfaction, they are relevant especially for rural women single heads of households claiming their land back, as social networks and women's organisations in their former communities can give them additional security and reduce their vulnerability during and after the land restitution process. Furthermore, it could lead to a more active participation of women in their communities and strengthen their agency, which is another important element of gender justice.<sup>58</sup>

The demanded differential approach that has to be applied to all measures of article 139 and the guarantee for mechanisms and strategies that allow for an effective participation of the victims in the design of the plans,

---

<sup>56</sup> Victims' Law (2011), op. cit., art. 118.

<sup>57</sup> Donny Meertens, op. cit. (2012a), p. 14.

<sup>58</sup> Anne Marie Goetz, op. cit. (2007), p. 31.

programmes and projects of attention, assistance and integral reparation established in Article 168 is another measure to strengthen women's agency.

Article 149 d. directly refers to the topic of the guarantee of non-repetition, which is central for internally displaced women due to their heightened risk of being victims of violations. According to this article, special prevention measures must be offered to women, children and adolescents, social leaders, unionists, human rights defenders and victims of forced displacement, which are aimed at "overcoming stereotypes which favour discrimination especially against women and violence against them in the context of the armed conflict" (own translation). The recognition of existing discriminatory structures and the special risk for women of suffering violations in the armed conflict are contributing to more gender justice.<sup>59</sup>

Paragraph 149 h. makes special reference to training strategies with a differential approach for public servants and members of the armed forces, which includes a "policy of zero tolerance for sexual violence in State entities" (own translation), which could lead to more gender-sensitivity in protection systems carried out by the armed forces and the attention of women who are victims of conflict in the administrative procedures of the Land Restitution Programme and therefore abolish possible obstacles for them to access the system.

#### 4.1.1.2. *Shortcomings*

The Colombian and International civil society has been very active in evaluating and criticising the Victims' Law and has found many flaws in the provisions. The following section however will just focus on those provisions problematic for the effective restitution of land for displaced women, taking into account the limited scope of this paper.<sup>60</sup>

A shortcoming regarding the definition of victims is the exclusion of victims of displacement due to socio-political and common criminal activities, as the law only recognizes victims who suffered harm caused by the armed conflict. That means the rights to restitution of many displaced women who had to leave their lands due to fumigations of illicit crops as

<sup>59</sup> Gaby Oré Aguilar, op. cit. (2011), p. 127.

<sup>60</sup> For comprehensive analysis of the shortcomings of the Victim's law see for example Amnesty International, "Colombia: Hidden from Justice. Impunity for conflict-related sexual violence, a Follow up-report", *AI Index: AMR 23/031/2012*, 2012; Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, *Balance aproximativo de la Ley de Víctimas aprobada por el Congreso de la República (Ley 1448 de 2011)* (Bogotá: 2012), available at [http://www.codhes.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=204](http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=204) (consulted on 5 July 2013).

well as violations committed by “Bacrim” are violated. This is especially worrying, as “Bacrim” are considered to be one of the main perpetrators of displacement since the paramilitary demobilization in 2005 and they uphold many practices of the paramilitary groups, as for example targeted violence against women.<sup>61</sup>

Another weakness can be found in article 71 of the Victims’ Law, where restitution is defined as “the realization of measures for the re-establishment of the situation prior to the violations mentioned in article 3 of the law” (own translation). This interpretation of the figure of restitution is problematic and contradictory to other provisions in the law, as the situations of most women prior to displacement and dispossession were already characterized by exclusion, discrimination and violence and therefore not a situation which should be aspired to go back to.<sup>62</sup>

## 4.2. *Implementation through the Land Restitution Unit*

It is still early to evaluate the implementation of the Land Restitution Programme, because, although the Victims’ Law was adopted in June 2011, the URT and the specialized judges in land restitution only started their work in January 2012. Nevertheless, the process has begun, the administrative process of receiving claims for the restitution of properties and including the applications in the Registry and forwarding the cases to the specialized judges for land restitution is advancing and can offer some clues about the application of elements of gender justice in their policies.

### 4.2.1. NATIONAL PLAN OF ASSISTANCE AND INTEGRAL REPARATION FOR VICTIMS

In August 2012, the “Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas” (National Plan of Assistance and Integral Reparation for Victims) was adopted.<sup>63</sup> The aim of this plan is to establish the necessary

<sup>61</sup> UN Human Rights Council, “Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Colombia”, *UN Doc. A/HRC/10/32* (2009).

<sup>62</sup> Linda Maria Cabrera Cifuentes, “Comentarios a los proyectos de ley de víctimas y restitución de tierra, bajo la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres”, *Sisma Mujer* (2011), available at <http://www.viva.org.co/pdfs/victimas/Comentarios%20a%20proyectos%20de%20victimas%20y%20restituciones%20SISMA.pdf>, p. 1 (consulted on 2 June 2013).

<sup>63</sup> Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento Conpes 3726 de 2012. Lineamientos, plan de ejecución de metas, presupuesto y mecanismo de seguimiento para el plan nacional de atención y reparación integral a víctimas* (2012), available at <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Tkr7QU7lss0%3D&tabid=1475> (consulted in 30 June 2013).

mechanisms in order to implement all measures of attention and integral reparation mentioned in the Victims' Law from 2011.<sup>64</sup>

In all components and concepts of the Plan the different perspectives for children, adolescents, women and ethnic groups are reflected, taking into account articles 13 and 182 of the Victims' Law and its decrees.

With regard to the component of the integral reparation, two aspects are interesting from a women's rights perspective. First, the recognition of special needs and interests of women in the framework of an integral reparation programme for victims, and the recognition that there are hurdles in the system that could prevent women from actively enjoying their right to reparation. This awareness is a pre-condition for the application of a comprehensive differential approach. The second component is linked to the first one, and concerns the active participation of the victims in the process of the design and implementation of the plan for integral reparation. This refers clearly to the aspect of empowerment, as women are recognized as agents, whose voices have to be heard.<sup>65</sup> Due to the concrete harms many women suffered and the subsequent psychological, physical and economic impacts for their individual life projects, but also the ones of their families and communities, the reparation measures have to answer to these situations and consider the particular characteristics of women concerning their age, origin, sexual orientation and gender identity, ethnicity, disabilities and act of victimization.<sup>66</sup>

In addition, special plans for women who have been victims of sexual violence have to be designed. In the text itself, they recognize that in order to allow for reparation measures to transform the lives of women, they need to "have an impact on the structural factors of the violence and discrimination".<sup>67</sup> This is fully compatible with the idea of transforming the realities of women through gender justice and really gets to the point of how reparations should be applied for women, that is to say through the tackling of underlying root causes and not only of visible damages.<sup>68</sup>

This important section is followed by recommendations on which steps, in the concrete implementation, must follow.<sup>69</sup> In the concrete case of the land restitution process, the gender perspective is mentioned in mat-

<sup>64</sup> *Departamento Administrativo para la Prosperidad Social*, Decree n.º 725 (2012).

<sup>65</sup> Anne Marie Goetz, *op. cit.* (2007), p. 31.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social, *op. cit.* (2012), p. 30 (own translation).

<sup>68</sup> Morten Bergsmo et al., *op. cit.* (2010), p. 10; Valji, *op. cit.* (2012), p. 4.

<sup>69</sup> Departamento Nacional de Planeación, CONPES, *op. cit.*, p. 30.



ters of the difficulties of women to prove their right to land and property, given the fact that in most of the cases, the documents and land titles are on behalf of the husbands or permanent partners. An additional drawback comes with the informality of most of the relationships, or the requirements to register de-facto partnerships, in order for the spouse to have the same legal certainty as in conjugal unions.<sup>70</sup> These cases represent special challenges for the employees of the URT, if they aim to guarantee women's land rights as determined by the differential approach.

With regard to the gender perspective concerning the guarantee of non-repetition as part of the reparation framework, the Counsellor's Office for Women's Equity therein has an important role to play as it lies in its responsibility to develop a plan aimed at the abolishment of gender stereotypes which favour discrimination and violence against women in the context of the armed conflict, a plan of zero tolerance for sexual violence for civil servants, as established in the Victim's Law, and a campaign for the prevention of violence against women in the context of the armed conflict.<sup>71</sup> Although not very concrete, it can be stressed favourably that the link between gender stereotypes and discrimination and violence is established.<sup>72</sup>

Concretely addressing the protection of women, the document shows awareness of the fact that in some occasions the existing protection measures are not sufficient and that there is a need to discuss further measures to reach more effective protection for women.<sup>73</sup> The mentioned imperative to hear women's opinions in order to make protection measures effective for them can be considered as gender-sensitive contribution to more security within the process of land restitution for women, although they centre more on basic pre-conditions than far reaching affirmative actions.

#### 4.2.2. ANNUAL MANAGEMENT REPORT 2012

In the management report of the URT 2012, the URT presents to the public its management activities carried out in the framework of the creation of public policies for the land restitution for victims of forced displacement and dispossession.<sup>74</sup> In the report, one chapter is dedicated to the

<sup>70</sup> Ibid., p. 40.

<sup>71</sup> Departamento Nacional de Planeación, CONPES, op. cit. (2012), p. 91.

<sup>72</sup> Morten Bergsmo et al., op. cit. (2010), p. 1.

<sup>73</sup> Ibid., p. 108.

<sup>74</sup> Unidad de Restitución de Tierras, *Annual Management Report 2012* (2013b), available at <http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/gestion%202013/Informe%20De%20Gestion%20UAEGRTD%202012.pdf> (consulted on 5 July 2013).

differential approach within the process of land restitution, referring to the respective provision in the Victims' Law.<sup>75</sup>

The Unit formulated guidelines for the application of a differential approach in the administrative process of the land restitution, with the input from a former investigation about access barriers and difficulties in relation to the right to land for groups with special constitutional protection needs. The report refers to concrete cultural obstacles, which make it difficult to abolish the patriarchal character of land rights. The following obstacles are mentioned: the women do not see themselves as right-holders and do not recognize that they can claim their rights over the dispossessed land even if their husbands separated, died or disappeared; women tend not to have land titles; the wide-spread existence of de facto partnerships requires special proof on the part of the owner, co-owner or occupier; the existence of multiple conjugal relationships and new types of family forms can generate legal uncertainties, when it comes to the identification of the right-holders; the vulnerability of widowed women head of households due to forced disappearances or kidnapping of the husband and finally the existence of forced sales of property and land due to the aforementioned vulnerabilities.<sup>76</sup>

This list contains many important factors presenting obstacles for women, however, what is missing is the recognition of the use of SGBV against women in the context of the armed conflict but also in the private sphere. This kind of violence is one of the most concrete and severe expressions of structural violence against women, which is connected to the crime of displacement.<sup>77</sup> Therefore, it is especially important for women victims of sexual violence to be supported in the search for their rights and their special needs have to be attended in a sensitive and adequate way. It has to be clear, that SGBV has not started with the conflict nor does it end with it automatically, as this practice is based on deep rooted stereotypical gender constructions, which have to be fought actively. Only like this, the guarantee of non-repetition can be given as part of an integral reparation programme.

#### 4.2.3. PROGRAMME FOR THE SPECIAL ACCESS FOR WOMEN, GIRLS AND ADOLESCENTS

The long-awaited programme concerning the implementation of women's rights within the first phase of the restitution process, the "Programa

---

<sup>75</sup> Ibid., pp. 32-36.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Donny Meertens, op. cit. (2012a), p. 9.

de Acceso Especial para las Mujeres, Niñas y Adolescentes a la etapa administrativa del proceso de Restitución de Tierras Despojadas” (Programme for the special Access for Women, Girls and Adolescents in the administrative stage of the Land Restitution Process) by the URT was adopted on 31 January 2013 by the Ministry for Agriculture and Rural Development through resolution no.80.<sup>78</sup> In the preliminary considerations of resolution no.80, references are made, first, to the principles of equality and non-discrimination in the Colombian Constitution, second, the Sentence T-025 of 2004 by the CC with special regard to the state of unconstitutionality, emphasizing the need for the implementation of special programmes in favour of women heads of households and single mothers in order to overcome the particular vulnerability of these women, and third, to the *autos* 92 and 237 from 2008 by the CC and the therein demanded 13 programmes for the special protection of the rights of displaced women. Another reference is made to the Convention for the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW) which is part of the Colombian Constitutional Bloc.

In the articles 10 and 11, the programme establishes four strategic lines: first, to strengthen a gender focus and a differential approach in all activities of the URT; second, to empower women, girls and adolescents about their land rights and right of restitution; third, to collaborate and coordinate with other entities for the due documentation of the cases and attention for the women, girls and adolescents; and fourth, have a positive impact on the legal procedures about land restitution.

The gender focus, on which the programme is based, demands the recognition of historical inequalities against women in the effective enjoyment of their rights, in this case, especially their land rights. Therefore, according to the programme, actions against cultural patterns that lead to the subordination, discrimination and exclusion of women with respect to their land rights have to be established. Sensitisation, capacity building and formation of civil servants and all citizens regarding the rights of women to land, the promotion of a differential approach acknowledging the diverse situations and conditions women are experiencing regarding their right to land due to gender-based discriminations in the public but also in the private sphere, and the fostering of equality of opportunity for women and the recognition of their right to land through the elimination of all forms of barriers impeding the women to access the Land Restitution Programme

---

<sup>78</sup> Unidad de Restitución de Tierras, *Resolution no. 80* (31 January 2013a), available at <http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/resoluciones/resolucion-No.-80-de-2013.pdf> (consulted on 5 July 2013).

but also to enjoy preferential and favourable treatment during the process are necessary.

The programme takes into account the realities of women, girls and adolescents the URT saw in the time immediately after the beginning of the land restitution process. The formulation was realized in collaboration with women victims and victims' organisations in three meetings in three different cities, as well as with the participation of a working group formed by several women's organisations, among others "Casa de Mujer", "Ruta Pacífica" and the "Cooperación Sisma Mujer". It can be assumed, that it is due to this participation that many core elements of gender justice are contained in the programme.

In line with the importance of a gender focus in reparation programmes, the information of displaced women about their rights, the approach of realizing reparations in a participative and accountable way and guaranteeing women access to land by providing them with land titles can have an empowering effect in the way that women achieve economic independence and at the same time are involved in the transformation of power relations within society as right-holders and agents.<sup>79</sup> What has to be emphasized very positively about this programme is the recognition that restitution in its traditional legal understanding aiming at restoring a victim to their original situation which existed prior to the displacement is not the way it should be, as Colombia has a long tradition of women living in unequal and unjust conditions, in which their relation to land is normally an indirect and informal one.

The impact of the programme will depend on how successful the mentioned trainings and sensitisations of the employees and judges are carried out and to which degree the education of displaced women about their rights is leading to a better access to the restitution process. However, as gender justice is also about the agency of women<sup>80</sup>, the participatory process through which the programme was created, is a good step towards more justice for displaced women during and after the land restitution process.

Unfortunately, at the moment of research, the programme had attracted very little attention. Apart from the resolution itself, only one article on the homepage of the Ministry for Agriculture and Rural Development was available for the analysis. Additionally, in none of the analysed cases, as will be seen in the next chapter, reference is made to the programme.

---

<sup>79</sup> Claudia Paz y Paz Bailey, op. cit. (2006), p. 111.

<sup>80</sup> Goetz, op. cit. (2007), p. 31.

### 4.3. *Analysis of the existence of a gender focus in the land restitution cases*

#### 4.3.1. CASES

At the time of the research, 102 cases out of around 1500 presented to the 39 specialized judges in land restitution and 15 magistrates in office, have been decided. On the homepage of the “Rama Judicial Poder Público” (Judicial branch), at that time, 79 cases were accessible, issued in the following departments Antioquia, Bolívar, César, Córdoba, Chocó, Nariño, Norte de Santander, Meta, Popayán, Putomayo, Sucre, Tolima and Valle de Cauca. Of these 79 cases, 30 cases address women in an exclusive way, meaning not together with their permanent partner or husbands, in 35 cases women are addressed as partners or spouses, in 11 cases, women do not appear at all, and in three cases, preliminary measures were ordered for community property.

Although only those 30 cases in which women are addressed on their own and not in their position as wives or partners of the actual owner, holder or occupier of the land property will be considered, it is important to mention from a women’s rights perspective, that in all cases, where women appeared as permanent partner or wives, in line with article 118 of the Victims’ Law, the land titles were always restored and registered on behalf of both partner or spouses, even in cases where the women originally did not appear in the titles before the dispossession or displacement. Why this is important is shown in statistics of the displaced population revealing that with respect to land ownership in 64.2% of the cases of displaced households that reported ownership of their forcibly abandoned land, the rights bearer was a man. Only in 26, 5%, the owner was a woman and 9.3% reported joint ownership.<sup>81</sup> The granting of joint titles gives women much more legal certainty about their property in the future, strengthens their role within the partnership or marriage but also within society and empowers them. It addresses one of the root causes of displacement and reduces their vulnerability for being re-victimized.<sup>82</sup>

The existing judgements represent less than 1% of the claims registered by the URT. This is important to bear in mind, when evaluating the sentences, as it is impossible to establish with certainty the general interpretation lines the judges are going to apply in the long-term, especially, as

---

<sup>81</sup> UNDP Colombia Office, “Mujeres rurales, gestoras de esperanza”. Cuaderno del *Informe de Desarrollo Humano Colombia 2011* (Bogotá: UNDP, 2011), p. 47, cited in Meertens, op. cit. (2012b), p. 4.

<sup>82</sup> Meertens, op. cit. (2012a), p. 14.

will be seen, a lot of possible difficulties have not yet appeared in the cases before the Court. Even so, the 30 cases give a first idea of how the judges are applying the provisions and concepts of gender justice in their jurisdictions so far and allow for a first evaluation of their transformative potential for displaced women.

#### 4.3.2. ELEMENTS OF GENDER JUSTICE

The majority of the women victims of displacement, who are represented in these cases are widows, who lost their husband due to the armed conflict and are now head of household. In all the cases, where women had no proof of their property rights, as either the respective contracts were orally agreed on or just not existent, as the women had occupied and worked on the land but never formalized it, the judges were very flexible and used alternative methods of prove, as for example interviews with neighbours who confirmed the occupation and exploitation of the respective land, inspections of the territory, social mapping, etc. In all cases except for one, the judges restored the land legally to the women and awarded them formal land titles.

In most of the cases, in which the property of land could be proved, it was on the name of the deceased husband or partner, so that the judges had to decide about the kind of relationship the claimant had to the owner, holder or occupier of the land in question and if she was entitled to the property rights of the land in the land restitution process. In most of the cases the women could prove that she was married or living in a permanent partnership with the deceased through documents. In the cases where there was none such document, the judges again applied the concept of “good faith” as established in the Victim’s Law and tried to prove the legality of the relationship through interviews with neighbours, co-claimants or other family members. Regarding the stage of prove in general, it can be said that all judges or magistrates respected and applied the concepts of flexibility of proof, the shift of burden of proof, the presumption of dispossession and absent of legal consent in cases where there was any involvement of illegal armed actors, and the good faith in the testimonies of the women.

Although, in many cases, it is not explicitly written down, these principles are favouring especially women, as they are the group with less legal certainty in relation to their property rights and therefore benefit from this legal practice. However, regarding the direct revelation of the need for a differential and transformative approach due to the history of discriminatory and exclusionary practices in the Colombian society in the line of argumentation, differences can be made out among the sentences, and especially among the different departments.

In sum, the picture is very diverse. On the one side, there are cases like the ones issued by the specialized judges for land restitution in Nariño, Meta, Sucre and Cartagena, with a nearly perfect application of different aspects of gender justice, emphasizing the transformative character reparations should have. They include the application of a differential approach and a preferential treatment for women in legal restitution of land due to the historical discrimination and exclusion of women in the Colombian society and the special impact of the armed conflict of women, the application of a differential approach regarding special protection measures for women during an after the land restitution process confirming their special needs and putting emphasis on the abolishment of root causes for the violations as preventive measures and finally the awareness that the State has the responsibility to guarantee the effective enjoyment of the right to land and property for the returned women by assisting them through positive measures aimed at the improvement of their economic well-being.

On the other hand, there are cases, seen in the departments of Antioquia and Norte de Santander, which only mention the principle of a differential approach in one sentence and refer to isolated measures aimed at the improvement of the economic situation of women after their return. This is a good start as it proves some knowledge of the requirement to include a gender focus in the land restitution process, but compared with the cases of the first category, much can be improved to reach a level where the coherent application of a differential approach in all aspects can lead to more comprehensive understanding of gender justice.

Regrettably, there are also cases in Putomayo, Tolima and Bolivar, where the differential approach is hardly mentioned or not mentioned at all and no elements of gender justice are applied. This could be seen especially in cases, where the women were part of a larger family or group, with mixed gender. So in this cases, it is essential to especially focus on the female members of the group or family and grant them a differential treatment. Training activities by the URT should be focused on the judges or magistrates operating these departments which a low record of gender justice in their judgements.

As last point, it should be mentioned that in none of the cases analysed, women appeared as victims of SGBV. Regarding the analysis by the CC and many women's organisations, but also international organisations and the Colombian government, sexual violence plays an important role as cause of displacement and seizure of land. Therefore it would be important for the specialized Courts to create emblematic cases in which they explicitly refer to this special form of violence in the context of displacement and order tailored measures of assistance, as well as prevention and

protection instruments according to the special needs of women victims of sexual violence.

## 5. Obstacles for the successful implementation of the Land Restitution Programme for women

The aim of this chapter is to indicate factors, which could endanger the successful implementation of the land restitution process in Colombia and especially impede women from the effective enjoyment of their rights. By no means a presentation of an exhaustive list and analysis of all structural factors negatively influencing the land restitution process is intended, acknowledging the complex Colombian reality with many political, social and economic interests that are highly fluctuant and often hard to see. Two factors will be highlighted: First, the security risk for women acting as leaders in the land restitution process and second the persistence of a patriarchal system defining gender roles which affects women's every day life and the lack of guarantee of non-repetition and the risk of poverty for these women.

### 5.1. Security Risks

It is not surprising, given Colombia's history of conflict and the important role land always has played in it, that there is a big opposition composed of landlords, transnational and national enterprises, paramilitary groups, drug producers, and guerilla members involved in the drug business, intending to preserve the *status quo* of the unequal distribution of land by all means. Often these groups form alliances in order to benefit from each other.

In Colombia, women's organisations have been very active in different areas fighting for their rights, despite the difficulties and hazards caused by the armed conflict and the existing patriarchal system. The violence against female leaders, especially human rights defenders, has been addressed by many national and international NGOs and confirmed by several *autos* by the CC. The latest *auto 098* from May 2013 provides a detailed overview of the precarious situation which many displaced women who are active in the promotion and protection of their rights, have to face.<sup>83</sup> Especially

---

<sup>83</sup> Colombian Constitutional Court, Sala Especial de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, *Auto 098* (21 May 2013).



women's engagement in land restitution has provoked resistance among land elites, great land owners, drug dealers and illegal armed actors. Special "anti-land-restitution gangs" were created, responsible for threats and murders of many women leaders of IDP organisations and land restitution movements.<sup>84</sup>

These anti-restitution gangs follow similar strategies to the paramilitary groups, show presence in many parts of the country, and consolidate a strategy of control and intimidation of the civil population, often focusing on women, in order to impede the restitution of land to the IDPs. These groups are present in areas with mining activities, monocultures, coca plantations, and where routes of drug trafficking are situated.<sup>85</sup> The URT has classified two types of groups opposing the land restitution process. The "grey actors" are the illegal armed groups responsible for the direct displacement and dispossession. The second group are the people behind the scenes, who take advantage of the circumstances of the forced displacement and make sales deals with the armed groups.<sup>86</sup>

In 2012, Human Rights Watch documented several cases of abuse and criminal acts against more than 30 women in nine different departments since the publication of the *auto* 92 in 2008 and concluded that many of the threats and violations were directly linked to their roles as leaders of IDP movements.<sup>87</sup>

According to the *auto* 92, the worsening of the situation for women active in their roles as leaders since 2009 has two dimensions, a quantitative one, and a qualitative one.

Only during 2011, 12 leaders of the displaced population linked with the process of land restitution were killed in six different departments of Colombia, namely Antioquia y Córdoba, Tolima, Putumayo, Sucre and Cesar.<sup>88</sup>

In a report presented by various human rights and women's organisations to the UN Special Representative of the Secretary-General on Sexual Violence in Armed Conflict, they confirm, that since 2009, the threats, at-

---

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> CODHES, "De la seguridad a la prosperidad democrática en medio del conflicto", *CODHES Document 23*, ISBN: 978-958-99715-8-1 (2011): p. 12.

<sup>86</sup> Álvaro Sierra & María Clara Calle, "Los grandes desafíos, 2013", *Semana* (2013), available at <http://www.semana.com/Especiales/restitucion-tierras/index.html> (consulted 10 June 2013).

<sup>87</sup> Report presented to the CC by José Miguel Vivanco, HRW Director of the Americas and Liesl Gerntoltz, HRW Director of the Womens' Rights Division (2012), cited in CC, Sala Especial de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, *auto* 98 (21 May 2013), p. 17.

<sup>88</sup> CODHES, *op. cit.* (2012), p. 23.

tacks and harassments against women leaders in situations of displacement increased drastically in different regions of the country. The working group got to know about nine pamphlets that contained threats against more than 93 women, 12 organisations of women victims of forced displacement and accompanying organisations, among them five members of the working group *Mesa de Seguimiento del auto 092*.<sup>89</sup>

In the qualitative dimension, women leaders face a double risk, the first derives from what they do in their roles as leaders challenging existing political, economical and social power relations through their fight for human rights and especially the right to restitution of land, and the second from their condition as women, challenging the existing paternalistic system based on discriminatory gender stereotypes and demanding rights and participation.<sup>90</sup>

Apart from the seriousness the threats represent from a perspective of violations of human rights, they also represent other consequences for women in the land restitution process. Due to the threats, many displaced women avoid even knowing about the actual situation of their properties, letting alone to start the process of land restitution exactly because they fear to again become victims due to the precarious security situations in many parts of the country.<sup>91</sup> The seriousness of this obstacle for any positive change the land restitution progress could bring for the lives of many displaced women and for the active role of women in organisations for IDPs and women's rights can not be taken serious enough.

## 5.2. *Historical discrimination and patriarchal society*

As already mentioned in the precedent chapter, in many parts of Colombia, women are threatened and killed due to their condition as women and therefore these forms of violence have an indisputable gender dimension. This is what the aforementioned women leaders in the land restitution process share with all other women in Colombia, namely the struc-

---

<sup>89</sup> Red Nacional de Mujeres, Ruta Pacífica de Mujeres, Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz et al., "Report presented by organisations of women and human rights to the Special Representative or Sexual Violence in contexts of armed conflicts, Mrs. Margot Wallström" (2012), available at [http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos\\_publicacion&field=archivo&id=265](http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=265), pp. 3-6 (consulted on 27 may 2013).

<sup>90</sup> Colombian Constitutional Court, Sala Especial de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, *Auto 098* (21 may 2013), p. 26.

<sup>91</sup> Garay, Luis Jorge y Vargas, Valencia Fernando, "Los retos de la restitución de tierras y reparación en Colombia", in *Revista Foro*, n.º 76 (2012): p. 237.

tural gender violence existent in many social and cultural discriminatory and exclusive practices, that aggravate during the armed conflict and especially affect women in vulnerable situation, as are displaced women.<sup>92</sup> This prevalence of structural discrimination and exclusion are combined with alarming levels of direct violence against them, in the private as well as in the public sphere. Therefore the government has to take the existence of these structural factors into account when designing its security policies for displaced women and focus on the elimination of cultural factors that existed already before the conflict, especially the sexist and degrading stereotypes of women in Colombian society, which contribute to the augmentation of violence and discrimination against women and lead to a naturalization of such forms of violence.<sup>93</sup>

The exclusion of gender-based violence in armed conflict in Colombian law is highly criticized by civil society organisations. At the end of July 2012, legislators Iván Cepeda and Ángela María Robledo from Colombia's Chamber of Representatives presented a bill in congress that classifies sexual violence in armed conflict as a war crime and guarantees access to justice for victims of sexual violence, especially in the context of the armed conflict.<sup>94</sup> Results of the "First Survey on the Prevalence of Sexual Violence Against Women in the Context of the Colombian Armed Conflict" of December 2010 issued by the humanitarian organization Intermon Oxfam show that from 2001 to 2009, 89 687 women were victims of sexual violence in municipalities where security forces, guerrillas, paramilitary or other armed groups were present.<sup>95</sup>

But it is important also to consider the numbers of women who suffer intrafamiliar violence outside the direct sphere of influence of the armed conflict. The National Institute for Legal Medicine published numbers showing an increase from 69,713 reported cases of intrafamiliar violence in 2010 to 70 134 cases in 2011. According to sexological exams, in 2010, 1,409 women victims of sexual violence per month were registered in comparison to 1 581 cases in 2011, showing an increase of 12,21%, corresponding to 172 cases. These augmentation of violence indicates that

<sup>92</sup> Colombian Constitutional Court, Sala Especial de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, *Auto 098* (21 may 2013), p. 27.

<sup>93</sup> Colombian Constitutional Court, Sala Especial de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, *Auto 92* (Bogotá: 14 april 2008), p. 26.

<sup>94</sup> Amnesty International, op. cit. (2012), p. 8.

<sup>95</sup> Intermón Oxfam, "Sexual Violence against Women in the Context of the Colombian Armed Conflict: First Prevalence Survey" (2011), available at [http://www.intermonoxfam.org/sites/default/files/documentos/files/101206\\_Primeras\\_Encuesta\\_de\\_Prevalencia.pdf](http://www.intermonoxfam.org/sites/default/files/documentos/files/101206_Primeras_Encuesta_de_Prevalencia.pdf), p. 7 (consulted on 4 July 2013).

the above mentioned discrimination against women already lead to a certain naturalization of such forms of violence, promoted by the high levels of impunity, chronic subregistration of the cases and underenforcement of public policies to address these tendencies.<sup>96</sup>

Displaced women also have to face forms of structural economic violence before, during and after their displacement. This form of violence has its expression in the particular vulnerable economic situation of many internally displaced women due to discriminatory factors like the difficulties for women to get access to credits, and well-paid jobs.<sup>97</sup> In addition, many rural women have lacked access to basic social services already before their displacement. During the conflict many women lose their partners, who often were the main bread-winners, mentioned by the *auto* 92 as one of the ten risks displaced women face. Due to the material and economic dependence from their male partners, having its roots in the traditional separation of gender roles in the Colombian society, women in situations of displacement, who have lost their partners in the conflict, now bear the sole responsibility of the well-being of their family as heads of households, without sufficient support. This often leads to precarious economic situations for many families victims of conflict.<sup>98</sup> Due to this difficult security and material situation, women often do not want to return to their land, as they know of the risks to face economic hardship, insecurity and in cases of victims of sexual violence even stigmatization and exclusion.

Law 1257, its decrees and other initiatives, instruments, guidelines and policies exist and apply gender sensitive language and show awareness of gender-specific needs. Often this gender focus was introduced or demanded by women's organisations who served as consultants in the design. However, this legislation and the public policies are not sufficiently reflected in the lives of the women concerned, due to their insufficient operationalisation.<sup>99</sup> The government needs to pursue a political transformation tackling the subjectivities and practices which have been part of the daily life of many Colombian women, and therefore invest a significant part of the national budget in programmes adopted to the special needs of displaced women, victims of the conflict in terms of security and economic well-being, but also to all women who suffer SGBV in their families.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Meertens & Zambrano, op. cit. (2010), p. 191.

<sup>97</sup> Colombian Constitutional Court, Sala Especial de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, Auto 92 (Bogotá: 14 april 2008), p. 84.

<sup>98</sup> Ibid., p. 48.

<sup>99</sup> Red Nacional de Mujeres et al., op. cit. (2012), p. 2.

<sup>100</sup> Natalia Sánchez, "Las mujeres en la Ley de Víctimas", in *Ciendias*, n.º 75 (may-july 2012), available at <http://www.cinep.org.co> (consulted on 4 July 2013).

## 6. Conclusion

There are some interesting findings with regard to the questions of how the application of elements of gender justice in the design and implementation of the Land Restitution Programme could contribute to the abolition of structural violence against internally displaced women. It could be asserted that the Victim's Law itself contained the notion that the aim of integral reparations for victims of the armed conflict should be, among others, differential and transformative. This statement written down in the Law is crucial as it serves as a basis for the evaluation of other provisions concerning reparations and especially land restitution for their compliance with these principles.

The intention of the above mentioned transformative approach is set forth in the Victims' Law without ambiguity. It aims to change previous conditions that allowed for the victimizations to happen in the first place and contribute to the elimination of the schemes of discrimination and marginalisation and thereby avoiding their repetition. An important element from a gender justice perspective is article 118, demanding that in all cases the restitution of the land and the formalization of the land titles should be registered as a joint title, even if only one partner holds the legal title, can make a contribution to the transformation of the situation of women's land rights in Colombia.

Also some shortcomings could be established.

The analysis of the existing implementation programmes and the first annual management plan of the URT turned out to be worthwhile, as it allowed to draw valuable conclusions about the URT's understanding of gender justice in the implementation of the Land Restitution Programme. Two aspects are especially interesting from a women's rights perspective. First, the recognition of special needs and interest of women in the framework of an integral reparation programme for victims, and the recognition that there are hurdles in the system that could prevent women from actively enjoying their right to reparation. The plan recognizes that in order to allow for reparation measures to transform the lives of women, they need to tackle the structural violence against women. This is fully compatible with the fundamental idea of transformative justice set out in the theoretical part of this paper and gets to the point of how reparations should be applied for women, that is to say through the tackling of underlying root causes and not only of visible damages. Although not very concrete, the linkage between gender stereotypes on the one hand, and discrimination and violence on the other has been established.

The "Programme for the special Access for Women, Girls and Adolescents in the administrative stage of the Land Restitution Process" addresses

the main elements of gender justice. One thing that especially needs to be positively emphasized, is the acknowledgement of restitution in its traditional legal understanding not being in line with the purpose of transforming the reality of rural women.

Tackling the question on how gender justice is applied in the sentences of land restitution delivered a number of useful conclusions. Regarding the stage of proof in general, it can be said that all judges or magistrates respected and applied the concepts of flexibility of proof, the shift of the burden of proof, the presumption of dispossession and absent of legal consent in cases where there was any involvement of illegal armed actors, and the good faith in the testimonies of the women. This is in line with the idea of a victim-centred Land Restitution Programme, acknowledging the realities in the Colombian society concerning the practice of informal land tenure. These principles are especially favouring women, as they are the group with less legal certainty in relation to their property rights and therefore benefit from this legal practice.

Among the different departments, the picture of sentences is very diverse. Ranging from cases with a very good application of different aspects of gender justice in line with the theory of gender justice outlined in this paper, over cases, which only marginally mention the principle of a differential approach and only refer to isolated measures aimed at the improvement of the economic situation of women after their return, to cases, where the differential approach is not mentioned at all and no elements of gender justice are applied. Training activities by the URT should be focused on the judges or magistrates heading such departments with a low track record of gender justice in their judgements.

Now coming to the obstacles which have been identified as potentially preventing women from the effective enjoyment of their land rights, the first to mention is the security risk for women acting as leaders in the land restitution process. And second the persistence of a patriarchal system which is deeply engrained in society and which defines gender roles, thereby affecting women's everyday life. At the same time, this structure of society also causes a lack of guarantee of non-repetition and the risk of poverty for these women. This trend is especially alarming from two perspectives of gender justice: first, it may prevent women to be active in demanding their rights, leading to more exclusion and dis-empowerment for women in the public and private space. And second, it could lead to a situation where women prefer not to participate in the land restitution process in order to avoid a re-victimization. This second point would not only hamper the land restitution process, but also lead to more injustice for displaced women.

A second obstacle is to be found in the existence of a patriarchal society, where the construction of gender stereotypes and deeply rooted pat-

terms of discrimination and exclusion of women lead to high levels of SGBV and economic violence. The success of the Land Restitution Programme depends significantly on how effectively women can enjoy their legally given land rights in practice. Therefore, some recommendations will be laid out in the following paragraph as examples of how the Colombian government and its responsible entities could tackle the identified obstacles.

The Colombian government should:

- support the creation of forms of horizontal, communitarian and collective security systems, strengthen the networks within and among communities, establish early warning systems with more participation of civil population and a special focus on women, and particularly on women leaders of restitution movements;
- promote the abolition of degrading gender stereotypes in education programmes and campaigns;
- put less emphasis on a military strategy as guarantee for security for the returning families, and rather focus on strengthening the rule of law in rural and remote areas through the presence of civil authorities that exercise control over the military.

The URT should:

- offer trainings for its employees and the specialized judges for land restitution on gender justice, with a special focus on the rights of women heads of households and women victims of SGBV;
- recognize victims of displacement and dispossession by violent acts of “bacrim” as falling within the scope of article 3 in the Victims’ Law in line with the orders by the CC.

The specialized judges for land restitution should:

- carry out more collective restitutions, in order to make the restitution process more effective and bring more guarantee of non-repetition for the returning women through the reconstruction of social networks in the returning communities;
- make sure that women are treated with a differential approach, and that their special needs and interests are respected in accumulated or mass restitution cases.





**II**

**Actividades académicas**

---

**University activities**



## Actividades del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe en el año 2012

El Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe hace varios años que ha consolidado sus actividades en torno a cuatro ejes de actuación con la finalidad de poder contribuir de una manera más coherente y cualitativa en la difusión y conocimiento de los derechos humanos en la sociedad que le rodea. Los objetivos de cada año se distribuyen en las siguientes líneas estratégicas: docencia, investigación, visibilidad-impacto socio político y fortalecimiento institucional. En las siguientes páginas recogemos las principales actividades llevadas a cabo a lo largo del año 2012.

En lo que respecta a las actividades de *docencia*, a lo largo del curso 2012/2013 el Instituto ha desarrollado la decimonovena edición del Máster en Acción Internacional Humanitaria-NOHA (Erasmus Mundus), así como la quinceava del Master Europeo en Derechos Humanos y Democratización. El *Joint European Master in International Migration and Social Cohesion-MISOCO* (Erasmus Mundus) se encuentra ya en su cuarta edición y por último, el programa en Estudios Internacionales e Interculturales es la oferta de doctorado del Instituto de Derechos Humanos.

Dentro del programa de *investigación*, durante este tiempo se ha consolidado la investigación en aquellas áreas consideradas prioritarias por el Instituto, y a su vez relacionadas directamente con los programas docentes: a) Derechos humanos y acción humanitaria, centrada en abrir un espacio de reflexión e intercambio entre el mundo académico y los actores de la acción humanitaria desde la perspectiva de la defensa y la protección de los derechos humanos; b) Derechos humanos y diversidad, primordialmente enfocada a estudiar las nuevas realidades multiculturales y los conflictos motivados por razón de las identidades colectivas, todo ello desde una óptica multidisciplinar; y, c) Migraciones, integración y cohesión social, orientada al estudio de las dinámicas de inserción y acomodo de las personas inmigrantes en sociedades de nuestro entorno, así como los movimientos y redes transnacionales. En el curso 2012/2013 el equipo de investigación del Instituto, Retos socioculturales y derechos humanos en un mundo en transformación ha renovado su reconocimiento oficial del Gobierno Vasco con la máxima categoría.

En cuanto a las investigaciones propias del Instituto, bajo la línea de derechos humanos y diversidad, actualmente se está desarrollando el pro-

yecto de investigación «Nuevas demandas sociales y prácticas de armonización de la diversidad religiosa en el espacio público local o regional», aprobado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el 2011. En el marco de la línea de investigación derechos humanos y acción humanitaria, actualmente está en desarrollo el proyecto «Un nuevo marco conceptual para la protección del desplazamiento forzoso de población», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Por último, en la línea de investigación de migraciones, integración y cohesión social se está desarrollando el proyecto «Integración y Participación de las Asociaciones de Inmigrantes en la Sociedad de la Información: Impacto de las tecnologías de la información y comunicación, inclusión digital e integración social de las principales asociaciones de inmigrantes en España», también financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Además de los proyectos propios, el Instituto forma parte del programa Consolider-Ingenio 2010 con el proyecto «El tiempo de los derechos-HURI-AGE», financiado por el Plan I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación y que está compuesto por doce grupos de investigación del ámbito estatal. El proyecto HURI-AGE tiene como objetivo principal fortalecer la capacidad de investigación y de formación en Derechos Humanos. En cuanto al ámbito internacional, el Instituto y su equipo de investigación forma parte, entre otras, de las siguientes redes: IMISCOE (International Migration, Integration and Social Cohesion), NOHA (Network On Humanitarian Action), EMA (European Master's Programme in Human Rights and Democratisation) y de la AHRI (Association of Human Rights Institutes). En el caso de la Red NOHA, el equipo de Deusto lidera el proyecto europeo EUPRHA (European Universities on Professionalisation of Humanitarian Action).

Respecto al programa de *difusión* del Instituto, pueden señalarse en este repaso, las diferentes líneas de publicaciones y las acciones externas de difusión.

Por lo que se refiere a los cuadernos de derechos humanos se ha continuado con su publicación. Los títulos aparecidos desde la anterior edición del anuario, incluidos en el curso 2012/ 2013 son los siguientes:

- *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho Internacional* por Javier Chinchón Álvarez
- *Museo, memoria y derechos humanos: itinerarios para su visita*, a cargo de Luz Maceira Ochoa.
- *Río+20 (1992-2012). El reto del desarrollo sostenible*, de Xabier Ezeizabarrena.
- *El enfoque ético del maltrato a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, por Xabier Etxeberria y otros.

— *Adimen eta agarpen urritasuna duten pertsoneri eragindako tratu txarren ikuspegi etikoa, Xabier Etxeberria eta beste batzuk.*

Adicionalmente a la edición de los cuadernos en el año 2012 se ha editado el décimo número del «Anuario 2011 de Acción Humanitaria y Derechos Humanos». En la línea de monografías de derechos humanos, es necesario destacar la edición de la obra de Juan Antonio Senent. «La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría».

Finalmente, dentro de este programa de *difusión*, el Instituto ha organizado actividades como conferencias, cursos, seminarios y encuentros de carácter restringido y abierto, de contacto y divulgación del trabajo que se está desarrollando por las personas y organizaciones que trabajan en el campo de los derechos humanos. Estas actividades se han realizado con instituciones gubernamentales, centros universitarios, centros de investigación y ONGD, en el marco de proyectos de investigación, de redes internacionales y/o de proyectos europeos. Algunas de ellas son: «Diversidad cultural y derechos: cuestiones y debates actuales en las sociedades plurales» en el marco del proyecto Consolidar-Ingerio HURI-AGE, «TEDxDeusto: Humanizing the World» en el marco de la red NOHA, «Seminario internacional: organizaciones sociales como un contexto para explorar la integración social y laboral de los jóvenes inmigrantes» en el marco del equipo de investigación Retos y de la red IMISCOE.

El programa de *acción* se centra principalmente en la participación en proyectos de cooperación en el ámbito de los derechos humanos. Durante este tiempo, se ha afianzado el programa de acción del instituto, primándose programas de acción con organizaciones y universidades indígenas y programas de acción dedicados a la formación de líderes indígenas en materia de derechos humanos. La actividad más relevante en este sentido ha seguido siendo el Programa de Formación en Derechos Humanos para Pueblos Indígenas de América Latina. Este programa tiene su origen en el Programa de Becas Indígenas de Naciones Unidas, que desde 1997 ofrece la posibilidad de formación a líderes indígenas de todo el mundo en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y las organizaciones internacionales. El programa que se desarrolla en Deusto, surge como complemento del desarrollado en Naciones Unidas y en colaboración directa con dicha organización internacional, a fin de incorporar a los representantes indígenas de habla no inglesa del continente americano que siempre ha presentado serios obstáculos para acceder a dichas becas por cuestiones lingüísticas. Como fruto de diversos contactos entre el Instituto y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se decidió la organización del programa paralelo en Bilbao por parte del Instituto y, como consecuencia de ello, durante 2012 hemos desarrollado ya la decimosegunda promoción del mismo.



## Pedro Arrupe Institute of Human Rights events and activities in 2012

The Pedro Arrupe Institute of Human Rights has organised events and activities focusing on four main lines of action for several years. The purpose is to contribute to knowledge and dissemination of human rights in today's society. Each year, the activities and events are divided into the following strategic areas: teaching, research, socio-political impact and visibility and institutional strengthening. This report includes the main activities and events held in 2012.

As regards teaching activities, during the 2012/2013 academic year, the Institute has organised the 19th Master's Course in International Humanitarian Aid-NOHA (Erasmus Mundus), as well as the fifteenth European Master's Course in Human Rights and Democratisation. The Joint European Master in International Migration and Social Cohesion-MISOCO (Erasmus Mundus) is now in its fourth year, and finally, the Human Rights Institute offers a PhD course called the International and Intercultural Studies Programme.

In *research*, the focus was on strengthening the Institute's priority areas, which are also directly related to the programmes offered: a) Human rights and humanitarian action, striving to create opportunities for reflection and exchange between the academic world and humanitarian action agents from the perspective of human rights defence and protection; b) Human rights and diversity, primarily centring on studying new multicultural realities and conflicts caused by collective identities, all of which is approached from a multidisciplinary perspective, and c) Migrations, integration and social cohesion aimed at studying insertion dynamics, immigrants finding their place in our societies and transnational movements and networks. During the 2012/2013 academic year, the Institute's research team, "Sociocultural challenges and human rights in a changing world" has been officially recognised once again by the Basque Government, with the highest possible status.

As for the Institute's own research in the field of human rights and diversity, the research project "New social demands and religious diversity harmonisation practices in local or regional public space", approved by the Ministry of Science and Innovation in 2011, is currently underway.

In the area of human rights and humanitarian action, the project "A new conceptual framework for protection of forced displacement of the population", financed by the Ministry of Science and Innovation is now underway. Lastly, in the focus area of migrations, integration and social cohesion, the project "Integration and Engagement of Immigrant Associations in the Information Society: the impact of information and communication technology, digital inclusion and the social integration of the main immigrant associations in Spain" financed by the Ministry of Science and Innovation is currently in progress.

In addition to the Institute's own projects, it forms part of the Consolidar-Ingenio 2010 programme, participating in the project "Huri-Age, The Time of Rights" financed by the Ministry of Science and Innovation's R+D+i Plan formed by twelve research groups nationwide. The main aim of the HURI-AGE project is to strengthen the capacity for research and training in human rights. The Institute and its research team are members of the following international networks: IMISCOE (International Migration, Integration and Social Cohesion), NOHA (Network On Humanitarian Action), EMA (European Master's Programme in Human Rights and Democratisation) and AHRI (Association of Human Rights Institutes). The Deusto team is leading the European project EUPRHA (European Universities on Professionalisation of Humanitarian Action) on the NOHA network.

The Institute's dissemination programme includes different publications and external dissemination actions.

Five issues of the Cuadernos de Derechos Humanos were published during 2012/2013 period. The titles were as follow:

- *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho Internacional* por Javier Chinchón Álvarez
- *Museo, memoria y derechos humanos: itinerarios para su visita*, a cargo de Luz Maceira Ochoa.
- *Rio+20 (1992-2012). El reto del desarrollo sostenible*, de Xabier Ezeizabarrena.
- *El enfoque ético del maltrato a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, por Xabier Etxeberria y otros.
- *Adimen eta agarpen urritasuna duten pertsonen eragindako tratuetarako txarren ikuspegi etikoa*, Xabier Etxeberria eta beste batzuk.

Furthermore, as part of the Deusto Notebooks series, 2012 saw the publication of the tenth edition, entitled "2011 Yearbook of Humanitarian Action and Human Rights". Of the monographs published in the field of human rights, the work by Juan Antonio Senent, deserves special mention: "The fight for justice. Selection of texts by Ignacio Ellacuría".



Finally, as part of its dissemination programme, the Institute has organised conferences, courses, seminars and meetings for the general public and for persons and organisations from the field of human rights. The aim of these events was to encourage contacts and share work now underway. These events were held with government institutions, university centres, research centres and NGOs, in relation to research projects, international networks and/or European projects. The following are of special interest: "Cultural diversity and rights: current issues and debates in plural societies", in the framework of the project "Consolider-Ingenio HURI-AGE"; "TEDxDeusto: Humanising the World", in the framework of the NOHA network; "International Seminar: social organisations as a context for exploring social and labour integration of young immigrants" in the framework of the IMISCOE network and the research team "Retos" (Challenges).

Some of the events organised are as follows: the "II EMPI Conference-Multidisciplinary Meeting on Indigenous Peoples" within the IMISCOE network and the international seminar "Implications of Religious Diversity for Public Policies from a Human Rights Perspective. Accommodation of Rights at the subnational level", the HURI-AGE Consolider-Ingenio Project and a seminar held within the NOHA network titled "Ethics and Humanitarianism in the twenty first century".

Actions centred primarily on participation in cooperation projects in the field of human rights. The Institute's programme of action was strengthened and diversified during this time. Priority was placed on programmes with organisations and indigenous universities and on training indigenous leaders in the field of human rights. One event especially worthy of mention was the Human Rights Course for Indigenous Peoples in Latin America. This programme began with the United Nations Voluntary Fund for Indigenous Populations and has offered indigenous leaders from all over the world the chance to study human rights issues and international organisations. The programme held at Deusto was begun in cooperation with the UN in order to complement its programmes and include non-English speaking indigenous leaders from Latin America. This group has had difficulty qualifying for these grants due to language barriers. As a result of numerous contacts between the Institute and the UN High Commissioner for Human Rights, the decision was made to organise a parallel programme in Bilbao. In 2012, the twelfth edition was held at Deusto.



## Pedro Arrupe Giza Eskubideen Institutuaren jarduerak 2012. urtean

Pedro Arrupe Giza Eskubideen Institutuak hainbat urte daramatza bere jarduerak lau jardun-ardatzen bueltan egituratzen, modu koherenteagoan eta kualitatiboagoan lagundu ahal izateko giza eskubideak zabaltzeko eta ezagutarazteko inguruko gizartean. Urte bakoitzeko helburuak honako estrategia-ildo hauetan banatzen dira: irakaskuntza, ikerketa, ikusgarritasuna —eragin sozio-politiko eta erakunde-mailako indartzea—. Hurrengo orrietan, 2012. urtean egindako jarduera nagusiak jaso ditugu.

*Irakaskuntza-lanari* dagokionez, Institutuak hauek antolatu ditu 2012/2013 ikasturtean: Nazioarteko Ekintza Humanitarioko XIX. Unibertsitate Masterra-NOHA (Erasmus Mundus), Giza Eskubideei eta Demokratizazioari buruzko XV. Unibertsitate Masterra, Nazioarteko Migrazioei eta Gizarte Kohesioari buruzko IV. Unibertsitate Masterra-MISOCO (Erasmus Mundus) eta Nazioarteko eta Kulturarteko Ikasketei buruzko doktoregoa.

*Ikerketa*-programaren barruan, ikerketa sendotu egin da, batez ere, Institutuak nagusizat jotzen dituen eta, aldi berean, irakaskuntza-programekin zuzenean lotuta dauden arloetan: a) Giza eskubideak eta ekintza humanitarioa, hausnarketarako eta trukerako espazioa irekitzea helburu duena, mundu akademikoaren eta ekintza humanitarioaren eragileen artean, giza eskubideen defentsaren eta babesaren ikuspegitik; b) Giza eskubideak eta aniztasuna, batik bat kultura ugariako errealitate berriak eta nortasun kolektiboak direla-eta sortutako gatazkak aztertzeko, hori guztia diziplina arteko ikuspegitik; eta, c) Migrazioak, integrazioa eta gizarte kohesioa, pertsona immigranteak gure inguruko gizarteetan txertatzeko eta egokitze dinamika aztertzeko, baita nazioz haraindiko mugimenduak eta sareak aztertzeko. 2012/2013 ikasturtean, Institutuko «Gizarte-eta kultura-erronkak eta giza eskubideak aldatzen ari den munduan» iker-taldeak Eusko Jaurlaritzaren onespren ofiziala eskuratu du berriro, kategoria gorenean.

Institutuaren beraren ikerketei dagokienez, giza eskubideak eta aniztasuna aztertzen dituen ildoaren barruan, «Gizarte eskaera berriak eta erlijio aniztasuna bateratzeko praktikak tokiko edo eskualdeko esparru publikoan» izeneko ikerketa proiektua ari gara jorratzen. Giza Eskubideak eta ekintza humanitarioa jorratzen duen ikerrildoan, proiektu hau ari da lan-

zen: «Derrigorrean tokialdatu behar duen jendea babesteko marko konzeptual berria». Zientzia eta Berrikuntza Ministerioak finantzatzen du. Azkenik, migrazio, integrazio eta gizarte kohesioko ikerrildoaren barruan, ««Etorkin elkartearen integrazioa eta parte-hartzea informazio-gizartearen: informazio- eta komunikazio-teknologiaren eragina, inklusio digitala eta gizarteratzea Espainiako etorkin elkarte nagusietan» proiektua garatzen ari da, Zientzia eta Berrikuntza Ministerioak finantzatuta.

Proiektu propioez gainera, Institutua Consolider-Ingenio 2010 programaren zati da, «El tiempo de los derechos: HURI-AGE» proiektuarekin; proiektua Zientzia eta Berrikuntza Ministerioaren I+G+b Planak finantzatzen du eta estatu-mailako hamabi ikertalde osatzen dute. HURI-AGE proiektuaren helburu nagusia da Giza Eskubideen arloan ikertzeko eta prestatzeko ahalmena sendotzea. Nazioarteko esparruari dagokionez, Institutua eta bertako ikertaldea honako sare hauetan ari dira parte hartzen: IMISCOE (International Migration, Integration and Social Cohesion), NOHA (Network On Humanitarian Action), EMA (European Master's Programme in Human Rights and Democratisation) eta AHRI (Association of Human Rights Institutes). NOHA sarearen kasuan, Deustuko taldeak EUPRHA (European Universities on Professionalisation of Humanitarian Action) europar proiektua lideratzen du.

Institutuaren *zabalkunde* programa dela-eta, laburpen honetan, argitalpen-ildoak eta zabalkunderako kanpoko ekintzak aipatu daitezke.

Giza Eskubideei buruzko Koadernoak direla-eta, argitaratzen jarraitu dira, eta aurten 5 zenbaki plazaratu dira. lazko urtean agertu ziren tituluak:

- *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho Internacional* por Javier Chinchón Álvarez
- *Museo, memoria y derechos humanos: itinerarios para su visita*, a cargo de Luz Maceira Ochoa.
- *Rio+20 (1992-2012). El reto del desarrollo sostenible*, de Xabier Ezeizabarrena.
- *El enfoque ético del maltrato a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, por Xabier Etxeberria y otros.
- *Adimen eta agarpen urritasuna duten pertsonen eragindako tratuetan txarren ikuspegi etikoa*, Xabier Etxeberria eta beste batzuk.

2012an, Koadernoak gain, Ekintza Humanitarioaren eta Giza Eskubideen 2011ko Urtekaria kaleratu da, hamargarrena. Giza eskubideei buruzko monografiaren ildoan, berriz, aipatzekoa da «La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría» argitaratu izana, Juan Antonio Sententena.

Azkenik, *zabalkunderako* programa horren barruan, Institutuak zabal-kunderako jarduerak antolatu ditu, besteak beste: hitzaldiak, ikastaroak, mintegiak eta topaketa itxiak eta irekiak, giza eskubideen arloan lan egiten duten pertsona eta erakundeek egiten duten lana zabaltzeko eta harremanetan jartzeko. Jarduera horiek gobernu-erakunde, unibertsitate, ikerketa-zentro eta GGKEekin egin dira. Azkenik, ikerketa-proiektuen, nazioarteko sareen edo/eta Europako proiektuen esparruan, hauek antolatu ditugu, besteak beste: «Kultura-aniztasuna eta eskubideak: gaur eguneko auziak eta eztabaidak gizarte pluraletan» mintegia, Consolider-Ingenio HURI-AGE proiektuaren esparruan; «TEDxDeusto: Humanizing the World» ekitaldia, NOHA sarearen esparruan; eta «Gizarte-erakundeak, gazte etorkinen integrazioa aztertzeko testuinguru» nazioarteko mintegia, Erronkak ikertaldearen eta IMISCOE sarearen esparruan.

*Ekintzaren* gaineko programaren helburu nagusia da giza eskubideei buruzko eremuan lankidetzaren proiektuetan parte hartzea. 2011. urtean, institutuaren ekintza-programa finkatu da, eta erakunde eta unibertsitate indigenekin egindako ekintza-programak eta giza eskubideen gaien gainean lider indigenak prestatzeko ekintza-programak nagusitu dira. Jarduerarik garrantzitsuen Latinoamerikako Herrialde Indigenentzako Giza Eskubideen Prestakuntza Programa izan da. Programa horren jatorria Nazio Batuen Beka Indigenen Programa da; 1997. urtetik, mundu osoko lider indigenei giza eskubideen eta nazioarteko erakundeen gaineko prestakuntza emateko aukera ematen du. Deustun egiten den programa Nazio Batuetan garatutakoaren osagarri gisa sortu zen, nazioarteko erakunde horrekin zuzenean lankidetzan, Amerikako ingeles hiztunak ez diren ordezkari indigenak gizarteratzeko; izan ere, horiek beti izan dituzte oztopo ugari, beka horiek eskuratu ahal izateko, hizkuntza-kontuengatik. Institutuaren eta Nazio Batuetako Giza Eskubideen Goi Komisarioaren arteko harremanen emaitza gisa, Institutuak Bilbon programa paraleloa antolatzea erabaki zuen eta, ondorioz, 2012. urtean, hamairugarren promozioa garatu dugu.



## Normas para la presentación de originales

1. Los artículos deberán ser originales e inéditos, su publicación no debe estar comprometida en otro medio y la temática debe estar relacionada con la del Anuario. El idioma para la presentación de originales será el castellano o el inglés. Los artículos serán sometidos a evaluación de pares.

2. La extensión de los trabajos será de entre 6.000 y 10.000 palabras para los artículos, en papel DIN A4, a un espacio y medio, incluyendo gráficos, tablas, notas y bibliografía.

3. Los artículos serán enviados en soporte informático, Times New Roman 12, a la siguiente dirección: gorka.urrutia@deusto.es. Su publicación dependerá de la evaluación positiva de los informes confidenciales elaborados por evaluadores externos relacionados con los temas del trabajo. La respuesta de la evaluación se hará en el plazo máximo de 8 semanas.

4. En la primera página se indicará: título del artículo, nombre y apellidos, dirección, teléfono y correo electrónico, así como su filiación institucional del autor y la forma en que desea que aparezca. Todo los artículos deberán incluir un resumen del texto (máximo 150 palabras), además de las palabras clave del mismo, en castellano y en inglés.

5. Todos los gráficos deben estar numerados correlativamente, llevar título y la fuente correspondiente. Los mismos requisitos son aplicables a cuadros y tablas. En el texto se deberá indicar la referencia concreta del lugar en el que debe incluirse el gráfico, el cuadro y la tabla.

6. Las siglas irán acompañadas del nombre completo la primera vez que se citen en el texto, y entre paréntesis. Ejemplo: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

7. Las notas, deberán ir a pie de página, y las referencias bibliográficas tendrán el siguiente formato:

José Luis Sampedro, *Conciencia de subdesarrollo*, 1.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Salvat, 1972).

José Luis Sampedro y Rafael Martínez Cortiña, *Estructura económica. Teoría básica y estructura mundial*, 1.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Ariel, 1969).

Ejemplo de referencia de artículo publicado en revista:

José Luis Sampedro, «Una visión del subdesarrollo hace 30 años», *Revista de Economía Mundial*, 1 (1969): pp. 135-143.

Cuando un autor y una obra se citan varias veces, no es necesario repetir todos los datos:

Se usa la abreviatura «Ibíd.» si las citas son consecutivas. Ejemplo:

José Luis Sampedro, *Conciencia de subdesarrollo*, 1.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Salvat, 1972), p. 25.

Ibíd., p. 35.

Se usa la abreviatura latina op. cit. a continuación de la misma obra, si no son citas consecutivas. Ejemplo:

José Luis Sampedro, *Conciencia de subdesarrollo*, 1.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Salvat, 1972), p. 25.

José Luis Sampedro y Rafael Martínez Cortiña, *Estructura económica. Teoría básica y estructura mundial*, 1.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Ariel, 1969), p. 20.

José Luis Sampedro, op. cit., p. 45.



## Requirements for submission of original documents

1. Articles must be unpublished originals, and uncommitted to publication elsewhere, and the subject must be related to the ones of the yearbook. The language for submission must be Spanish or English. Articles will be peer-reviewed.

2. The documents should be of between 6,000 and 10,000 words in length for articles; they should be printed on A4 paper, 1.5 lines spacing, including graphs, charts, tables, notes and bibliography.

3. Articles will be sent electronically in 12-point Times New Roman, to the following address: gorka.urrutia@deusto.es. Publication will depend on the positive evaluation of two reports made by peer-reviewers related to the subject of the article. The response on the evaluation will be communicated in less than eight weeks.

4. The first page should include the following: the title, the author's full name, address, telephone number and email address, as well as the author's institutional affiliation and the way in which he/she wishes this to be stated. All articles should include an abstract of the text (maximum 150 words), as well as the relevant keywords, in Spanish and English.

5. All graphs should be correlatively numbered, bear a title and the relevant source. The same requirements apply to charts and tables. An exact reference of the place in which the graph, chart or table is to be located should be included in the text.

6. Abbreviations should be accompanied by their corresponding full form the first time they are used, e.g. United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR).

7. Footnotes should be found at the bottom of each page, and bibliographical references as the following examples:

Cynthia Arnson, *Comparative Peace Processes in Latin America*, 1.<sup>a</sup> ed. (Washington: Woodrow Wilson Center Press, 1990).

Steven Martin, "The United Nations and Private Security Companies: Responsibility in Conflict", *Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights*, 1 (2007): pp. 89-108.

When an author and a reference are quoted several times, it is not necessary to repeat all the information:

If quotations are consecutive it will be used the abbreviation "Ibid.", example:

Cynthia Arnon, *Comparative Peace Processes in Latin America*, 1.<sup>a</sup> ed. (Washington: Woodrow Wilson Center Press, 1990), p. 25.

Ibid., p. 35.

If quotations of a same reference are repeated, but are not consecutive "op. cit." abbreviation will be used, example:

Cynthia Arnon, *Comparative Peace Processes in Latin America*, 1.<sup>a</sup> ed. (Washington: Woodrow Wilson Center Press, 1990), p. 25.

Steven Martín, "The United Nations and Private Security Companies: Responsibility in Conflict", *Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights*, 1 (2007): pp. 89-108.

Cynthia Arnon, op. cit., p. 45.

# Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos 2013

## Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights 2013

El Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos pretende facilitar un espacio de reflexión e intercambio sobre las prácticas, experiencias e investigaciones que se producen en el ámbito de la acción humanitaria y los derechos humanos. Los estudios y textos aquí incluidos intentan recabar el interés de académicos, profesionales, activistas de movimientos sociales y otras personas interesadas en este campo. El contenido de este undécimo Anuario se nutre tanto de aportaciones realizadas desde la universidad como de reflexiones y propuestas de personas que cuentan con experiencia y responsabilidad directa en el campo de la acción humanitaria, así como en el de los derechos humanos. En esta edición, estos contenidos adquieren la forma de estudios o artículos monográficos.

The Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights aims to provide a space where the reflection on and exchange of the work, experiences and research in the sphere of humanitarian action and human rights is made possible. The studies and texts included in this eleventh volume intend to be of the interest for academics, professionals, social movement activists and other people connected to the fields of humanitarian action and human rights. The contents of this Yearbook are mainly monographic articles.

**HURI-AGE**  
Consolider-Ingenio 2010



**Deusto**

Instituto de Derechos Humanos  
Pedro Arrupe  
Human Rights Institute



GARAPENERAKO  
LANKIDETZAREN  
EUSKAL AGENTZIA  
AGENCIA VASCA DE  
COOPERACIÓN PARA  
EL DESARROLLO



EUSKO JAURLARITZA  
GOBIERNO VASCO