

DIFERENTES CONCEPCIONES DE LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS EN LA INTEGRACIÓN
EUROPEA Y LATINOAMERICANA
La "Carta Andina para la Promoción y Protección de los
Derechos Humanos" (2002)*

Waldemar Hummer ** y Markus Frischhut ***

I. INTRODUCCIÓN

El 26 de julio de 2002 los presidentes de los cinco Estados Miembros de la Comunidad Andina (CAN) - Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Ve-

* Los autores agradecen a la Señora Dra. María Elena Moreira (Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador), al Señor Profesor Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), al Señor Dr. Eduardo Almeida Jaramillo (Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y al Señor Patricio Peralvo Mendoza (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), por la información y el apoyo brindados en el transcurso de las investigaciones realizadas in situ.

Una versión ligeramente modificada de este artículo fue publicada en Ecuador en forma de libro, junto con varios documentos pertinentes (tanto del ámbito europeo como el de América Latina) como Anexos: Waldemar Hummer/Markus Frischhut, Derechos Humanos e integración. Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, 181 pp.. Otra versión modificada será publicada en España en el Anuario de Derecho de la Unión Europea.

** Catedrático y Director del Instituto de Derecho Internacional Público, Derecho de las Comunidades Europeas y Relaciones Internacionales de la Universidad de Innsbruck/Austria desde 1984.

*** Asistente científico en el Management Center Innsbruck (Austria). En el transcurso de un viaje de investigación en febrero del año 2003 visitó la Universidad Andina Simón

nezuela – suscribieron en Guayaquil/Ecuador la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos – en lo sucesivo llamada “Carta Andina” (CA).

Los Estados Miembros de la Comunidad Andina declaran conforme al Art 63 CA, que esta Carta constituye “la primera manifestación integral de la Comunidad Andina en materia de Derechos Humanos en el espacio comunitario”, que “complementa la normativa nacional, interamericana y universal en el tema”. Esta formulación hace suponer que ahora también en el ámbito del derecho comunitario supranacional de la Comunidad Andina se ha llegado a la formación de una Carta de Derechos Humanos propia, que viene a complementar la protección de derechos fundamentales y de Derechos Humanos ya existente a nivel nacional, interamericano¹ y universal en los Estados Miembros de la Comunidad Andina. Además, esta suposición parece ineludible, debido a que los Estados Miembros de la Comunidad Andina² han firmado esta Carta de Derechos Humanos justamente un año y medio después de la proclamación solemne de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Carta Europea) el 7 de diciembre de 2000 en Niza, por lo que uno puede caer en la tentación de ver a esta última como modelo de la primera y, en consecuencia, de hacer compara-

Bolívar, el Ministerio de Relaciones Exteriores ecuatoriano, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Quito), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Santiago de Chile), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y el Mercosur (Montevideo), y el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL) (Buenos Aires) con el fin de recolectar el material necesario para este trabajo.

¹ Con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 22. 11. 1969, (http://www.corteidh.or.cr/docs_basicos/Convencion.html); véase también en Waldemar HUMMER/Markus FRISCHHUT, *Derechos Humanos e integración. Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 97 ss), ver p. ej., A A C Trindade, “El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos (1948-1995). Evolución, estado actual y perspectivas”, *Derecho internacional y Derechos Humanos*, 1996, pp. 47 ss; Lindsay MOIR, “Law and the Inter-American human rights system”, *HRQu*, 2003, pp. 182 ss; Juliane KOKOTT, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte. Beiträge zum öffentlichen Recht und Völkerrecht*, t. 92, Berlin, editorial Springer, 1986, pp. 166 ss.

² Véase infra III.

ciones tanto conceptuales como de contenido entre ambos documentos de Derechos Humanos y de Derechos Fundamentales respectivamente.

A manera de cuestión preliminar será necesario investigar, en relación con esto, si la Carta Andina - así como también la Carta de Derechos Fundamentales de la UE - pretende de hecho proteger contra el poder público de la Comunidad (Andina) como tal, o si solamente sirve de protección contra el poder público estatal de cada uno de los Estados Miembros reunidos en la Comunidad Andina. Interesa examinar en este sentido, si en la doctrina latinoamericana en general - y en la concepción de la Carta Andina en particular - se hace generalmente tal diferenciación³. Inmediatamente después de esta cuestión preliminar se plantea el asunto de la calidad jurídica de la Carta Andina. En especial interesa saber si, como acto de uno de los órganos de la Comunidad Andina, se le puede imputar a ésta directamente o si se debe ver como un convenio internacional entre los Países Miembros, "solamente concertado" en el seno de la misma⁴.

También se encuentra en relación con este tema la pregunta sobre la motivación que conduce a la elaboración de un documento para la protección de los Derechos Humanos, en el marco de la Comunidad Andina - precisamente en el período de tiempo actual. Se conoce que una de las razones por las que se redactó la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, fue el intento de consolidar y posteriormente codificar la dispersa jurisprudencia del TJCE, que ha actuado en forma casi legislativa, al emitir una multitud de fallos sobre casos de protección de Derechos Humanos. Por esto será necesario investigar, si también en el ámbito del Tribunal Andino (TA) existe jurisprudencia en materia de Derechos Humanos y, dado el caso, analizar por un lado si ésta se puede comparar con la jurisprudencia europea - surgida en el seno del TJCE - y, por otro lado, examinar si encontró cabida en la Carta Andina⁵.

³ Véase infra VI.E.

⁴ Véase infra VI.D.

⁵ Véase infra VI.A.

La Carta Andina se caracteriza por una fuerte vinculación entre Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Esta concepción holística – es decir que parte de una íntima relación entre Derechos Humanos y Democracia como principio global – está establecida en el Art 4 CA, e imprime su carácter en la estructura total de la Carta Andina. Por esto va a ser necesario, para lograr una comprensión adecuada, tratar la cuestión de la defensa de la democracia en la Comunidad Andina, con lo cual, también en este aspecto se dejan constatar notables semejanzas con la UE. Así como la UE ha desarrollado una “plataforma común de valores” en el Art 6 apartado 1 TUE, y ha previsto para esto un mecanismo de sanciones en el Art 7 TUE, también la Comunidad Andina se ha comprometido mediante su Compromiso democrático⁶ a garantizar la democracia en su propio seno, aunque de una manera un poco distinta.

Este trabajo examinará primeramente las diferentes concepciones de la integración prevalentes en Europa y América Latina (II), con el fin de conseguir una comprensión global del tema. Luego se hará una referencia sobre el paso del Pacto Andino a la Comunidad Andina (III), para después pasar a tratar el tema, mencionado anteriormente, de los compromisos democráticos (IV). Después de exponer brevemente la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (V), se entrará en la presentación y en el análisis de la Carta Andina (VI).

II. DIFERENTES CONCEPCIONES DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

Antes de poder tratar sobre la Carta de Derechos Humanos elaborada en el seno de la Comunidad Andina, se deberán hacer, por una parte, algu-

⁶ Al respecto, ver Waldemar HUMMER, “Demokratiesicherungsklauseln in regionalen Präferenzonen. Europäische versus lateinamerikanische Praxis”, JRP, 3/2001, pp. 185 ss; Waldemar HUMMER, “El ‘diálogo político’ y el ‘compromiso democrático’ en las zonas de integración económica en América Latina ¿Copia fiel de la experiencia europea o concepto genuino?”, en Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro, eds. Zlata Drnas de Clément, Marcelo Lerner, Córdoba, 2002, pp. 1241 ss; véase también infra IV.

nas reflexiones acerca de la integración económica en América Latina en general, y, por otra parte, acerca del Pacto Andino o Comunidad Andina en particular⁷.

Es necesario señalar en este punto, a manera de introducción general, que la doctrina integracionista latinoamericana difiere fundamentalmente de la europea y que al menos al comienzo no se puede ver como "copia" del modelo europeo. A principios de los años 60 del siglo pasado - bajo la influencia de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y de su economista principal, el argentino Raúl Prebisch - se concibió la integración en Latinoamérica como un modelo para lograr la ampliación de los mercados, con el fin de poder realizar no solamente producciones en masa con reducción de costes (economies of scale) sino también de conseguir la sustitución de importaciones a gran escala, conjuntamente con el correspondiente ahorro de divisas. En contraposición a la motivación política (adicional), detrás de los esfuerzos europeos de integración económica, en Latinoamérica se propagó la integración - siguiendo la lógica de la "Teoría de la Dependencia" de Raúl Prebisch⁸ - como camino de salida del subdesarrollo, y no, lo que se hizo en Europa siguiendo el modelo neofuncionalista, como fundamento económico para un spill over de carácter político. En Latinoamérica, el concepto de "integración" está inseparablemente unido al de desarrollo, y así se demuestra su carácter de política de desarrollo socioeconómico⁹.

Así, despojada de sus precondiciones y consecuencias políticas, la "integración" aparece en Latinoamérica al principio como un medio, propagado por las élites políticas, para la (mera) erradicación del subdesarrollo, a través de la sustitución de importaciones y de la ampliación de los merca-

⁷ Véase infra III.

⁸ Ver Raúl PREBISCH, "Sobre la Dependencia y el Desarrollo", en *Crisis y desarrollo alternativo en Latinoamérica*, ed. Heraldo Muñoz, Santiago, Editorial Aconcagua, 1985, pp. 13 ss; ver también el "Homenaje a Raúl Prebisch", *Revista de la CEPAL*, 2001, núm. 75.

⁹ Ver Waldemar HUMMER, *Regionale Integrationsideologie und innerstaatliche Legitimationsbedürfnisse*, en *Integration in Lateinamerika*, eds. Dieter Benecke, Michael Domitra, Manfred Mols, München, 1980, pp. 215 ss.

dos. A esto se suma el hecho de que al comienzo los Estados latinoamericanos, guiados por su pensamiento nacional, no estaban dispuestos a tolerar ni una nivelación planificada, ni intromisiones intervencionistas en el mercado, y por consiguiente, rechazaron desde el principio cualquier intento de una concepción supranacional. Muy pronto se hizo imposible dominar la compleja problemática económica con el instrumentario intergubernamental establecido en los Tratados constitutivos, por lo cual - puramente por necesidad material - poco a poco se fueron formando estructuras casi-supranacionales, para las cuales constituyen ejemplos clásicos el Pacto Andino (1969) original, así como su organización sucesora, la Comunidad Andina (1996). El Pacto Andino fue concebido al comienzo precisamente como zona preferencial subregional, provista de un dinamismo propio, en forma de unión aduanera, dentro de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)/Latin American Free Trade Association (LAFTA) (1960), que constituía solamente una Zona de Libre Comercio¹⁰.

Si bien los esfuerzos de integración latinoamericanos se desarrollan, no solamente basándose en condiciones políticas y socioeconómicas previas totalmente diferentes, sino que además, generalmente se efectúan de una manera meramente pragmática, no se puede negar por completo la función orientadora que cumplen los modelos europeos de integración para las zonas de integración en Latinoamérica y el Caribe. Sobre todo el Pacto Andino, o bien la Comunidad Andina, aquí analizadas, constituyen una copia casi idéntica de la Comunidad (Económica) Europea¹¹ en el ámbito institucional; en cuanto a la calidad de su ordenamiento jurídico pueden ser calificadas de supranacionales – al menos “en statu nascendi”. Pero ambas estructuras de integración fueron adquiriendo esta calidad paso a paso a lo largo de su evolución, pues aún no había sido establecida conceptualmente en los Tratados constitutivos. La ausencia casi total de declaraciones jurídi-

¹⁰ Cfr con Waldemar HUMMER, “Subregionale Präferenzzonen als Mittel lateinamerikanischer Integrationspolitik”, Edición especial 8-1975 de la ZfLW, pp. 1 ss, pp. 73 ss; véase infra III.

¹¹ Así también Waldemar HUMMER, Neueste Entwicklungen im fortschreitenden Integrationsprozeß in Lateinamerika – Anden-Pakt”, JÖR NF, 1980, pp. 527 ss.

co-dogmáticas fundamentales sobre el carácter jurídico de las estructuras de integración latinoamericanas, torna más que difícil su calificación jurídica, y su clasificación en las categorías tradicionales de poder público supranacional (*Verbandsgewalt*) de las estructuras de integración europeas.

III. DEL PACTO ANDINO A LA COMUNIDAD ANDINA

La Comunidad Andina¹² es la sucesora del Pacto Andino, que a su vez constituía una zona de integración subregional¹³ dentro de la zona preferencial regional ALALC/LAFTA¹⁴. Esta última fue constituida el 18 de febrero de 1960 por el Tratado de Montevideo¹⁵, y transformada el 12 de agosto de 1980 en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)/ Latin American Integration Association (LAIA)¹⁶, por el segundo Tratado de Montevideo¹⁷. La ALADI/LAIA sucedió jurídicamente a la ALALC/LAFTA, y con sus once miembros de entonces – actualmente son doce¹⁸ – constituye aún hoy en día la zona de integración más amplia de Latinoamérica.

¹² Con respecto a la génesis de la Comunidad Andina, ver Markus Frischhut, *Die Rolle der Judikative in der Ausformung der Verbandsgewalt supranationaler Organisationen*. EuGH, Andengerichtshof, Supreme Court und Conseil Constitutionnel im Vergleich, Frankfurt am Main, editorial Peter Lang, 2003, pp. 209 ss.

¹³ Cfr con HUMMER, nota 10, pp. 70 ss.

¹⁴ Cfr con HUMMER, nota 10, pp. 27 ss.

¹⁵ Texto en Junta del Acuerdo de Cartagena/Instituto para la Integración de América Latina (Eds), *Historia documental del Acuerdo de Cartagena*, Buenos Aires, 1974, pp. 227 ss.

¹⁶ Con respecto al desarrollo de la ALALC/LAFTA hacia la ALADI/LAIA, véase p. ej., Aline Frambes-Alzérrecá, *Der Andenpakt. Wandlungen eines Integrationsprozesses*, Marburg, Verlag Arbeiterbewegung und Gesellschaftswissenschaft, 1989, pp. 78 ss.

¹⁷ Para un análisis de ambos Tratados, véase Raymundo BARROS, "Análisis comparativo de los Tratados de Montevideo 1960 y 1980", en *Integración latinoamericana*, 50/1980, pp. 30 ss y 54/1981, pp. 93 ss.

¹⁸ Cuba fue aceptado como Estado Miembro el 6. 11. 1998, en la X. Reunión del Comité de Ministros, por medio de la Resolución (Res) 51(X), y es Miembro de pleno derecho de la ALADI/LAIA desde el 26.6.1999, después de haber cumplido las formalidades necesarias.

Debido a su tamaño, la ALALC/LAFTA reunía en su seno a un grupo no muy homogéneo de Estados, ya que constaba de algunas economías grandes (Brasil, México y Argentina), otras medianas (Colombia, Venezuela, Perú y Chile) y otras pequeñas (Bolivia, Paraguay, Uruguay y Ecuador). Por consiguiente, los beneficios de la integración favorecerían más intensamente a los Estados más grandes, por lo que el grupo más homogéneo entre los Estados andinos se vio obligado a formar una unión aduanera subregional propia dentro del "Tratado matriz" de la ALALC/LAFTA, que constituía únicamente una Zona de Libre Comercio¹⁹. Por eso, los cinco Estados andinos Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú suscribieron el 26 de mayo de 1969, en Santafé de Bogotá/Colombia, el Acuerdo de Integración Subregional²⁰. Llamado comúnmente Pacto Andino. Con su Decisión 1²¹, la Comisión del Pacto Andino dió a este Tratado el nombre formal de Acuerdo de Cartagena (AC). Éste entró en vigor el 16 de octubre de 1969, tras el depósito del quinto documento de ratificación²².

Venezuela había participado en las rondas de negociación del Pacto Andino, pero no llegó a suscribirlo hasta cuatro años después, y finalmente se adhirió el 13 de febrero de 1973²³. Otro Estado miembro, Chile, se retiró del Pacto Andino el 30 de octubre de 1976, tres años después de la caída de Salvador Allende, y de la toma de poder del régimen militar de Augusto Pinochet en otoño de 1973²⁴, por lo cual al final quedó un número total (que

¹⁹ Al respecto ver Waldemar HUMMER, Dietmar Prager, GATT, ALADI y NAFTA. Pertenencia simultánea a diferentes sistemas de integración, Buenos Aires, Ciudad Argentina-Editorial de Ciencia y Cultura, 1998.

²⁰ Texto en Junta del Acuerdo de Cartagena/Instituto para la Integración de América Latina, nota 15, pp. 17 ss.

²¹ Texto en Junta del Acuerdo de Cartagena/Instituto para la Integración de América Latina, nota 15, p. 220.

²² Junta del Acuerdo de Cartagena/Instituto para la Integración de América Latina, nota 15, p. 604.

²³ Cfr con Junta del Acuerdo de Cartagena/Instituto para la Integración de América Latina, nota 15, p. 123, o bien, "Acuerdo de Cartagena: adhesión de Venezuela", en Derecho de la Integración, 13/1973, pp. 129 ss.

²⁴ Cfr con Alberto RIOSECO, El Proceso de retiro de Chile del Acuerdo de Cartagena, 1979; también "Grupo Andino: retiro de Chile", en Derecho de la Integración, 24/1977, p. 163.

no se ha modificado hasta la fecha) de cinco Estados Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Casi un año y medio después de la creación de la Unión Europea (UE) a través del Tratado de Maastricht (1992), con efecto a partir del 1 de noviembre de 1993²⁵, también el Pacto Andino sufrió un cambio institucional, al ser aprobado el Protocolo de Trujillo²⁶ por los presidentes de los Estados Miembros en su reunión en Trujillo/Perú del 10 de marzo de 1995, por el cual el Pacto Andino se transformó en la Comunidad Andina, y quedó establecido el Sistema Andino de Integración (SAI)²⁷.

Cabe destacar, que la mayoría de los órganos de la "Comunidad Andina" no han sido ni previstos, ni constituidos por el propio Tratado Fundacional, y fueron introducidos al sistema constitucional en etapas posteriores de la integración andina, como consecuencia de la estructura y función cada vez más complejas:²⁸ El 28 de mayo de 1969 ya había sido constituida la Comisión del Acuerdo de Cartagena - que por lo tanto es el único órgano existente desde el principio - compuesta por representantes estatales de los Estados Miembros, cumpliendo todavía una función intergubernamental y no supranacional - provista de funciones legislativas; diez años después, el 29 de mayo de 1979, fue creado el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena - que sigue claramente el ejemplo del TJCE²⁹. El 25 de octubre de 1979 se constituyó el Parlamento Andino - que corresponde aproximadamente a lo que era el Parlamento Europeo en una fase temprana - y, el 12 de noviembre de 1979, el Consejo Andino de Ministros de Rela-

²⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 1993, núm. L 293, p. 61.

²⁶ [Http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d406.htm](http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d406.htm).

²⁷ La última modificación - con efecto desde el 14. 4. 2003 - se realizó con el Protocolo de Sucre, en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/sucre.htm>; al respecto véase, <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/np14-4-03.htm>. Para la versión consolidada actual del Acuerdo de Cartagena, véase la Decisión 563 del 25. 6. 2003 de la Comisión, en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D563.htm>.

²⁸ Los órganos de la Comunidad Andina fueron creados siguiendo el ejemplo de los órganos de la CE/UE, aunque en parte se escondan funciones distintas detrás de denominaciones idénticas.

²⁹ Cfr con FRISCHHUT, Die Rolle der Judikative, nota 12, pp. 244 ss.

ciones Exteriores, con una composición intergubernamental y provista de funciones ejecutivas. El 23 de mayo de 1990 se crea el Consejo Presidencial Andino - que corresponde aproximadamente a lo que es el Consejo Europeo - y el 10 de marzo de 1996 la Secretaría General de la Comunidad Andina (la antigua Junta) - que corresponde más o menos a lo que es la Comisión Europea -, y que comenzó sus actividades el 1 de agosto de 1997.

IV. COMPROMISOS DEMOCRÁTICOS

A. En la Unión Europea

Con la transformación de las tres Comunidades Europeas en la Unión Europea por el Tratado de Maastricht (1992), se intensificaron las recriminaciones - hasta ese momento expresadas solamente en casos aislados -, que acusaban de un déficit democrático y de legitimación en el poder público de la Unión³⁰, y que condujeron en primer lugar, al establecimiento del Art F.1 en el TUE, conforme el cual, los sistemas de gobierno de los Estados Miembros de la UE deben basarse en principios democráticos. Esta obligación, dirigida primordialmente al poder público de los Estados Miembros, fue enriquecida por el Tratado de Amsterdam (1997) con otras exigencias fundamentales de "ordre public" (como p.ej. respeto del Estado de Derecho, la libertad y la protección de los Derechos Humanos), contenidas en el Art. 6 apartado 1 TUE, y, a través de este Tratado, estas obligaciones también fueron extendidas a la propia UE como organización supranacional: "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho...". Para asegurar esta "plataforma común de valores"³¹, se introdujo en

³⁰ Al respecto, ver la "Declaración sobre la Democracia" del Consejo Europeo de Copenhague del 7. al 8. 4. 1978; Boletín Oficial de las Comunidades Europeas, 3-1978, pp. 5 ss.

³¹ Al respecto, ver Waldemar HUMMER, Vom Postulat 'struktureller Kongruenz und Homogenität' zum (vertikalen) 'Homogenitätsgebot' des Art 6 Abs 1 EUV. Strukturdivergenzen zwischen Staats- und Verbandsgewalt dargestellt am Beispiel des Demokratiepostulats", en Die Zukunft der Demokratie, ed. Helmut Reinalter, Innsbruck, Studienverlag Innsbruck y otros, 2002, pp. 160 ss; HUMMER, Waldemar, Paradigmen-

el Art 7 TUE un mecanismo propio de sanciones, que es puesto en marcha en el caso "de una violación grave y persistente" de esta obligación, y que puede hasta conducir a la suspensión de los derechos de voto del Estado infractor. Aunque este proceso no se llegó a aplicar en el caso del boicot político de los 14 Estados miembros de la UE contra Austria en febrero del 2000³², este suceso sí muestra cuan eficiente puede llegar a ser semejante régimen de sanciones. Para evitar acontecimientos desagradables, como el que se presentó en la experiencia del boicot diplomático contra el gobierno austríaco, se estableció mediante el Tratado de Niza (2001) un "mecanismo preventivo" propio en el Art. 7 apartado 1 TUE, que ahora permite a la UE reaccionar conforme corresponde en el momento de comprobarse la existencia de un riesgo claro de violación grave de los valores comunes codificados en el Art 6 apartado 1 TUE.

La "plataforma común de valores" no sólo tiene un efecto hacia dentro, sino que irradia también en las relaciones exteriores de la UE: por un lado, según el Art 49 TUE, puede adherirse a la UE únicamente el Estado que respete estos valores y por el otro, según el Art 177 apartado 2 TCE, la Cooperación al Desarrollo³³ de la Comunidad contribuirá a que en terceros países también se consoliden estos valores. Además, el Art 181a TCE ex-

wechsel im Internationalen Organisationsrecht. Von der ‚Supranationalität‘ zur ‚strukturellen Kongruenz und Homogenität‘ der Verbandsgewalt", en *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende. Ansichten österreichischer Völkerrechtler zu aktuellen Problemlagen*, ed. Waldemar HUMMER, Wien, editorial Manz, 2002, pp. 145 ss.

³² Al respecto, ver Erhard Busek, Martin Schauer (Eds), *Eine europäische Erregung. Die „Sanktionen“ der Vierzehn gegen Österreich im Jahr 2000. Analysen und Kommentare*, Wien, editorial Böhlau, 2003; Waldemar Hummer, „Die ‚Maßnahmen‘ der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gegen die österreichische Bundesregierung – Die ‚EU-Sanktionen‘ aus juristischer Sicht“, en Österreich unter „EU-Quarantäne“. Die „Sanktionen der 14“ gegen die österreichische Bundesregierung aus politikwissenschaftlicher und juristischer Sicht – Chronologie, Kommentar, Dokumentation, eds. Waldemar Hummer, Anton Pelinka, Wien, editorial Linde, 2002, pp. 50 ss.

³³ Cfr con Anette WINDMEIßER, *Der Menschenrechtsansatz in der Entwicklungszusammenarbeit*, Wien, editorial Österreich, 2002; Christian PIPPAN, *Die Förderung der Menschenrechte und der Demokratie als Aufgabe der Entwicklungszusammenarbeit der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt am Main, editorial Peter Lang, 2002.

tiende esta obligación a todas las medidas de la Cooperación económica, financiera y técnica de la Comunidad Europea con terceros países.

La Comunidad Europea (CE) ya se había comprometido antes con estos valores: el Acuerdo de Lomé IV de 1989, entre la Comunidad Económica Europea (CEE) y los Estados ACP, contenía una "Cláusula de protección de los Derechos Humanos" y un "Compromiso democrático" – así llamados –, que a continuación fueron ampliados, y que en la actualidad llevan a la suspensión inmediata del tratado con el Estado infractor, en caso de violación³⁴. Como consecuencia de los atentados terroristas del 11 de setiembre del 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica, la UE también acuerda con países terceros las así llamadas "Cláusulas contra el terrorismo" para la protección de la democracia, como se hizo por primera vez en el caso del Acuerdo de la UE con la República del Líbano³⁵.

En el Art 42 (Parte I) del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, –elaborado por la "Convención Europea", también llamada "Convención para el futuro de Europa" o "Convención para el Tratado de Europa", y presentado el 18 de julio del 2003 por su Presidente, Giscard d'Estaing, ante la Presidencia italiana del Consejo de la Unión Europea-³⁶, se establece una Cláusula de solidaridad propia, en base a la cual la Unión y sus Estados miembros actuarán conjuntamente en un espíritu de solidaridad para proteger a las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas.

³⁴ Con respecto a las "cuatro generaciones" de Derechos Humanos y Compromisos Democráticos en las relaciones exteriores de la CE, véase Waldemar HUMMER, "Demokratiesicherungsklauseln", nota 6, pp. 177 ss.

³⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2002, núm. L 262, p. 1, pp. 2 ss; con efecto desde el 1. 3. 2003, Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2003, núm. L 16, p. 58.

³⁶ CONV 850/03 del 18. 3. 2003; véase también Diario Oficial de la Unión Europea 2003, núm. C 169, pp. 1 ss.

B. En la Comunidad Andina

Los defensores del regionalismo abierto³⁷ en Latinoamérica, son los que demandan la existencia de gobiernos democráticos en los Estados Miembros de zonas preferenciales regionales, no solamente en el mando de las estructuras de integración de carácter supranacional, sino también en las de carácter intergubernamental³⁸. Conforme a este postulado, es necesario que éstas respalden “una convergencia no sólo de los sistemas económicos, sino también de los sistemas políticos sobre la base de un patrón democrático. Ello obedece a la concepción de que una integración económica efectiva y duradera supone la existencia y la aplicabilidad de sistemas políticos compatibles ... De ello se deduce que los procesos de integración y democratización deben nutrirse recíprocamente ...”³⁹.

El 7 de agosto de 1998, el Consejo de Presidentes de la Comunidad Andina aprobó – para el fortalecimiento de la democracia – el Compromiso de la Comunidad Andina con la Democracia, en Santafé de Bogotá. Este documento fue ampliado⁴⁰ el 10 de junio de 2000 por el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia⁴¹. El preámbulo de este Protocolo Adicional no solamente reafirma

³⁷ Cfr con CEPAL, “El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe: la integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad”, en CEPAL, Cincuenta años de pensamiento en la CEPAL. Textos Seleccionados, vol. II, 1998, pp. 903 ss; Juan Alberto FUENTES, “El regionalismo abierto y la integración económica”, en Revista de la CEPAL, 1994, pp. 81 ss; Alfredo GUERRA-BORGES, “Reflexiones críticas y propositivas sobre el regionalismo abierto en América Latina”, en Dimensiones de la integración europea y americana, eds. Carlos Molina del Pozo, Jaime Delgado Rojas, Heredia, Editorial Universidad Autónoma, 2000, pp. 147 ss; Eduardo LIZANO, “El regionalismo abierto”, Revista INCAE, 1998, pp. 23 ss.

³⁸ Véase también infra VI.K.c).

³⁹ José GARCIA-BONDIA, “El compromiso de los Estados Miembros de la Comunidad Andina con el mantenimiento del orden democrático. ¿Compromiso real o retórica?”, en Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales 1999, 2000, p. 114.

⁴⁰ HUMMER, “Demokratiesicherungsklauseln”, nota 6, pp. 200 ss.

⁴¹ [Http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/democracia.htm](http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/democracia.htm).

los principios, establecidos en los estatutos del Pacto Andino y de la Comunidad Andina, de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia, sino que declara también que la Comunidad Andina es una comunidad de naciones democráticas. El Art 1 del Protocolo Adicional afirma además que la plena vigencia de instituciones democráticas y del Estado de Derecho son condiciones esenciales para la cooperación política y el proceso de integración económica. En caso de darse una ruptura del orden democrático en uno de los Estados miembros, se pueden aplicar, según estos dos documentos, alguna de las siguientes medidas contra el Estado afectado: suspensión de todos los derechos de participación, así como otras medidas y acciones de conformidad con el Derecho Internacional Público⁴².

C. En la Organización de los Estados Americanos

En este contexto no se debe perder de vista el hecho de que este Compromiso democrático específico de la Comunidad Andina se basa en un deber democrático general, al que ya antes se habían sometido todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA/OAS). Partiendo del requerimiento de una democracia representativa, establecido en el Art 5-d) de la Carta de la OEA/OAS de 1948⁴³, el 5 de junio de 1991 se aprobaron el Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano⁴⁴ y la Res 1080 sobre Democracia Representativa⁴⁵. Ambos documentos se mencionan⁴⁶ en el Protocolo complementario de la OEA/OAS de Washington del 14 de diciembre de 1992⁴⁷, que entró en vigor en 1997. Hasta ahora han sido llamados al orden, por infracciones contra el Compromiso democrático – basándose en la Res 1080

⁴² Ver HUMMER, "El 'diálogo político'", nota 6, pp. 1266 ss.

⁴³ [Http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html).

⁴⁴ The Santiago Commitment to Democracy and the Renewal of the Inter-American System, en: <http://www.upd.oas.org/NewUPD/mainlinks/res&doc%20upd>.

⁴⁵ OAS Doc AG/RES 1080 (XXI-O/91); ver T.M. FRANCK, "The Emerging Right to Democratic Governance", AJIL, 1992, pp. 46 ss.

⁴⁶ José GARCIA-BONDIA, "El compromiso", nota 38, p. 116.

⁴⁷ 33 ILM 1005, 1994.

(no vinculante) –, cuatro Estados Miembros de la región de Latinoamérica y el Caribe: Haití (1991-1995), Perú (1992), Guatemala (1993) y Paraguay (1996)⁴⁸.

Hacia marzo de 1995, el Comité Jurídico Interamericano aprobó también una Resolución sobre Democracia en el sistema interamericano⁴⁹, que fue desarrollada más detalladamente por una Resolución ulterior del 6 de febrero de 1996⁵⁰. En la tercera reunión cumbre de las Américas (Third Summit of the Americas), celebrada del 20 al 22 de abril de 2001 en Quebec City/Canadá⁵¹, los representantes de 34 Estados americanos adoptaron la Declaration of Quebec City, que contenía un Compromiso democrático propio y que estaba inspirada en su contenido por la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, acordada en San Luis/Argentina el 25 de junio de 1996⁵². Además, esta Declaración exigía a los representantes de los Estados elaborar una Carta Interamericana de Democracia⁵³. El 11 de setiembre de 2001 fue adoptada finalmente por la Asamblea General de la OEA, reunida en Lima/Perú, la Carta Interamericana de Democracia⁵⁴, que también prevé, en sus Art 17 a 22, un sistema de sanciones en el caso de darse una violación inconstitucional del Compromiso democrático en alguno de los Estados Miembros, que puede llevar hasta la suspensión de los derechos de participación en la OEA/OAS (Art 21).

⁴⁸ Ver Stephen SCHNABLY, "The Santiago Commitment as a Call to democracy in the United States: evaluating the OAS Role in Haiti, Peru, and Guatemala", *Miami Inter-American Law Review*, 1994, pp. 393 ss.

⁴⁹ CJI/RES I-3/95, 1995.

⁵⁰ CJI/RES I-2/96, 1996.

⁵¹ El "First Summit" se celebró en 1994 en Miami/Florida, y el "Second Summit" en 1998 en Santiago de Chile, en: <http://www.summit-americas.org>.

⁵² Véase HUMMER, "Demokratiesicherungsklauseln", nota 6, p. 197 f; al respecto, ver también Andrew COOPER, Thomas LEGLER, "The OAS Democratic Solidarity Paradigm: questions of Collective and national Leadership", *Latin American Pol&Soc*, 2001, pp. 103 ss.

⁵³ Ver Enrique LAGOS, Timothy RUDY, "The Third Summit of the Americas and the Thirty-First Session of the OAS General Assembly", *AJIL*, 2002, pp. 173 ss.

⁵⁴ 40 ILM, p. 1289, 2001.

V. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Como los Padres fundacionales de las Comunidades Europeas no habían previsto un catálogo de derechos fundamentales, éste tuvo que ser desarrollado por los jueces, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas. Este proceso comenzó a finales de los años 60 del siglo pasado, y para finales de los años 70 ya había alcanzado una dimensión tal, que se estimó imprescindible proceder a la codificación de cada una de las sentencias del TJCE en materia de derechos fundamentales. La primera solución propuesta por la Comisión Europea en 1979, fue que la CE ingresara al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁵⁵, lo cual demostró a continuación ser un camino no viable, tanto a nivel político como jurídico⁵⁶, por lo que se tuvo que recurrir a la segunda alternativa, es decir a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales propia, en la que debía ser codificado este caudal de jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, que había sido desarrollado por los jueces.

El Consejo Europeo de Colonia/Alemania del 3 al 4 de junio de 1999 aprobó una Decisión relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁷. En una reunión extraordinaria en Tampere/Finlandia, del 15 al 16 de octubre 1999, el Consejo Europeo se puso de acuerdo sobre la composición y el método de trabajo para la comisión que debía redactar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵⁸.

⁵⁵ Memorándum de la Comisión del 4. 4. 1979, sobre la adhesión de la CE a la CEDH; Boletín Oficial de la Comunidad Económica Europea, Anexo 2/79; ver Waldemar HUMMER, "Grundrechte in der Europäischen Union. Vom Richterrecht über eine Grundrechtscharta zur europäischen Verfassung", en *Völker- und Europarecht*. 24. Österreichischer Völkerrechtstag und 9. Herbert Miehsler Gedächtnisvorlesung, eds. Wolfram Karl, Ulrike Brandl, Wien, editorial Österreich, 2000, p. 331. Sobre el Convenio: véase en Hummer/Frischhut, *Derechos Humanos e integración*, nota 1, pp. 151 ss.

⁵⁶ El TJCE negó, por medio de su Dictamen 2/94 del 28. 3. 1996, CEDH, Recopilación 1996, t. I, pp. 1759 ss, la admisibilidad de una adhesión de la CE a la CEDH.

⁵⁷ Boletín Oficial de la UE 6-1999, p. 14, p. 39 ss.

⁵⁸ Boletín Oficial de la UE 10-1999, p. 15 ss.

Esta "comisión" más tarde se denominó a sí misma "Convención de Derechos Fundamentales" (por esto, el método utilizado se llama también "método de convención") - siguiendo el ejemplo de la Convención Constitucional de Filadelfia/Estados Unidos de Norteamérica (1787) - y tuvo su reunión constitutiva el 17 de diciembre de 1999, en la cual fue elegido como Presidente el entonces Presidente de la República Federal de Alemania, Roman Herzog. El Consejo Europeo de Biarritz/Francia del 13 al 14 de octubre aprobó políticamente el texto del Proyecto de Carta, después de que el Presidente Herzog lo presentara al Presidente del Consejo Europeo⁵⁹. Finalmente, una vez que el Parlamento Europeo (el 14 de noviembre), y la Comisión (el 6 de diciembre), también habían aceptado el texto, fue proclamada solemnemente, el 7 de diciembre del 2000, al margen de la reunión del Consejo Europeo de Niza/Francia, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁶⁰, por los Presidentes de los tres Órganos – Parlamento, Consejo y Comisión. El Consejo Europeo celebró más tarde la realización de este acto⁶¹.

Con esto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE representa solamente una "Declaración Interinstitucional", la cual, no obstante, debería haber sido incluida en los Tratados con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de 2003, según la intención de la "Convención para el futuro de Europa" o "Convención para el Tratado de Europa", con lo cual se habría establecido su carácter vinculante⁶². En este sentido, el Presidente de la "Convención para el futuro de Europa", Valéry Giscard d'Estaing, presentó el 20 de junio de 2003, ante el Consejo Europeo de Thessaloniki/Grecia, el "Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución

⁵⁹ CHARTE 4487/00, CONVENT 50 del 28. 9. 2000.

⁶⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2000, núm. C 364, pp. 1 ss; al respecto, ver Waldemar HUMMER, Walter OBWEXER, Der Vertrag von Nizza, Wien, editorial Manz, 2001, pp. 305 ss.

⁶¹ En general, ver Waldemar HUMMER, Der Status der EU-Grundrechtecharta. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, Bonn, editorial Europa Union, 2002.

⁶² Cfr con Waldemar HUMMER, "Ursprünge, Stand und Perspektiven der Europäischen Verfassungsdiskussion", en Die EU nach Nizza. Ergebnisse und Perspektiven, eds. Stefan Griller, Waldemar HUMMER, Wien, editorial Springer, 2002, pp. 325 ss.

para Europa”, en cuya II Parte fue incorporada “tal cual” la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁶³. Con este proyecto no solamente se habría transformado la Carta de derechos fundamentales de la UE en componente del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, sino que además la UE pretende – según el Art 7 apartado 2 (I Parte) – entrar a formar parte de la CEDH. En lo que respecta al Consejo de Europa, el artículo 17 del Protocolo adicional n°14 a la CEDH del 13 de mayo 2004⁶⁴ modifica el artículo 59 inciso 2 de la CEDH de tal forma, que se abre también para un posible acceso de la Unión Europea⁶⁵. La Conferencia Intergubernamental de 2003, que comenzó el 4 de octubre de 2003, fue interrumpida sin resultado alguno el 13 de diciembre de 2003 en Bruselas. La presidencia irlandesa reabrió esta Conferencia Intergubernamental el 17/18 de junio del año en curso. En esta reunión, realizada en Bruselas, los Jefes de Estado y de Gobierno han dado su aprobación a las disposiciones del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa⁶⁶. Es de esperar que a principios o mediados de 2006 la Carta de Derechos Fundamentales de la UE tenga validez en el ámbito del derecho primario de la UE, formando parte de la misma.

VI. LA CARTA ANDINA

A. El Tribunal Andino – ¿un Tribunal para la protección de los Derechos Humanos?

Como se ha mencionado anteriormente, el Pacto Andino no fue provisto desde el principio de un Tribunal propio. El Tratado de Creación del

⁶³ Nota 36.

⁶⁴ Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention; Council of Europe Treaty Series No. 194.

⁶⁵ “The European Union may accede to this Convention.”

⁶⁶ Los Jefes de Estado o de Gobierno han dado su aprobación a los textos que figuran en el documento CIG 81/04, modificados y completados por los textos adjuntos al documento CIG 85/04. Estos documentos contienen modificaciones del texto básico de la Constitución recogido en el documento CIG 50/03, junto con sus adendas y corrigendas. Constituyen el resultado de la Conferencia Intergubernamental.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶⁷ no fue suscrito hasta 10 años después de la creación del "Pacto Andino" (1969), el 28 de mayo de 1979, y el Tribunal Andino no pudo comenzar sus actividades hasta el 5 de enero de 1984, debido a que hubo retrasos en la ratificación de algunos Estados Miembros⁶⁸.

El Tribunal Andino ha sido creado imitando en gran medida a su modelo – el TJCE –, tanto en relación a su posición institucional como a su papel funcional⁶⁹. Sus competencias abarcan desde interpretaciones prejudiciales, acciones de nulidad, acciones de incumplimiento, recursos por omisión o inactividad, funciones arbitrales, hasta procesos de jurisdicción laboral. Por lo tanto, el Tribunal Andino posee en gran parte las mismas facultades que el TJCE. También su obligación, establecida por el Art 4 apartado 1 del Estatuto⁷⁰, de "declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros", está formulada de la misma manera que el Art 220 del TCE, que exige el "respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado" por el Tribunal y – desde la entrada en vigor del Tratado de Niza – también por el Tribunal de Primera Instancia.

No obstante, el Tribunal Andino no ha desarrollado – al contrario que el TJCE – jurisprudencia alguna en el ámbito de los Derechos Humanos. Esto puede ser debido a que el Tribunal Andino realiza sus actividades desde 1984, y por lo tanto se encuentra hoy en un período que – si lo transponemos en los términos del desarrollo del TJCE, simplemente ateniéndonos al número de años transcurridos desde su creación – vendría a corresponder con el comienzo de los años 70 del siglo pasado⁷¹. En este espacio de tiempo exactamente, el TJCE dictaminó su primera sentencia en el ám-

⁶⁷ [Http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm](http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm).

⁶⁸ Cfr con FRISCHHUT, Die Rolle der Judikative, nota 12, pp. 246 ss.

⁶⁹ Cfr con FRISCHHUT, Die Rolle der Judikative, nota 12, pp. 244 ss.

⁷⁰ Decisión 500 – Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d500.htm>.

⁷¹ Es conocido que el TJCE comenzó sus actividades el 10. 8. 1952; al respecto, ver D G Valentine, The Court of Justice of the European Coal and Steel Community, 1955, pp. 3 ss.

bito de los derechos fundamentales, en el asunto Stauder del año 1969⁷². Si se considera que el TJCE también fue desarrollando poco a poco su jurisprudencia pertinente en el ámbito de los derechos fundamentales, entonces se puede asumir con bastante seguridad, que el Tribunal Andino también seguirá alguna vez ese camino en el futuro.

La falta de jurisprudencia en materia de Derechos Humanos desarrollada por parte del Tribunal Andino, puede tener varias explicaciones: primero, puede ser que el Tribunal Andino nunca haya sido confrontado con casos pertinentes; en segundo lugar, puede ser que sí se haya dado un caso pertinente, pero que las partes no lograran hacer valer una violación de los Derechos Humanos y que el Tribunal tampoco la hubiese considerado "ex officio" como tal; y en tercer lugar, puede ser que las partes sí hayan logrado hacer valer una violación de Derechos Humanos, pero que el Tribunal no hubiese querido manifestarse con respecto a esa pretensión.

Efectivamente, las investigaciones realizadas in situ revelaron que hasta ahora tan sólo ha habido un único caso pertinente en la jurisprudencia del Tribunal Andino, en el que la parte demandante denunció la violación de un derecho humano o fundamental. No obstante, este caso concernía al ámbito del derecho laboral, al tratarse de una jurisdicción laboral del Tribunal Andino.

En este proceso⁷³, que fue presentado en el año 2001 por la que había sido empleada del Parlamento Andino, la señora Pilar Guayasamín Villacís, contra su anterior empleador, se trataban diversos derechos, que se derivaban de varios contratos laborales entre ésta y el Parlamento Andino. En esto, la demandante se acogía – entre otros – a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Arts 2, 6, 7, 8 y 23)⁷⁴, a ciertos Acuerdos concertados por los Estados miembros de la Comunidad Andina en el seno de la OIT, así como al Reglamento Administrativo del Parlamento Andino.⁷⁵

⁷² TJCE, Asunto 29/69, Stauder, Recopilación, 1969, pp. 419 ss.

⁷³ Proceso 56-DI-2001, Sentencia del 20. 2. 2002.

⁷⁴ Ver Res de la Asamblea General de la ONU 217 (III). del 10. 12. 1948.

⁷⁵ Demanda del 3. 8. 2001.

El Tribunal Andino declaró con relación a esto, que según el Art 136 de su Estatuto⁷⁶, en principio sí le corresponde dirimir controversias laborales entre un órgano de la Comunidad Andina o instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) y sus respectivos funcionarios y empleados, pero solamente en tanto que este procedimiento sea conforme con el Convenio de Sede que resulte aplicable. Sin embargo, el Convenio de Sede entre el Parlamento Andino y el gobierno colombiano no contiene ninguna disposición especial con respecto a la competencia para conocer de controversias laborales.

En consecuencia, si bien el Tribunal Andino no negó la condición de funcionaria internacional del Parlamento Andino de la señora Guayasamín Villacís, sí aludió al Art 154 del Estatuto General del Parlamento Andino, en el que se invoca el ordenamiento jurídico del Estado Sede respectivo, en el caso de controversias laborales del personal técnico y administrativo de la Secretaría General, de la Secretaría Pro-Tempore, así como de las sedes externas del Parlamento Andino en los respectivos Estados Miembros – lo que afecta formalmente a la señora Pilar Guayasamín Villacís. Así, como la norma pertinente, en la opinión del Tribunal Andino, remite al derecho laboral colombiano vigente, el Tribunal Andino se declaró a sí mismo incompetente.

En este proceso ante el Tribunal Andino, el Parlamento refutó esencialmente, que a la señora Guayasamín Villacís le correspondiera la posición de funcionaria internacional⁷⁷. Puesto que al mismo tiempo calificó su contrato de trabajo como mera relación de derecho civil, atribuyó la competencia sobre el caso a los tribunales laborales colombianos⁷⁸.

Esta alegación del Parlamento Andino parece incongruente en dos aspectos. De un lado, intenta negar la posición de “funcionaria internacional” de la señora Guayasamín Villacís, probablemente para que no le pueda llegar a corresponder a ésta ninguna protección por inmunidad – en el sentido de una “inmunidad funcional” – ante los tribunales laborales colombianos. De otro, el Parlamento Andino intenta construir una argumentación dogmá-

⁷⁶ Nota 70.

⁷⁷ Contestación a la demanda, del 8. 10. 2001.

⁷⁸ El Parlamento de la Comunidad Andina tiene su sede en Santafé de Bogotá/Colombia.

tica paralela – al indicar que su contrato de trabajo debe ser calificado como mera relación de derecho civil – con el fin de que con ello se trate de una simple actividad iure-gestionis de sí mismo, que tampoco estaría inmunizada ante los tribunales nacionales colombianos. No obstante, al hacer esto el Parlamento Andino incurre en el error dogmático fundamental de asumir la diferenciación – conocida solamente en el ámbito de la inmunidad estatal – entre *acta iure imperii* (inmunizada) y *acta iure gestionis* (no inmunizada), en el derecho de las Organizaciones Internacionales, en el que no existe tal dicotomía: mientras no sea expresada una renuncia a la inmunidad de parte del funcionario más alto de la Organización, todo derecho secundario basado en disposiciones del Tratado Constitutivo siempre está inmunizado ante la jurisdicción nacional, aun cuando estos actos sean negocios regidos por el derecho civil (como p.ej. un contrato de trabajo, de venta, de alquiler etc). Con esto, ambos argumentos del Parlamento Andino caen en el vacío en sentido jurídico-dogmático, mientras que la argumentación del Tribunal Andino, que se basa en la alusión al Art 154 del Reglamento General del Parlamento Andino, no puede ser refutada fácilmente.

A causa de esta alusión al Art 154, que permite al Tribunal Andino refutar su competencia en el caso – en la cual, no obstante, no se dio cuenta del problema dogmático generado por la dicotomía entre la “inmunidad funcional” de una funcionaria internacional, y la sujeción de ésta, en sus actos oficiales, al derecho laboral propio del Estado Sede – el Tribunal Andino no se vió obligado a juzgar sobre la existencia o inexistencia de derechos fundamentales o Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que quizá se hubieran podido incorporar en éste por vía de los principios generales del Derecho.

El fallo del Tribunal Andino en el asunto Pilar Guayasamín Villacís contra el Parlamento Andino fue promulgado el 20 de febrero de 2002, es decir más o menos medio año antes de la Proclamación Solemne de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. A pesar de que, por esto, este documento (en su versión final) no estaba a disposición del Tribunal Andino, éste hubiera tenido la posibilidad de tratar la problemática de la violación de Derechos Humanos por parte de un órgano de la Comunidad Andina (Parlamento) abordada en la demanda, y de

hacer una distinción fundamental entre la protección de los Derechos Humanos contra violaciones por parte del poder público de la Organización Internacional, por un lado, y la misma contra violaciones por parte del poder público de los Estados miembros de la Comunidad Andina, por el otro. Esta constelación hubiera podido llevar a un planteamiento de la cuestión de la protección de Derechos Humanos contra violaciones, no por parte de un Estado miembro, sino por parte del poder público de la Comunidad Andina – en forma de un acto de uno de sus órganos –, y hubiera ayudado a profundizar en el carácter jurídico-dogmático de esta cuestión⁷⁹. Con la correspondiente “buena voluntad”, el Tribunal Andino hubiera tenido en esta ocasión la posibilidad – al igual que el TJCE – de comenzar a desarrollar una protección (normativa) de los Derechos Humanos contra el poder público supranacional (*Verbandsgewalt*), inexistente hasta la fecha, recurriendo a los principios generales del Derecho.

Pero como el Tribunal Andino no siguió este camino, solamente se puede decir con relación a este tema, que hasta ahora en el Tribunal Andino no se ha llegado a la creación de una jurisprudencia en el sector de los Derechos Humanos, lo que es de gran importancia, ya que así se puede omitir en este análisis uno de los motivos que para la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE fue de gran relevancia, a saber, la consolidación y codificación de la jurisprudencia pertinente del TJCE. Por consiguiente, deben ser otras las razones que llevaron a los Estados Miembros de la Comunidad Andina a elaborar la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

B. La gestación de la Carta Andina.

a) En general

En lo que concierne al “background ideológico” de la Carta Andina, hay que indicar que se basa, según lo mencionado anteriormente, en un

⁷⁹ Con respecto a la pregunta, si la Carta Andina protege contra el poder público de la Comunidad Andina o contra el poder público estatal de los Estados Miembros, véase infra VI.E.

enfoque fundamental humanístico – que destaca la dignidad de la persona humana⁸⁰ – y holístico – es decir, que afirma como principio global una vinculación entre democracia, Derechos Humanos y desarrollo –, y subraya la responsabilidad de los Estados y de la comunidad internacional en la promoción y en la defensa de los Derechos Humanos⁸¹. Esta vinculación (holística) de la protección de los Derechos Humanos con el postulado de democracia se refleja muy ilustrativamente en la génesis de la Carta, pues los representantes de los gobiernos de los cinco Estados Miembros suscribieron el antes mencionado Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”⁸² aún antes de empezar a trabajar en ella, y también se refirieron en este documento de política democrática “expressis verbis” a la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales⁸³.

La redacción de la Carta Andina se realizó considerando la Carta de Conducta de Riobamba⁸⁴ aprobada en 1980 por los Presidentes de los Estados Miembros de la Comunidad Andina, así como la llamada “Doctrina Roldós” allí plasmada, según la cual la acción internacional para la defensa de los Derechos Humanos no constituye injerencia en los asuntos internos de los Estados, es decir, que una acción tal no es considerada contraria al “principio de la no intervención” según el Art 2 apartado 7 de la Carta de las Naciones Unidas⁸⁵. El Principio de justicia universal para delitos espe-

⁸⁰ Según el Art 1 CA, los Derechos Humanos son inherentes a la naturaleza y dignidad de cada persona.

⁸¹ Al respecto, ver también las declaraciones del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, “Ayuda Memoria de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, en: <http://www.comunidadandina.org/documentos/docia/ia3-10-02.htm>.

⁸² Nota 41.

⁸³ Cfr con HUMMER, “Demokratiesicherungsklauseln”, nota 6, pp. 185 ss.

⁸⁴ En este Código de Conducta se definió, como primer objetivo del proceso de democratización en los Estados Andinos, lo siguiente: “procurar un ordenamiento político subregional y generar una democracia de extracción popular y definido carácter participativo”, así como el compromiso solemne, “de que el respeto a los Derechos Humanos, políticos y sociales constituyen norma fundamental de conducta interna de los Estados del Grupo Andino”.

⁸⁵ “La acción internacional para la defensa de los Derechos Humanos, no constituye injerencia en los asuntos internos de los Estados”; Ayuda Memoria, nota 81.

ciales, invocado en el Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional⁸⁶, también se debe ver en relación con ésta. Por lo consiguiente, la formulación de la Carta Andina ya se pudo considerar como una consecuencia de estas nuevas concepciones⁸⁷.

La iniciativa para la elaboración de la Carta provino de Ecuador, que ya había adoptado como política de Estado en el año 1998 los citados principios “humanísticos” y “holísticos” en el ámbito de la protección de los Derechos Humanos⁸⁸. En agosto de 2000 Ecuador y la Comunidad Andina convocaron en Quito un Seminario sobre Democracia y Derechos Humanos, en el que representantes de los cinco Países Miembros acordaron la elaboración de una Carta de Derechos Humanos, y encargaron a Ecuador la formulación de una propuesta⁸⁹. Así, este Seminario tuvo lugar al mismo tiempo en que se realizaba la fase final de la redacción del Proyecto definitivo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en la Convención de los Derechos Fundamentales, y justamente dos meses antes de la fecha en que el Consejo Europeo de Biarritz de mediados de octubre de 2000 aprobara el Proyecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que le fue presentado⁹⁰.

El encargo fue confirmado por el Consejo Presidencial de la Comunidad Andina que, en su XIII Reunión, del 23 al 24 de junio de 2001 en Valencia/Venezuela, aprobó el Acta de Carabobo⁹¹, en la que los Presidentes expresaron la decisión de “aprobar una Carta Andina de Derechos Humanos, que contribuya a asegurar la vigencia de los Derechos Humanos, fortalezca la democracia y el Estado de Derecho, y afiance una cultura de

⁸⁶ Cfr con Antonio CASSESE, Paola GAETA, John JONES R W D (Eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court – A commentary*, vols. I, II and Materials, Oxford, Oxford University Press, 2002; Christian Rosbaud, Otto Triffterer, *Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, editorial Nomos, 2000.

⁸⁷ Ayuda Memoria, nota 81.

⁸⁸ Ayuda Memoria, nota 81.

⁸⁹ Según Ayuda Memoria, nota 81.

⁹⁰ Véase supra V.

⁹¹ Comparable a las Conclusiones de la Presidencia de un Consejo Europeo.

paz en las naciones andinas”⁹². Con ocasión de este encuentro, así como de la tercera reunión extraordinaria del Consejo Andino de Ministros del Exterior, celebrada en La Paz/Bolivia el 17 de julio de 2001, Ecuador reafirmó su responsabilidad de formular una propuesta para la Carta según el mandato de Quito.

En aplicación al Acta de Carabobo (2001), los Jefes de Estado de los Estados Miembros de la Comunidad Andina - reunidos con motivo de la toma de posesión del nuevo presidente peruano Alejandro Toledo Manrique - encargaron a sus Cancilleres, en la “Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos y la Lucha contra la Pobreza” del 30 de julio de 2001⁹³, la tarea de elaborar una Carta Andina de Derechos Humanos para su presentación en la próxima reunión del Consejo Presidencial Andino, por lo cual el mandato del Acta de Carabobo fue modificado de la siguiente manera: la Carta Andina debe contener los principios y ejes temáticos de una política comunitaria en la materia de la protección de los Derechos Humanos, incluidos los temas “Derechos de la Mujer” y “Derechos de los Pueblos indígenas”⁹⁴. En lo que se refiere a la formulación de la protección y promoción de los Derechos Humanos, los Presidentes encargaron a sus cancilleres incluir los siguientes puntos en el texto de la propuesta en concordancia con las políticas nacionales existentes:

(a) Programas para la promoción de la democracia y la participación ciudadana en todas sus formas, (b) la elaboración, propuesta y ejecución de acciones para la educación en la democracia, (c) el intercambio de experiencias entre los partidos políticos de la subregión andina y (d) el desarrollo de políticas de promoción y difusión de los valores democráticos.

En estrecha cooperación con la Universidad de la Comunidad Andina – la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) / sede Quito - Ecuador⁹⁵

⁹² Cfr con Secretaría General de la Comunidad Andina, Documentos de las Reuniones del Consejo Presidencial Andino 1989 – 2002, 2002, Doc núm. 16, <http://www.comunidadandina.org/cumbreSC/Presidentes.pdf>.

⁹³ Secretaría General de la Comunidad Andina, nota 90, Doc núm. 17.

⁹⁴ Ambos mandatos, de Carabobo y Machu Picchu, son mencionados en el doceavo motivo de consideración en el preámbulo de la Carta Andina.

⁹⁵ [Http://www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec).

elaboró a continuación un primer Anteproyecto de Carta Andina de Derechos Humanos⁹⁶. El fin de esta propuesta era, basándose en la fuerte vinculación entre democracia, desarrollo y Derechos Humanos, fortalecer las instituciones para la defensa y promoción de los Derechos Humanos en la subregión (en particular las Defensorías del Pueblo), promover una cultura de paz mediante el diálogo (social), afianzar la vigencia del derecho al desarrollo, así como mejorar la administración de justicia y fortalecer el estado de derecho⁹⁷.

La participación de la sociedad civil en la formulación de este Anteproyecto se realizó tomando en cuenta las recomendaciones emanadas del 3er Encuentro Andino de Funcionarios de las Defensorías del Pueblo, efectuado del 26 al 28 de noviembre de 2001, y coordinado⁹⁸ por la Comisión Andina de Juristas (CAJ)⁹⁹.

Los Países Miembros reaccionaron distintamente ante los diferentes aspectos materiales de la protección de los Derechos Humanos contenidos en este primer Proyecto de una Carta Andina de Derechos Humanos (del 6 de diciembre de 2001). Pero, fundamentalmente se planteó la pregunta, si el documento que sería elaborado iba a ser vinculante meramente a nivel político, o también jurídico. Colombia quiso saber, además, qué obligaciones adicionales resultarían para los Países Miembros a partir de este documento de Derechos Humanos y también, si de esta Carta se podría derivar eventualmente una ciudadanía "andina". Partiendo de estas reacciones, se elaboró una nueva versión del Proyecto, que fue presentada el 4 de enero de 2002¹⁰⁰.

Tras la presentación de estos Proyectos y de las citadas reacciones de los Países Miembros, el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador –

⁹⁶ "Proyecto de Carta Andina de Derechos Humanos" del 6. 12. 2001. En esta relación cronológica no se entrará en detalles con respecto a este Proyecto y a los siguientes.

⁹⁷ Ayuda Memoria, nota 81.

⁹⁸ Ayuda Memoria, nota 81.

⁹⁹ La Comisión Andina de Juristas es una asociación privada internacional, activa desde 1982, con sede en Lima/Perú, en: [Http://www.cajpe.org.pe/](http://www.cajpe.org.pe/).

¹⁰⁰ "Proyecto de Carta Andina de Derechos Humanos".

en coordinación con la Secretaría General de la Comunidad Andina, la Universidad Andina Simón Bolívar, y con el apoyo de la Comisión Andina de Juristas – organizó la participación activa de la sociedad civil en los cinco países de la Subregión. También representantes de instituciones estatales, regionales y subregionales, ONGs, así como delegados de las Naciones Unidas, participaron en los foros y reuniones de trabajo. Algunas de estas actividades tuvieron lugar el 4 de marzo de 2002 en La Paz¹⁰¹, y el 18 de marzo de 2002 en Santafé de Bogotá¹⁰². Como actividad final se realizó un taller de discusión, en forma de un “Brainstorming” en torno al Anteproyecto para la “Carta Andina de Derechos Humanos”, que tuvo lugar el 24 de abril de 2002 en Quito¹⁰³. Sin que se puedan encontrar, en relación a esto, indicios claros de que el “método de convención” de la UE haya servido de modelo, este procedimiento recuerda mucho al proceso de elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en el sentido de un “método de convención”), sobre todo en lo que se refiere a la organización de un “Foro de la sociedad civil”, realizado paralelamente.

Las observaciones y comentarios emitidos por las instituciones estatales, y por los representantes de la sociedad civil de los cinco Países Miembros, fueron incorporados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador en una nueva versión consolidada del Proyecto de Carta, con fecha del 27 de mayo de 2002¹⁰⁴, que fue analizado después por las Cancillerías en una reunión técnica de trabajo que tuvo lugar en Quito en junio de 2002, y en una reunión de Vicecancilleres realizada también en Quito en julio de 2002¹⁰⁵. De estas reuniones surgió la versión que fue presentada a

¹⁰¹ Cfr con “Comentarios al Proyecto de Carta Andina de Derechos Humanos (comentarios realizados en la reunión celebrada en La Paz con representantes de la sociedad civil y del Estado que llevan a cabo labores vinculadas con los Derechos Humanos)”.

¹⁰² Comisión Andina de Juristas, “Informe sobre las actividades de validación del proyecto de Carta Andina de Derechos Humanos en Colombia”.

¹⁰³ Cfr con Comisión Andina de Juristas, “Informe sobre las actividades de validación del proyecto de Carta Andina de Derechos Humanos en Ecuador”.

¹⁰⁴ “Proyecto de Carta Andina de Derechos Humanos”. En éste aparecen las modificaciones de los Estados Miembros y de los Órganos de la Comunidad Andina, como notas al pie de página.

¹⁰⁵ Ayuda Memoria, nota 81.

los Cancilleres y Presidentes de los Países Miembros de la Comunidad Andina para su adopción final. El 26 de julio de 2002 los Presidentes Andinos suscribieron finalmente la "Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos"¹⁰⁶, en Guayaquil/Ecuador.

El Consejo Presidencial Andino advirtió varias veces sobre la importancia de la Carta Andina de Derechos Humanos y encargó, en su "Declaración de Quirama"¹⁰⁷, adoptada el 28 de junio de 2003 en Antioquía/Colombia, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la elaboración de un programa para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con el fin de promover la plena vigencia de éstos en la Comunidad¹⁰⁸.

A diferencia del proceso de elaboración de la "Carta de Derechos Fundamentales de la UE", que (solamente) duró siete meses y medio, la gestación de la Carta Andina requirió casi un año¹⁰⁹, pero para esto resultó con sus 96 artículos casi el doble de extensa que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que contiene únicamente 54 artículos.

b) El papel del Tribunal Andino en la génesis y su papel institucional en la Carta Andina

Como el Tribunal Andino, según lo mencionado anteriormente¹¹⁰, hasta ahora nunca ha tenido que deliberar sobre ninguna protesta de violación de Derechos Humanos, es de especial interés conocer su posición en los preparativos para la elaboración de una Carta Andina.

¹⁰⁶ Disponible en el sitio de la Comunidad Andina, en: http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/cart_DDHH.htm. La versión en inglés también está disponible en: http://www.comunidadandina.org/ingles/document/andean_charter.htm. Véase también en Hummer/Frischhut, Derechos Humanos e integración, nota 1, pp. 125 ss.

¹⁰⁷ "Declaración de Quirama" del 28. 6. 2003, Directrices: Dimensión Política de la Integración, núm. 3, XIV Reunión del Consejo Presidencial Andino, en: http://www.comunidadandina.org/Rionegro/Dec_Quirama.htm.

¹⁰⁸ Véase infra VII.

¹⁰⁹ Desde la emisión de los mandatos.

¹¹⁰ Al respecto, véase supra VI.A.

Según revelaron las investigaciones realizadas in situ, en Quito, el Tribunal Andino fue invitado repeditamente a participar con su opinión en la elaboración de la Carta. Así, fue invitado por Ecuador a participar tanto en la actividad antes citada del 24 de abril de 2002 en Quito, como a la reunión técnica de trabajo del 26 de junio de 2002, y en estas ocasiones le pidieron especialmente que tomara una postura con respecto al Proyecto. Además, fue invitado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a una actividad en Lima (celebrada del 3 al 5 de julio, es decir poco antes de la adopción de la Carta) – que fue organizada conjuntamente con Perú¹¹¹. Pero el Tribunal Andino no aceptó ninguna de estas invitaciones, y se rehusó conscientemente a participar en el proceso de creación de la Carta Andina.

Esta actitud del Tribunal Andino en el marco de elaboración de la Carta Andina es aún más incomprensible, en cuanto en los diferentes proyectos ya se le habían atribuido funciones bastante concretas, por lo que hubiera sido de suponer, que se referiría detalladamente al papel y a la función que le habían sido atribuidos en estos proyectos.

En relación a esto, se encuentra en el Proyecto del 6 de diciembre de 2001, en el Art 45, una disposición sobre una Comisión Especializada en Derechos Humanos del Tribunal Andino de Justicia (a continuación denominada Comisión). En esta disposición del Proyecto de Carta, los Países Miembros se comprometen a desplegar acciones, individualmente y en conjunto, tendentes a la creación de esta Comisión. A este efecto, encomiendan al Tribunal Andino de Justicia para que, en consulta con las Cancillerías de los Estados Miembros y en colaboración con la Comisión Andina de Juristas, elabore, en un plazo de 90 días a partir de la adopción de la presente Carta, un proyecto para la creación de la referida Comisión.

El Tribunal Andino hubiera tenido que atenerse a distintos lineamientos en la elaboración de esta propuesta, que hubieran concernido, junto a las

¹¹¹ El objetivo principal de la actividad, "Los Derechos Humanos, Desarrollo y la CAN", era brindar a los Estados de la Comunidad Andina un foro de discusión con el fin de elaborar e implementar un marco de acción en el ámbito de la defensa de los Derechos Humanos. Los temas allí tratados giraron principalmente en torno a la reducción de la pobreza y de la discriminación, la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el desarrollo de los Estados.

funciones de la Comisión, también a importantes requerimientos de carácter procesal. Las funciones (1) previstas en estos lineamientos eran las siguientes: (a) velar por el cumplimiento de la Carta Andina; (b) conocer los informes anuales presentados por los Estados partes y formular recomendaciones a los Estados Miembros al respecto; (c) formular recomendaciones, cuando lo estimen necesario, a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los Derechos Humanos dentro de los principios y lineamientos establecidos en la Carta; (d) procesar las denuncias o quejas presentadas por individuos o grupos legalmente reconocidos por los Estados Miembros, referentes a violaciones de esta Carta por un Estado parte¹¹², y (e) rendir un informe anual de sus actividades al Consejo Presidencial Andino, a través del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina.

Además de las funciones, se preveían los (2) requerimientos formales (agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, presentación de la denuncia dentro de un plazo de seis meses, que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y la inclusión de los datos personales), las (3) excepciones, en las que no se aplicarían estos requerimientos formales, los (4) criterios de inadmisibilidad, y la disposición (5), por la cual esta Comisión elaboraría su propio reglamento de funcionamiento.

Mientras que la recepción de informes, la elaboración de informes por la Comisión, así como la formulación de recomendaciones, hubieran sido deberes comunes en el ámbito de la defensa internacional de los Derechos Humanos, la obligación de velar por el cumplimiento de la Carta Andina, y de procesar las denuncias o quejas presentadas por individuos o grupos de personas, referentes a violaciones a esta Carta por un Estado Parte, hubiera ido más allá – más o menos como en el caso de la (ya no existente) Comisión de Derechos Humanos en el ámbito de la CEDH.

El Proyecto del 4 de enero de 2002 trajo un cambio en este sentido, ya que el inciso b del Art 45 (presentación anual de informes por los Estados

¹¹² Con respecto a la pregunta, para la protección contra qué poder público fue concebida la Carta Andina, véase infra VI.E.

miembros) fue suprimido. Por lo demás, el Proyecto no trajo más cambios con respecto a las competencias previstas de la Comisión.

El Proyecto presentado el 27 de mayo de 2002 – dos meses antes de la adopción final – eliminó además la competencia que concernía a las denuncias y quejas presentadas por individuos o grupos reconocidos¹¹³. A la Comisión le hubiera quedado sólo la obligación (programática) de velar por el cumplimiento de la Carta Andina, formular recomendaciones por iniciativa propia, y rendir el informe anual al Consejo Presidencial Andino. Con esto hubiera tenido meramente una función técnica, por lo que hubiera sido dudoso pensar, que tuviera todavía algún sentido agregar una institución así a un Tribunal.

Como revelaron las investigaciones in situ, en el Tribunal Andino se apreciaba con mucho escepticismo el papel que se le atribuía en el marco de la recién elaborada Carta Andina. Por consiguiente, el Tribunal Andino rehusó tomar una postura oficial con respecto a la elaboración de esta Carta. La razón de esta actitud debía estar relacionada con el hecho de que hasta este momento no ha considerado oportuno actuar judicialmente en el ámbito de la protección de los Derechos Humanos y fundamentales¹¹⁴. Apparentemente, el Tribunal Andino pensaba que “aún no estaba preparado para eso”.

Además de esta actitud de rechazo del Tribunal Andino, había otro argumento en contra de la constitución de la Comisión: en el informe sobre las opiniones emitidas por la sociedad civil en el marco de la reunión en Santafé de Bogotá¹¹⁵, se encuentra una observación crítica, según la cual se considera mejor opción fortalecer el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, en vez de debilitarlo con una duplicación de

¹¹³ Como consecuencia de esto, también eliminaron las otras disposiciones con respecto a los requerimientos formales, sus excepciones, así como los criterios de inadmisibilidad para estas denuncias y quejas. Solamente continuó prevista en este Proyecto la disposición, por la que la Comisión elaboraría su propio reglamento de funcionamiento.

¹¹⁴ Véase supra VI.A.

¹¹⁵ Comisión Andina de Juristas, Informe sobre la Reunión del 18. 3. 2002, p. 23.

atribuciones¹¹⁶. Además, se plantea la cuestión, de si los derechos codificados constituyen un resumen de derechos existentes a nivel internacional, o una nueva versión de los mismos a nivel comunitario¹¹⁷. En especial, se deja entrever un cierto escepticismo respecto a la cuestión de imponer una competencia semejante al Tribunal Andino, si la Carta Andina no constituye un documento de carácter vinculante – al contrario que los otros tratados internacionales pertinentes para la protección de los Derechos Humanos. No se puede asignar una nueva competencia al Tribunal Andino basándose en un acto jurídico sin carácter vinculante.

En el informe final de la reunión de la sociedad civil en Quito, también se apreció la creación de la citada Comisión como un debilitamiento del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos¹¹⁸, y por lo tanto, se presentó la propuesta de asignar las tareas previstas para esta Comisión a un “Consejo Asesor de Derechos Humanos”, como órgano consultor de la Comunidad Andina, que podría componerse de representantes de la sociedad civil¹¹⁹.

Resumiendo, se puede decir con respecto a la historia de la creación de la Carta que, por un lado, no existió interés de parte del Tribunal Andino de ser incluido en el mecanismo institucional de defensa de la Carta Andina, porque no se consideraba (aún) preparado para esta tarea. Por otro, el modelo presentado de una Comisión establecida dentro del Tribunal Andino, se encontró con una gran resistencia por parte de los demás interlocutores,

¹¹⁶ Esta opinión también fue sostenida por la mayoría de los Estados Miembros, en las reacciones al primer Proyecto de Carta del 6. 12. 2001.

¹¹⁷ Véase infra VI.D.

¹¹⁸ También en la Reunión de La Paz/Bolivia fue presentado como argumento para la completa eliminación de la Comisión, que es preferible perfeccionar los mecanismos existentes para la protección de los Derechos Humanos, que duplicarlos. Con respecto a la problemática de la “dualidad de atribuciones” entre el TJCE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que resulta de la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales, ver p. ej., Fritz ZEDER, “Der EG-Vertrag, die MRK, der EuGH und der OGH oder: In Siebenmeilenstiefeln von Straßburg nach Luxemburg. Eine Kritik des Beschlusses des OGH 29. 8. 1995, p. 1 Ob 39/95”, ÖJZ, 1996, pp. 121 ss.

¹¹⁹ Comisión Andina de Juristas, Informe sobre la Reunión del 24. 4. 2002, p. 19 s.

debido a que se temía con ello un debilitamiento de las estructuras interamericanas, y de las instituciones regionales para la protección de los Derechos Humanos ya existentes.

El fenómeno observado en la UE, a saber, que la Carta de Derechos Fundamentales, de carácter no vinculante, se encuentre mencionada en primer lugar en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia¹²⁰ – y ahora también en la del TJCE¹²¹, y que de esta manera, sea relativizado su carácter no vinculante,¹²² no es muy probable que se de en el ámbito del Tribunal Andino de Justicia, ya que hasta el momento no ha elaborado jurisprudencia en el sector de los Derechos Humanos. En el mejor de los casos, sería imaginable que los tribunales nacionales recurran, en su jurisprudencia, a disposiciones de aplicabilidad directa¹²³ contenidas en la Carta Andina, como es lo que ha sucedido en la UE¹²⁴. Sin embargo, la forma de garantizar los Derechos Humanos en la Carta Andina hace que la mayoría de sus disposiciones no puedan ser aplicadas directamente, de modo que no es de esperar esa manera de proceder.

¹²⁰ Cfr con Tribunal de Primera Instancia, Asunto T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG/Comisión, Recopilación 2001, pp. II-729 ss, en el que, no obstante, el Tribunal de Primera Instancia no recurrió a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, por razón de su ámbito temporal de aplicación.

¹²¹ Cfr con Decisión del Presidente del Tribunal de Justicia del 18. 10. 2002, Asunto C-232/02 P(R), Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, Recopilación 2002, pp. I-8977 ss.

¹²² Aquí se trata de un “efecto indirectamente vinculante” de la Carta de Derechos Fundamentales, que “precisa en detalle los derechos fundamentales nombrados en el Art 6 apartado 2 TUE”, HUMMER/OBWEXER, nota 60, p. 62.

¹²³ Este término, proveniente del ámbito del derecho de la Unión Europea, se define por sus dos requerimientos: que las disposiciones estén formuladas sin condiciones y, que sean completas en sí mismas y desde una óptica jurídica. También se podría decir “self-executing”.

¹²⁴ Véase p. ej., la invocación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en un auto de remisión (Vorlagebeschluss) de la Corte Constitucional austriaca, VfGH 12. 12. 2000, KR pp. 1-6, 8/00.

C. Estructura e idioma oficial

Mientras que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE abarca, junto al preámbulo, 6 capítulos, conteniendo en total 50 derechos fundamentales separados por grupos (Dignidad Humana, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Derechos de Ciudadanía y de Justicia), así como un capítulo adicional "Disposiciones generales", que contiene las llamadas disposiciones "horizontales"; la estructura de la "Carta Andina para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos" resulta mucho más extensa¹²⁵. Ésta desarrolla asimismo, dividida en 15 Partes (véase abajo), grupos de 59 Derechos Humanos materiales y 37 disposiciones horizontales en total, pero de forma y concepción completamente distintas a la Carta Europea.

Estructura de la Carta Andina

- Preámbulo
- Parte I – Principios Generales (artículo 1 - 9)
- Parte II – Discriminación e Intolerancia (artículo 10 - 12)
- Parte III – Democracia y Derechos Humanos (artículo 13 - 18)
- Parte IV – Derechos Civiles y Políticos (artículo 19 - 23)
- Parte V – Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 24 - 27)
- Parte VI – Derecho al Desarrollo (artículo 28 - 29)
- Parte VII – Derecho a un medio ambiente sano y protegido (artículo 30 - 31)
- Parte VIII – Pueblos Indígenas y Comunidades de Afrodescendientes (artículo 32 - 41)
- Parte IX – Derechos de grupos sujetos de protección especial (artículo 42 - 59)
 - § A. Derechos de las Mujeres (artículo 42 - 43)

¹²⁵ En el transcurso de la elaboración, el número de los artículos aumentó con cada Proyecto. Proyecto del 6. 12. 2001 – 45 artículos; Proyecto del 4. 1. 2002 – 97 artículos y Proyecto del 27. 5. 2002 – 101 artículos.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- § B. Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 44 - 45)
- § C. Derechos de los Adultos Mayores (artículo 46 - 47)
- § D. Derechos de Personas con Discapacidades (artículo 48 - 49)
- § E. Derechos de los Migrantes y sus Familias (artículo 50 - 51)
- § F. Derechos de las Personas con diversa orientación sexual (artículo 52 - 53)
- § G. Derechos de los Desplazados Internos (artículo 54 - 55)
- § H. Derechos de las Personas privadas de la libertad (artículo 56 - 57)
- § I. Derechos Humanos y los Derechos de los Refugiados y Apátridas (artículo 58 - 59)
- Parte X – Otros ámbitos de Protección de los Derechos Humanos (artículo 60)
- Parte XI – Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (artículo 61 - 62)
- Parte XII – Mecanismos de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (artículo 63)
 - Mecanismos Nacionales
 - o a. Administración de Justicia (artículo 64 - 69)
 - o b. Defensorías del Pueblo (artículo 70 - 72)
 - o c. Defensores de los Derechos Humanos (artículo 73 - 74)
 - o d. Planes y Programas de Derechos Humanos (artículo 75 - 77)
 - o e. Derechos Humanos y la Fuerza Pública (artículo 78 - 79)
 - Mecanismos Internacionales (artículo 80 - 85)
 - o a. Cooperación con los Órganos de Vigilancia de los Tratados de Derechos Humanos (artículo 80 - 81)

- o b. Cooperación con el Sistema de Naciones Unidas e Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (artículo 82 - 83)
- o c. Corte Penal Internacional (artículo 84 - 85)
- Parte XIII – Seguimiento de la Carta Andina de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (artículo 86 - 93)
- Parte XIV – Disposiciones Generales (artículo 94 - 95)
- Parte XV – Disposición Final (artículo 96).

Según el Art 95 CA, el español es el (único) idioma auténtico de la Carta Andina, además, este artículo prevé que la Carta Andina sea traducida a los principales idiomas ancestrales de los pueblos indígenas de los países andinos.

D. Naturaleza jurídica y efectos jurídicos

Según lo mencionado anteriormente, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sólo fue proclamada solemnemente, el 7 de diciembre de 2000, por los Presidentes de los tres órganos Europeos: Parlamento, Consejo y Comisión. De esta manera, pasó a formar parte del derecho de la UE, pero sin que le correspondiera la calidad de derecho primario o derivado¹²⁶. Se trata más bien de una declaración unilateral de voluntad por parte de estos tres órganos, por la cual reconocen los derechos afianzados en la Carta y se comprometen a tomarlos por base de sus propios actos¹²⁷.

La Carta Andina fue firmada el 26 de julio de 2002 por los cinco Presidentes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, reunidos en Con-

¹²⁶ HUMMER/OBWEXER, nota 60, p. 61.

¹²⁷ Esta Carta es una "declaración" interinstitucional, y no un "acuerdo" interinstitucional; HUMMER/OBWEXER, nota 60, p. 62; cfr también con Waldemar Hummer, "Interinstitutionelle Vereinbarungen und institutionelles Gleichgewicht", en Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende. Ansichten österreichischer Europarechtler zu aktuellen Problemlagen, ed. Waldemar HUMMER, Wien, editorial Manz, 2003, pp. 121 ss.

sejo Presidencial Andino, en nombre de sus respectivos Países y de los pueblos de la Comunidad Andina (!)¹²⁸. Según el Art 11 apartado 1 del Acuerdo de Cartagena, el Consejo Presidencial Andino – a semejanza del Consejo Europeo, según el Art 4 apartado 1 TUE – establece condiciones políticas previas para los distintos ámbitos de la integración subregional andina en forma de Directrices, que los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) deben ejecutar (Art 11 apartado 2 del Acuerdo de Cartagena). El Acuerdo de Cartagena no prevé para el Consejo Presidencial Andino otra forma de norma jurídica que estas Directrices. Aunque esta declaración de los Presidentes haya surgido en el seno del Consejo Presidencial Andino, no se trata de un acto orgánico del mismo, ya que éste no puede emitir otra norma jurídica que no sean Directrices, y una Decisión tal también se le tendría que atribuir a la Comunidad Andina como entidad. Tampoco se puede pensar en una atribución a la Comunidad Andina como Decisión del Consejo Presidencial Andino, por las razones que serán expuestas más adelante.

No obstante, la formulación “los Presidentes (...) reunidos en Consejo Presidencial Andino” también hace pensar – desde el punto de vista del derecho comunitario europeo – en otra construcción, diferente a un acto jurídico emitido por el Consejo Presidencial Andino mismo. Así, los ministros reunidos en Consejo de la UE pueden actuar no sólo como Consejo de la UE, sino que pueden reunirse – en igual composición personal – como Conferencia Intergubernamental de derecho internacional público. Los ministros actuando en esta función son llamados “los representantes de los Países Miembros reunidos en Consejo”, y los actos de derecho emitidos por éstos son “Decisiones atípicas del Consejo”¹²⁹. Por lo tanto, se podría

¹²⁸ Como se habla de “Pueblos” y no de “Estados”, se trata de una disposición programática, que sin embargo, no vincula a los Estados Miembros al contenido de la Carta Andina.

¹²⁹ Por un lado, éstas pueden ser emitidas cuando lo prevé así el Derecho primario (así p. ej., en el Art 223 apartado 1 TCE, para el nombramiento de los jueces del Tribunal), o cuando las atribuciones respecto a una determinada materia – en el marco de la repartición vertical de competencias - aún permanecen en los Estados Miembros. El método, por el que algunos Convenios – por razones de las competencias repartidas (verticalmente) – deben ser

pensar, que la Carta Andina viene a ser de un acuerdo de derecho internacional público entre los cinco Presidentes Andinos, que solamente se reunieron “en el seno” del Consejo Presidencial Andino con el fin de suscribir la Carta Andina en su calidad de representantes de sus Estados.

Según lo mencionado anteriormente, este documento aprobado por el Consejo Presidencial Andino es designado como “Carta” y no como “Directriz”, prevista como fuente de derecho secundario en el Tratado Constitucional, según el Art 11 apartado 1 del Acuerdo de Cartagena. Pero, como – analógicamente a la jurisprudencia del TJCE – el poder legislativo de un acto orgánico en general no depende de su denominación, sino de su contenido¹³⁰, habría que analizar si, a juzgar por el contenido de la Carta Andina, ésta entra o no en la categoría de la única forma de norma jurídica atribuida al Consejo Presidencial Andino, según el Art 11 apartado 1 del Acuerdo de Cartagena.

De acuerdo con el Art 12-a) del Acuerdo de Cartagena, también corresponde al Consejo Presidencial Andino – entre otras cosas – “definir la política de integración subregional andina”. Esta competencia programática – de contenido muy amplio – no incluye la facultad de adoptar una Carta de Derechos Humanos (de carácter vinculante), pero aún así, puede ser posible que el Consejo Presidencial Andino considere que la proclamación política de un Documento para la Protección de los Derechos Humanos todavía corresponda a las atribuciones definidas por esta disposición. Ya que la Carta Andina no contiene ninguna referencia a algún fundamento legal – y de momento también representa solamente un documento sin carácter vinculante –, no es posible sacar, de un análisis de las atribuciones, un indicio inequívoco de que la Carta Andina deba ser vista como acto jurídico

firmados tanto por el Consejo, como por los “representantes de los gobiernos de los Países Miembros, reunidos en Consejo”, es denominado procedimiento según la “fórmula mixta”.

¹³⁰ TJCE, Asunto 30/67, AG Industria Molitoria Imolese/Consejo, Recopilación 1968, pp. 173 ss, p. 181; o bien Asunto 60/81, IBM/Comisión, Recopilación 1981, pp. 2639 ss, Acotación núm. 9, en la que el TJCE, con respecto a la pregunta, si “las medidas refutadas constituyen acciones en el sentido del Artículo 173 [ahora Art 230 TCE] (...)” se basó en su “esencia”.

del Consejo Presidencial Andino, o como un acto de los jefes de Estado reunidos en su seno.

Además de la cuestión de las atribuciones de los Órganos (Organkompetenz), contenidas en el Art 12 del Acuerdo de Cartagena, es necesario analizar la de las atribuciones del poder público de la Comunidad (Verbandskompetenz), que se compone de la totalidad de las atribuciones de los órganos. Entre los objetivos de la Comunidad Andina (Art 1-f Acuerdo de Cartagena), y las medidas previstas para alcanzarlos (Art 3 Acuerdo de Cartagena), no se establece ninguna competencia en el ámbito de los derechos fundamentales, sino más bien sólo la de tomar las medidas necesarias para impulsar la formación gradual de un mercado común. La facultad de suscribir Acuerdos de derecho internacional público para la Protección de los Derechos Humanos permaneció claramente en manos de los Estados Miembros, y no fue transferida a la Comunidad Andina, por lo que no cabe duda de que a la Comunidad Andina no le corresponde permitir a uno de sus órganos firmar un documento de este tipo. Aunque la Carta Andina de momento haya sido aprobada como documento sin carácter vinculante, la presente problemática de carácter jurídico – dogmático se deduce del Art 96 apartado 2 CA – ¹³¹, según el cual el carácter vinculante de la Carta puede ser decidido por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

Por consiguiente, la Carta Andina sí cabría, según su tenor literal, en la amplia formulación de los Arts 11 y 12 del Acuerdo de Cartagena (atribuciones de los Órganos), sin embargo, la Comunidad Andina carece de atribuciones (del poder público de la Comunidad) para la aprobación de un acto jurídico de ese tipo. Por lo tanto, la Carta Andina debe ser vista – según las explicaciones anteriores – como un acto jurídico de derecho internacional público (extrajurídico) de los representantes de los gobiernos de los Países Miembros, reunidos en Consejo Presidencial Andino.

La pregunta sobre el Creador de la Carta Andina también está relacionada con la cuestión, varias veces planteada anteriormente, de si la Carta

¹³¹ Al respecto, véase a continuación.

Andina es de un instrumento que defiende contra intrusiones del poder público de la Comunidad Andina misma, o solamente contra las mismas del poder público estatal de los cinco Estados miembros¹³².

En lo que respecta al efecto jurídico de la Carta Andina, el Art 96 apartado 2 CA¹³³ prevé que la cuestión de su eventual carácter vinculante sea decidida por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en el momento oportuno. Se trata, como en el caso de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de un acto jurídico sin carácter vinculante por el momento, que no obstante más adelante está previsto que se convierta en un momento dado en un documento de carácter vinculante. A diferencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que entrará en vigor en el seno del "Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" - aprobado por la Conferencia Intergubernamental del 17/18 de junio del año en curso, en la Carta Andina está previsto que uno de los órganos de la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, realice esta transformación.

Con la técnica escogida por la Comunidad Andina para establecer el carácter vinculante de la Carta Andina, a través de una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, se plantea una cuestión sin solución dogmática, ya que esta manera de proceder significaría "prima facie", que un Acuerdo acordado entre los Estados Miembros – primeramente sin carácter vinculante – no será transformado en vinculante por ratificación, como cualquier Acuerdo normal de derecho internacional público, sino que solamente podrá alcanzar esa validez a través de una Decisión constitutiva por parte de un órgano de una Organización Internacional, es decir, de un sujeto de derecho diferente. Tal Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se le atribuiría a la entidad "Comu-

¹³² Al respecto, véase infra VI.E.

¹³³ Según el Art 96 apartado 1 CA, los Ministros de Relaciones Exteriores deben revisar cada cuatro años –para adaptar el contenido de esta Carta a la dinámica de la evolución del Derecho Internacional o Andino de los Derechos Humanos-, con miras a su actualización y perfeccionamiento. Si, como consecuencia de una actualización, se llegara a pretender una decisión positiva sobre el carácter vinculante, surgirían los problemas dogmáticos tratados a continuación.

nidad Andina” misma. No obstante, no es de suponer que esto suceda – a pesar de que el tenor literal que dice “el carácter vinculante de esta Carta será decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores” y no “en el seno del...” es bastante claro –, ya que la irrecusable imputación a la Comunidad Andina resultante se iría al vacío, por la falta de atribuciones del poder público de la Comunidad. En un Convenio entre miembros sin carácter vinculante, como la Carta Andina, no se puede modificar de ninguna manera el reparto vertical de competencias (en cuanto a las atribuciones en el ámbito de los Derechos Humanos), – ya establecido en el Acuerdo de Cartagena –, entre la Comunidad Andina y sus Estados Miembros.

Además, esta construcción para atribuir a la Carta Andina un carácter vinculante a través de un Acuerdo de los Representantes de los Estados Miembros reunidos en el seno de este órgano (que no es una decisión del órgano mismo en forma de un acto de derecho secundario), plantearía también problemas constitucionales en los Países Andinos, ya que sus constituciones sólo reconocen la incorporación de Acuerdos o de Decisiones típicas de un órgano. Convertir un Acuerdo – que hasta el momento carecía de carácter vinculante – en un tratado vinculante, a través de la Decisión de un órgano, representa por eso un procedimiento no previsto a nivel de derecho constitucional para expresar el consentimiento de un Estado Miembro a un tratado de Derecho internacional público.

Después de todas estas consideraciones teóricas, a decir verdad sólo queda la posibilidad de calificar el acto de atribuir a la Carta Andina un carácter vinculante, previsto en el Art 96 CA, no como un verdadero acto de un órgano – a pesar de que el tenor literal dice expresamente lo contrario –, sino como un Acuerdo de los Estados Miembros en “el seno” del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Si la aprobación del efecto vinculante, en sentido constitucional, no se hubiera manifestado ya con el consentimiento a la Carta Andina del respectivo representante de un Estado, de conformidad con la Constitución – como ocurre por ejemplo en el caso de la delegación de Convenios Estatales, en el sentido del Art 66 apar-

tado 2¹³⁴ de la Constitución Federal (austríaca)¹³⁵ – entonces semejante Acuerdo entre los Países Miembros, requeriría aún de la autorización parlamentaria junto con la sucesiva ratificación del Presidente del Estado.

Los diferentes Países Andinos adoptaron posiciones muy distintas con respecto a la obligatoriedad jurídica de la Carta. Mientras Ecuador – como su iniciador y autor – intercedía de forma vehemente a favor de una Carta de carácter vinculante, Venezuela y Colombia rechazaron estas pretensiones – tal vez porque ambos países tenían repercusiones negativas en su situación política interna. Mientras Perú – al igual que Ecuador – también abogaba por una Carta vinculante, Bolivia, como quinto Estado miembro, se comportó de forma neutral. Ecuador elaboró dos Proyectos de la Carta Andina, para corresponder a ambas posiciones – una versión vinculante y otra no-vinculante. Finalmente, se logró acordar una solución de compromiso, a saber, la elaboración de una Carta sin carácter vinculante en primer lugar, que “en el momento oportuno” pueda ser convertida en vinculante. Es difícil decir cuando será ese “momento oportuno”. En todo caso, actualmente no existen a nivel del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores planes concretos para decidir sobre el carácter vinculante de la Carta¹³⁶.

E. La finalidad de la Carta Andina – ¿protección contra el poder público de los Estados Miembros o de la Comunidad Andina?

En lo que respecta a la intención que llevó a la redacción de la Carta de Derechos Humanos y la de Derechos Fundamentales, ya varias veces com-

¹³⁴ Artículo 66 apartado 2: “El Presidente de la Federación podrá facultar al Gobierno federal o a los miembros competentes del mismo para concertar determinadas categorías de tratados internacionales que no estén comprendidos en las disposiciones del Artículo (...) y Artículo 50 (...)”.

Artículo 50 apartado 1: “Todos los tratados internacionales de índole política y los demás, sólo cuando modifiquen o completan las Leyes vigentes (...), necesitan para su validez la aprobación del Consejo Nacional. (...)”.

¹³⁵ Boletín Oficial de la República de Austria, 1930, p. 1 en la redacción de la Boletín Oficial de la República de Austria, 1994, p. 1013.

¹³⁶ Véase infra VII.

paradas en este contexto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE tiene por objeto – según el mandato del Consejo Europeo de Colonia/Alemania del 3 al 4 de junio de 1999¹³⁷ – elaborar una compilación de los derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados Miembros, especialmente por los Tratados Constitucionales de la UE y de las Comunidades Europeas (junto con el Derecho derivado), por el CEDH (junto con sus protocolos adicionales), por la Carta Social, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁸. Esto, con el fin de “reforzar la protección de los derechos fundamentales, dotándolos de mayor presencia en una Carta”¹³⁹.

También la “Carta Andina de Derechos Humanos” compendia los Derechos Humanos que, por un lado, están contenidos en las obligaciones internacionales contraídas por los Estados Miembros de la Comunidad Andina, y por otro lado, en las Constituciones de éstos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Andino no representa una fuente (de conocimiento) de derecho en esta materia, ya que hasta ahora – al contrario que el TJCE – aún no ha desarrollado una jurisprudencia en el ámbito de los derechos fundamentales¹⁴⁰.

El componente político de la Carta Andina es mencionado expresamente en su preámbulo. Conforme al séptimo motivo de consideración, la Carta Andina está relacionada con el desarrollo del papel cada vez más dinámico que en el mundo contemporáneo desempeña la Comunidad Andina. Al mismo tiempo, se menciona en esta disposición una cierta función unificadora que debe cumplir la Carta Andina, por lo cual se recurre a la historia y geografía comunes (de la región andina). La finalidad perseguida es la búsqueda de metas históricas, que afirmen y protejan las raíces y tradiciones propias de su identidad. Esta unidad de los Países Andinos reconoce al mismo tiempo la diversidad de sus territorios, pueblos, etnias y culturas¹⁴¹.

¹³⁷ Nota 57.

¹³⁸ Quinto motivo de consideración en el preámbulo de la CDFUE.

¹³⁹ Cuarto motivo de consideración en el preámbulo de la CDFUE.

¹⁴⁰ Al respecto, véase supra VI.A.

¹⁴¹ Octavo motivo de consideración en el preámbulo de la CA.

Conforme al ya mencionado “Holismo”¹⁴², se encuentra en la Carta Andina una confirmación de que la democracia, el desarrollo y el respeto a los Derechos Humanos son interdependientes y se refuerzan mutuamente¹⁴³.

Si se retorna ahora a la pregunta fundamental, contra qué poder público debe proteger en realidad la Carta Andina, solamente se pueden elaborar suposiciones – a falta de indicios más explícitos. Como se ha mencionado anteriormente, el Art 63 CA declara que la Carta Andina “constituye la primera manifestación integral de la Comunidad Andina [!] en materia de Derechos Humanos en el espacio comunitario, y complementa la normativa nacional, interamericana y universal en el tema”. Esta formulación por lo menos hace suponer a primera vista, que se trata de un acto jurídico de la Comunidad Andina misma, ya que complementa la normativa a nivel nacional e internacional en materia de Derechos Humanos.

Otra confirmación de esta opinión, que la Carta Andina se trata de un documento de la Comunidad Andina, parece deducirse también de la “Ayuda memoria” elaborada oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador en octubre de 2002 – la cual constituyó, según lo mencionado anteriormente, un elemento decisivo en la elaboración de la Carta¹⁴⁴, y en la que se expone lo siguiente:¹⁴⁵ “La Carta Andina de Derechos Humanos constituye la piedra fundamental de la consideración ordenada y sistemática de los temas de Derechos Humanos por parte de la Comunidad Andina de Naciones, que seguirá en este punto el derrotero que la Unión Europea tuvo en su momento...”¹⁴⁶.

No obstante, la disposición del Art 63 CA está en extrema contradicción con otra serie de disposiciones de la Carta Andina. Así, por ejemplo, se encuentra en el Art 1 CA una declaración, por la cual los Países de la Comunidad Andina (!) reconocen, que los Derechos Humanos son inheren-

¹⁴² Al respecto, véase supra I. y VI.B.a).

¹⁴³ Véase infra VI.K.c).

¹⁴⁴ Al respecto, véase supra VI.B.

¹⁴⁵ Ayuda Memoria, nota 81.

¹⁴⁶ También la Declaración de Machu Picchu, Secretaría General de la Comunidad Andina, nota 90, Doc núm. 17, habla en este sentido de una política comunitaria.

tes a la naturaleza y a la dignidad de toda persona. En la mayoría de las disposiciones restantes también se mantiene la formulación en tercera persona del plural, según las cuales ellos (los Países Miembros) reconocen ciertos derechos o bien afirman ciertas obligaciones, declaran o ratifican el compromiso, etc. La consideración, de que este documento de Derechos Humanos debe ser atribuido a los Países Miembros y no a la Comunidad Andina misma, también es apoyada por el Art 19 CA, en el cual los Países Miembros reafirman nuevamente su compromiso en el área de los derechos civiles y políticos¹⁴⁷. Como solamente los Países Miembros de la Comunidad Andina están sujetos al allí mencionado Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) (II Pacto de la ONU)¹⁴⁸ - y no la Comunidad Andina misma -, no se puede hablar tampoco aquí de un acto jurídico de la última.

También en la Parte IX donde se establecen los derechos de grupos, sujetos de protección especial¹⁴⁹, se manifiesta claramente la autoría de los Países Miembros en relación a la Carta Andina. En cada primer artículo de los subapartados que corresponden a cada grupo de personas, se encuentra una formulación, por la que ellos (los Países Miembros) reiteran sus compromisos, consagrados en las Convenciones Internacionales enumeradas en las respectivas disposiciones. La implementación de la Carta Andina – descrita en la Parte XII (Mecanismos de promoción y protección de los Derechos Humanos) - también se realiza a nivel (a) nacional o como obligación adquirida de los Países Miembros, por lo cual se incluyen indicaciones con respecto a la protección de los Derechos Humanos por el Poder Judicial de los Países Miembros, las Defensorías del Pueblo, los Defensores de los Derechos Humanos, los Planes nacionales de Derechos Humanos así como las fuerzas de seguridad de los Estados Miembros. Los mecanismos a nivel (b) internacional se refieren a la cooperación de los Países

¹⁴⁷ En el informe de la Comisión Andina de Juristas, Informe sobre la Reunión del 18. 3. 2002 en Bogotá (p. 23), se plantea con razón la pregunta, si los derechos garantizados en la Carta Andina constituyen nuevos derechos a nivel comunitario, o si solamente se trata de un resumen de derechos internacionales.

¹⁴⁸ Boletín Oficial de la República de Austria, 1978, p. 591.

¹⁴⁹ Véase infra VI.K.i).

Miembros con los órganos de vigilancia de los Tratados de Derechos Humanos, así como con el sistema interamericano y de Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Además, al final se expresa la reiteración del compromiso de considerar favorable y prontamente la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Sorprendentemente, falta en la Carta Andina una disposición que defina su ámbito material de aplicación, así como está constituido correctamente por ejemplo en el Art 51 apartado 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: "Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados Miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión". De tal formulación del ámbito material de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se deduce claramente, que ésta protege primordialmente contra la actuación de los órganos de la UE y no contra el ejercicio del poder público estatal de los Estados Miembros. En contraposición a esto, la Carta Andina no solamente no contiene ninguna disposición similar, sino que incluso, como ya se ha mencionado anteriormente, por algunas formulaciones en varias partes del texto, a primera vista da la impresión tanto de que fuera a proteger contra "excesos" del Derecho comunitario de la Comunidad Andina, así como también, como de que estuviera concebida como defensa contra las intrusiones del poder estatal de los Estados Miembros.

Por último, se plantean así tres difíciles cuestiones, a saber (a) como acto jurídico de qué poder/de qué órgano se debe calificar a la Carta Andina, (b) contra qué poder público protege ésta y, además, (c) en qué marco fue promulgada.

Con respecto al punto (a): a raíz de las reflexiones dogmáticas precedentes, así como del análisis del contenido de la Carta Andina, se puede partir de la base de que se trata de un acto jurídico de los Estados Miembros de la Comunidad Andina. Éstos fueron representados en la adopción del texto por sus Jefes de Estado, que solamente se habían reunido en el marco del Consejo Presidencial Andino, de una manera similar al gremio europeo de los "representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en Consejo". Aunque teóricamente se podría sostener la opinión de que se

hubiese tratado de una “Directriz” emitida por el Consejo Presidencial Andino como órgano de la Comunidad Andina¹⁵⁰, a ésta se opone el hecho de que en la Comunidad Andina la suscripción de Tratados Internacionales en el ámbito de los Derechos Humanos compete al igual que antes solamente a los Estados Miembros¹⁵¹.

Punto (b): por el hecho de que la doctrina latinoamericana – o por lo menos la práctica –, evidentemente se diferencia de la europea en relación a esto, debe analizarse, después de la cuestión de la atribución del acto jurídico a una de ambas entidades – la Comunidad Andina o sus Países Miembros –, también el aspecto adicional del poder público contra el que debe proteger esta Carta – una cuestión que sería irrelevante según la doctrina europea, ya que aquí se parte de una vinculación estricta de estos dos aspectos: la atribución del acto jurídico a la respectiva entidad jurídica, determina a la vez el poder público contra el cual protege.

Partiendo de la Parte XII (mecanismos de promoción y protección) de la Carta Andina, se puede observar, que los mecanismos de defensa contra eventuales violaciones de Derechos Humanos allí expuestos siempre van dirigidos a los Estados Miembros – ya sea porque deban proteger frente al poder público, o porque se deriven de éstos obligaciones internacionales para los Estados Miembros. Constituye un hecho interesante, que en el Anteproyecto de la Carta Andina del 27 de mayo de 2002 todavía se encontrara una disposición introductoria, según la cual la Carta debía ser concertada tanto por la Comunidad Andina, como también (!) por los Países Miembros. Aparentemente, esta variante fue eliminada en la reunión de trabajo de los Vice-Ministros de Relaciones Exteriores de junio/julio de 2002, al más alto nivel político – por las razones políticas o doctrinales que sean.

¹⁵⁰ Art 6 y Art 11 apartado 1 Acuerdo de Cartagena.

¹⁵¹ Esto vale, aun cuando la Decisión 458 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores del 25 de mayo de 1999 (Lineamientos de la Política Exterior Común) menciona la defensa y promoción de los Derechos Humanos en su artículo 1 no solamente como principio, sino como objetivo de la Política Exterior Común de la Comunidad Andina y como área de acción específica; véase <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d458.HTM>.

Con respecto al punto (c) hay que decir que, a pesar de todo, no se puede pasar por alto la afirmación explícita del Art 63 CA, según la cual la Carta Andina constituye la primera manifestación integral de la Comunidad Andina en materia de Derechos Humanos. Partiendo de una doctrina latinoamericana evidentemente menos contundente al respecto, se va a tener que entender que en esta disposición no se trata de una manifestación de la Comunidad Andina, sino de una manifestación hecha en el seno de la misma. No se pueden olvidar en este punto tampoco las disposiciones de la Parte XIII (seguimiento), por las cuales se integran diversos órganos de la Comunidad Andina (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Secretaría General y Parlamento Andino) en las actividades para la implementación de la Carta Andina. También el Art 86 CA se debe ver en relación con esto, ya que con él los Miembros autorizan esta incorporación de los órganos.

Por otro lado, en la formulación de los derechos de grupos sujetos a protección especial, se encuentra una indicación, por la cual los Estados Miembros se comprometen a mejorar la protección y promoción de estos Derechos Humanos tanto en sus respectivas jurisdicciones, como en el ámbito andino (así p. ej. Art 51 CA)¹⁵². Resumiendo, se puede decir que se trata de un acto jurídico de los Estados Miembros para la protección contra el poder público estatal, pero que este proceso ha surgido dentro del marco de la Comunidad Andina y en el futuro también ha de tener lugar allí. Por lo tanto, no se trata de un Acuerdo aprobado "por una" sino "dentro del marco de una" Organización Internacional – analógicamente al Art 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)¹⁵³.

Como la Carta Andina aún no tiene carácter vinculante y en varios ámbitos tampoco garantiza derechos concretos y directamente aplicables, sino que más bien está compuesta de proclamaciones políticas¹⁵⁴, la cuestión de contra qué poder público debe proteger actualmente, sólo se plantea de forma teórica. No obstante, podría ser que la Carta Andina sea transfor-

¹⁵² Al respecto, véase infra VI.J.

¹⁵³ Boletín Oficial de la República de Austria, 1980, p. 40.

¹⁵⁴ Véase infra VI.K.

mada más tarde en un instrumento vinculante de la Comunidad Andina para la defensa de los Derechos Humanos (?!), según el Art 96 apartado 2 CA. Pero, como demostró la discusión sobre la técnica para establecer el carácter vinculante de la Carta Andina conforme al Art 96 apartado 2 CA¹⁵⁵ sostenida arriba, la (supuesta) Decisión de los Ministros de Relaciones Exteriores no puede ser calificada como acto orgánico imputable a la Comunidad Andina como entidad responsable. Por eso, una Carta Andina vinculante tampoco podrá defender contra los excesos del poder público de la Comunidad, sino solamente proteger contra intrusiones del poder estatal de los Estados Miembros de la Comunidad Andina.

F. Tipos de derechos garantizados y fuentes de conocimiento del Derecho (Rechtserkenntnisquellen)

En general se distingue, en los diferentes tipos de Derechos Humanos, entre los derechos civiles y políticos (Derechos Humanos de la 1ª generación) y los derechos económicos, sociales y culturales (Derechos Humanos de la 2ª generación)¹⁵⁶. Además, generalmente también se reivindican los derechos de solidaridad (Derechos Humanos de la 3ª generación)¹⁵⁷. Al igual que en la "Carta de Derechos Fundamentales de la UE", se encuentran también en la Carta Andina tanto Derechos Humanos de la 1ª generación, como algunos de la 2ª generación, y además el ya citado "derecho al desarrollo" como derecho humano de la 3ª generación. A éstos se añaden grupos de derechos de un nuevo tipo, como lo son los derechos de los Pueblos indígenas y de las comunidades de afrodescendientes (Parte VIII. CA).

¹⁵⁵ Al respecto, véase supra VI.D.

¹⁵⁶ Cfr con Waldemar HUMMER, "Der internationale Menschenrechtsschutz", en *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, eds. Hanspeter Neuhold, Waldemar Hummer, Christoph Schreuer, t. 1, Colección de textos, Wien, editorial Manz, 1997, pp. 243 - 245.

¹⁵⁷ Cfr con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de la ONU, A/RES/41/128, del 4. 12. 1986; o bien Sabine BENNIGSEN, *Das "Recht auf Entwicklung" in der internationalen Diskussion*, Frankfurt am Main, editorial Peter Lang, 1989; Holger SCHARPENACK, *Das "Recht auf Entwicklung"*, Frankfurt am Main, editorial Peter Lang, 1996.

Además, se incluyen los derechos de ciertos grupos de personas necesitadas de protección especial (mujeres, niños, jóvenes, adultos mayores, personas con discapacidades, migrantes y sus familias, personas con diversa orientación sexual, desplazados internos, refugiados, apátridas y personas privadas de la libertad)¹⁵⁸ así como el derecho a un medio ambiente sano y protegido¹⁵⁹. La relación entre las distintas generaciones de Derechos Humanos se encuentra descrita en el Art 3 CA, según el cual todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, y por eso debe prestarse igual y decidida atención a la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo. Con esto, la Carta Andina sigue el modelo conceptual de la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos¹⁶⁰ suscrita el 27 de junio de 1981, que asimismo reúne en un mismo documento derechos de la 1ª y 2ª generación, y además contiene también derechos de la 3ª generación (p. ej. el “derecho al desarrollo” en el Art 22)¹⁶¹.

La Carta Andina no intenta crear nuevos derechos en el ámbito de los Derechos Humanos, sino que se basa en diferentes tratados internacionales, a los que cada vez hace referencia. El 4º motivo de consideración del preámbulo nombra, como fuentes que fueron tomadas en cuenta en la elaboración de la Carta Andina, el ya citado Seminario de Quito (agosto 2000)¹⁶², así como (falsamente) las contribuciones del Tribunal Andino¹⁶³, del Consejo Laboral Andino y de los representantes de la sociedad civil de los cinco países andinos¹⁶⁴. El preámbulo nombra como Tratados interna-

¹⁵⁸ Véase infra VI.K.i).

¹⁵⁹ Véase infra VI.K.g).

¹⁶⁰ 21 ILM, 1982, t. I, p. 58, pp. 59 ss; versión en alemán en EuGRZ 1990, pp. 348 ss.

¹⁶¹ Las investigaciones en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador revelaron, que sobre todo la Carta Africana de Derechos Humanos de Banjul (nota 160) – junto a los tratados internacionales y las constituciones de los Estados Miembros – fue tomada como modelo para el Proyecto de la Carta Andina.

¹⁶² Noveno motivo de consideración en el preámbulo de la CA.

¹⁶³ Véase supra VI.B.b).

¹⁶⁴ Décimo motivo de consideración en el preámbulo de la CA.

cionales: la Carta de las Naciones Unidas¹⁶⁵, la Carta de la OEA/OAS¹⁶⁶, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁶⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (II Pacto de la ONU)¹⁶⁸, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (I Pacto de la ONU)¹⁶⁹, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹⁷⁰, la Carta Democrática Interamericana¹⁷¹ y los demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los que los Países Andinos son Estados Parte¹⁷².

G. El ámbito material y personal de aplicación

Como ya se mencionó anteriormente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se encuentra en el Art 51 una disposición que establece el ámbito material de aplicación de la Carta. Según ésta, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se dirige a instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados Miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (apartado 1)¹⁷³. El apartado 2 de esta disposición manifiesta además que la Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión, y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados. El ámbito personal de aplicación debe contemplarse detalladamente, ya que, de un lado, la mayoría de los derechos garantizados – también en

¹⁶⁵ Boletín Oficial de la República de Austria, 1956, p. 120, en la redacción del Boletín Oficial de la República de Austria, 1973, p. 633.

¹⁶⁶ Nota 43.

¹⁶⁷ Nota 1.

¹⁶⁸ Nota 148.

¹⁶⁹ Boletín Oficial de la República de Austria, 1978, p. 590.

¹⁷⁰ [Http://www.corteidh.or.cr/docs_basicos/San_Salvador.html](http://www.corteidh.or.cr/docs_basicos/San_Salvador.html).

¹⁷¹ Nota, 54.

¹⁷² Cuarto motivo de consideración en el preámbulo de la CA.

¹⁷³ El apartado 1 de esta disposición continúa explicando: “Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.

el ámbito del CEDH¹⁷⁴ (Art 1) – consideran a toda persona que se halle sometida bajo la jurisdicción de un Estado Parte. De otro lado, los derechos que se derivan de la Ciudadanía de la Unión (Art 17 ss TCE) solamente se le atribuyen a los ciudadanos de la Unión.

Según la problemática reconocida anteriormente, con motivo de la discusión sobre la naturaleza jurídica y los efectos jurídicos¹⁷⁵, así como sobre la finalidad de la Carta Andina¹⁷⁶, ésta no dispone, a diferencia del Art 51 CDFUE, de ninguna definición de su ámbito material de aplicación.

En lo que respecta al ámbito personal de aplicación, en el Art 8 CA se encuentra una reglamentación, según la cual toda persona, nacional y extranjera, que se encuentre dentro del territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina, es titular de los Derechos Humanos y libertades fundamentales consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación nacional correspondiente. Con ello, no se menciona en esta disposición a la Carta Andina misma. Pero así también se puede recurrir a esta disposición como una prueba más de que la Carta Andina no es de un acto jurídico para la protección contra el poder público de la Comunidad Andina, sino de una reiteración – “dentro del marco” de la Comunidad Andina – de las obligaciones internacionales existentes de los Estados Miembros.

H. Relación con otras normas

Como ya se mencionó anteriormente, en el preámbulo de la Carta Andina se encuentran referencias a otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Con esto no se estipula la primacía de la Carta Andina sobre estos otros Tratados internacionales, sino que al contrario, se declara el reconocimiento de estos Tratados por los Estados Miembros de la Comunidad Andina¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Según el Art 53 CDFUE no se puede limitar su nivel de protección.

¹⁷⁵ Véase supra VI.D.

¹⁷⁶ Véase supra VI.E.

¹⁷⁷ Ver a continuación las explicaciones a la pregunta sobre la protección contra el poder público de la Comunidad o de los Estados, en el punto VI.E.

El 5° motivo de consideración del preámbulo contiene el compromiso con la defensa de los propósitos y principios consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷⁸, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁷⁹ y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de las Naciones Unidas^{180 181}.

Además, los Estados Miembros reconocen los aportes del Parlamento Andino, en particular los principios consagrados en la “Carta Social Andina”, aprobada el 30 de setiembre de 1994 (6° motivo de consideración).

En relación con este reconocimiento de los Tratados internacionales hay que mencionar el establecimiento de los límites horizontales en el Art 94 CA, según el cual nada de lo dispuesto en esta Carta puede ser interpretado en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Países Miembros¹⁸² o con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en los mismos – una disposición que recuerda al Art 53 CDFUE (Nivel de protección) en el ámbito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En el ámbito de los Convenios Internacionales se esconde detrás el principio “pacta sunt servanda” del Art 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Pero no sólo deben ser tenidos en cuenta, por los Países suscriptores de la Carta Andina, otros Tratados (materiales), sino que también se reconoce en la Carta explícitamente la función de los órganos internacionales de vigilancia de los Tratados.

Así, los Países Miembros reiteraron su voluntad de acatar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José/Costa Rica (Art 5 CA). Asimismo, los Países Miembros se comprometen a asu-

¹⁷⁸ Nota, 74.

¹⁷⁹ [Http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm).

¹⁸⁰ Nota, 157.

¹⁸¹ Ver también los Tratados – enumerados en el 4° motivo de consideración en el preámbulo - mencionados anteriormente en el punto VI.F.

¹⁸² Se trata de una formulación lingüística algo desacertada, ya que en vez de “de cualquiera”, debería decirse en realidad “de cada uno”.

mir una actitud constructiva para acoger favorablemente las decisiones y recomendaciones de los mecanismos regionales y universales de naturaleza no jurisdiccional - de conformidad con los tratados de Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales pertinentes -, cuando corresponda.

En capítulo aparte, en la Parte XI (Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario) (Art 61-s CA), se prevé qué sucede en caso de presentarse un conflicto del contenido material de la Carta Andina con el Derecho Humanitario Internacional. En éste, los Países Miembros reafirman su sólido respaldo a las normas del Derecho Internacional Humanitario, establecidas (entre otros) en los Convenios de Ginebra de 1949¹⁸³ y en sus Protocolos Adicionales de 1977¹⁸⁴. Además, reiteran su convencimiento de que estos son los instrumentos internacionales aplicables para garantizar una mejor protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales – en especial a la población civil. También exhortan a las partes en conflictos armados internacionales y no internacionales a respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario aplicables (Art 61 CA).

Los Países Miembros no sólo señalan la importancia general que tiene el Derecho Internacional Humanitario, sino también su gran relevancia en relación con el desarrollo de los Derechos Humanos. En el marco del desarrollo jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los

¹⁸³ I Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, del 12. 8. 1949, Boletín Oficial de la República de Austria, 1953, p. 155; II Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12. 8. 1949, Boletín Oficial de la República de Austria, 1953, p. 155; III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, del 12. 8. 1949, Boletín Oficial de la República de Austria, 1953, p. 155; IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, del 12. 8. 1949, Boletín Oficial de la República de Austria, 1953, p. 155.

¹⁸⁴ I Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, del 10. 12. 1977, Boletín Oficial de la República de Austria, 1982, p. 527; II Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, del 10. 12. 1977, Boletín Oficial de la República de Austria, 1982, p. 527.

Países Miembros reconocen la importancia de su relación con el Derecho Internacional Humanitario, en tanto que éste puede ser utilizado como instrumento para la interpretación de los Derechos Humanos (Art 62 CA)¹⁸⁵.

I. Seguimiento¹⁸⁶

Probablemente también a causa de su carácter no vinculante, se encuentran en la Parte XIII de la Carta Andina disposiciones para un “proceso de seguimiento”. La promoción de los principios y propósitos de la Carta debe realizarse de acuerdo a los mecanismos que se mencionan en esta sección¹⁸⁷ – sin perjuicio de que se incorporen posteriormente otros modos y vías de seguimiento por conducto de los canales comunitarios pertinentes (Art 86 CA).

La responsabilidad de este proceso de seguimiento es puesta en las manos de aquel órgano que también es responsable de la decisión sobre el carácter vinculante de la Carta Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Según el Art 87 CA, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es el máximo organismo comunitario encargado de dar seguimiento a las iniciativas subregionales y andinas – previstas en la Carta. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores será asistido en el cumplimiento de esta tarea por la Secretaría General de la Comunidad Andina (Art 88 CA).

Sin embargo, el proceso de seguimiento no es puesto solamente en las manos de un órgano que representa los intereses de los Países Miembros, sino que también el Parlamento Andino –como representante de los intereses comunitarios – participa en este proceso. Según el Art 89 CA, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores acordará con el Parlamento Andino mecanismos de consulta en torno a la ejecución y seguimiento de la Carta Andina. Aparentemente, al elaborar la Carta Andina no se pudieron acordar las modalidades exactas de cómo debía realizarse esta participación, por lo que se pospuso para más tarde la solución a esta pregunta, pero

¹⁸⁵ En esta disposición se reitera, una vez más, el compromiso de respaldar las normas de Derecho Humanitario, establecidas en los convenios internacionales pertinentes.

¹⁸⁶ Véase sobre el estado actual infra VII.

¹⁸⁷ En el Art 86 CA se habla de la sección, pero seguramente se refiere a la parte (XIII).

sin fijar condiciones en cuanto a su contenido. Solamente se fija el procedimiento para la elaboración del modo de participación del Parlamento, en tanto que se dispone que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores no puede establecer estas modalidades por su cuenta, sino que debe actuar de mutuo acuerdo con el Parlamento.

Como manifestación del afán de hacer participar a otras instituciones, se encuentra en el Art 90 CA una invitación a los Defensores del Pueblo de los Países Miembros de la Comunidad Andina a dar seguimiento y a velar por la aplicación de las disposiciones de la Carta Andina – que conciernen a sus potestades –, reuniéndose entre sí y acordando opiniones y recomendaciones que transmitirán al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a través de la Secretaría General. También es invitada la sociedad civil de los países andinos – en particular las organizaciones de los defensores de Derechos Humanos – a participar en las actividades de seguimiento de la Carta Andina, en coordinación con la Secretaría General y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Art 91 CA).

Para el seguimiento de la Carta Andina – y de manera adicional a las actividades establecidas en la misma – los Países Miembros de la Comunidad Andina deberán organizar programas regionales propios, para difundir los principios de la Carta Andina, propiciar una “cultura andina” de respeto de los Derechos Humanos (en particular de los derechos de individuos y colectivos que requieren protección especial) y alentar el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuevos ámbitos (según la Parte X de la Carta)¹⁸⁸ (Art 92 CA).

Como último punto en materia del proceso de seguimiento, se encuentra en el Art 93 CA la recomendación para que los Planes Nacionales de Derechos Humanos y demás programas establecidos para la protección de los Derechos Humanos tomen en consideración el contenido y estipulaciones de la Carta Andina, y que los Países Miembros coordinen en lo posible sus actividades nacionales con las relacionadas con la Carta Andina.

¹⁸⁸ Véase *infra* VI.L.

J. Formulación de los derechos garantizados

En la Carta de Derechos Fundamentales de la UE los derechos generales están formulados muy escuetamente. Así p.ej. el Art 2 proclama de una manera corta y precisa: "Toda persona tiene derecho a la vida". Esto es así, de un lado porque el Presidente de la Convención de Derechos Fundamentales, Roman Herzog, redactó la Carta "como si" fuera a ser vinculante (la llamada "técnica como si fuera a ser vinculante") – esto es, como si fuera a ser incluida en los Tratados.¹⁸⁹ De otro lado, estaba totalmente consciente de que una disposición garante de un derecho humano más bien está respaldada por una jurisprudencia eficiente, que por una regulación detallada y exhaustiva (que hasta podría provocar problemas en casos específicos).

Al contrario que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en la que se formulan derechos concretos que cualquier individuo puede hacer valer, la Carta Andina solamente garantiza Derechos Humanos sin aplicabilidad directa.

Se puede comprobar, que la mayoría de los derechos tratados en la Carta Andina valen para, pero no en los Países Miembros, es decir, éstos establecen o una obligación para los Países Miembros o un compromiso de implementación por los Países de la Comunidad Andina.

K. Derechos garantizados en la Carta Andina

a) La dignidad de toda persona

Tanto la Carta Europea de Derechos Fundamentales, como la Carta Andina, dedican su Art 1 a la dignidad de la persona. No obstante, mientras

¹⁸⁹ Naturalmente, es posible convertir en vinculante una Carta de Derechos Fundamentales sin incluirla en los Tratados. Sin embargo, después de que el TJCE (Asunto 294/83, Les Verts/Parlamento Europeo, Recopilación 1986, pp. 1339 ss, Acotación 23) ha designado a los Tratados como "Documento Constitucional" (charte constitutionnelle de base) de la Comunidad, es casi inevitable que haya que colocar un Documento de Derechos Humanos de la Unión Europea dentro de los Tratados. Con respecto a la variante actual, véase supra V.

el Art 1 CDFUE solamente califica de inviolable a la dignidad humana, los Estados Miembros de la Comunidad Andina reconocen en el Art 1 CA, que los Derechos Humanos son inherentes a la naturaleza y a la dignidad de cada persona¹⁹⁰. Sin embargo, se desprende de las Explicaciones del Praesidium de la Convención de Derechos Fundamentales¹⁹¹, que la dignidad humana no sólo es un derecho fundamental, sino también el fundamento de todos los demás derechos fundamentales.

b) Discriminación e intolerancia

En el ámbito de los derechos de igualdad, se puede distinguir entre derechos generales y derechos especiales – expresados con respecto a determinados grupos de personas.

En el Art 10 CA (Parte II. – Discriminación e Intolerancia), se encuentra una disposición general con respecto a los derechos de igualdad¹⁹². Para la implementación de la misma, se prevén en el Art 10 CA la activación de la legislación nacional que penaliza la discriminación racial, en el Art 11 CA la elaboración de planes educativos y programas de la educación en Derechos Humanos, y en el Art 12 CA el desarrollo de las acciones necesarias para asegurar la protección de los Derechos Humanos, sobre todo de las minorías, y combatir todo acto de discriminación, exclusión o xenofobia.

Llama la atención el hecho, de que en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE simple y llanamente se prohíbe las discriminaciones por los motivos antes mencionados; mientras que en el ámbito andino, los Estados Miembros reafirman su decisión de combatir activamente las citadas discriminaciones.

¹⁹⁰ Véase también el segundo motivo de consideración en el preámbulo de la CA.

¹⁹¹ CHARTE 4473/00, CONVENT 49 del 11.10.2000. Ver ahora la versión actualizada de las Explicaciones del Praesidium de la Convención sobre el futuro de Europa, CONV 828/03 del 9.7.2003..

¹⁹² Según este artículo, se deben combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición.

No se desarrollan, en esta II. Parte de la Carta Andina, los derechos especiales de igualdad – éstos más bien se encuentran en la Parte IX. (Derechos de grupos sujetos de protección especial)¹⁹³.

c) Democracia y Derechos Humanos

Tal como ya ha sido mencionado anteriormente, la elaboración de la Carta Andina se debe apreciar en estrecha relación con el Compromiso democrático y con el cambio de paradigmas en la Comunidad Andina, que pasó de ser una zona de integración concebida meramente desde un punto de vista económico (sin spill-over neofuncionalista), a ser también una zona de integración política¹⁹⁴. La elaboración de una Carta de Derechos Humanos es muestra evidente de que, por un lado, no se puede evitar ese spill over del ámbito económico al político, y que éste se debe ver como un componente cuasi-inmanente al sistema; y, por el otro lado, de que hay una estrecha vinculación entre ambos principios de democracia y de Derechos Humanos¹⁹⁵, según lo expresado en el principio del “regionalismo abierto” antes citado¹⁹⁶.

En el Art 4 CA, los Estados Miembros reiteran el cumplimiento de su compromiso con la protección y defensa de la democracia, dentro del marco de respeto de los Derechos Humanos¹⁹⁷.

La participación de la sociedad civil constituye sin duda otra expresión de la influencia del principio democrático en los Derechos Humanos desarrollados en la Carta Andina. Como es sabido, la Comunidad Andina – así como la Unión Europea – está legitimada en su mayor parte de manera indirecta, en tanto que el poder legislativo a nivel de derecho comunitario está en manos de las Instituciones Comisión y Consejo de Ministros de

¹⁹³ Véase infra VI. K.i).

¹⁹⁴ Véase supra IV.B.

¹⁹⁵ Esto es así, aún cuando la Carta Andina, según lo mencionado anteriormente, solamente se haya concertado en el marco de la Comunidad Andina.

¹⁹⁶ Véase supra IV.B.

¹⁹⁷ La Carta Andina nombra a la Carta de Conducta de Riobamba, al citado Compromiso Democrático y a la Carta Democrática Interamericana, como fuentes de este compromiso.

Relaciones Exteriores, que en el ámbito nacional están calificadas de Poder Ejecutivo; y no es ejercido por un Parlamento elegido de forma directa. Por esta razón, la participación de la sociedad civil, no sólo en la elaboración¹⁹⁸, sino también el proceso siguiente de implementación de esta Carta, es de especial importancia. En el Art 7 CA se encuentra, en relación con esto, la confirmación de los Estados Miembros, de que se debe promover la participación de la sociedad civil en la preparación y ejecución de los planes nacionales de acción y programas de los Países Miembros a favor de la vigencia de los Derechos Humanos.

En el Art 13 CA se encuentra el notable derecho de los pueblos andinos¹⁹⁹ a la democracia, así como la obligación correspondiente de los gobiernos de promoverla y defenderla, con el fin de lograr la plena realización de todos los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y del derecho al desarrollo.

Además, se encuentra en el Art 18 CA una disposición, en la que los Estados Miembros reconocen el derecho de voto pasivo y activo, como la posibilidad de todo ciudadano de los Países Miembros de la Comunidad Andina de participar en elecciones universales, libres y directas del Parlamento Andino²⁰⁰.

En el Art 15 CA se encuentra la referencia al ya citado Compromiso Democrático, que está llamado a constituirse en una cláusula democrática andina²⁰¹.

Los Estados Miembros también se comprometen a defender el orden democrático en la región andina. Sobre todo basándose en el convenci-

¹⁹⁸ Véase supra VI.B.a).

¹⁹⁹ El término se utiliza en plural en el texto original (pueblos andinos), y por lo tanto, se entiende como rechazo de un pueblo andino homogéneo.

²⁰⁰ Aparte de estos derechos materiales, se encuentran en los Arts. 14, 15 y 17 CA, referencias a los Tratados y Resoluciones pertinentes. El Art. 14 CA reitera el compromiso de la Carta Democrática Interamericana y la Resolución 2002/46 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 23. 4. 2002, sobre "Nuevas medidas para promover y consolidar la democracia", especialmente en lo referente a los elementos esenciales constitutivos de la democracia.

miento de que la vigencia de los valores democráticos asegura la independencia y reforzamiento mutuo entre la democracia, el desarrollo y el respeto a los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (Art 16 CA).

d) Derechos civiles y políticos

En el Art 19 CA, los Estados Miembros reafirman su compromiso de respeto y garantía de los derechos civiles y políticos – en particular el derecho a la vida y la integridad personal. Esta disposición hace una referencia al II. Pacto de la ONU (1966)²⁰², a los tratados internacionales pertinentes y a las normas constitucionales de los Países Miembros.

Cabe resaltar en relación a esto, que el Art 22 CA renueva el compromiso de los Estados Miembros de aplicar las disposiciones del II. Pacto de la ONU, y de la Convención Americana de San José (1969), también durante los períodos de situaciones excepcionales (que se declaren legalmente “estados de emergencia”). Se pretende así tal vez prevenir la práctica común en Latinoamérica, de proclamar “casi de manera profiláctica” el estado de emergencia, en el sentido de la doctrina de la seguridad nacional, para después poder suspender los Derechos Humanos.

A manera de implementación concreta, el Art 23 CA prevé la realización de planes de acción en cooperación con las entidades públicas competentes y la sociedad civil, encaminados no sólo a prevenir, sino también a eliminar, los crímenes de lesa humanidad, incluyendo toda práctica de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, las desapariciones forzadas de personas o las ejecuciones extrajudiciales²⁰³.

²⁰¹ Además, los Estados Miembros reiteran su compromiso con el contenido de la Carta Democrática Interamericana (2001), y su convencimiento de que la vigencia del orden democrático constituye una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, y en consecuencia, se comprometen a adoptar todas las medidas posibles para fortalecerlo.

²⁰² Nota 148.

²⁰³ Además, los Estados Miembros tienen la obligación, según esta disposición, de investigar, juzgar y sancionar estos crímenes.

e) Derechos económicos, sociales y culturales

En el Art 24 CA se encuentra una referencia a las obligaciones de los Estados Miembros, consagradas en el I. Pacto de la ONU (1966)^{204 205}. Los Estados Miembros se comprometen mediante esta disposición, a adoptar las medidas (tanto por separado, como mediante la asistencia y la cooperación internacionales) – hasta el máximo de los recursos que dispongan – para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos. En esto, el Art 24 CA no se conforma con hacer una referencia a los derechos establecidos en el I. Pacto de la ONU, sino que los vuelve a enumerar explícitamente.

Según el Art 25 CA, los Estados Miembros promoverán y protegerán los derechos y garantías que amparan a los trabajadores, con apego a las leyes nacionales, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a las normas laborales emanadas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

f) Derecho al desarrollo

Después de los derechos de la 1ª generación (derechos civiles y políticos) y de la 2ª generación (derechos económicos, sociales y culturales), se encuentran en la Carta Andina también dos derechos de la llamada 3ª generación²⁰⁶. Estos son: el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano y protegido^{207 208}.

²⁰⁴ Nota 169.

²⁰⁵ Al contrario que en los derechos civiles y políticos, aquí no se encuentra ninguna referencia a otros tratados internacionales sobre la materia o a las normas constitucionales de los Países Miembros.

²⁰⁶ Con esto, la Carta Andina se parece mucho a la Carta Africana (Nota 160), que en el Art 22 reconoce un derecho al desarrollo.

²⁰⁷ Véase infra VI.K.g).

²⁰⁸ HUMMER, "Der internationale Menschenrechtsschutz", nota 156, p. 246. También se cuentan como derechos de la tercera generación: el derecho a disponer sobre los recursos naturales, a participar del patrimonio común de la humanidad, así como la paz, la solidaridad y el desarme.

Estos derechos de la 3ª generación constituyen una peculiaridad, ya que en realidad no se refieren a la relación de un ciudadano con el Estado, sino a la relación de los países menos desarrollados con los países desarrollados²⁰⁹. No obstante, también conciernen a los ciudadanos de los Estados menos desarrollados, ya que estos últimos se comprometen a garantizar condiciones de vida adecuadas. Éstos, sin embargo, no podrían cumplir por sí mismos esta garantía, debido a sus condiciones económicas y a la falta de recursos, sino que en ello dependen de la cooperación y del good-will de los países desarrollados.

A diferencia de los derechos de los grupos de personas sujetos de protección especial, por los cuales los Estados Miembros sólo reiteran sus compromisos establecidos en diferentes tratados internacionales²¹⁰, en el apartado sobre el derecho al desarrollo los Estados Miembros formulan el compromiso de cumplir los principios consagrados en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)²¹¹ de la Asamblea General de la ONU, y en otros acuerdos internacionales que contienen disposiciones sobre esta materia, y de velar por su implementación efectiva (Art 28 CA).

Al igual que en los derechos de los grupos de personas sujetos de protección especial, en el apartado del derecho al desarrollo se encuentra una lista de temas, que deberán ser tratados con prioridad. En este derecho de la 3ª generación está contenida la formulación, que no se encuentra en los grupos de derechos que serán expuestos a continuación, según la cual los Estados Miembros prestarán atención a estos temas prioritarios, con el fin de promover el derecho al desarrollo; a diferencia de la formulación que se encuentra p.ej. en los derechos de la mujer: "con miras a mejorar la promoción y protección de los Derechos Humanos de la mujer". Esta redacción muestra claramente, que los derechos de la 3ª generación aún se encuentran en los comienzos de su desarrollo.

²⁰⁹ Tanto individuos como grupos pueden ser titulares de estos derechos; HUMMER, "Der internationale Menschenrechtsschutz", nota 156, p. 246.

²¹⁰ Véase infra VI.K.i).

²¹¹ Nota 157.

g) Derecho a un medio ambiente sano y protegido

También en la formulación del derecho a un medio ambiente sano y protegido se puede ver claramente, que se trata de un derecho de la 3ª generación. Mientras que la redacción de los derechos de la 1ª y 2ª generación es más acentuada – “reiteran” –, y en el derecho al desarrollo hasta se encuentra la expresión “se comprometen a cumplir”; en el Art 30 CA solamente se lee, que los Estados Miembros “reconocen” el derecho de toda persona y de las sociedades a un medio ambiente sano y protegido. Cabe resaltar el hecho de que el Art 30 CA se dirige tanto a titulares individuales como colectivos. Con esto, la Carta Andina sigue en otro punto el ejemplo de la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos (!), que también conoce tanto derechos individuales como colectivos²¹².

h) Pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes

El derecho de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes es específico para Latinoamérica. Aún cuando no exista una definición general aceptada de minoría, y en la mayoría de los casos se designe así a un grupo de personas, que se diferencia de la mayoría de la población por diversas características: una inferioridad en términos numéricos, una posición no-gobernante, una peculiaridad étnica, idiomática, cultural, religiosa o de otro género²¹³; está claro que, con la mención de este grupo de personas, se trata de una cuestión de protección de minorías. Es notable el hecho de que no solamente se cubra con una protección especial a los indígenas autóctonos, propios del continente sudamericano, sino también a las minorías provenientes de África.

La razón principal, que motiva los esfuerzos de la Comunidad Andina por establecer una protección para los indígenas, puede ser que el actual Presidente de Perú, Alejandro Toledo Manrique, sea el primer representante de este grupo étnico que se encuentra en esa función. Con motivo de su

²¹² Con respecto a la Carta africana, ver nota 160.

²¹³ HUMMER, “Der internationale Menschenrechtsschutz”, nota 156, p. 291.

toma de posesión, del 28 al 29 de julio de 2001, los Presidentes de la Comunidad Andina, así como los Presidentes de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y el Príncipe de Asturias, se reunieron en la antigua ciudad inca, Machu Picchu. En esta reunión, los Presidentes de la Comunidad Andina aprobaron la citada Declaración de Machu Picchu²¹⁴. En ésta se encuentra, entre otras, una declaración en favor de la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas.

En el Art 32 CA se afirma, que los Países Miembros de la Comunidad Andina son multiétnicos y pluriculturales. Esta diversidad de sus sociedades es apreciada como su fundamento, su riqueza y su característica básica. En consecuencia, los Países Miembros reafirman el derecho de todos los pueblos y comunidades de los países andinos a la preservación y el desarrollo de sus identidades propias, además a la consolidación de la unidad nacional de cada país sobre la base de la diversidad de sus sociedades.

En este sentido, los Estados Miembros se comprometen – entre otras cosas – a promover programas a favor de la interculturalidad (Art 33 CA), así como a implementar en sus sistemas educativos, los valores propios de la diversidad étnica y cultural de los países andinos (Art 34 CA).

La Carta Andina no es el primer acuerdo internacional que protege los derechos de la población indígena. En el Art 36 CA, los Países Miembros sólo reiteran sus compromisos consagrados en otros tratados pertinentes, en particular en el Convenio (número 169) de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989²¹⁵.

El Art 37 CA subraya, que los indígenas y los miembros de las comunidades afrodescendientes gozan tanto de derechos individuales como colectivos. Además de los derechos que sus miembros poseen como ciudadanos a título individual, les corresponden, como grupos, derechos colectivos, cuyo ejercicio en común “promueve su continuidad histórica, la preservación de su identidad y su desarrollo futuro”.

²¹⁴ Secretaría General de la Comunidad Andina, nota 90, Doc núm. 17.

²¹⁵ [Http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/gc169.htm](http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/gc169.htm).

Resulta sorprendente que la Carta Andina, que en el ámbito de la protección especial de ciertos grupos de personas – que también se encuentran en la Carta Europea de Derechos Fundamentales – solamente formula temas prioritarios de una forma programática, hable, en cambio, de derechos concretos en el ámbito de los Derechos Humanos de la 3ª generación, que se atribuyen a los indígenas. Aunque la Carta no posea carácter vinculante, como ya se mencionó arriba, este hecho significa, a pesar de todo, una revalorización de la situación de los indígenas, lograda a través de las disposiciones de los Art 38 y 39, expresadas de forma tan concreta²¹⁶.

i) Derechos de los grupos sujetos de protección especial

1) Mujeres

El primer grupo sujeto de protección especial, nombrado en la Parte IX., son las mujeres. Los compromisos internacionales, que deberán ser tomados en cuenta por los Países Miembros en este ámbito, están contenidos en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981)²¹⁷, incluido su Protocolo Facultativo (1999)²¹⁸, la Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1954)²¹⁹, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer (1995)²²⁰ (Art 42 CA). Además, en el Art 42 CA también se hace una referencia subsidiaria a los demás instrumentos internacionales y regionales sobre la materia.

²¹⁶ En el Art 40 CA, los Países Miembros se comprometen con la adopción de la Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas que se encuentra en preparación en el marco de las Naciones Unidas y de la Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se encuentra en proceso de elaboración en la OEA, y expresan su respaldo a la gestión del Foro Permanente de Asuntos Indígenas del Consejo Económico y Social de la ONU.

²¹⁷ Ver Res 34/180 de la Asamblea General de la ONU del 18. 12. 1979.

²¹⁸ Ver Res 54/4 de la Asamblea General de la ONU del 6. 10. 1999.

²¹⁹ Ver Res 640(VII) de la Asamblea General de la ONU del 20. 12. 1952.

²²⁰ [Http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html).

El Art 43 CA nombra como temas prioritarios, entre otros, la protección a las mujeres contra la discriminación tanto en la esfera pública como privada, la adopción de programas para promover activamente la participación de las mujeres en los ámbitos público y privado de la sociedad, así como la protección a la mujer contra el hostigamiento sexual.

2) Niños, niñas y adolescentes

En el ámbito de la protección a los niños y jóvenes, el Art 44 CA invoca la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989)²²¹, así como sus Protocolos facultativos relativos a la participación de niños y niñas en conflictos armados, y los relativos a la venta de niños y niñas, la prostitución infantil, y la utilización de niños y niñas en la pornografía (2000)²²². También se encuentra en el Art 44 CA una referencia subsidiaria a los demás acuerdos internacionales²²³ en esta materia – al igual que en el Art 42 CA, con respecto a las mujeres.

El Art 45 CA enumera en once apartados los temas prioritarios, entre otros: el derecho de los niños y niñas a una identidad propia, a tener un nombre y una nacionalidad; la protección contra la esclavitud y el comercio con niños y niñas, así como la erradicación del trabajo infantil.

3) Adultos mayores

El siguiente grupo sujeto de protección especial son los adultos mayores. En este aspecto, la Carta Andina en cierto modo abre nuevos horizontes, ya que el Art 46 CA no puede mencionar ningún acuerdo internacional sobre esta materia, sino que se remite de forma muy general a los derechos y obligaciones, que tienen como finalidad promover y proteger los Derechos Humanos de los adultos mayores²²⁴.

²²¹ Ver Res de la Asamblea General de la ONU 44/25, del 20. 11. 1989.

²²² Ver Res de la Asamblea General de la ONU 54/263, del 25. 5. 2000.

²²³ No obstante, en este caso no se mencionan los acuerdos regionales.

²²⁴ Véase al respecto el Art 18 de la Carta africana, nota 160.

Como temas prioritarios se nombran en el Art 47 CA, entre otros : la participación de los adultos mayores y sus organizaciones en la toma de decisiones sobre asuntos públicos que les conciernen, así como la promoción de su participación e integración en la sociedad.

4) Personas con discapacidades

En el ámbito de los Derechos Humanos de personas con discapacidades, los Países Miembros deben cumplir, entre otras cosas²²⁵ con sus obligaciones consagradas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Impedidos (1975)²²⁶, la Convención Interamericana a favor de las Personas con Discapacidad (1999)²²⁷; y las demás declaraciones, resoluciones y convenios de protección social adoptados en el marco de las Naciones Unidas, la OIT, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (Art 48 CA).

Los temas prioritarios que deben ser tomados en cuenta por los Estados Miembros en esta materia, conciernen – entre otros – el fomento del desarrollo personal a través de programas, la integración social, así como la información a la población sobre los derechos de las personas con discapacidades a fin de eliminar prejuicios, estereotipos y discriminaciones (Art 49 CA).

5) Migrantes y sus familias

Según el Art 50 CA, en el ámbito de la protección a los migrantes, los Estados Miembros se comprometen a tomar en cuenta los tratados internacionales existentes en la materia, y además, reiteran su propósito de continuar haciendo esfuerzos para lograr la suscripción, ratificación y adhesión

²²⁵ Esta disposición nombra, de forma general, los tratados internacionales para la promoción y la protección de las personas con discapacidades.

²²⁶ Ver Res de la Asamblea General de la ONU 3447(XXX), del 9. 12. 1975.

²²⁷ AG/RES 1608 (XXIX-O/99), del 7. 6. 1999.

a la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)²²⁸.

El Art 51 CA menciona, entre otros, los siguientes temas prioritarios: el derecho a la migración, al trabajo, al libre tránsito y circulación de los migrantes y sus familias; y la acción conjunta de los Países de la Comunidad Andina para promover y proteger sus derechos.

6) Personas con diversa orientación sexual

Al contrario que en el caso de los grupos sujetos de protección especial nombrados hasta ahora, en los siguientes artículos no se sigue la estructuración habitual: por un lado la mención de las obligaciones internacionales, y por el otro, de los temas prioritarios. Los Estados Miembros reconocen en el Art 52 CA, que todas las personas tienen los mismos Derechos Humanos, cualesquiera sean su orientación u opción sexuales.

Según el Art 53 CA, todos los Países de la Comunidad Andina combatirán toda forma de discriminación a individuos por motivos de su orientación sexual – con arreglo a las legislaciones nacionales. Además, prestarán atención especial a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra estas personas, y garantizarán los recursos legales para una efectiva reparación por los daños materiales e inmateriales derivados de tales delitos.

7) Desplazados internos

Con respecto a los derechos de los desplazados internos, en el Art 54 CA se hace una referencia general a las disposiciones de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, concretamente las que están consagradas en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, que protegen a las personas desplazadas por causa de conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos o catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

²²⁸ Ver Res de la Asamblea General de la ONU 45/158, del 18. 12. 1990.

A diferencia de los artículos citados con respecto a los demás grupos, en el Art 55 CA no se habla de “temas prioritarios”, sino más bien de “prioridades”.

8) Personas privadas de la libertad

En el caso de las personas privadas de la libertad, y de forma similar que en las disposiciones referentes a los adultos mayores²²⁹, el Art 56 CA indica solamente el cumplimiento de los derechos y obligaciones consagradas en instrumentos internacionales con respecto a este grupo de personas.

Los temas prioritarios prevén, entre otras cosas, la ejecución de programas para mejorar significativamente las condiciones de vida en los centros de detención y penitenciarios, la educación y capacitación del personal penitenciario, así como la reinserción social de antiguos delincuentes (Art 57 CA).

9) Refugiados y apátridas

En el ámbito de los refugiados y apátridas, los Estados Miembros deben respetar los tratados internacionales de los cuales los Países de la Comunidad Andina sean parte, de conformidad con las legislaciones nacionales (Art 58 CA)²³⁰.

L. Artículo 60 de la Carta Andina – Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el Art 60 CA se encuentra una cláusula dedicada al desarrollo en el ámbito de los Derechos Humanos, que en cierto modo refleja el enfoque “holístico” mencionado anteriormente. Por medio de este artículo, los Países Miembros reconocen el hecho de que el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conduce a la consideración de otros temas que tienen relación con la promoción y protección de tales derechos. Por lo tanto, los Países Miembros de la Comunidad Andina se comprometen a alentar esta “dinámica jurídica” en los ámbitos nacionales e internacional,

²²⁹ Ver supra VI.K.i).3.

²³⁰ Los temas prioritarios son tratados en el Art 59 CA.

y a trabajar conjuntamente para impulsar el desarrollo normativo de los Derechos Humanos.

Una comparación con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE demuestra, que ésta constituye una consolidación de derechos fundamentales – previamente desarrollados de forma normativa y judicial – ya existentes en este ámbito. Esta calidad jurídica normativa, y no política, explica también la falta de una “cláusula holística de evolución” semejante en el ámbito europeo. Además, en el ámbito de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se partió de la citada “técnica como si fuera vinculante”, por la que se dispone un desarrollo de la Carta de Derechos Fundamentales – introducida en los Tratados – conforme a las respectivas modificaciones establecidas en el marco del proceso de revisión de los Tratados estipulado en el Art 48 TUE, al igual que será realizado en el marco de una Conferencia Intergubernamental para la revisión de los Tratados según el artículo 48 TUE.

VII. CONSIDERACIONES FINALES Y ESTADO ACTUAL DE DIFUSIÓN Y EJECUCIÓN DE LA CARTA ANDINA

Aun cuando la elaboración de la “Carta Andina de Derechos Humanos” en 2002 constituya un hito que debe ser celebrado, su configuración jurídico-dogmática resultó decepcionante. Este juicio no se basa tanto en la cuestión de su carácter vinculante o no – al fin y al cabo, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE también fue “lanzada” como un documento no vinculante proclamado solemnemente –, sino más bien en el desconcertante hecho de que los Países Miembros de la Comunidad Andina, como creadores de este instrumento para la protección de los Derechos Humanos, no hayan sabido distinguir desde el principio, contra qué “agresor” debe proteger la Carta Andina – si contra el poder público supranacional (hoheitliche öffentliche Verbandsgewalt) de la Comunidad Andina, o sólo contra el poder público estatal de sus Estados Miembros²³¹.

²³¹ Resulta sorprendente, por lo que se desprende de los escasos „trabajos preparatorios”, que los redactores de la Carta Andina por lo visto no fueran conscientes de la existen-

Como ya el Pacto Andino, y ahora más claramente la Comunidad Andina, constituyen una copia casi simétrica de la estructura institucional de las Comunidades Europeas, se puede suponer que en esta zona de integración latinoamericana se tiene un conocimiento exacto de lo que ocurre dentro de la UE²³². Por esto resulta aún más inexplicable el hecho de que los padres fundacionales de la Carta Andina no hayan tenido claro contra qué poder público debía proteger ésta; y que hayan intentado encubrir este déficit – consciente o inconscientemente – con una selección de palabras más que imprecisa. Sin embargo, al parecer no estuvieron dispuestos de ninguna manera a elaborar la Carta Andina de tal forma que pudiera proteger contra intrusiones del poder público de la propia Comunidad.

Con este planteamiento resulta superfluo intentar establecer cualquier analogía entre la Carta Andina y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que fue concebida precisamente para proteger contra el poder público supranacional de la UE, provisto cada vez de más “capacidad de intromisión”. A pesar de esto, no se pueden ignorar algunos paralelos entre ambas codificaciones. Uno de ellos es la fecha de realización de la Carta Andina, cuya elaboración fue impulsada sin duda por la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE por la Convención de Derechos Fundamentales – lo que se manifiesta también en la “Ayuda Memoria”²³³ del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador. La simultaneidad (casi completa) en la creación de ambos documentos constituye un indicio casi seguro.

Además, también la estructura del contenido de la Carta muestra en ciertos aspectos un evidente parecido a su equivalente europeo, aunque

cia de esta dicotomía (sic); quisieron redactar un instrumento “adicional” para la protección de los Derechos Humanos “en el seno” de la Comunidad Andina, movidos solamente por razones políticas.

²³² Por lo tanto se puede asumir, que se sigue de cerca tanto la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE por la Convención de Derechos Fundamentales, como la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales desarrollada hasta el momento por el TJCE y por el Tribunal de Primera Instancia.

²³³ Ayuda Memoria, nota 81.

como típica Convención regional de Derechos Humanos entre Estados del llamado “Tercer Mundo”, y con su vinculación “holística” entre Derechos Humanos, democracia y desarrollo, presente una afinidad innegable con la “Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos”²³⁴.

Ciertamente, el “método de Convención” utilizado en el seno de la UE también tuvo cierta influencia en la elaboración de la Carta Andina, aunque el procedimiento para la elaboración de la Carta Andina no había correspondido con el modo de proceder de la Convención de Derechos Fundamentales de la UE. Al contrario que en el caso de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que fue redactada por una Convención Europea de Derechos Fundamentales, compuesta por enviados de los jefes de estado y de gobierno, un enviado del Presidente de la Comisión, miembros del Parlamento Europeo y miembros de los parlamentos nacionales; la elaboración de la Carta Andina fue realizada principalmente por un único País Miembro responsable (Ecuador), y en estrecha cooperación con la Universidad de la Comunidad Andina – la Universidad Andina Simón Bolívar. Aún así, en ambos casos se efectuó una integración de la sociedad civil, que pudo integrar sus reflexiones en el proceso de redacción de los Proyectos de Tratado, por medio de varias contribuciones y actividades. A pesar de utilizar en su redacción una composición y un procedimiento distintos, la Carta Andina tampoco fue elaborada – como un “texto (potencialmente) constitucional” – por representantes de los Estados en forma de una Conferencia Intergubernamental, por lo que en este aspecto se da un paralelo al “método de Convención”.

La Carta Andina también presenta singularidades específicas de Latinoamérica. A nivel meritorio, en forma de protección de los pueblos indígenas, de los grupos de personas con ascendencia africana, y el derecho al desarrollo. A nivel procesal, en lo que se refiere a la forma de garantizar los derechos contenidos, corresponde a la doctrina latinoamericana no establecer derechos “duros” y exigibles, sino quedarse más bien a nivel político, y exigir programas de acción para la protección y promoción de estos derechos.

²³⁴ Nota 160.

Así, la Carta Andina solamente constituye una nueva proclamación política en el ámbito de los Derechos Humanos y fundamentales, las cuales verdaderamente no son escasas en Latinoamérica. Por eso, tampoco el hecho de que haya sido concebida en el seno de una “zona preferencial regional” la realza entre las demás; pero sí la circunstancia de que en un momento dado pueda ser transformada en vinculante a través de una (mera) Decisión de un órgano, es decir, por parte del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. Pero ¿cuándo se presentaría este “momento oportuno”? ¿Será acaso cuando el proceso de integración (política y jurídica) en el marco de la Comunidad Andina haya experimentado la “ampliación” correspondiente? Sin embargo, esto sólo tendría sentido, si, como consecuencia, la Carta Andina obtuviera la facultad de proteger contra intrusiones del poder supranacional de la Comunidad Andina – lo que al fin y al cabo parece indicarse con la transformación del carácter vinculante a través de la decisión de un órgano, pero de hecho no es el caso²³⁵.

Por lo tanto, en el caso de convertir la Carta Andina en un documento vinculante, sólo cabe la posibilidad de que entre en vigor como convención de codificación de Derecho Internacional Público, lo que por consiguiente vincularía a los Países Miembros de la Comunidad Andina, pero no a la Organización misma. Siendo como lo es, una Convención “inter se” para la Protección de los Derechos Humanos en la región andina, debería estar equiparada en mayor medida con los instrumentos de control de los Derechos Humanos ya existentes a nivel regional e interamericano, lo que actualmente no es el caso. Esto torna más que difícil la comprensión del sentido más profundo de la aprobación de la Carta Andina, a menos de que uno se conforme con la modesta conclusión, de que – como proclamación política – debe signalizar hacia fuera el grado de homogeneidad alcanzado por los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros dentro de la Comunidad Andina.

Aunque la Carta Andina hasta ahora no tiene carácter vinculante, hay una evolución actual en el contexto de su follow-up (seguimiento).

²³⁵ Ver supra VI.D.

En la Reunión de Coordinadores Nacionales de la Comunidad Andina (realizada en Lima el 5 de febrero de 2003) se encomendó al Ecuador la elaboración de un Programa de Trabajo para la implementación y seguimiento de la Carta Andina, el cual se presentó en la Reunión de Cancilleres Andinos (celebrada en Bogotá, los días 10 y 11 de marzo de 2003) en vista de lo dispuesto en el artículo 87 CA²³⁶.

El 28 de junio de 2003, el Consejo Presidencial Andino, en su Declaración de Quirama²³⁷, instruyó al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores para que adoptase un Programa para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina, con el fin de promover la plena vigencia de los Derechos Humanos en la Comunidad Andina.

Finalmente, el 7 de mayo de 2004, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores adoptó la Decisión 586²³⁸, que aprobó en su artículo único el "Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos".

En este se preve – entre otros – la elaboración y ejecución de programas regionales (ya previstas en artículo 92 CA) para la fundación de puntos focales de coordinación. También en materia de implementación de la Carta Andina (Parte XII – mecanismos de promoción y protección a nivel nacional e internacional), el Programa de Trabajo establece diferentes medidas con fechas límites para su realización. Para el seguimiento de la Carta Andina cada Cancillería andina tiene que preparar, en un plazo de sesenta días, un programa de seguimiento con los pertinentes organismos locales (defensorías del pueblo, sociedad civil y congresos nacionales), a fin de establecer una coordinación permanente para el cumplimiento de la Carta, en éste se establecerán reuniones de trabajo y foros que permitan determinar el cumplimiento de la Carta en cada país.

²³⁶ "El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores será el máximo organismo comunitario encargado de dar seguimiento a las iniciativas subregionales previstas en la Carta."

²³⁷ Nota 107.

²³⁸ [Http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D586.htm](http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D586.htm).

El ya mencionado artículo 96 CA permite a las Cancillerías andinas, a través del Consejo Andino de Ministros, revisar el contenido de la Carta cada cuatro años, con miras a su actualización y perfeccionamiento. En este contexto el Programa de Trabajo preve que el Consejo deberá elaborar un programa y un cronograma de trabajo tomando en consideración los criterios de los organismos gubernamentales locales y de la sociedad civil de los países andinos para la elaboración de los nuevos contenidos.

La cuestión más importante no ha sido concretada por el Programa de Trabajo. Según éste, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores solamente deberá incluir en su programa de trabajo un análisis del tema sobre el carácter vinculante de la Carta. A diferencia de lo dispuesto con respecto a los otros puntos, el Programa de Trabajo no fija un cronograma de acción inmediata o una fecha concreta para resolver esta pregunta, sino que dispone que el carácter vinculante "puede ser decidido en cualquier momento, luego de la negociación correspondiente", formulación que ya conocemos de la propia Carta Andina.

Por medio de este Programa de Trabajo, la Carta Andina no deja de ser una mera proclamación política en el ámbito de los Derechos Humanos y fundamentales, sin modificaciones notables.