Los Derechos Humanos en África

African Human Rights

RECIBIDO EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012 / ACEPTADO EL 17 DE OCTUBRE DE 2012

Romualdo BERMEJO GARCÍA

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de León
rberg@unileon.es

Résumé: Le continent africain devait nécessairement rencontrer la question des droits de l'homme, parallèlement à la question de la décolonisation. Mais la réponse à ce débat ne pouvait être que difficile tant les prémisses et principes culturels, économiques et sociaux en Afrique diffèrent de ceux connus sur d'autres continents, en particulier en Europe. Cette spécificité africaine s'est imposée dans les divers instruments juridiques adoptés en matière de droits de l'homme, qu'il s'agisse de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi en 1981, ou des conventions ultérieures. Il en résulte une complexité institutionnelle et juridictionnelle qui pose problème en matière de compétence. On peut espérer, pourtant, que ce casse-tête institutionnel et juridictionnel s'atténuera progressivement, permettant ainsi de sortir de la «brousse».

Mots clés: droits de l'homme en Afrique; Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples; Cours africaines des droits de l'homme; droit au développement.

Abstract: The African continent definitely had to deal with the issue of human rights at the time decolonisation was on debate. However, it was already known that such step would not be easy since many cultural, economic and social principles on its foundation are not shared with other continents, like Europe. This African reality would be imposed in the different legal instruments adopted in the human rights field. There, it can be clearly seen that African particularities play an essential role in the African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted the 27 of June 1981 in Nairobi, and also in more recent instruments. This explains the institutional and legal complexity in the field, which poses certain problems when trying to determine competence. In any case, it is desirable that step by step this institutional and legal puzzle becomes clearer, this being necessary for coming out of the bushes...

Key words: human rights in Africa; African Charter on Human and Peoples' Rights; African Courts on Human Rights; right to development.

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. HACIA LA CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CARTA DE BANJUL). II. LA CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS: ESTRUCTURA BÁSICA Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES. III. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA CARTA. 1. Los derechos, libertades y deberes. 2. Los deberes del individuo. IV. LOS MECANISMOS DE SALVAGUARDA PREVISTOS POR LA CARTA. V. HACIA LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS EN ÁFRICA: LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL AFRICANO. VI. LA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN AFRICANA.

INTRODUCCIÓN

H ablar de los derechos humanos en África constituye para un europeo un reto y riesgos evidentes de incompreensión, dado la complejidad económica, histórica y política que encierra este continente. Y es que cualquier cuestión relacionada con esta materia requiere un análisis antropológico, económico, histórico, jurídico y político de la rica y variada diversidad africana. Es más, incluso tampoco habría que olvidar el aspecto religioso, pues África o un continente en donde hay zonas en las que el Islam es la religión dominante (Norte y zona sahariana), zonas en donde esta religión convive con el cristianismo (zona subsahariana y centro), y zonas en donde el cristianismo es mayoritario (el sur), comprendiendo ésta zona los territorios colonizados por los belgas (República Democrática del Congo, el Congo Brazzaville, Rwanda y Burundi), las antiguas colonias portuguesas (Angola y Mozambique), para terminar con Namibia y la República Sudafricana. Como se sabe las otras dos colonias portuguesas (Guinea-Bissau y las Islas Cabo Verde) no están en el sur, sino en el centro-oeste. Si a esto añadimos la fuerte presencia tribal, con todo lo que esto significa en los aspectos económico, social y político, tenemos el cóctel perfecto que nos obliga a abordar el tema de los derechos humanos con suma prudencia.

Pero al lado de estos elementos, no conviene perder de vista la influencia de la fuerte presencia europea en el continente, sobre todo tras la famosa Conferencia de Berlín de 1885, que abrió paso a la colonización de África. Y es que, a nuestro entender, por muchos elementos negativos que tuviera este colonialismo desde el punto de vista económico, político y social, hoy en día asumidos y reconocidos, África, ese continente sobre el que se ha dicho en muchas ocasiones que estaba olvidado, estaría todavía mucho más, sobre todo el África negra. Por lo tanto, fue la colonización la que prendió la mecha del desarrollo en África, al menos tal y como ahora entendemos este concepto, desarrollo que permitiría, al fin y al cabo, la descolonización y la creación de los nuevos Estados africanos. Es cierto que la creación de estos Estados se llevó a cabo en la mayoría de los casos sin tomar en consideración la realidad económica y social existente sobre el terreno, aunque esto no es imputable exclusivamente a las potencias colonizadoras sino también, y sobre todo, a las elites locales que llevaron a la independencia estos territorios. Buena prueba de ello es que cuarenta o cincuenta años después de su independencia muchos de ellos no han podido o sabido (quizás ambas cosas) superar los lastres de lo

que ellos llaman «colonialistas», por mucho que se recurra a la fácil excusa de que las antiguas potencias coloniales han seguido practicando una especie de «neocolonialismo». Y es que no todos los países se encuentran en la misma situación, incluso entre aquellos que han estado sometidos a la misma potencia colonial.

Si decimos esto es también para rechazar algunas tesis, es cierto que hoy en día son muy minoritarias, según las cuales la teoría de la universalidad de los derechos humanos refleja una perspectiva meramente occidental. En realidad, esta es una cuestión que se planteó ya en algunos foros de debate en la década de los setenta, e incluso antes¹, aunque sigue todavía estando en la mente de algunos autores, que siguen viendo en esta cuestión de la universalidad de los derechos humanos una imposición occidental². La razón principal en la que se basan estos autores es aquella que sostiene que en la época precolonial ya tenían en las sociedades africanas garantizados determinados derechos humanos que por muy diferentes que fueran a los que se han positivizado posteriormente como derechos universales, no dejaban de ser tales, con sus características y peculiaridades propias³.

Hechas estas consideraciones, conviene dejar claro que todo lo relacionado con los derechos humanos es, por sí mismo, de carácter universal. Sin embargo, esto no quiere decir que los sistemas regionales de protección no tengan en esta materia ninguna función, pues es evidente que favorecen y promueven la garantía de estos derechos a nivel regional al complementar y perfeccionar las estructuras de garantía nacionales⁴. Desde esta perspectiva, es evidente que los mecanismos regionales de protección de derechos humanos, sin perder de vista su carácter y su visión universal, ofrecen unas ventajas

¹ A este respecto, cfr. MOUWER, A.G., «Human Rights, in Black Africa: a Double Standard?», *Human rights Journal*, vol. 9-1 (1976), pp. 39 y ss.; y GROSS ESPIELL, H., «The Evolving Concept of Human rights: Western Social and Third World Approaches», en RANCHARAN, B. G. (ed.), *Human rights: Thirtys: Thirty Years after the Universal Declaration*, La Haya, 1979, pp. 41-65.

² Por ejemplo, tal es el caso de DONNELLY, J. y HOWARD, R., en Vincent Orlu: *The African Human Rights System*, Nijhoff, La Haya, 2001, pp. 9 y ss.

³ Sobre estos aspectos, cfr. HOWARD, R., «Evaluation Human Rights in Africa: Some Problems of Implicit Comparisons», *Human Rights Quarterly*, vol. 6 (1984), p. 176. De una forma más completa, cfr. MAGNARELLA, P. J., nota 390.

⁴ Cfr. DAYAL, S., «Universal and Regional Approaches to Human Rights the Light of Changing Context and Perspectives», en *new Perspectives and Conception of International Law-An Afro-European Dialogue*, *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Suppl. 6, Viena, 1983, pp. 95-111, especialmente p. 99.

indudables al abordar la cuestión en una zona cuyos autores comparten un conjunto de convicciones y tradiciones comunes que van a estar presentes en los factores culturales, económicos y sociales de un ámbito determinado. Es cierto que no siempre se han planteado los problemas que surgen entre regionalismos y universalismo en el ámbito de los derechos humanos en sus justos términos, aunque los éxitos obtenidos tanto en Europa como en América, están ahí para demostrar que los mecanismos regionales de protección en esta materia pueden ofrecer resultados más eficaces. Es evidente que esto implica no desvirtuar y respetar siempre el derecho reconocido a nivel universal, aunque se le pueda adaptar a esa realidad cultural, económica y social existente sobre el terreno⁵. Siempre y cuando esto sea así, es obvio que estos mecanismos o sistemas regionales de protección cumplirán con eficacia sus funciones, al convertirse en una especie de complemento, e incluso de garantía, del sistema universal⁶. Ni que decir tiene que estas eran también las premisas de las que partían aquellos juristas africanos que en enero de 1961 lanzan el reto de elaborar para su continente una Convención Africana de Derechos Humanos.

I. HACIA LA CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CARTA DE BANJUL)

No es posible extendernos demasiado en un trabajo de estas características sobre los pasos que poco a poco llevaron a la elaboración y su posterior aprobación de la precitada Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante Carta Africana), que fue aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidas Africana (OUA), en Nairobi⁷. Lo primero que conviene

⁵ A este respecto, cfr. *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures*. Actes du 1^{er} Colloque Interuniversitaire, Fribourg 1982, Editions Universitaires, 1984, 221 p.

⁶ Cfr. MANI, V.S., «Regional Approaches to the Implementation of Human Rights», *Indian Journal of International Law*, vol. 21 (1981), pp. 96-118.

⁷ Para un estudio pormenorizado sobre todos estos pasos que llevarían a su adopción y aprobación, así como sobre su contenido, una cita obligada es la obra del argelino OUGUERGOUZ, E., *The African Charter on Human and People's Rights: A Comprehensive Agenda for human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, Mijhaff, La Haya, 2003, 1016 p. Esta obra completa considerablemente aquella otra que publicó el autor en 1993, como recuerda el recensionista Fausto Pocar en el EJIL, vol. 17 (2006), pp. 475-481. entre otras muchas publicaciones, véase también FRANCESCH, L.G., *The African Human Rights Judicial System: A Proposal for Streamlining*

resaltar es que un instrumento jurídico de esas características requería prudencia y sensatez jurídica y política, al tratarse de un continente que en los inicios de los sesenta empezaba a descolonizarse. Y es que las grandes esperanzas que el proceso en sí desataba, traería consigo muy pronto muchas desilusiones. No obstante, a pesar de que en esos años poco se podía esperar de eventuales iniciativas estatales⁸, serían los juristas africanos los que iban a lanzar la idea de un instrumento específicamente africano en materia de derechos humanos en el primer congreso africano de juristas que tuvo lugar en Lagos, del 3 al 7 de enero de 1961, congreso organizado por la Comisión Internacional de Juristas⁹. El párrafo 4 de la resolución que se adoptó, conocida como «Ley de Lagos» recomienda a los gobiernos africanos «a estudiar la posibilidad de adoptar una convención africana sobre derechos humanos»¹⁰.

Es necesario apuntar que en ese momento todavía no se había creado la Organización para la Unidad Africana (OUA), Organización que se crearía el 25 de mayo de 1963 en Addis Abeba, a iniciativa de Haile Selassie, y ya con una treintena de Estados. Es evidente que se hubiera podido aprovechar esta ocasión para crear en el seno de dicha Organización algunos mecanismos de

Structures and Domestication Mechanisme Viewed from the Forlin Affaire Power Perspective. Tesis, Universidad de Navarra, 2012; y CASTRO-REAL GARRONE, F., «La Carta Africana de Derechos Humanos...», *op. cit.*, pp. 494 y ss.

⁸ Decimos esto para poner de relieve que por aquel entonces los Estados que habían obtenido la independencia a pesar de que parecía poder ser propicio para lanzar mensajes y adoptar medidas en materia de protección de derechos humanos no se preocuparon lo suficiente por esta cuestión y no entró en su orden de prioridades. Es más, ni siquiera se preocuparon por el respeto de esos derechos que de una forma tan abundante tenían recogidos en sus constituciones. Y es que pronto se vio por donde iban los derroteros de los gobiernos de muchos de estos países cuando empezaron a llevarse a cabo detenciones arbitrarias y otras muchas violaciones graves de los derechos humanos.

⁹ Por aquel entonces conviene apuntar que el Secretario General de la Comisión era el prestigioso Profesor de la Facultad de Derecho de Ginebra Jean-Flavien Lalive. Sobre este congreso, y de este autor precitado, ver *Foreward to the African Conference on the Rule of Law*, Lagos, Nigeria, 3-7 January 1961, A Report on the Proceedings of the conference, International Commission of Jurista, Ginebra, 1961.

¹⁰ A este respecto, cfr. OUGERGOUZ, F., *The African Charter...*, *op. cit.*, p. 20. La denominada «Ley de Logos» fue proclamada en la Conferencia reclamando esa Convención africana sobre derechos humanos en los siguientes términos: «That in order to give full effect to the Universal Declaration of Human Rights of 1948, this Conference invites the African Governments to study the possibility of adopting an African Convention of Human Rights in such a manner that the Conclusions of this Conference shall be safeguarded by the creation of a court of appropriate jurisdiction and that recourse thereto be made available for all persons under the jurisdiction of the signatory States». Cfr. *The Law of Lagos*, Lagos, 7 de enero de 1961, en: *The African conference on the Rule of Law*, Lagos, Nigeria, 1961.

protección en materia de derechos humanos, pero ese no ha sido el caso, ya que su Carta sólo reafirma en el preámbulo¹¹ los principios que inspiran la Carta de las Naciones Unidas así como aquellos que están presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y es que para la OUA ambos instrumentos constituyen la base para el bienestar de los pueblos del continente así como para la promoción y cooperación internacional entre los Estados. Desde esta perspectiva, no parece que en la Carta de la OUA se esté pensando en una protección de los derechos humanos típicamente africana ni impone directamente obligaciones a los Estados Partes¹². Esta realidad no puede sin embargo ocultar que la protección de los derechos humanos no era en sí su preocupación, y que sus esfuerzos se centraron en los derechos de los pueblos a la autodeterminación y en la lucha contra la discriminación racial. Desde esta perspectiva, es obvio que la OUA caía en una fuerte contradicción, pues no se puede, de un lado condenar inequívocamente aquellos que se oponían por aquel entonces al derecho de autodeterminación y por otro lado rechazar la concesión de los derechos humanos más básicos a sus ciudadanos. Como señala, a este respecto Emmanuel Bello «It was a regrettable and hypocritical behaviour»¹³. Dicho esto, no conviene ignorar tampoco la pasividad e incluso el silencio atronador que mantuvo la Organización africana frente a las graves violaciones de derechos humanos que se produjeron en África en las décadas de 1960 a 1980¹⁴.

Pero a pesar de todo esto, lo cierto es que la suerte estaba echada a favor de la adopción de un instrumento jurídico en materia de derechos humanos. Y es que la década de los sesenta traería consigo varios seminarios y conferencias de alcance regional africano en donde se iba a debatir sobre todo la creación de mecanismos relacionados con la protección de los derechos humanos como una especie de reacción frente a las continuas y numerosas arbitrariedades

¹¹ En su preámbulo se recoge también «el derecho inalienable de todos los pueblos a determinar su propio destino» así como que los gobiernos africanos son «conscientes del hecho de que la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad, son objetivos esenciales para la realización de las legítimas aspiraciones de los pueblos africanos».

¹² Sobre esta cuestión, ver los interesantes análisis de AIT-AHMED, H., *L'Afrofascisme: les droits de l'homme dans la Charte et la pratique de l'organisation de l'Unité africaine*, París, l'Harmattan, 1980, pp. 212 y ss.

¹³ De este autor, cfr. «The African Charter on Human and People's Rights. A Legal Analysis», *RCADI-V* (1985), p. 24.

¹⁴ Para más detalles sobre la OUA y los derechos humanos, cfr. ALUKO, O., «The OAU and Human Rights», *The round Table*, vol. 283 (July 1981), pp. 234-242.

cometidas por los gobiernos¹⁵. En efecto, siguiendo la tónica de Lagos, tiene lugar en Dakar, en 1967, el Congreso de juristas del África francófona, en cuya Declaración final se insta a la Comisión Internacional de Juristas a que ayude a crear un marco regional de protección de derechos humanos para África¹⁶. Un año más tarde tuvo lugar la Conferencia de Teherán, convocada para celebrar el vigésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la OUA fue la única Organización de ámbito regional que no presentó ningún informe sobre sus actividades en esta materia. Y es que habiendo adoptado una actitud tan complaciente con las violaciones que antes hemos comentado ¿Qué informe podía presentar? En septiembre de 1969, con ocasión de un Seminario organizado en El Cairo, los participantes proponen la creación de una institución africana que se denominaría «Comisión Africana de Derechos Humanos»¹⁷. Sin embargo, este Seminario, que en realidad había sido organizado por la ONU, a iniciativa de la Comunidad Económica Africana no dio los resultados esperados¹⁸.

Conviene apuntar que esta propuesta de creación de una «Comisión Africana de Derechos Humanos» fue enviada expresamente para su información tanto a la OUA como a las Naciones Unidas, manteniendo ambas un silencio sepulcral. Y es que la OUA parecía querer aplicar el principio de la soberanía

¹⁵ Para un estudio sobre esta época y los derechos humanos en África, cfr. BELLO EMMANUEL, G., «Human Rights: The Rule of Law in Africa», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30 (1981), pp. 628 y ss.

¹⁶ En este Congreso se reconoce la existencia de graves violaciones de derechos humanos en el continente aunque justificados en algunos casos. Claro cabe preguntarse cómo se pueden justificar esas violaciones...

¹⁷ Sobre este Seminario, que lleva por título «Seminal on the Establishment of Regional Commission on Human Rights with Special Referente to Africa», que se desarrolló del 2 al 15 de septiembre de 1969, cfr. UN doc. ST/TAO/HR/38. Previamente había habido también un Seminario sobre los derechos humanos en los países en desarrollo, en Dakar, del 8 al 22 de febrero de 1966. Sobre este Seminario, cfr. UN doc. ST/TAO/HR/25.

¹⁸ El nombre bajo el que se convocó la reunión fue «Seminario sobre la creación de comités regionales de derechos humanos con referencia especial y África» y ni que decir tiene que en esos momentos la resistencia de los Estados africanos frente a esos mecanismos era la regla habitual. Sobre esta cuestión, cfr. VASAK, K., «Problemas relativos a la constitución de Comisiones de Derechos Humanos, especialmente en África», en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 175 y ss. Por eso, fue muy valioso el esfuerzo de muchos Estados, no africanos, en promover los derechos humanos en África, a pesar de que eran conscientes de las numerosas dificultades reinantes. A este respecto, cfr. M'BAYE, K., «Les réalités du monde noir et les droits de l'homme», *Revue des droits de l'homme*, nº 2-3 (1969), pp. 382-394. De una forma más general, cfr. ELÍAS, T.O., *Human Rights and Developing Countries*, Estrasburgo, 1977.

nacional de forma casi absoluta, que era precisamente el concepto al que recurrían los Estados infractores. No conviene olvidar las atroces guerras civiles de Burundi, Nigeria o Sudán, en esos tiempos, ni los regímenes totalitarios y sanguinarios de Idi Amín Dada, en Uganda, Jean-Bédél Bocaza, en la República Centroafricana, que llevó a coronarse como Emperador, contando de una forma vergonzosa con el apoyo del por entonces Presidente de la República Francesa, Giscard d'Estaing, o el de Francisco Macías en nuestra antigua colonia, Guinea Ecuatorial. Y es que tanto esas guerras civiles, sobre todo la de Nigeria en Biafra, como dichos regímenes causaron millones de muertos¹⁹. Todo esto sin contar las guerras civiles que se desencadenaron en Angola y Mozambique tras su independencia en 1975, y que se prolongarían más allá de los ochenta. Como se sabe estos dos conflictos, sobre todo el de Angola, representan también una especie de extensión del conflicto Este-Oeste a África. Y es que no conviene olvidar la participación de unos 60.000 soldados cubanos armados y equipados por la antigua URSS, mientras que la República Sudafricana ocupaba el sur del país apoyando al famoso Jonas Savimbi, que luchaba contra el Gobierno del Movimiento Popular para la Liberación de Angola (MPLA).

En este panorama, hay que esperar a los últimos años de la década de los setenta para que se empiece a poner una vez más la maquinaria en marcha con el fin de poder adoptar un día ese tan anhelado instrumento jurídico africano en materia de derechos humanos. En realidad, el primer paso serio lo da la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁰, al instar en la resolución 32/127,

¹⁹ De estos tres personajes, el primero que llegó al poder fue Jean-Bédél Bocaza, mediante el golpe de Estado llevado a cabo el 1 de enero de 1966, permaneciendo en el poder hasta el 20 de septiembre de 1979, otorgándose el título de «emperador» el 4 de diciembre de 1976. El segundo fue Francisco Macías Nguema, que fue elegido Presidente en 1968, pero el 7 de mayo de 1971, adoptó un Decreto en el que se otorgó todos los poderes de gobierno, incluidos el judicial y el legislativo, siendo destituido el 3 de agosto de 1979 por su sobrino y actual Presidente Teodoro Obiang Nguema. Por su parte Idi Amin Dada llegó al poder en enero de 1979, mediante un golpe de Estado, siendo derrocado tras la guerra entre Uganda y Tanzania en 1978, muriendo exiliado en Arabia Saudí el 16 de agosto de 2003.

²⁰ Decimos «el primer paso serio» sin olvidar que antes sí que había habido reuniones con diversas propuestas o reivindicaciones, todas ellas relacionadas con los derechos humanos como la Conferencia que celebró la Comisión Económica para África en Addis Abeba, en la que se vuelve a poner de manifiesto el deseo de establecer una Comisión regional africana de derechos humanos, así como adoptar un Convenio africano sobre esta materia. Más tarde, durante los meses de octubre y noviembre de 1973, las Naciones Unidas convocaron una Conferencia en Dar-es-Salaam, en la que participaron 23 Estados que ponen de manifiesto la idea de una

de 16 de diciembre de 1977, a «que los Estados de las zonas en que aún no existan arreglos regionales en la esfera de los derechos humanos, dé prioridad a la organización de seminarios en las regiones donde no existan actualmente comisiones regionales de derechos humanos, con objeto de que examinen la utilidad y la conveniencia de establecer comisiones regionales para la promoción y protección de los derechos humanos»²¹. A partir de entonces, la carrera es ya imparable, siendo el año 1978 el año crucial en la conceptualización de los derechos humanos en África. Y es que como señala Ouguergouz, actualmente juez en la Corte Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos²², en ese año se van a desarrollar diversos coloquios, reuniones y seminarios en Butare (Rwanda) del 3 al 7 de julio, después en Dakar, en septiembre²³, para terminar en este mismo mes con el seminario de Monrovia, en donde ya se adoptó la denominada «Propuesta de Monrovia» en cuyo texto se encuentran los quince artículos que pondrían las bases de la futura Comisión Africana de Derechos Humanos.

Conviene notar que a pesar de estos avances para familiarizar a la sociedad africana con la protección de los derechos humanos, esta era la época en la que la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se puso de acuerdo para tratar las graves violaciones de los derechos humanos que se estaban produciendo en Etiopía, Guinea, Guinea Ecuatorial, Malawi, República Centro-Africana y Uganda. Por eso precisamente se instó en la Re-

«Carta africana sobre derechos humanos». Es más, hasta las distintas Iglesias africanas se ocuparon del tema en 1975, en Nairobi, siendo después la ya citada Comisión Internacional de Juristas la que, en colaboración con el Gobierno de Tanzania, organizó un seminario en el que participaron expertos de diversas disciplinas, señalando que los derechos humanos eran no sólo individuales sino también colectivos. Es más, dejaron claro que la promoción de los derechos civiles y políticos debían ir a la par con los económicos y sociales. Ni que decir tiene que estas ideas se plasmarían después en la futura *Carta Africana* de 1981. Para todos estos eventos, cfr. WEINSTEIN, W., «Human Rights in Africa: A Long Awaited Voice», *Current History*, vol. 78, n° 455 (1980), pp. 97 y ss.

²¹ Párrafo 1 de la resolución, que lleva por título «Arreglos regionales para la promoción y protección de los derechos humanos». Ni que decir tiene que el término de «arreglos» es una mala traducción... El texto francés habla de «Dispositions à prendre...», ni del inglés «regional arrangements...»

²² Sobre este Tribunal, ver *infra*.

²³ En Dakar, que se habían reunido oficialmente bajo el título «Coloquio de Dakar sobre el desarrollo y los derechos humanos», organizado una vez más por la Comisión Internacional de Juristas y la Asociación senegalesa de estudios jurídicos, se puso de manifiesto que cualquier intento de justificar la violación de derechos humanos amparándose en el subdesarrollo económico y social era inadmisibile.

solución 24 (XXXIV)²⁴, denominada «resolución de Nigeria», al ser este país el que la promovió, a que las Naciones Unidas hicieran todo lo posible para que se pudiera establecer una institución regional africana en materia de protección de derechos humanos. Desde esta perspectiva, hay que recalcar que las cartas estaban ya echadas tanto en las Naciones Unidas como a nivel regional africano. Por eso el año 1979 sería crucial para que poco a poco se creara el tan anhelado marco de protección en materia de derechos humanos.

En efecto, ya desde los inicios de 1979 se celebran reuniones como la de «juristas del África francófona» en la que se recomienda que tanto los gobiernos africanos como la OUA promueven la protección de los derechos humanos. Más tarde, en mayo del mismo año, a iniciativa de la Conferencia de Iglesias Africanas, el Gobierno de Tanzania organiza una «conferencia pan-africana sobre los refugiados», que en esos momentos, recorrían media África, aprovechando esa ocasión para estudiar no sólo la cuestión de los refugiados, sino la creación de un Centro de derechos humanos. En septiembre, a la demanda de la Asamblea General de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Secretario General de esta Organización decide celebrar un seminario en Monrovia sobre la creación de la tan anunciada Comisión regional sobre los derechos humanos, en el que participan también ONGs. En las conclusiones que se adoptaron el 20 de septiembre se decide llevar la cuestión de la Comisión Africana de Derechos Humanos a la atención de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁵. Pero la OUA que se había mantenido muy al margen de la cuestión, manteniendo durante las décadas de los sesenta y setenta un triste silencio, se propone ahora dar un paso al frente, al adoptar en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de julio de 1979 la Decisión 115 (XVI)²⁶.

En cumplimiento de la Decisión 115 precitada, tendría lugar la reunión de expertos en Dakar, del 28 de noviembre al 8 de diciembre de este mismo

²⁴ Cfr. Doc. E/CN.4/1292, p. 132. Ya hemos hecho mención anteriormente a las atrocidades que se cometieron sobre todo en Guinea Ecuatorial, República Centro-Africana y Uganda, aunque también se producían graves violaciones en estos otros países.

²⁵ A este respecto, cfr. *Seminal on the Establishment of Regional Commissions on Human Rights with Special Referente to Africa*, Monrovia, 1979 doc. ST/HR/SER.4/4.

²⁶ A este respecto, cfr. OAU, doc. AHG/115 (XVI), 1979. Esta Decisión fue posible gracias al activo papel que desempeñó el entonces Presidente de Senegal, Leopold Sedar Senghor, uno de los grandes líderes africanos de todos los tiempos. El fue quien movió en esta Asamblea que expertos en derechos humanos redactaran un proyecto de Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos, que se haría realidad unos meses más tarde.

año, bajo la presidencia del Juez Keba M'baye. Pero antes de que este grupo de expertos redactara el proyecto de la Carta, descubren con gran sorpresa que el Secretariado de la OUA ya había preparado un proyecto de Carta muy similar al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Esta situación chocaba frontalmente con el objetivo final, que era el de elaborar un texto típicamente africano, y que recogiera la idiosincrasia africana en esta materia como los derechos de los pueblos, y los deberes de los individuos, así como la institución encargada de promocionar los derechos humanos y de promocionarlos²⁷.

Después del fracaso de la reunión de Addis Abbeba de marzo de 1980, en la que se reunieron los Ministros de Justicia de los Estados miembros de la OUA, tiene lugar en Banjul una Conferencia Ministerial organizada a iniciativa del Presidente de Gambia, Dawda Jawara, por la Secretaria General de la OUA del 9 al 15 de junio de 1980. El objetivo de esta reunión era examinar el texto de la Carta presentado por los expertos. Pero el éxito fue sólo parcial, ya que sólo aprobaron el texto del preámbulo y de 11 artículos de la Carta. Por eso precisamente se tuvo que llevar a cabo una segunda sesión de esta Conferencia Ministerial entre el 7 y el 8 de enero de 1981, también en Banjul²⁸, realizándose entonces algunas enmiendas al primer anteproyecto, aunque se puede decir que se dejó casi toda la sustancia presentada por el grupo de expertos²⁹. Todo estaba ya preparado para que sin tardanza se aprobara la Carta³⁰, cosa que se hizo el 27 de junio de 1981 en Nairobi, durante la Decimoctava Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA. La Carta entró en

²⁷ Sobre la reunión de Dakar, cfr. OAU, doc. CAB/LEG/draft Rpt.11.

²⁸ conviene apuntar que el papel que ha desempeñado Gambia para poder contar en África con un instrumento como la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos ha sido considerado como crucial. Para más detalle, cfr. BELLO, E.G., «The African Charter...», *op. cit.*, pp. 29-31.

²⁹ Sobre estas dos reuniones, cfr. OUGUERGOUZ, F., *The African Charter on Human and People Rights*, *op. cit.*, pp. 43 y ss. Ver también OUA, Ministerial Meeting of the African Charter on Human and Peoples Rights, January 1-27, 1981, Banjul, doc. CAB/LEG/673/Rev. 4.

³⁰ A esta rapidez por la aprobación contribuyó el hecho de que al finalizar la sesión de Banjul, cuando la delegación del entonces Alto Volta, hoy Burkina Faso, volvió a su país, sus componentes fueron depurados, hecho que causó una gran impresión en las otras delegaciones, motivando a éstas a acelerar el proceso de redacción así como a un espíritu de solidaridad. Este cambio de actitud también trajo consigo que se abandonara definitivamente la idea de un texto blando y que se asumiera una actitud mucho más exigente de forma que el texto garantizase realmente los derechos humanos. Sobre esta cuestión, cfr. CASTRO-RIAL GARRONE, F., «La Carta Africana de Derechos Humanos...», *op. cit.*, pp. 3-4.

vigor 5 años más tarde, el 21 de octubre de 1986. Además, de los 54 Estados africanos existentes en 2012, 53 habían aprobado la Carta, ya que tan sólo Marruecos no es parte, siendo así en esas fechas el único país africano que no era parte. Como se sabe, la República de Sudán del Sur es el último Estado que se ha creado en África, concretamente el 9 de julio de 2011, y ya es Estado miembro de la OUA, aunque todavía no es parte en la Carta Africana de Derechos Humanos.

II. LA CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS: ESTRUCTURA BÁSICA Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES

Como ya apuntado, esta Carta fue concebida como una especie de complemento de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde además se pone de manifiesto desde el mismo momento en que se lanzan los primeros atisbos de preparación de que se tiene que tomar en consideración las especificidades africanas. Esto quería decir que la Carta debía de ser concebida como una especie de espejo en la que debía estar reflejada la concepción típicamente africana en la materia así como su filosofía, para hacer frente a las necesidades del continente³¹. Es evidente que esto lo van a conseguir, y basta con echar una ojeada para darse inmediatamente cuenta de que esto es una realidad³². Y es precisamente esto lo que hace de esta Carta un instrumento realmente especial, cuando se intenta hacer cualquier análisis comparativo.

En efecto, la Carta Africana, conocida también como «Carta de Banjul», y calificado como «Carta de Libertades», es un instrumento complejo en don-

³¹ Esto es lo que apunta clara y decididamente uno de los que mejor conocen y que más han estudiado este instrumento, como es el ya citado Ougergouz. De este autor, cfr. «African Charter on Human and Peoples rights», *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Max Planet Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2010, p. 3, en: <www.mpepil.com>.

³² Por ejemplo, ya en el preámbulo se alude «a las virtudes de su tradición histórica y los valores de la civilización africana que deberían inspirar y caracterizar su reflejo en el concepto de los derechos humanos y de los pueblos». Pero incluso en el texto de la Carta se recoge conceptos como el de «la promoción y protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad» (artículos 17 y 18), así como la de «preservar y reforzar los valores culturales africanos en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad (artículo 29.7) sin olvidar el artículo 22.1 que señala: que todos los pueblos tendrán derecho a disfrutar por igual a la herencia común de la humanidad.

de se encuentran al mismo nivel los derechos individuales, los económicos, sociales y culturales, y los derechos denominados de solidaridad o de la tercera generación, sin olvidar los derechos de los pueblos³³. La otra característica esencial de la Carta Africana es que consagró también los deberes de los individuos, aunque esto no es una exclusividad de ella, pues también la encontramos en otros instrumentos internacionales como, por ejemplo, en el preámbulo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 32 de la Convención Americana. Sin embargo, es evidente que la importancia que la Carta Africana otorga a esta cuestión es mucho mayor, pues aquí nos encontramos con que todo el Capítulo II está consagrado a los «deberes», cuyos artículos 27, 28 y 29 dan buena muestra de su alcance. Y es que este elemento siempre estuvo presente en la mente de los redactores de la Carta, por ser algo inherente en los pueblos africanos. Desde esta perspectiva, no es extraño que por oposición a lo previsto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del artículo 27 de la Convención Americana, la Carta Africana no haya recogido estas cláusulas de excepción que permiten a los Estados parte derogar sus obligaciones en caso de guerra, de peligro público o de cualquier otra situación similar. En realidad, esta situación no acarrea grandes consecuencias pues en esta clase de situaciones cualquier Estado parte puede derogar las disposiciones pertinentes de la Carta invocando las normas previstas en el Derecho internacional general, como las reglas relativas a los tratados, a la responsabilidad internacional, estado de necesidad o incluso a la *cláusula rebus sic stantibus*.

³³ La inclusión de los derechos de los pueblos en la Carta Africana ha suscitado muchas cuestiones no sólo por su inclusión de forma generosa en el texto sino también en el propio título. A pesar de que varios jefes de Estado y de Gobierno recurrieron a estos derechos, sobre todo el de Madagascar, estos derechos no están definidos ni precisados, algo que hubieran podido hacer los redactores de la Carta. Sin embargo, lo cierto es que no es el único aspecto ambiguo de este instrumento, ya que en realidad nunca se quiso entrar en discusiones científicas para precisar determinados derechos reconocidos más en términos de principios que de otra cosa. Ya se sabe sin embargo que la filosofía subyacente que está detrás de todo esto es que en África el individuo está insertado siempre o en parte de un grupo, por lo que los derechos individuales sólo están justificados por los derechos que va a tener su comunidad.

Pero es que la Carta Africana tampoco define el concepto de «pueblo», cuando este término podría, como señala Ouguergouz, tener cuatro significados: a) el de un pueblo que constituye un Estado, como el pueblo de Nigeria; b) la población de un Estado que incluye también a los extranjeros; c) el de los pueblos colonizados y oprimidos; y d) el de los grupos étnicos que componen un Estado, como por ejemplo, los Yaraba, Hdusa, Ibo y Fulani en Nigeria. Cfr. «African Charter...», *op. cit.*, p. 6.

Dicho esto, y antes de entrar en el análisis de los derechos y deberes recogidos en la Carta, es conveniente decir algún comentario en torno a su preámbulo. Es cierto que, como la mayoría de los autores han puesto de relieve, la Carta en su preámbulo ya refleja la concepción africana de los derechos humanos partiendo de una filosofía también africana y tomando en consideración sus propias necesidades. Desde esta perspectiva se menciona erradicar el colonialismo, tomar en consideración «las virtudes de su tradición histórica y los valores de la civilización africana, los derechos humanos fundamentales que derivan de los atributos de los seres humanos, los derechos de los pueblos, el derecho al desarrollo», así como «el deber de lograr la total liberación de África». Esta última expresión puede parecer un poco extraña en un instrumento de protección de derechos humanos, aunque está relacionada con el anhelo de los pueblos africanos de terminar con el tan denostado «colonialismo», al menos retóricamente. Más importante parece ser la lucha contra la segregación racial, y también más comprensible en el mundo africano. Pero ¿a qué viene comparar «el colonialismo, el neocolonialismo, la segregación racial» con el sionismo? Es evidente que el «sionismo» no tiene que ver nada ni con el colonialismo ni con la segregación racial, y si los africanos han luchado contra el colonialismo y, por su independencia ¿acaso el pueblo judío no puede hacerlo? ¿El pueblo judío no tiene por qué tener derecho a un Estado y los pueblos africanos, u otros, sí? Esta es una aberración jurídica y política que no se entiende en la Carta Africana, y que debería ser eliminada salvo que las víctimas de un pasado, en el que no participaron los judíos, se quieran convertir ahora en verdugos de estos.

Otro aspecto que nos parece relevante resaltar es que no encontramos en el preámbulo ninguna referencia al «Estado de derecho» ni a «principios democráticos». Ya sabemos que en el momento en el que se elaboró la Carta, por mucho que coincidiera con el período de la Administración Carter en los Estados Unidos, muchos Estados africanos tenían en el poder auténticos regímenes dictatoriales, o esperpénticos, y que el concepto de «democracia» o de incluso de «Estado democrático» podía suscitar muchas suspicacias. Sin embargo, alguna alusión en torno a esa cuestión hubiera venido a colmar la laguna existente en la Carta de la OUA en esta materia, y a marcar con paso decidido un nuevo horizonte para África³⁴.

³⁴ Como ya hemos apuntado, si el continente africano quería seguir los pasos de Europa y de América en esta materia de derechos humanos hubiera podido seguir también las *exigencias democráticas* recogidas ya en 1949 por el Consejo de Europa.

III. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA CARTA

La Carta Africana consta de tres partes y 68 artículos, y se puede considerar como un texto bien estructurado. La parte primera (artículos 1-29) recoge los derechos y deberes, incluidos los derechos de los pueblos; la segunda (artículos 30-63) se centra en las medidas de salvaguarda, y está relacionada exclusivamente con la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos; la tercera, la más breve (artículos 64-68), recoge una serie de disposiciones generales en torno a su entrada en vigor, adhesión o forma de complementarla mediante protocolos o acuerdos especiales.

1. *Los derechos, libertades y deberes*

Lo primero que conviene recalcar a este respecto es que la Carta Africana tiene una cierta singularidad a la hora de abordar los derechos humanos, estableciendo una *yuxtaposición* de una forma un poco confusa entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, así como entre los individuales y colectivos. Como señala Ouguergouz, la cuestión étnica y su gran diversidad en el continente africano también va a ser tomada en consideración tal y como expresamente recoge el artículo 2 de la Carta. Pero hay más, ya que esta yuxtaposición también está presente entre los derechos y deberes, cuestión que ha sido más controvertida. Si a esto añadimos que sobre todos estos derechos y deberes esta sobrevolando la problemática general del desarrollo, la especificidad de este instrumento en relación con otros, es incuestionable. Y es que en la Carta Africana está siempre presente ese afán por compaginar los derechos humanos con la realidad sobre el terreno, y esa realidad era el grave problema, antes y todavía ahora, del subdesarrollo. Y es que si en los instrumentos internacionales, y más todavía en los europeos, el centro de gravedad estaba en torno al concepto de *libertad* y los derechos que esto encierra, en el contexto africano de aquella época se pensaba que llegar a ese grado de libertad era más teórico que real, de ahí la contradicción permanente y la desconfianza que muchos pueblos y Estados africanos mostraron a este respecto durante mucho tiempo.

Respecto a los derechos civiles y políticos previstos en la Carta conviene apuntar que en ella se encuentren una buena parte de los derechos recogidos en otros instrumentos internacionales, aunque en algunos casos con alguna especificidad. Desde esta perspectiva, «todo individuo tendrá derecho al disfrute de

los derechos y libertades reconocidos y garantizados» en la Carta, por lo que no se admite discriminación de ningún género³⁵. Partiendo de este gran principio se señala que «los seres humanos son inviolables», y se garantiza el derecho a la vida y a la integridad³⁶, sin que la prohibición de la pena de muerte esté recogida *expressis verbis*. Tampoco hace alusión a si la vida debe estar protegida «a partir de la concepción», como hace el Pacto de San José. Se insiste de forma especial en el «respeto de la dignidad inherente al ser humano» por lo que cualquier forma de explotación y degradación del hombre, como la «esclavitud al comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos»³⁷. La Carta también protege el derecho de todo individuo a la libertad y a la seguridad de su persona, condicionando la prohibición de su privación a razones previamente establecidas por ley, en términos similares a los recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el mismo Convenio Europeo³⁸. Sin embargo, la Carta no recoge los eventuales supuestos en que esa privación de libertad no es arbitraria y también guarda silencio a la hora de saber eventualmente qué condiciones pueden justificar la detención así como el procedimiento debido para ello. Es evidente que el procedimiento en cuestión deberá respetar el régimen establecido por cada Estado, aunque es obvio que el Estado en cuestión deberá respetar lo establecido por la Carta en esta materia así como el principio de irretroactividad³⁹.

³⁵ Art. 2 y 3.

³⁶ Art. 4.

³⁷ Art. 5. Es evidente que la historia africana está presente en la redacción de este artículo. Sobre este aspecto, cfr. KUNIG, Ph., «The Protection of Human Rights by International Law in Africa», *German Yearbook of International Law* (1982), p. 143. Sobre la esclavitud, compartimos plenamente lo que señaló la Profesora Fanny Castro-Rial en los términos siguientes: «A pesar de la proscripción y repudio universal de la degradante práctica de la esclavitud, que se ha prescrito hace ya más de un siglo y medio por los juristas y estadistas europeos, es de destacar la necesidad que sintieron los redactores del texto africano de condenar la esclavitud, prueba por tanto, que todavía en el momento presente se considera conveniente por ciertos Estados establecer en la actualidad, en cláusulas convencionales, la obligación y la condena de tan oprobiosa explotación humana que, por otra parte, la inmensa mayoría de los Estados –miembros de la máxima organización internacional– estima como norma esencial del *ius cogens* moderno. Naturalmente, el sentirse llamados a regular la ‘trata de esclavos’ suscita el temor de que todavía pueda darse en el espacio geográfico de ciertos Estados signatarios. La proscripción es natural y noble, pero revela claramente en un instrumento internacional la peligrosidad, fundamental y vital todavía existente para el ser humano en ciertos ámbitos geográficos. Cabría pensar que el acuerdo específico de la Carta pueda poner *felix término* a tan insólitas y degradantes prácticas». De esta autora, cfr. «La Carta Africana...», *op. cit.*, p. 503.

³⁸ Art. 6.

³⁹ Principio recogido expresamente en el artículo 7.2.

Desde esta perspectiva, es evidente que uno de los problemas que los Estados africanos podían presentar a la hora de proteger estos derechos era el de garantizar lo que se ha denominado «un proceso justo y equitativo», recogido en el artículo 7 de la Carta. Ni que decir tiene que esto supone un paso muy positivo para que los Estados puedan garantizar los derechos previstos por el acusado como el derecho de recurso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y en un plazo razonable, así como el principio de la legalidad o *nulla poena sine lege*. Refiriéndose a las penas, el apartado 2 *in fine* de esta misma disposición recoge expresamente el carácter personal de la pena, al señalar que estas «son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor». Esto es importante, ya que en muchos pueblos africanos la responsabilidad era considerada como colectiva o del clan o tribu, lo que no deja de ser incompatible con el principio básico según el cual la responsabilidad siempre debe ser individual⁴⁰. Conviene destacar también que en esta disposición se hace alusión a los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y *costumbres vigentes*. Esta última expresión recoge pues algo muy extendido en las sociedades africanas, aunque no especifica ni su alcance ni su contenido. Y es que, como se sabe, la invocación de determinadas costumbres han sido invocadas en el pasado y lo siguen siendo ahora, para violar precisamente derechos fundamentales. Por otro lado, es evidente que un derecho tan básico como es el que estamos comentando no está lo suficientemente detallado ni precisado. Por ejemplo nada se dice del derecho del detenido a ser informado de las causas y razones de su detención o de los cargos que pesan contra él, ni del derecho a una audiencia pública o el de ser llevado lo antes posible ante un juez, aspectos que sí que figuran en otros instrumentos internacionales como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo y en la Convención de San José.

Posteriormente, la Carta se va a centrar en los artículos 8-14 en recoger una serie de derechos y libertades básicas de cualquier sociedad democrática. Tal es el caso de la libertad de conciencia y religión, derecho a recibir infor-

⁴⁰ A este respecto, cfr. KUNIG, Ph., «The Protection of Human Rights...», *op. cit.*, pp. 152 y 154. Precisamente esa responsabilidad colectiva ha sido causa de luchas tribales y de persecuciones étnicas que han causado en algunos casos horribles crímenes e incluso genocidios como en Burundi en 1972 y en Rwanda en 1994. Este ha sido el caso también entre algunas tribus en Kenia, Nigeria o Sudán.

mación y libertad de expresión, derecho de asociación, libertad de reunión, libertad de tránsito y de residencia dentro de un Estado y a salir de cualquier país⁴¹, derecho a buscar y a obtener asilo en otros países, derecho a participar libremente en el gobierno de su país⁴², así como el derecho a la propiedad⁴³. Pero si el elenco de estos derechos y libertades es satisfactorio, no lo es tanto el hecho de que su ejercicio esté peligrosamente limitado por cláusulas como que esos derechos sólo se pueden invocar «en el marco de la ley», «siempre que respete la ley», «siempre que cumpla la ley», «de conformidad con la ley» o «de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas»⁴⁴. Conviene recalcar, sin embargo, que la Comisión africana ha interpretado estas cláusulas de una manera muy restrictiva, señalando que no se refieren a los sistemas jurídicos internos de los Estados, sino que dichos derechos deben ejercerse de conformidad con los estándares del Derecho internacional⁴⁵. Es evidente que la falta de precisión de estas limitaciones y una cierta ambigüedad que está presente en su redacción suscita algunas cuestiones sobre la eficacia en la aplicación. Si a esto añadimos que según el artículo 27.2 «los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común; pensamos que se permite una discrecionalidad a la hora de interpretarlos que puede introducir severas limitaciones. Es más, el artículo 60 viene a complicar más esta situación al señalar que la Comisión tomará en consideración (se basará) a la hora de interpretar la Carta, en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de los pueblos, especialmente en los africanos, así como en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OUA, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴¹ Una mención especial merece en torno a los extranjeros lo previsto en el art. 12.5, según el cual «la expulsión masiva de extranjeros estará prohibida», precisando que por expulsión masiva «será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso».

⁴² El art. 13.3 prevé además que «todo ciudadano tendrá derecho a acceder a la función pública y a los servicios públicos de su país.

⁴³ El derecho a la propiedad está garantizado por el art. 14, aunque el art. 23.3 prevé también el derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos. Sorprende la contundencia con la que este derecho está garantizado por oposición al Convenio Europeo, incluido sólo en su Protocolo facultativo, o el Pacto de San José, en el que no está incluido.

⁴⁴ Estas cláusulas que limitan el ejercicio de estos derechos son consideradas como peligrosas por OUGUERGOUZ, O., «African Charter...», *op. cit.*, p. 25.

⁴⁵ Sobre las cláusulas derogatorias en el ámbito de Derechos humanos, cfr. HIGGING, R., «Derogation Under Human Rights Treaties», *British Yearbook International Law*, vol. 48 (1976/77), pp. 281 y ss.

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales conviene apuntar que la Carta no establece ninguna jerarquía entre estos derechos y los civiles y políticos, por lo que no están supeditados a la garantía de estos últimos. Como hemos apuntado, esta filosofía ya está presente en el Preámbulo al señalar que ambos derechos no pueden ser disociados, ya que los derechos económicos y sociales son considerados como una garantía para el disfrute de los derechos civiles y políticos. Es más, los derechos económicos y sociales se insertan en el marco de unos objetivos políticos. El elenco de estos derechos están recogidos en los artículos 15-18, entre los que figuran el derecho al trabajo en condiciones justas y satisfactorias, garantizando el mismo salario por igual trabajo, el derecho a la salud, tanto física como mental, a la educación y a participar en la vida cultural de su comunidad. Estos derechos, la Carta los inserta en el marco de la familia, que la considera como «unidad natural y la base de la sociedad». Al considerar a la familia como básica para la sociedad, el Estado la protegerá, ocupándose de su salud física y *moral*, al ser la guardiana de los valores tradicionales, tal y como están reconocidos por la comunidad. Evidentemente, la Carta Africana parte en esta materia de unas premisas sociales africanas que no existen ni en el ámbito europeo ni en el americano, de ahí sus peculiaridades a la hora de la consagración de estos derechos. De ahí que se insista en el artículo 18, párrafo 3 y 4 sobre la eliminación de la discriminación de la mujer y de su protección así como de los del niño, haciendo incluso una alusión especial a los ancianos y a los minusválidos para proteger sus especiales necesidades, tanto físicas como morales.

Pero si la Carta Africana ha marcado una impronta en el ámbito internacional de los derechos humanos ha sido por los denominados derechos colectivos, es decir los *derechos de los pueblos*, expresión que recoge incluso su título⁴⁶. Como se sabe, estos derechos colectivos han suscitado vivos debates tanto a la hora de precisar jurídicamente sus titulares como en cuanto a su contenido⁴⁷.

⁴⁶ El por aquel entonces Presidente de Madagascar fue el que impulsó que esta expresión figurara en el título de la Carta.

⁴⁷ El concepto de «derechos de la tercera generación» se atribuye a Karen Vasak para quien esta expresión comprende una cierta concepción de vida comunitaria a la hora de abordar el ámbito de aplicación de estos derechos, ya que sólo pueden realizarse por el conjunto de actores que participan en una sociedad como los individuos, los Estados y también otras entidades públicas y privadas. A este respecto, cfr. VASAK, K., «Pour une troisième génération des droits de l'homme», en SWINARSKI, C. (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet*, Nijhoff, Ginebra/La Haya, ICRC, 1984, pp. 839 y ss.

En algunas ocasiones, ha habido autores que los comparan con los llamados derechos de solidaridad o de la tercera generación, aunque en realidad los titulares de esos derechos puede que no sean los mismos, pues aquí los titulares son los pueblos, y no los individuos. No obstante, a pesar de estas importantes diferencias, expertos de la talla de Ouguergouz vinculan estos derechos de los pueblos con los llamados derechos de solidaridad o de la tercera generación, antes precitados⁴⁸, y la Carta Africana es el primero y por el momento único instrumento vinculante que prevé esta clase de derechos, al menos según nuestras informaciones. Y es que la Carta, al referirse a estos derechos de los pueblos está adoptando y promoviendo una perspectiva global de los derechos humanos.

Hechas estas consideraciones sobre estos derechos de solidaridad o de la tercera generación, conviene poner de relieve que la Carta Africana lo primero que hace es afirmar el principio de igualdad entre los pueblos, de forma que todos gozarán del mismo respeto y tendrán los mismos derechos⁴⁹. Hecha esta afirmación, la Carta la remata en una frase en la que se afirma rotundamente que «nada justificará la dominación de un pueblo por otro»⁵⁰. Como se puede comprender, lo que está detrás de estas afirmaciones es la colonización, algo a lo que la Carta recurre de una manera casi constante, bien sea expresa o implícitamente. Partiendo de esta premisa fundamental que es la igualdad, la Carta recoge *el derecho de los pueblos a la existencia*⁵¹, que aunque se dé por supuesto, no hay que olvidar que en algunas ocasiones se han llevado a cabo matanzas, persecuciones e incluso genocidios contra determinados pueblos o tribus, como ha sido el caso en Burundi en 1972 y posteriormente en Rwanda en 1994. Es cierto que el sistema jurídico internacional ya dispone de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948⁵²,

Para otros, sin embargo, este concepto ha traído consigo más confusión que claridad para los derechos humanos, por lo que la expresión no es aceptada. A este respecto, cfr. ALSTHON, P., «A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?», *Netherlands International Law Review*, vol. 29 (1982), pp. 307 y ss.

⁴⁸ Cfr. OUGUERGOUZ, F., «African Charter...», *op. cit.*, p. 5.

⁴⁹ Art. 19.

⁵⁰ Art. 19 *in fine*.

⁵¹ Art. 20.1.

⁵² Esta Convención, en su artículo 11, define el genocidio en los términos siguientes: «En la presente convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o

aunque los redactores de la Carta, al mencionar este derecho a la existencia de los pueblos quieren recordarlo precisamente en un continente en donde en fechas no muy lejanas ha padecido este horripilante fenómeno. Claro que con este derecho a la existencia de los pueblos, la Carta forzosamente debía traer a colación el derecho de autodeterminación⁵³, insistiendo además en el artículo 20.2 a que «los pueblos colonizados u oprimidos tendrán derecho a liberarse de ese estado de dominación recurriendo a cualquier medio reconocido por la comunidad internacional».

Pero la Carta Africana va más allá, y completa este derecho de autodeterminación de los pueblos con otros derechos entre los que figuran, clara y contundentemente el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y a la seguridad y el derecho a un medio ambiente propicio a su desarrollo⁵⁴. Respecto al derecho al desarrollo económico, social y cultural, previsto en el artículo 22, se han escrito numerosos trabajos desde varias perspectivas. Y es que este derecho, que fue «acuñado»⁵⁵ por el ya citado Keba, M'Baye, fue considerado como una es-

mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo».

⁵³ Este derecho también está recogido ampliamente en el artículo 1 de los Pactos de las Naciones Unidas, tanto en el de derechos civiles y políticos como en el de derechos económicos, sociales y culturales.

⁵⁴ El reconocimiento de estos derechos en la Carta fueron objeto de acerbos críticas por algunos autores, entre los que cabe destacar Philip Alston. Para este autor, «The extent to which Duch rights have *per se* been recognized serves to underline the importance of evaluating the usefulness and appropriateness of the broader umbrella under which they have been grouped by some commentators: that of the third generation of solidarity rights. Moreover, the fact that this concept is now a frequent ingredient in the debates in fora such as Unesco and the UN Commission on Human Rights makes it all the more important to consider its implications in term both of existing human rights and of the future progressive development of human rights norms in international law».

⁵⁵ Decimos «acuñado» porque las bases y orígenes de este concepto de desarrollo se podría situar ya en la Encíclica *Rerum Novarum* de mayo de 1891, del Papa León XIII. Y es que es allí donde se encuentran recogidos conceptos como el de la solidaridad humana y el de la fraternidad que van a estar siempre presentes en las aportaciones que la Iglesia Católica ha realizado en torno a este denominado derecho. A este respecto, cfr. SZMITKOWSKI, M.T., «Reconnaissance du droit au développement et doctrine chretienne», en *René Bassin Amicorum Discipulorumque, Liber IV, Méthodologie des droits de l'homme*, Pedone, París, 1972. Es más, la primera vez que se hace alusión expresamente al derecho al desarrollo es por parte del representante de la Santa Sede, L. Lebel, en la primera Conferencia de las Naciones sobre Comercio y Desarrollo, cuando dice que «en una humanidad donde se realice la solidaridad, el derecho de todos los pueblos al desarrollo debe ser reconocido y respetado». Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. FLIBECK, G., *The Right to Development, Conciliar and Pontifical Texts (1960-1990)*, Pontifical Council for Justice and Peace, Ciudad del Vaticano, 1991, p. 6.

pecie de base o instrumento de garantía para el resto de derechos y libertades fundamentales, de forma que estos depender de aquel. Sin embargo, ni Keba M'Baye, ni la Carta definen qué entienden por desarrollo, dejando pues este concepto en un marco de ambigüedad absoluta, dificultando así jurídicamente su aplicación⁵⁶. Es cierto que urgando en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos se pueden encontrar elementos relacionados con el desarrollo, pero sin ninguna articulación o precisión. Fue sobre todo en los inicios de la década de los setenta del siglo XX⁵⁷, cuando se empieza a hablar en el Derecho internacional del derecho al desarrollo, debido sobre todo a la importancia que se dio desde los años 1960 a lo que se denominó ideología del desarrollo⁵⁸.

Sin embargo, su aparición e integración en el ámbito reivindicativo del Derecho internacional no fue fácil, ya que se consideraba que su inserción en el sistema jurídico internacional era más un deseo que una realidad, tanto a nivel individual como colectivo, y este sería el caso del derecho de los pueblos al desarrollo. En efecto, la primera vez que aparece en un instrumento internacional es en la Resolución 4 (XXXIII), de 21 de febrero de 1977, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aunque sería en la Resolución 5 (XXXV), de 2 de marzo de 1979, en la que la citada Comisión abordaba este derecho tanto como un derecho del hombre como de los pueblos. Este mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas recoge este derecho en su Resolución 34/46, de 21 de noviembre de 1979, figurando después en numerosas resoluciones de este órgano onusiano, aunque es la Re-

⁵⁶ Sobre esta cuestión, se ha señalado lo siguiente: «M'Baye, while not defining development in any precise manner, distinguishes it from growth and argues that development is a metamorphosis of structures involving 'a range of changes in mental and intellectual patterns that favour the rise of growth and its prolongation in historical time'. In short, M'Baye views development as a comprehensive integrated process including, but not confined to, economic development. He further argues that the right to development is a collective right and belongs to a group. Although he does not seem to stick decisively to this view when he says development concerns 'all men', 'every man' and 'all of man' and therefore it is superfluous 'to indulge in rhetorical speculation on whether the right to development is really a collective or an individual right'. Cfr. SHIVJI, I.G., *The Concept of Human Rights in Africa*, Codesria, Londres, 1989, p. 31.

⁵⁷ Ver, por ejemplo, CARRILLO SALCEDO, J. A., «El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV (1972), pp. 119/125.

⁵⁸ Sobre esta cuestión del desarrollo, cfr. BERMEJO GARCÍA, R., *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Eds. Universitaire, Fribourg, 1982, pp. 114 y ss.

solución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, la que de una forma general se centra sobre este derecho al examinar su alcance y contenido⁵⁹.

La Carta Africana de Derechos Humanos es, por lo tanto, el primer instrumento jurídico vinculante que recoge el derecho al desarrollo, aunque limitado a los pueblos, por oposición a la Resolución 41/128 precitada, que lo recoge también a nivel individual. Esto no quiere decir que este derecho haya desaparecido en la esfera internacional, que poco a poco viene insistiendo sobre algo que es trascendental, como que es un derecho universal inalienable y parte integrante de todos los derechos fundamentales⁶⁰, al considerar a la persona humana como sujeto central del desarrollo⁶¹. Por estos derroteros parece que va también la Carta Africana, aunque hay que señalar que el artículo 22 no es un ejemplo de claridad ni de buena redacción, al decir lo siguiente:

«1. tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.

2. Les Etats ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement».

⁵⁹ De esta Resolución se pueden extraer las directrices siguientes: El derecho al desarrollo es un *derecho humano inalienable*; la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo; los Estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo, realización que exige el pleno respeto de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo, adoptando, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional a fin de facilitar la plena realización del derecho al desarrollo; todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles e interdependientes*». Sobre esta resolución, cfr. BERMEJO GARCÍA, R. y BEACA, D., «El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable», *Anuario de Derecho Internacional*, 1986. Ver también, RUMAR NAYAK, R., «Evolving right to development as a principle of Human rights Law», en ROY CHOWDHURY; DENTERS, E y P. DE WAART (eds.), *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, pp. 153 y ss.; y GÓMEZ ISA, F., *El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad*. Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 1998.

⁶⁰ Esto es lo que piensa y ha defendido M. Bedjaoui, al considerar el derecho al desarrollo como: «el primer y el último derecho humano, el comienzo y el final, el medio y el fin de los derechos humanos, en definitiva 'le droit matriciel' del que derivan todos los demás derechos humanos. Mientras que una sociedad humana esté privada del derecho al desarrollo, difícilmente podrá garantizar el ejercicio real de los demás derechos humanos, ya que el derecho al desarrollo es la condición necesaria, aunque no suficiente, para todos los demás». Cfr. «Le droit au développement», en *Droit International. Bilan et Perspectives*, 2 vol., París, 1991, p. 1252.

⁶¹ Ver, por ejemplo, *Informe de la Conferencia Internacional sobre población y el desarrollo*, 5-13 de septiembre de 1994, doc. A/CONF. 171/13.

De este texto, lo que se deduce claramente es que la Carta sitúa al derecho al desarrollo como un derecho de los pueblos y no del individuo, siguiendo así la trayectoria colectiva africana a la que hemos hecho alusión en el transcurso de este trabajo. Pero además este derecho abarca tanto lo económico, como lo social y cultural. Además. Este derecho al desarrollo se tiene que llevar a cabo respetando estrictamente la libertad y la identidad de los pueblos en cuestión, teniendo además el derecho a disfrutar por igual del patrimonio común de la humanidad.

En relación con este concepto de patrimonio común de la humanidad conviene poner de relieve que la Carta Africana es el segundo instrumento jurídico vinculante en recogerlo expresamente tras el Tratado sobre la luna y otros cuerpos celestes de 1979, y antes de que se incorporara en el Tratado de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Desde el punto de vista del desarrollo es evidente los vínculos que pueden existir entre este concepto y el derecho al desarrollo, ya que en todos los instrumentos jurídicos precitados el objetivo era hacer partícipes a los pueblos de esos recursos considerados como patrimonio común de la humanidad. Esta es la aproximación al tema que adopta Ouguerouz al centrarse en la idea de que los «natural resources which were once thought to be unlimited, are at risk of depletion through uncontralled exploitation and that the legal regime of that spaces in which they are found needs to be redefined so that they Benedit both countries currently lacking the material jeans to gain access to them and future generations too»⁶².

Otro aspecto al que la Carta Africana otorga importancia es a la paz y a la seguridad tanto a nivel nacional como internacional, señalando que es un *derecho de los pueblos*⁶³. Sin embargo, a continuación se añade que el principio de solidaridad y de relaciones amistosas afirmado implícitamente por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmada por la Carta de la OUA es aplicable a las relaciones entre los Estados, Esta distinción «parece» indicar que los pueblos tienen el «derecho a esa paz y seguridad», derecho que tiene que ser garantizado por los Estados al haber aceptado regirse en sus relaciones por ese principio

⁶² Cfr. *The African Charter...*, *op. cit.*, p. 321.

⁶³ Art. 23.1. Es sabido que los pueblos precoloniales africanos antes de ir a la guerra debían recurrir previamente a diversos mecanismos de arreglo pacífico con el fin de evitarla. Sobre esta cuestión, cfr. NDAM, N. A., «The African Concept of Humanitarian Law», en: *International Dimensions of Humanitarian Law*, UNESCO, Nijhoff, 1988, pp. 5-12.

de solidaridad y de elaciones amistosas reconocido tanto por la Carta de las Naciones Unidas, como por la de la OUA. Esto parece ser así si se recurre al apartado 2 del artículo 23, al prever que con el fin de reforzar la paz, la solidaridad y las relaciones amistosas, *los Estados* garantizarán que aquel individuo que disfrute del derecho de asilo no emprenda acciones subversivas dirigidas contra su país de origen o contra cualquier otro país parte de la presente Carta, ni que «utilice sus territorios como base de partida para actividades subversivas o terroristas dirigidas contra el pueblo de cualquier Estado parte». Como se puede ver, en esta última frase, recogida en el artículo 23.2 letra b, parece referirse al concepto de «pueblo» que forma un Estado y no a los pueblos de un Estado⁶⁴.

Por último, entre estos derechos colectivos o de tercera generación, la Carta otorga a *todos los pueblos*⁶⁵ «el derecho a un medio ambiente satisfactorio y global propicio para su desarrollo»⁶⁶. Lo primero que conviene apuntar, a este respecto, es que la Carta Africana sorprende también por recoger este derecho ya en 1981, cuando en el contexto europeo no está expresamente recogido en el Convenio de 1950 ni ha sido objeto de ningún Protocolo adicional. No obstante, a pesar de esta ausencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia este derecho a nivel individual con base al respecto del derecho a la intimidad⁶⁷. Como ya hemos apuntado, la Carta Africana no lo recoge como derecho individual, sino como un derecho de los pueblos, y no sólo como un derecho medioambiental sino vinculándola al desarrollo. Desde esta perspectiva, la Carta Africana sí que pone una pica en Flandes, pues a pesar de que hoy en día el vínculo entre desarrollo y medio ambiente sea algo generalmente aceptado, aunque haya matices en cómo llevarlo a la práctica, en 1981 esto no era así, por lo que no deja de ser sumamente novedoso. Por otro lado, el artículo 24 de la Carta no precisa ninguna obligación en esta materia para los Estados. Refiriéndose a esta cues-

⁶⁴ En efecto, el tenor literal del art. 23.2 letra b, reza así: «que leurs territoires soient utilisés comme de départ d'activités subversives ou terroristes dirigées contre le peuple de tout autre Etat, partie à la présente Charte».

⁶⁵ Como se puede comprobar con esta expresión no se sabe a ciencia cierta a quien se está refiriendo con esta expresión: ¿A los distintos pueblos que pueden configurar un Estado?; ¿Al pueblo que forma un Estado?; ¿a todos los pueblos africanos sin distinción alguna? A nuestro entender, todo parece indicar que sería esta última la acepción más acorde con la expresión utilizada.

⁶⁶ Art. 24.

⁶⁷ Cfr. Asunto López Ostra contra España, 16798/90 (1994), de 9 de diciembre de 1994. Esta jurisprudencia ha sido confirmada posteriormente en varias ocasiones.

tión, Ouguerouz apunta que el hecho de que no se recoja ninguna obligación precisa en el texto de la Carta no significa que los Estados no estén obligados a proteger este derecho, pues ya están obligados a hacerlo por otros instrumentos jurídicos internacionales regionales y universales⁶⁸.

2. *Los deberes del individuo*

Como ya hemos apuntado, los redactores de la Carta Africana tenían claro que esta debía reflejar las tradiciones, los valores y las instituciones netamente africanas. Desde esta perspectiva, adquiere una notable singularidad el hecho de que este instrumento no sólo recoja una serie de deberes en su articulado⁶⁹ sino que va más allá, al partir de unas premisas según las cuales en cualquier sistema en el que se garanticen unos derechos, debe haber sus correspondientes deberes tanto en relación con esos derechos individuales como con los deberes de los pueblos⁷⁰. Esta ya lo tenía en la mente el ya citado senegalés Leopold S. Senghar, cuando a este respecto señaló que, «*room should be made for [the] African tradition in our Charter on Human and Peoples' Rights, while bathing in our philosophy, which consists in not alienating the subordination of the individual to the community, in coexistence, in living everyone a certain number of rights and duties. In Europe, human rights are considered as a body of principles and rules placed in the hands of the individual, as a weapon, thus enabling him to defend himself against the group or entity representing it. In Africa, the individual and his rights are wrapped in the protection of the family and other communities... Rights in Africa... cannot be communities*»⁷¹. Es pues desde esta perspectiva africana que conviene abordar la Carta Africana⁷².

Hay que poner de relieve, sin embargo, que la Carta Africana ni es el único ni es tampoco el primer instrumento jurídico internacional que recoge

⁶⁸ De este autor, cfr. *The African Charter...*, *op. cit.*, p. 365.

⁶⁹ Art. 27-29.

⁷⁰ El autor y juez nigeriano, Richard Akinjide, lo expresa contundentemente con los siguientes términos: (Bello, p. 179). De este autor, cfr. Parer delivered at the Human Rights Workshop of the Nigerian Bar Association, 5 February 1982, p. 9.

⁷¹ Para más detalles, cfr. OUA, Doc. CAB/LEG/67/5. Ver también BARICAKO, G., «Introductory Preface: The African Charter and the African Comisión on Human and Peoples's rights», en MALCOLM, E. y MURRAY, R. (eds.), *The African Charter on Human and Peoples's Rights: The System in Practice 1986-2006*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 6.

⁷² Para más detalles, cfr. OUGUERGOUZ, F., *The African Charter...*, *op. cit.*, p. 376.

en su articulado «deberes». Ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos los artículos 29 y 30 aluden específicamente al concepto de «deberes», aunque eluden abordar un contenido específico. Desde esta perspectiva, el artículo 29.1 señala que «toda persona tiene deberes respecto a la comunidad», al ser esta donde el individuo puede desarrollar libremente su personalidad. El artículo 30 alude por su parte a que nada en la Declaración pueda ser interpretado de manera que ponga en peligro los derechos y libertades recogidos en ella⁷³. Esta misma idea estaría después también recogido en el párrafo 5 común a los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas, en los siguientes términos: «Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a la que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto»⁷⁴. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refería expresamente a los «deberes» en su artículo 32, y algunos de los términos utilizados recuerdan a la Carta Africana⁷⁵. En el ámbito europeo no encontramos ninguna mención expresa a los «deberes» del individuo, aunque algún autor señala que sí que se puede encontrar implícitamente en el artículo 10, relacionado con la libertad de expresión⁷⁶. Sin embargo, otros, como Marc Eissen es más prudente, señalando que en esos casos los deberes son concebidos tan sólo como corolarios de los derechos garantizados en el Convenio Europeo, manteniendo este sus plenas características a la hora de garantizar los derechos individuales⁷⁷.

⁷³ No conviene ignorar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, en marzo de 1948, contiene en su Capítulo Segundo (art. XXIX-XXXVIII) una serie de «deberes» algunos de los cuales no están muy alejados de los que luego se adoptarían en la Carta Africana. Fue adoptada el 2 de mayo de 1948.

⁷⁴ Este texto fue redactado por las delegaciones de Australia y Suecia, enmendando de una forma substancial el proyecto elaborado por la delegación estadounidense. Sobre esta cuestión, cfr. MARCIE, R., «Duties and Limitations upon rights», *Journal of the International Comisión of Jurists*, nº 1, junio de 1969, p. 59.

⁷⁵ El tenor literal del art. 32 reza así: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

⁷⁶ A este respecto, cfr. AOUVERGOUZ, F., *The African charter...*, *op. cit.*, p. 398.

⁷⁷ De este autor, cfr. «La Convention et les devoirs de l'individu», en: *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Proceedings of the Workshop organized by the Faculty of Law of Strasbourg Dalloz, Paris, 1961, p. 181.

Dicho esto, no conviene ignorar que la inclusión de estos deberes ha sido objeto de grandes controversias, debido sobre todo a que para algunos autores, los deberes mencionados en la Carta Africana en los artículos 27-29 pueden constituir limitaciones importantes para una buena aplicación de los derechos recogidos en ella y que los Estados deben garantizar. Esta posición es la defendida por Okoth-Ogendo, para quien todo parece indicar que en la Carta Africana la formulación de estos deberes supone una especie de legitimación de los derechos y privilegios de los Estados frente a los de los individuos y los pueblos⁷⁸. Esta línea es defendida también por Emmanuel Bello, para quien «A feeling of uncertainty has also been expressed on the grounds that some of the outies prescribed in the Charter may constitute additional limitations on the rights already guaranted by Status Parties to the Charter»⁷⁹. Y es que para este autor existen contradicciones evidentes entre los derechos recogidos en la Carta y los deberes, como entre el artículo 18 que señala que «la familia es el elemento natural y la base de la sociedad», estando «protegida por el Estado que debe ocuparse de su salud física y moral», y el artículo 27.1 que señala que «todo individuo tiene deberes para con su familia y la sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional». Algo parecido ocurre con el artículo 27.2 y el artículo 25⁸⁰, así como con el artículo 28 y el 2⁸¹, o el 29 con otros de la Carta, como el 8, el 9 el 24 y el 25⁸².

⁷⁸ Para este autor, «little more than the formulation, entrenchment, and legitimation of State rights and privileges against individuals and peoples». Cfr. OKOTH-OGENDO, H.W., «Human and People's rights: What Point is Africa Trying to Make?», en Cohen, Hyden y Nagan (eds.), *Human Rights and Governance in Africa*, University Press of Florida, Gainesville, 1993, p. 74.

⁷⁹ Cfr. BELLO, E., «The African Charter...», *op. cit.*, p. 178.

⁸⁰ Y es que mientras el artículo 27.2 menciona que «los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común», el artículo 25 prevé que los Estados «tendrán el deber de promover y garantizar... el respeto de los derechos y libertades contenidos en la Carta y de procurar que estas libertades y derechos así como las correspondientes obligaciones y deberes, sean entendidos.

⁸¹ El artículo 28 prevé que «todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación...», que ya está cubierto en realidad por el artículo 2.

⁸² El artículo 29, bastante extenso y confuso reza así: L'individu a en outre le devoir: 1. De préserver le développement harmonieux de la famille et d'oeuvrer en faveur de la cohésion et du respect de cette famille; de respecter à tout moment ses parents, de les nourrir, et de les assister en cas de nécessité; 2. De servir sa communauté nationale en mettant ses capacités physiques et intellectuelles à son service; 3. De ne pas compromettre la sécurité de l'Etat dont il est national ou résident; 4. De préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale, singulière-

Frente a estas opiniones que critican la inclusión de estos deberes del individuo en la Carta, y sobre todo su forma, no han faltado también opiniones que de manera inequívoca los defienden, partiendo de la premisa de que así ha habido violaciones notorias de los derechos humanos por parte de muchos Estados africanos, esto no se debe precisamente a estos deberes. Es más, hay quien defiende que el argumento según el cual los individuos no tienen deberes hacia el Estado es de plano rechazable, ya que se admiten esos deberes sin ningún problema en el ámbito fiscal o penal⁸³. Por lo tanto, el problema dependerá, en nuestra opinión, del grado de cumplimiento que se exija a la hora de hacer efectivos esos deberes. Y es que, como ya hemos apuntado, los conceptos africanos en los ámbitos mencionados en relación con los deberes son distintos a los occidentales, no sólo en cuanto a su significado sino sobre todo respecto a su alcance. Un ejemplo claro de esta situación lo tenemos con el deber del individuo hacia la familia, algo que es tradicional en el contexto africano. Es más, el concepto de «familia» en África no sigue los elementos restrictivos occidentales, sino que es más extenso. Es más, como señala Luis Gabriel Franceschi, en varias lenguas africanas, como en *Dholuo*, lengua que se habla en torno al Lago Victoria, o en la lengua *Shona*, que habla el 80 % de la

ment lorsque celle-ci est menacée; 5. de préserver et de renforcer l'indépendance nationale et l'intégrité territoriale de la patrie et, d'une façon générale, de contribuer à la défense de son pays, dans les conditions fixées par la loi (todo parece indicar que este párrafo no garantiza la objeción religiosa); 6. De travailler, dans la mesure de ses capacités et de ses possibilités, et de s'acquitter des contributions fixées par la loi pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la société; 7. De veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation et d'une façon générale de contribuer à la promotion de la santé morale de la société; 8. De contribuer au mieux de ses capacités, à tout moment et à tous les niveaux, à la promotion et à la réalisation de l'unité africaine.

⁸³ Esta es la opinión de Bakau Mutua, quien a este respecto señala lo siguiente. «In my view, these criticisms, while understandable, are mistaken. African States have not notoriously violated human rights because of their adherence to the concept of duty. The disastrous human rights performance of many African States has been triggered by insecure regimes whose narrow political classes have no sense of national interest and will stop at nothing, including murder, to retain power. In any case, it is not a plausible argument that individuals should not owe any duties to the State. In fact, they do, in tax, criminal, and other laws. A valid criticism of the language of duties should rather focus on the precise meaning, content, conditions of compliance, and application of those duties. More work should be done to clarify the status of the duties in the Charter, and define their moral and legal dimensions and implications for enforcement». Cfr. MUTUA, M., «The African Human Rights System, a Critical Evaluation», 2000, p. 12, en <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/papers/mutua.pdf>>. Habría que añadir a esos sectores citados el deber, todavía en muchos Estados, de hacer el servicio militar, etc.

población de Zimbabwe, no existe «palabra» para designar a los primos, pues todos son hermanas o hermanos⁸⁴. Este alcance amplio, en torno al concepto de familia, pero que puede extenderse a otros términos, es defendido también por Michael Gose, quien, a pesar de defender ideas liberales en materia de derechos humanos, refiriéndose al concepto de familia en la Carta Africana, dice que «the emphasis the Charter lays on the notion of family is, however, an expresión of a specific African understanding and must be interpreted from an African point of view. Such an interpretation leads to the assumption that the term ‘family’ cannot be understood in the traditional narrow, Western concept»⁸⁵.

Pero como hemos ya anunciado, la Carta Africana también prevé otros deberes en el artículo 29, que tienen más elementos didácticos y quizás políticos, que alcance jurídico, ya que tal y como están articulados sería muy difícil, sino imposible, encontrar base jurídica para poder imponerlos. Y es que hablar de un deber de «preservar y reforzar la solidaridad nacional y social, especialmente cuando la primera se ve amenazada»⁸⁶, «preservar y reforzar la independencia nacional y la integridad territorial de su país»⁸⁷, contribuir a la promoción del bienestar moral de la sociedad⁸⁸, «contribuir en todo lo posible, en cualquier momento y a todos los niveles a la promoción y la consecución de la unidad africana»⁸⁹ o que el individuo tiene deberes para con la comunidad internacional», son generalidades filosóficas, morales y políticas que distan mucho de crear auténticas obligaciones jurídicas. Es más, si se analizan estos deberes de una forma más profunda, muchos de ellos, como los que figuran en el artículo 29.1-6, se encuentran ya recogidos en los sistemas jurídicos de una forma o de otra, por lo que sólo se hace redundar en la misma cuestión⁹⁰.

⁸⁴ De este autor, cfr. *The African Human Rights Judicial System...*, *op. cit.*, p. 200, nota 553.

⁸⁵ Cfr. *The African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, Community Law Centre University of Western Cape, Bellville, 2002, p. 97. Esta es también la opinión de OUGUERGOUZ, F., *The African Charter...*, *op. cit.*, p. 404. Este autor señala, sin embargo, que el término de «padres» hay que entenderlo *stricto sensu*, es decir como padres biológicos, a pesar de que en la mayoría de los sistemas jurídicos africanos el deber de sostener a la familia tenga un alcance más amplio. *Ibid*, p. 405.

⁸⁶ Art. 29.4.

⁸⁷ Art. 29.5.

⁸⁸ Art. 29.7.

⁸⁹ Art. 29.8.

⁹⁰ Sobre todos estos aspectos, y para más detalles, cfr. OUGUERGOUZ, F., *The African Charter...*, *op. cit.*, p. 407 y ss.

Cuestión distinta es lo previsto en el artículo 27.2, según el cual «los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común». En efecto, según esta disposición se estaría protegiendo los derechos humanos al tener que adoptar y establecer los Estados los criterios para poder limitar los derechos y las libertades fundamentales del individuo. Y es⁹¹to ha sido lo que ha hecho la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, el 31 de octubre de 1998 en un caso relacionado con Nigeria, en el que ha dejado claro el alcance del artículo 27.2 al señalar que:

«The only legitimate reasons for limitations to the rights and freedoms of the African Charter are found in Article 27(2), that is, the rights of the Charter 'shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest'»⁹²

IV. LOS MECANISMOS DE SALVAGUARDA PREVISTOS POR LA CARTA

En materia de derechos humanos, no basta con adoptar instrumentos jurídicos internacionales en donde se recoja el elenco de derechos, y eventualmente deberes, que deben ser protegidos sino que es esencial que se crearan los mecanismos adecuados de protección, incluido el jurisdiccional, con el fin de que esos derechos puedan estar garantizados. Esto es lo que se ha hecho en el ámbito europeo y americano con mayor o menos éxito, aunque no se puede decir lo mismo en el ámbito onusiano en relación con otros instrumentos internacionales de ámbito universal, por razones que no podemos analizar aquí. A este respecto, la Carta Africana no ha seguido los ejemplos europeo y americano, como veremos en las siguientes páginas, aunque hay que advertir que vía artículo 66 de la misma Carta, esta se ha completado en junio de 1998 al haberse adoptado un Protocolo por el que se crea una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, siguiendo así la estela europea y americana al menos formalmente hablando.

⁹¹ Sobre esta Comisión, cfr. *infra*.

⁹² Cfr. Comunicaciones de la Comisión 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, Twelfth Annual Report of the Comisión 1998/1999.

Dicho esto, no se puede decir que la Carta Africana sea muy prolífica a la hora de crear mecanismos de protección, pues según el artículo 30 tan sólo habla de que «Dentro de la Organización para la Unidad Africana se creará una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos... para promover los derechos humanos y de los pueblos y garantizar su protección en África»⁹³. De este texto conviene recalcar que la «Comisión» es el único órgano creado por la Carta para promover y garantizar los derechos humanos y de los pueblos en África⁹⁴, aunque desempeñando la Unión Africana ahora, antes la OUA, un papel importante en la elección de los miembros⁹⁵, ya que es la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno la que los elige, de una lista designada por los Estados partes⁹⁶. Es más, el papel de la Unión Africana está siempre presente, ya que el Presidente de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno echa a suertes qué miembros ocuparán su cargo⁹⁷, mientras que el Secretario General de la misma Organización nombra al secretario de la Comisión⁹⁸. Pero hay otras muchas disposiciones en las que se prevé un papel al Secretario General de la Unión Africana⁹⁹. A este respecto, conviene poner el énfasis en el artículo 42.5 según el cual «el Secretario General (de la UA) puede asistir a las reuniones de la Comisión, pero no participará en las deliberaciones ni tendrá derecho a voto. Sin embargo, el Presidente de la Comisión puede invitarlo a

⁹³ El texto literal francés reza así: «Il, est créé apures de l'Organisation de l'Unié Africaine une Comisión Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ci-dessous dénommée 'la Commission', chargée de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique».

Entre los numerosos autores que han analizado la Comisión Africana, cfr., entre otros muchos, MURRAY, R., «African Comisión on Human and Peoples rights», *Max Planek Eneyelopedia of Public International Law*, en <www.mpepil.com>, 2007; y UMOZURIKE, U.O., *The African Comisión on Human and Peoples rights*, Nijhoff, La The Hague, 1997. Ver también, BELLO, E., «The African Charter...», *op. cit.*, pp. 35-139, aunque este estudio es de 1987.

⁹⁴ Cfr. Art. 45-102. En este marco de promoción, la Comisión puede según el art. 41.1.a) «emprender estudios e investigar los problemas africanos en materia de derechos humanos y de los pueblos», para lo cual podrá «organizar seminarios, simposios y conferencias, difundir información..., y, en su caso, dar sus opiniones o hacer recomendaciones a los gobiernos». Aparte de esto, la Comisión tendrá como función la de formular y establecer principios y normas destinados a resolver problemas legales... en los que los gobiernos africanos puedan basar sus legislaciones.

⁹⁵ Según el art. 31.1, la Comisión constará de 11 miembros. Se sigue así el modelo americano y no el europeo, ya que en este había en la antigua Comisión un miembro por Estado.

⁹⁶ Cfr. Art. 33.

⁹⁷ Art. 37.

⁹⁸ Art. 41.

⁹⁹ Por ejemplo, art. 35, 39, 41, 42, 46, 49.

hablar». Esto implica, como señala E. Bello, «que el Secretario General de la Unión Africana supervisará indirectamente el trabajo de la Comisión»¹⁰⁰. Si a esto añadimos que según el artículo 41 dicho Secretario General «proporcionará el personal y los servicios necesarios para el efectivo cumplimiento de los deberes de la Comisión», cuando esta quiera cumplir con las funciones que le encomienda el artículo 45, que son las de promover¹⁰¹ y garantizar los derechos humanos y de los pueblos, deberá obtener previamente los recursos financieros para sus proyectos del Secretario General de la Unión Africana.

Desde esta perspectiva, el entramado previsto en la Carta Africana en torno a las medidas de salvaguarda es, pues, engorroso, ya que por un lado está la Comisión y por otro la propia OUA, actualmente la Unión Africana, cuya Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno va a tener las mayores prerrogativas en la salvaguardia de los derechos, de modo que en numerosas ocasiones, la Comisión va a estar supeditada a dicha Asamblea¹⁰². Por eso la Carta Africana, en relación con las medidas de salvaguarda prevé en realidad dos mecanismos u órganos de control: la Comisión y la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, aunque, como ya hemos dejado ver, ninguno de ellos es jurisdiccional.

Hechas estas consideraciones, hay que poner de relieve que jurídicamente hablando las facultades de la Comisión Africana son mucho más limitadas que las que tenía la Comisión europea en el ámbito del Convenio europeo de derechos humanos, ya que la Carta Africana tan sólo le otorga el poder de adoptar «informes»¹⁰³, por lo tanto sin carácter jurídico vinculante, que deben ser remitidas a los Estados implicados y comunicado a la Asamblea de jefes de

¹⁰⁰ Cfr. BELLO, E.G., «The African Charter...», *op. cit.*, p. 128.

¹⁰¹ Como señala la Profesora F. Castro Rial, la tareas de promoción de los derechos humanos en África, exigía entonces, y también ahora, que los Estados se vuelquen en la enseñanza de esta materia. Cfr. «La Carta Africana...», *op. cit.*, pp. 519-520. Evidentemente, esto requiere una tarea de divulgación importante en la sociedad civil, en el ámbito militar e incluso político.

¹⁰² Esto que acabamos de señalar se ve claramente en el ámbito del procedimiento de la Comisión (art. 46-59), en donde la Asamblea de jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana está muy presente. Como botón de muestra, véase el artículo 59, que reza así: 1. Toutes les mesures prises dans le cadre du présent chapitre resteront confidentielles jusqu'au moment où la Conférence des Chefs d'Etat de Gouvernement en décidera autrement. 2. Toutefois, le rapport est publié par le Président de la Commission sur décision de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement. 3. Le rapport d'activités de la Commission est publié par son Président après son examen par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement.

¹⁰³ Art. 52.

Estado y de Gobierno¹⁰⁴. La Comisión Africana no tiene, pues, las facultades de decisión que tenía la Comisión Europea, teniendo unas características más similares a las de un órgano administrativo, diplomático o político, y no judicial. Así las cosas, su misión es de coordinación y de organización, sin que se le puede atribuir responsabilidad alguna a la hora de cumplir con las garantías acordadas.

En la Carta Africana no se prevén, además, expresamente demandas de particulares, aunque según el artículo 46 «la Comisión puede recurrir a cualquier método de investigación apropiado, como apelar al Secretario General de la Unión Africana o a cualquier otra persona capaz de informarla», sin olvidar lo previsto en el art. 55, según el cual:

«Antes de cada sesión, el secretario de la Comisión confeccionará una lista de los comunicados distintos de los de los Estados firmantes de la presente Carta y se la transmitirá a los miembros de la Comisión, los cuales indicarán qué comunicados deberán ser considerados por la Comisión. Un comunicado será considerado por la Comisión si lo decide así una mayoría simple de sus miembros».

Como señala Ouguergouz, en la práctica, la evolución que ha seguido la Comisión es la de basarse en este art. 55 e interpretar la expresión de no «communications autres que celle des Etats parties...», del texto francés, de una forma amplia, dando así cabida no sólo cuando hay violaciones masivas de derechos humanos, sino también a los comunicados presentados por indi-

¹⁰⁴ A este respecto, el art. 47 establece que: «Si un Estado firmante de la presente Carta tiene buenas razones para creer que otro Estado firmante de esta Carta ha violado las disposiciones de la misma, puede llamar la atención, mediante comunicado escrito de este Estado respecto al tema en cuestión. Ese comunicado también le será remitido al secretario general de la OUA y al presidente de la Comisión». Cabe la posibilidad que el caso en cuestión se resuelva dentro del período establecido de tres meses, cerrándose así el asunto. Sin embargo, si este no es el caso, el art. 48 prevé que «cualquiera de los dos Estados tendrá derecho a remitir el asunto a la Comisión a través del Presidente y notificando a los Estados». Pero según el art. 49 prevé, no obstante, que se pueda recurrir directamente a la Comisión, en los términos siguientes: «A pesar de las disposiciones del art. 47, si un Estado firmante de la presente Carta considera que otro Estado firmante ha violado las disposiciones de la Carta, puede remitir el asunto directamente a la Comisión dirigiendo un comunicado al presidente, al secretario general de la Organización para la Unidad Africana y al Estado implicado». Por último, hay que dejar claro que, según el art. 50, la Comisión solamente puede ocuparse de un asunto tras haberse asegurado de que se han agotado todos los recursos internos. Además, como se puede ver, no se prevén expresamente demandas de particulares, aunque según el art.

viduos, sus representantes o de asociaciones¹⁰⁵. Para que estos «comunicados» puedan ser considerados por la Comisión, deben reunir las condiciones previstas en el artículo 56¹⁰⁶.

A este respecto, una mención especial queremos hacer en torno a las organizaciones no gubernamentales, ya que en muchas ocasiones dan datos o informes, en general confidenciales, en los que se analiza la situación de los derechos humanos en los países en los que operan. Además, un número importante de ellas han obtenido el estatuto de «observador» ante la Comisión, siempre que cumplan con los criterios recogidos en la Resolución adoptada al respecto en la vigésimo quinta sesión celebrada en Bujumbura (Burundi). Entre los criterios exigidos figuran, como es obvio, el de la objetividad, y que sus actividades se desarrollen de conformidad con la Carta Africana.

Respecto a estos «comunicados» tampoco conviene olvidar lo previsto en el artículo 58, según el cual si tras someterlos a las deliberaciones de la Comisión, esta vislumbra que alguno de ellos o más se refieren a casos especiales «que revelan la existencia de un conjunto de violaciones graves o masivas de los derechos humanos y de los pueblos», la Comisión deberá ponerlos en conocimiento de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, que puede instar

¹⁰⁵ De este autor, cfr. «African Charter...», *op. cit.*, p. 7. Ver también, FRANCESCHI FRANCESCHI, L.G., *The African Human Rights Judicial System...*, *op. cit.*, pp. 236 y ss. Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. los interesantes trabajos de la autora MURRAY, R., «Decisions by the African Comisión on Individual Communications under the African Charter on Human and People's Rights», *International Law Quarterly*, vol. 46 (1997), pp. 412 y ss.; y ODINKALU, C. A. y CHRISTENSEN, C., «The African Comisión on Human and People's Rights: The Developpement of its Non-State Communication Procedures», *Human Rights Quarterly*, vol. 20 (1998), pp. 235-280.

¹⁰⁶ Las siete condiciones exigidas por esta disposición son las siguientes: 1. Indiquer l'identité de leur auteur même si celui-ci demande à la Comisión de garder l'anonymat; 2. Etre compatibles avec la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine ou avec la présente Charte; 3. Ne pas contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'OUA; 4. Ne pas se limiter à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse; 5. Etre postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale; 6. Etre introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine; 7. Ne pas concerner des cas qui ont été réglés conformément soit aux principes de la Charte des Nations Unies, soit de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine et soit des dispositions de la présente Charte. Como se puede ver, salvo algunos matices, estas condiciones son similares a las previstas en otros instrumentos jurídicos internacionales, como el Convenio Europeo. Para un análisis sobre cómo la Comisión ha interpretado estas condiciones en la práctica, cfr. FRANCESCHI FRANCESCHI, L. A., *The African Human Rights Judicial System...*, *op. cit.*, pp. 236-240.

entonces a la Comisión que emprenda un profundo estudio de estos casos y que elabore un informe sobre los hechos ocurridos, en el que acompañará su conclusión y recomendaciones¹⁰⁷. Si el caso de que se trata es urgente para la Comisión, esta lo presentará a la precitada Asamblea, la cual podrá solicitar que se lleve a cabo un profundo estudio al respecto. Como ya hemos hecho notar, esta disposición revela la interrelación prevista en la Carta Africana entre la Comisión y la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana.

Desde esta perspectiva, conviene preguntarse ahora, aunque sea brevemente, sobre la relevancia y el papel que ha desempeñado la Comisión en la promoción y protección de los derechos humanos en África. Si, originariamente en la Carta Africana, la Comisión fue concebida como un órgano débil, como ya hemos apuntado, conviene hacer notar que poco a poco la Comisión ha ido cogiendo el timón de la promoción y protección de los derechos humanos. En el ámbito de la promoción su papel ha sido importante en la formulación de algunos textos africanos como «The Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa de 2002», texto conocido también como «Robben Island Guidelines», «The Declaration of Principles on Freedom of Expresión in Africa», también de 2002, y en «The Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assitance in Africa», de 2003. Pero al margen de estas contribuciones, lo cierto es que la promoción de los derechos humanos por parte de la Comisión ha estado siempre presente, aprovechando cualquier ocasión para recordarlo, denunciada en algunos ocasiones las eventuales violaciones. Esto se reconoce, por ejemplo, en el vigésimo séptimo Informe que la Comisión presentó en 2009 a la 46 Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana¹⁰⁸, en cuyo discurso de apertura, la Ministra de Justicia de Gambia, Terréese Sarr-Topupan denunciaba que «en 2009, África había sido testigo de un resurgimiento de golpes de Estado, revueltas sociales, ejecuciones sumarias y crímenes sexuales, hechos que se habían convertido en las herramientas y armas en manos de regímenes militares». Sin embargo, también reconocía el buen papel desempeñado por la Comisión, a

¹⁰⁷ Art. 58.2.

¹⁰⁸ El art. 54 prevé que la Comisión presentará un Informe de sus actividades a cada sesión ordinaria de dicha Asamblea.

quien urgía «a continuar trabajando con los Estados miembros para cumplir con su mandato de supervisar, proteger y promover los derechos humanos»¹⁰⁹. Desde este prisma, hay que poner de relieve que uno de los aspectos más relevantes en el trabajo de la Comisión ha sido uno de los aspectos más relevantes en el trabajo de la Comisión ha sido el de crear grupos de trabajo sobre temas específicos o nombrar enviados especiales para controlar y vigilar las prisiones y las condiciones de detención, ver como se respetaban los derechos de la mujer, la libertad de expresión, los de los refugiados y las personas desplazadas. Con esta información, la Comisión podía hacer sus propias evaluaciones de cómo se respetaban los derechos humanos en cada una de estas materias, llegando en algunos casos a la conclusión de que el resultado está lejos de ser satisfactorio¹¹⁰.

Respecto al ámbito material de derechos humanos en el que se basará la Comisión para llevar a cabo sus funciones hay que recalcar que, según los artículos 60 y 61, no sólo se inspira en la Carta Africana, sino en el derecho internacional relativo a los derechos humanos y de los pueblos, especialmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos referentes a esos derechos, la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OUA, la Declaración Universal de los derechos humanos, otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos, así como en las disposiciones de los diversos instrumentos adoptados por los departamentos especializados de las Naciones Unidas. Además, también puede tomar en consideración como medios auxiliares los otros convenios internacionales, sean generales o especiales, que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la OUA, así como prácticas africanas conformes a las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos, costumbres, principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, jurisprudencia y doctrina. Este amplio marco jurídico en el que la Comisión puede inspirarse para cumplir con las funciones encomendadas no parece facilitarle la tarea y puede constituir una especie de zona gris en la que la Comisión pueda desperdigarse, sobre todo cuando alude a las prácticas, principios generales del derecho o doctrina. Es cierto que cuando se redactó la Carta Africana se intentó no

¹⁰⁹ Cfr. *African Comisión on Human and People's Rights*, Activity Report, 2009.

¹¹⁰ Para más detalles, cfr. MURRY, R., «African comisión on Human and People's Rights», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2007, par. 21, en <www.mpepil.com>.

recurrir en exceso a las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos con el fin de impugnar el texto de una impronta africana. Sin embargo, lo que nos indican los artículos precitados es que la Comisión puede enredarse un poco con tanto instrumento jurídico a su alcance y perder en efectividad¹¹¹.

Dicho esto, hay que resaltar que desde su establecimiento en 1987 la Comisión ha llevado una tarea digna de mención, si se toma en consideración el ámbito geográfico en el que desempeña sus funciones, ya que ha examinado hasta ahora más de 500 comunicaciones y ha adoptado más de 150 decisiones, clarificando y desarrollando el contenido de los derechos humanos así como interpretando el alcance de las cláusulas de salvaguarda que limitan dichos derechos. Desde esta perspectiva, conviene hacer notar que con el tiempo el grado de admisibilidad se ha ido incrementando en los últimos años, aunque todavía esa admisibilidad representa un porcentaje muy bajo¹¹². Por otro lado, conviene poner de relieve que tan sólo ha habido una comunicación interestatal desde la creación de la Comisión: se trata de la Comunicación presentada por la República Democrática del Congo ante la Comisión alegando violaciones de la Carta Africana, del IV Convenio de Ginebra de 1949, sobre protección de la población civil y del Protocolo adicional I de 1977, de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración sobre los principios de amistad y cooperación entre Estados [Resolución 2625 (XXV)], por parte de Burundi, Rwanda y Uganda¹¹³.

En efecto, la República Democrática del Congo se quejaba de que las fuerzas armadas de Burundi, Rwanda y Uganda habían ocupado parte de su territorio en el este del país cometiendo graves violaciones de derechos humanos, incluyendo matanzas de civiles, violaciones masivas con contaminaciones del SIDA, esto último por parte de los soldados ugandeses. Además, se alegaba igualmente destrucciones masivas de la propiedad de civiles así como de los recursos naturales de la región, sin olvidar el desplazamiento forzado de la

¹¹¹ A este respecto, ver los interesantes comentarios que lleva a cabo BELLO, E., «The African Charter...», *op. cit.*, pp. 82-87, y doctrina allí citada.

¹¹² Cfr. FRANCESCHI FRANCESCHI, L.G., *The African Human Rights Judicial System...*, *op. cit.*, pp. 240-241.

¹¹³ *Ibid.*, p. 234, nota 631. A este respecto, ver la comunicación 227/99, *Democratic Republic of Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda*, en: <<https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2Fwww.equalrightstrust.org%2Fertdocumentbank%2FDRC%2520v%2520Burundi%2C%2520Rwanda%2520and%2520Uganda.pdf>>.

Conviene apuntar que este asunto también se llevó a la Corte Internacional de Justicia. Cfr.

población de la región hacia campos de concentración en Rwanda con el fin de establecer en esa región un «territorio tutti». Frente a estas acusaciones, Rwanda negó todas las acusaciones relacionadas con las eventuales violaciones de derechos humanos y justificaba la presencia de soldados ruandeses en territorio de la República Democrática del Congo como medida necesaria para proteger su propio territorio de las acciones armadas de los grupos de rebeldes armados que operaban desde el territorio congolés, estando estos grupos, según Rwanda, apoyados por el Gobierno de la propia República Democrática del Congo. Por su parte, Uganda hizo justificaciones similares, invocando además haber actuado a instancia de una invitación del propio Gobierno congolés, una vez que se instauró en el poder Kabila. Dicha invitación sería revocada un año más tarde, aunque Uganda también negó que se cometieran violaciones de derechos humanos. Por otro lado, Uganda sostenía que a falta de una auténtica verificación de los hechos, la demanda debía ser inadmisibile. Respecto a Burundi, conviene apuntar que no respondió a ninguna de esas acusaciones a pesar de que la Comisión decidió ocuparse del caso, mientras que Rwanda y Uganda no participaron en los debates de admisibilidad¹¹⁴.

La complejidad de la situación reinante sobre el terreno no amilanó a la Comisión que terminó afirmando que había habido una ocupación «efectiva» del territorio congolés, lo que constituía una violación de la Carta y del Derecho internacional. También señaló que había habido una violación del artículo 2 de la Carta Africana al imponer la no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades, ya que las violaciones invocadas estaban basadas en el origen nacional. La Comisión también denunció otras violaciones como aquellas relacionadas con la familia como unidad fundamental de la sociedad, contra la libertad y haber forzado al desplazamiento de la población. Pero la Comisión no se detiene sólo en el ámbito de las eventuales violaciones de los derechos humanos, sino que insta a todos los Estados a respetar el Derecho internacional y al mismo tiempo que ruega a Burundi, Rwanda y Uganda a

¹¹⁴ Es decir, tanto Rwanda como Uganda respondieron a la Comisión en su demanda de información sobre las alegaciones relacionadas con las eventuales violaciones de derechos humanos, aunque estos dos países no participarían después en los debates sobre la admisibilidad. Sin embargo, Burundi ni respondió a la demanda de información ni participó después en la cuestión de la admisibilidad. Esta actitud de Burundi no sólo es reprochable en sí, aunque lo que sorprende también es que no haya sido objeto de ninguna medida de represalia por los órganos de la Unión Africana. A este respecto, cfr. MURRAY, R., «African Comisión on Human and People's Rights», *op. cit.*, par. 18.

retirar a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos. Ni que decir tiene que no ha habido reparaciones de ningún tipo, por lo que la decisión de la Comisión se convierte en cierta medida en algo sino del todo ineficaces sí, al menos, con efectos muy blandos.

V. HACIA LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS EN ÁFRICA: LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL AFRICANO

La Carta Africana que en estas páginas hemos comentado no cierran las puertas a otros acuerdos o mecanismos que se puedan crear con el fin de colmar o completar las deficiencias o lagunas que se vayan detectando en la protección de los derechos humanos y de los pueblos, pues en el artículo 60 se recoge expresamente que se podrán adoptar, en caso de necesidad, protocolos o acuerdos particulares para completarla. Como acabamos de ver la Carta Africana no logró crear un órgano jurisdiccional, siendo tan sólo la Comisión el único instrumento creado para hacer cumplir sus disposiciones, aunque durante las negociaciones que permitieron llegar a la adopción de la Carta ya se propusiera la creación de un Tribunal que pudiese adoptar decisiones vinculantes¹¹⁵. Pero estando los Estados de la OUA muy vinculados a un concepto de soberanía un poco arcaico, en donde el principio de no injerencia en los asuntos internos constituiría el eje principal de su política, no se pudo llevar adelante, ya que esto hubiera supuesto graves divisiones entre los Estados.

Las cosas iban a cambiar considerablemente en la década de los noventa por las dos razones siguientes: Por un lado, era evidente que a la Comisión se la veía como lo que era, una institución débil, mostrando una cierta incapacidad a la hora de hacer respetar los derechos humanos en África. Por otro lado, el genocidio de Rwanda de 1994 y la consiguiente creación del Tribunal Penal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en este país, abrió el espíritu

¹¹⁵ Efectivamente, ya en el congreso citado, celebrado en Lagos en 1961, el párrafo 4 de la resolución, que se denominó «ley de Lagos», decía que «afin de donner plein effet à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les gouvernements africains devraient étudier la possibilité d'adopter une Convention africaine des droits de l'homme prévoyant notamment la création d'un tribunal approprié et des voies de recours ouvertes à toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats signataires». *Rapport sur les travaux du Congrès*, Genève, Commission Internationale de Juristes, 1961, p. 9.

de muchos Estados africanos hacia el consentimiento de una jurisdicción en la materia, a pesar de que tradicionalmente estos países han preferido los medios políticos de solución de diferencias¹¹⁶. La tragedia ruandesa iba pues a poner sobre la mesa el tema de la creación del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, ya que en junio de 1994, con ocasión de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, celebrada en Túnez, se adoptó una resolución [Res AHG 230 (XXX)], en la que se preveía que el Secretario General convocará una reunión de expertos para estudiar la cuestión. Dado este paso, el primer proyecto de Protocolo sobre el Tribunal se adoptaría en una Conferencia de expertos en Ciudad del Cabo en septiembre de 1995. Este proyecto no pudo sin embargo ver la luz por varias vicisitudes¹¹⁷, de forma que hay que esperar al 10 de junio de 1998 a que, después de varias enmiendas, el Protocolo por el que se creaba dicho Tribunal viera la luz, cosa que se hizo en la 34ª sesión de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Ouagadougou (Burkina Faso)¹¹⁸. Adoptado, pues, el Protocolo el 10 de junio de 1998, hay que esperar hasta el 25 de enero de 2005 para que entrara en vigor, naciendo así el tan esperado Tribunal Africano de Derechos Humanos de los Pueblos, aunque la elección de sus jueces no se llevó a cabo hasta 2006¹¹⁹, de-

¹¹⁶ A este respecto, cfr. MUBIALA, M., «La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: mimetismo institutionnel ou avance judiciaire?», *Revue générale de droit international public* (1998), p. 768. Ver también OUGUERGOUZ, F., *La Charte africaine...*, *op. cit.*, pp. 389 y ss.

¹¹⁷ Y es que como explica Laura San Martín, en el primer trabajo que se publicó en España sobre este Tribunal, en abril de 1997, en una segunda reunión de expertos, celebrada en Nouakchott, se enmendó el proyecto, aunque en la siguiente sesión de la Conferencia de la OUA, celebrada en Harare, no se logró adoptar el proyecto de Nouakchott, por lo que se convocó una tercera reunión de expertos que incluye la presencia de diplomáticos, con el fin de examinar y concluir el proyecto de Protocolo. Unos meses más tarde, en diciembre de 1997, se celebró en Addis Abeba la última reunión de expertos gubernamentales, seguida de una Conferencia de Ministros de Justicia de los Estados miembros de la OUA abriendo así el camino a su aprobación definitiva en junio de 1998. Cfr. SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIAIN, L., «Comentarios acerca de la creación de un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos», *Anuario de Derecho Internacional* (1998), pp. 513-514. Ver también EL-SHEIKH, I. A., «Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples Rights», *Revue africaine de droit international et comparé*, vol. 9 (1997), p. 944; KRISCH, N., «The Establishment of an African Court on Human and Peoples Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1998), p. 716; MUBIALA, M., «La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: mimetisme institutionnel ou avance judiciaire?», *op. cit.*, p. 770 y ss.

¹¹⁸ A este respecto, cfr. Doc. OUA/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III).

¹¹⁹ Cfr. *Decisión on the Election of Judges of the African Court on Human and People's Rights*, doc. EX.CL/241 (VII) adoptada en Kartúm durante el 6º Período de sesiones del 23 al 24 de enero de 2006.

morándose también en la adopción de su reglamento, de su sede permanente, instalada al final en Arusha, y designación de su personal. Estas importantes demoras hicieron que se cuestionara la auténtica voluntad de los Estados africanos de establecer realmente el Tribunal. Si nos centramos ahora en el contenido de este Protocolo¹²⁰, lo primero que sorprende es la amplitud con la que la competencia material del Tribunal se recoge en el artículo 3.1, según el cual:

«The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the Status concerned. In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide».

que la competencia comprenda la Carta Africana y el propio Protocolo parece normal, pero que vaya hasta otorgar esa competencia sobre «cualquier otro instrumento relevante relativo a los derechos humanos ratificado por los Estados en cuestión», le da una especificidad que no tenemos ni en el ámbito europeo ni en el interamericano. Esta amplitud es confirmada después por el artículo 7 del Protocolo al referirse a las fuentes (Sources of law), en el que se dice que «el Tribunal aplicará las disposiciones de la Carta a cualquier otro instrumento relevante relativo a los derechos humanos ratificado por los Estados concernientes»¹²¹. Desde esta perspectiva, la competencia del Tribunal se extiende a otros tratados africanos sobre derechos humanos, como el convenio de la OUA sobre los refugiados, de 1969, o cualquier otro, o a instrumentos internacionales adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas. En este marco, se ha cuestionado sobre si la jurisdicción del Tribunal también puede

¹²⁰ Sobre este Protocolo y el Tribunal, ver el interesante estudio, una vez más, de OUGUERGOUZ, F., «The Establishment of an African Court of Human and Peoples' Rights: a Judicial Premiere for the African Union», *African Yearbook of International Law*, 2003, pp. 79-141. Ver también HARRINGTON, J., «The African Court on Human and Peoples' Rights», en EVANS, MALCOLM y MURRAY, R. (eds.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. De este autor, ver también «The New African Court on Human and Peoples' Rights: Towards an Effective Human Rights Protection Mechanism for Africa?», *Leiden Journal of International Law* (2005), pp. 113-129. HAYNS, Ch., «La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos», en GÓMEZ ISA, F., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

¹²¹ Como se puede ver, en esta disposición se utilizan los mismos términos que en el art. 3.1. Para más desarrollo, cfr. OUGUERGOUZ, F., «The African Charter...», *op. cit.*, p. 8.

llegar a instrumentos regionales africanos de integración que se ocupan de los derechos humanos de forma tangencial, pronunciándose algunos autores afirmativamente. Tal es el caso del Tratado de la Comunidad Económica Africana o el Tratado de la Comunidad de Países del África Occidental (ECOWAS), aunque podría haber problemas de concurrencia de jurisdicciones, que habría que dilucidar¹²².

Respecto a la competencia *ratione personae*, el artículo 5 establece que el Tribunal puede conocer los casos que le sometan la Comisión, el Estado parte que hubiera sometido un caso ante la Comisión, el Estado parte demandado ante la Comisión, el Estado parte de la nacionalidad de la víctima de una violación de los derechos humanos o las organizaciones intergubernamentales africanas. Así las cosas, conviene remarcar que al menos en los dos últimos casos, se puede acceder directamente al Tribunal sin que sea necesario el conocimiento previo del caso por la Comisión. Además, se permite la intervención de terceros Estados cuando tengan interés en un asunto en curso. Pero lo más relevante en esta materia se encuentra en el artículo 5.3 que otorga a los individuos y a las ONGs que tengan estatuto de «observador» ante la Comisión, la posibilidad de acceder directamente al Tribunal, siempre que los Estados partes interesados hayan hecho la declaración de aceptación de la competencia del Tribunal de conformidad con el artículo 34.6. A este respecto, esta última disposición es clara y contundente al señalar *in fine* que «The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration». Es evidente que esta cuestión fue una de las que más controversias suscitó durante la elaboración del Protocolo, por todo lo que ello implicaba para los Estados partes¹²³.

Esta era precisamente la cuestión de fondo que se planteaba en el único caso que ha sido presentado hasta el momento actual ante el Tribunal¹²⁴ que es el asunto *Michelot Vogogombaye*, representándose a sí mismo, contra la *República de Senegal*, sentencia dictada el 15 de diciembre de 2009, y adopta-

¹²² Para más detalles sobre esta cuestión, cfr., NALDI, G.J. y MAGLIVERAS, K., «Reinforcing the African System of Human Rights: The Protocol on the Establishment of a Regional Court of Human and Peoples Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 16, n° 4 (1998), p. 435-436.

¹²³ Cfr. SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., «Comentarios...», *op. cit.*, p. 520 y doctrina allí citada. Ver también OUGUERGOUZ, F., «The Establishment...», *op. cit.*

¹²⁴ El Tribunal también adoptaría sus primeras medidas provisionales en el caso de Libia el 25 de marzo de 2011, ya cuando se había desencadenado el conflicto. Sobre esta cuestión, cfr. *infra*.

da por unanimidad, pero acompañada de una «opinión individual» del juez Ougouergouz¹²⁵. En efecto, la demanda fue presentada por Yogogombaye, que tenía la nacionalidad del Chad, aunque residente en Bienne (Biel), Suiza, con el fin de conseguir que se suspendieran los procedimientos iniciados por la República de Senegal con el objeto de procesar, juzgar y condenar a Hissein Habré, antiguo Jefe de Estado del Chad, aunque asilado en Dakar. En relación con los hechos, el demandante alegó que Hissein Habré, antiguo Presidente del Chad, refugiado político en Senegal desde diciembre de 1990, fue considerado sospechoso en el año 2000 de complicidad en los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y actos de tortura en el ejercicio de sus tareas como Jefe del Estado, una alegación basada en las quejas de presuntas víctimas del Chad.

Ante esta situación, Senegal alegó en su escrito de defensa que, *inter alia*, para que el Tribunal pudiera conocer de las demandas presentadas por los particulares, «el Estado demandado debía haber reconocido la jurisdicción del Tribunal para aceptar dichas demandas, tal y como está recogido en el artículo 34.6 del Protocolo. El argumento de Senegal fue aceptado por el Tribunal, que no se pronunció sobre el fondo del asunto, al señalar en el párrafo 37 de la sentencia que Senegal no ha aceptado la jurisdicción del Tribunal para conocer de los asuntos interpuestos directamente contra el país por particulares u organizaciones no gubernamentales, por lo que, en estas circunstancias, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la demanda¹²⁶. Conviene apuntar,

¹²⁵ A este respecto, ver Application No. 001/2088. Sobre esta sentencia, cfr. BEDERMAN, D.J. y JALLOH, C. C., «Michelot Yogogoubaye v. Republic of Senegal», *American Journal of International Law* (2010), pp. 620-628.

¹²⁶ Posteriormente en el párrafo 39 de la sentencia, el Tribunal se centra y explica algunos términos recogidos en el art. 34.6, en donde dice lo siguiente: «El Tribunal indica además que la segunda frase del artículo 34 (6) del Protocolo dispone que ‘no recibirá’ ninguna petición al amparo del artículo 5 (3) que afecte a un Estado parte que no haya efectuado dicha declaración. El término ‘recibir’ no debiera ser entendido sin embargo en su acepción literal como refiriéndose a ‘recibir físicamente’ ni en su sentido técnico como refiriéndose a la ‘admisibilidad’. Debiera en su lugar ser interpretado a la luz de la letra y el espíritu de la Regla 34 (6) en su integridad y en particular, en relación con la expresión ‘declaración aceptando la competencia del Tribunal para recibir demandas [que provengan de particulares u ONGs]’ contenida en la primera frase de esta disposición. Resulta evidente de esta lectura que el objetivo de la mencionada Regla 34 (6) es el de prescribir las condiciones en las que el Tribunal puede conocer de dichos asuntos; es decir, la necesidad de que se haya depositado una declaración especial por el Estado parte afectado y exponer las consecuencias de la ausencia de dicho depósito por el Estado afectado». Según nuestra información tan sólo Burkina Faso y Malí han aceptado el derecho de recurso individual previsto en el art. 34.6.

no obstante, que el juez Fatsah Ouguerouz considera en su opinión individual que el asunto hubiera podido al fin y al cabo ser admitido por el Tribunal basándose en el principio *forum prorogatum*, ya que bajo esta doctrina, hubiera podido considerarse la posibilidad de una aceptación de esa jurisdicción de forma implícita¹²⁷.

Desde este punto de vista, conviene recalcar que el Protocolo no se olvida de una compensación o reparación adecuada en el caso de que el Tribunal considere que he habido violación de algún derecho, bien sea humano o de los pueblos. En efecto, el artículo 27.1 es claro al respecto, al indicar que «If the Court finds that there has been violation of a human or peoples' rights, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation». Por lo tanto, la sanción por haber violado uno de estos derechos no es sólo el de una sentencia meramente declaratoria constatando que ha habido una violación por parte de un Estado, sino también la de garantizar, llegado el caso, la reparación pertinente a la víctima de la violación, como ocurre tanto en el ámbito europeo como en el interamericano. Desde esta misma perspectiva, hay que apuntar que la sentencia no sólo hay que notificarla a las partes según el artículo 29.1, sino también a los Estados miembros de la Unión Africana y a la Comisión, sin olvidar el Consejo de Ministros, quien supervisará la ejecución en nombre de la Asamblea¹²⁸. Es evidente que el propósito de esta disposición es el de garantizar la correcta ejecución de las decisiones que pueda adoptar el Tribunal, siguiendo así el camino ya trazado en el artículo 46.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Conviene poner de relieve, a este respecto, que el Tribunal ha dictado también las primeras medidas provisionales en lo que se conoce como el caso de Libia. Y es que el 25 de marzo de 2011, el Tribunal adoptó su primera medi-

¹²⁷ Sobre esta cuestión, el Juez argelino opina lo siguiente: «consideration by the Court of Senegal's preliminary objections, in a judgment, required that it addresses the question of its jurisdiction in a more comprehensive manner by developing in particular the possibility of a *forum prorogatum*. This possibility is all the more suggested in paragraph 37 of the Judgment where the Court, on the grounds of its ruling that Senegal has not made the optional declaration, concluded that the said State, on that basis, 'has not accepted the jurisdiction of the Court to hear cases instituted directly against the Country by individuals or non-governmental organizations'». Opinión individual, par. 37. Para más detalles sobre esta cuestión y el caso que aquí comentamos, cfr. BEDERMAN, D.J. y JALLAH, C. C., «Michelot Yogogombaye v. Republic of Senegal», *op. cit.*, pp. 622 y ss.; MUJUZI, J. D., «Michelot Yogogombaye v. The Republic of Senegal: The African Court's First Decision», *Human Rights Law Review*, n° 2 (2010), pp. 372-381.

¹²⁸ Art. 29.2.

da en esta materia al exigir a Libia, a demanda de una Comunicación presentada por la Comisión Africana, que se abstenga de adoptar cualquier acción que pueda suponer pérdidas de vidas humanas o violación de su integridad física, así como cualquier otra violación de las normas recogidas en la Carta Africana de Derechos Humanos o de cualquier otro instrumento en la materia en la que sea Parte¹²⁹. En realidad, la Comisión no solicitó al Tribunal que adoptara dichas medidas, sino que el Tribunal lo hizo *motu proprio*. Y es que el Tribunal considera que *prima facie* parece tener competencia sobre el caso, indicando además que las medidas provisionales que adopta no ponen en tela de juicio su eventual jurisdicción, admisibilidad u otros elementos relacionados con el caso. Así pues, pronunciándose por unanimidad, el Tribunal ordenó que:

«1) The Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya must immediately refrain from any action that would result in loss of life or violation of physical integrity of persons, which could be a breach of the provisions of the Charter or of other international human rights instruments to which it is a party.

2) The Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya must report to the Court within a period of fifteen (15) days from the date of receipt of the Order, on the measures taken to implement this Order»¹³⁰.

Pero el Tribunal africano no sólo tiene competencia contenciosa, sino también consultiva. En efecto, tal y como establece el artículo del Protocolo, a petición de un Estado miembro de la OUA, que no tiene que ser forzosamente parte en el Protocolo, de la propia OUA o de uno de sus órganos, o de una organización africana reconocida por la OUA, el Tribunal Africano podrá emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica relativa a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos. El único requisito que se establece consiste en que el objeto de la opinión consultiva no se refiera a una demanda pendiente ante la Comisión. No obstante, hay

¹²⁹ A este respecto, cfr. Application n° 004/2011, *African Comisión on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*.

¹³⁰ Cfr. ACtHPR, applications no. 004/2011, *In the Matter of the African Comisión on Human and Peoples' rights v. Great Socialist Peoples' Libyan Arab Jamahiriya*, Order for Provisional Measures of 25 March 2011, p. 7, n° 25. Libia cumplió con la orden del Tribunal, emitiendo en el período dado un informe sobre lo solicitado por el Tribunal, informe que hasta el momento no se ha hecho público.

que apuntar que esta competencia es compatible, o si se quiere concurrente, con la competencia que, como ya hemos apuntado, tiene la Comisión de interpretar cualquier disposición de la Carta Africana, a petición de un Estado parte, de una institución la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA, tal y como recoge el artículo 45.3 de la Carta, lo que puede acarrear problemas si se diera el caso de caer en una doble consideración de las mismas cuestiones, por lo que habría que poner un especial énfasis en armonizar dichas interpretaciones, algo que ya he puesto de relieve la doctrina¹³¹. Evidentemente, las opiniones consultivas serán motivadas, y los jueces podrán adjuntar opiniones individuales y disidentes, de conformidad con el artículo 4.2. Por último, no conviene ignorar que a pesar de que no sean obligatorias, estas opiniones pueden tener una gran importancia en esta materia, sobre todo en África, debido a la especial idiosincrasia jurídica que reina en esta materia. Y es que, lo mismo que ocurre con las opiniones de la Corte Internacional de Justicia, estas opiniones del Tribunal Africano serán relevantes a la hora de interpretar las normas pertinentes para los tribunales internos, así como para introducir un cierto dinamismo jurídico entre los diversos instrumentos jurídicos existentes en África relacionados con los derechos humanos¹³².

En cuanto a la admisibilidad, el artículo 6.2 del Protocolo, recoge que el Tribunal decidirá sobre las demandas presentadas teniendo en consideración los criterios enunciados en el artículo 56 de la Carta Africana¹³³. Conviene poner de relieve, sin embargo, que, de conformidad con el artículo 6.3, el Tribunal tiene la opción de conocer esas demandas o bien de enviarlas a la Comisión.

¹³¹ A este respecto, cfr. KRISCH, N., «The Establishment of an African court on Human and Peoples' Rights...», *op. cit.*, p. 718 y SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., «Comentarios acerca de la creación de un Tribunal...», *op. cit.*, p. 521.

¹³² Cfr. MUBIALA, M., «La Cour africaine...», *op. cit.*, p. 773.

¹³³ Según esta disposición, las condiciones de admisibilidad son las siguientes: la identificación de los autores, aunque estos soliciten el anonimato; debe ser compatible con la Carta de la OUA o con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; no debe ser formulada en términos insultantes hacia los Estados demandados, sus instituciones o la OUA; no debe contener únicamente noticias difundidas por los medios de comunicación de masas; deben haberse agotado los recursos internos si éstos existen, a menos que la Comisión entienda que esos recursos se prolongan indebidamente; las comunicaciones deben ser introducidas en un plazo razonable desde el agotamiento de los recursos internos; finalmente, no deben referirse a casos que ya hayan sido resueltos conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, o de la Carta de la OUA o de la Carta Africana de Derechos Humanos.

No obstante, si la admisibilidad de un asunto cae en el marco del artículo 5.3, es decir, si la demanda ha sido presentada por individuos u organizaciones no gubernamentales, el Tribunal puede solicitar la opinión de la Comisión, que la emitirá tan pronto como sea posible. Esta perspectiva de complementariedad entre el Tribunal y la Comisión es reconocida expresamente en el artículo 8, al señalar que el Tribunal tendrá en consideración este aspecto al adoptar su Reglamento interno. Respecto a todo lo relacionado con la instrucción y el desarrollo del juicio, el Protocolo sigue los parámetros tradicionales, como la posibilidad de lograr un arreglo amistoso¹³⁴, o que las audiencias serán públicas, aunque podrán ser también privadas según las condiciones previstas por el Reglamento. El hecho de que las audiencias sean celebradas en público ante el Tribunal rompe así con el artículo 59 de la Carta Africana, pues como ya hemos apuntado, según esta disposición el procedimiento ante la Comisión es el de la confidencialidad, hasta que «la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno decidan lo contrario».

Por último, y en relación con la ejecución de las sentencias, el artículo 30 prevé que los Estados partes se comprometan a cumplir las sentencias en cualquier caso y a ejecutarlas en el plazo determinado por el Tribunal. Es evidente que esta cuestión representa una especial importancia en el sistema africano de protección de los derechos humanos, pues los Estados africanos han sido en general bastante reticentes a la hora de adoptar las medidas pertinentes para su correcta ejecución, aunque hay que tomar en consideración las lagunas administrativas e incluso constitucionales que presentan en esta materia muchos Estados, como lo ha demostrado Nigeria¹³⁵. Por eso es una laguna importante el hecho de que el Protocolo no otorgue al Tribunal los medios necesarios para hacer cumplir sus sentencias, ya que corresponde al Consejo de Ministros de la OUA velar por la ejecución de la sentencia en nombre de la Asamblea¹³⁶. Así pues, en teoría el único medio de presión del que dispone el Tribunal para hacer cumplir las sentencias es la publicación

¹³⁴ Art. 9. Durante la elaboración del Protocolo, esta cuestión suscitó varios debates entre aquellos que defendían que debía ser la Comisión la que desempeñara este papel y aquellos que preconizaban que según la tradición africana lo podía hacer también el Tribunal. Cfr. NANDI, G. y MAGLIVERAS, K., «Reinforcing the African System on Human Rights...», p. 441; y MUBIALA, M., «La Cour africaine...», *op. cit.*, p. 727.

¹³⁵ A este respecto, ver por ejemplo los comentarios de FRANCESCHI FRANCESCHI, L. G., *The African Human Rights Judicial System...*, *op. cit.*, pp. 269-272.

¹³⁶ Art. 29.2.

de los incumplimientos en el informe anual que tiene que presentar ante la Conferencia, tal y como recoge el artículo 31¹³⁷.

Por último, cabe preguntarse por la relación entre el Tribunal y la Comisión, ya que ambos están capacitados para interpretar la Carta Africana y, sin embargo, el Protocolo no establece claramente las funciones de uno y otro. Por ejemplo, en materia contenciosa, el Protocolo no especifica qué asuntos deben someterse al Tribunal ni qué asuntos deben ir a la Comisión. Y es que, nada se opone no sólo a que el demandante pueda elegir el órgano en cuestión, e incluso que se someta a ambos en materia contenciosa, aunque no en materia consultiva, pues esta última posibilidad está excluida expresamente por el artículo 4 del Protocolo. Esta situación ha sido resulta en parte por el artículo 8 del Protocolo al señalar que el Tribunal establecerá en su Reglamento interno las condiciones detalladas relacionadas con el examen de las demandas, tomando en consideración precisamente el carácter complementario entre la Comisión y el Tribunal.

VI. LA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN AFRICANA

La creación de la Unión Africana en 2001¹³⁸ trabajó consigo el deseo de los países africanos de reforzar los distintos aspectos institucionales, considerada además que uno de los órganos imprescindibles que había de crear dentro de la propia Organización era un Tribunal de Justicia. Y es que el octavo párrafo del preámbulo del Acta Constitutiva señala que están «resueltos a promover y a proteger los derechos humanos y de los pueblos, a consolidar las instituciones y la cultura democrática, a promover el buen gobierno y el estado de derecho»¹³⁹. Para aplicar estos principios era evidente que se hacía neces-

¹³⁷ Ya se sabe que esto es una herramienta utilizada a nivel internacional como presión para incrementar la buena aplicación, como se hace en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y podría también ser útil en África, como señala KRISCH, N., «The Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights», *op. cit.*, pp. 721-722.

¹³⁸ La Unión Africana tiene su origen en la Declaración de Sirte, ahora conocida ciudad Libia a causa del conflicto que el año pasado padeció este país. Después de adoptarse en Lome el 11 de julio del año 2000, el Acto Constitutivo de la Organización, fue en Lusaka donde se adoptó el plan para su instauración en el año 2001, siendo Durban (Sudáfrica) la ciudad que acogió su inauguración oficial el 9 de julio de 2002, en presencia, obviamente, del entonces Presidente sudafricano Thabo Mbeki.

¹³⁹ Estos principios vuelven a citarse después en el artículo 4 del Acta.

rio la creación de un Tribunal, que recoge el artículo 5 del Acta Constitutiva, bajo la denominación de «Tribunal (Corte) de Justicia de la Unión Africana».

Constituida la Unión Africana, había que elaborar el marco en el que se iba a desarrollar el precitado Tribunal, cosa que no tardó en llegar, ya que el proyecto del Protocolo se empezó a redactar en 2002, siendo aprobado por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno el 11 de julio de 2003, en Maputo, entrando en vigor el 11 de febrero de 2009, una vez que fue depositada la décimoquinta ratificación, tal y como prevé el artículo 6¹⁴⁰. Queremos ya apuntar que dicho Tribunal no está operativo, pues no se ha constituido, y casi con toda seguridad nunca lo será, ya que en julio de 2004, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana decidió que el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Tribunal de Justicia de la Unión Africana deberían integrarse en un solo Tribunal (Corte)¹⁴¹. Con este objetivo, se solicitaba que el Presidente fuera pensando en las modalidades para ejecutar lo que se denominó «the merger decisión» es decir esta fusión de Tribunales, y someterlo en la próxima sesión ordinaria.

El tema no era pacífico, ya que al crear esta multiplicidad de tribunales se corría el riesgo de que se solaparan las jurisdicciones de los unos con los otros. Por eso, para evitar este problema, aparte de las implicaciones financieras que esa multiplicidad acarrea, era crear sólo un Tribunal con varias secciones. Al principio se pensó en dos secciones, una general y otra que se ocupara de los derechos humanos, aunque en los últimos tiempos se ha apuntado a tres, es decir, una sección criminal que se ocuparía de los crímenes contra la humanidad que se cometieran en África. Si estas eran las tesis más o menos oficialistas en el ámbito de la Unión Africana, otros las criticaban por ser simplistas e inadecuadas, reprochando a la propia Organización falta de iniciativa y el no haber actuado con la eficacia necesaria en materia de protección de derechos humanos. La Comisión compartía en gran medida estas críticas, haciendo además presión para que los Estados ratificaran el Protocolo por el que se establecía el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos que aquí hemos ya analizado. Tres años más tarde, se adoptaba el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, el 1 de julio de 2008,

¹⁴⁰ Para el texto del Protocolo, cfr. AU.Doc. Assembly/AU/Dec. 25 (II), Decisión and Protocol of the Court of Justice of the African Union.

¹⁴¹ Cfr. African Union, Assembly/AU/Dec. 45 (II) Rev.1, Decisión on the Seats of the Organs of the Union.

en Saarm El-Sheik, que entrará en vigor treinta días después del depósito del décimo quinto instrumento de ratificación de conformidad con el artículo 9.1 de dicho Protocolo. Hasta el momento tan sólo Burkina Faso, Libia y Malí lo han ratificado, por lo que no se encuentra, obviamente, en vigor¹⁴².

En la actualidad, estamos pues en una encrucijada ya que la «Corte de Justicia de la Unión Africana» está en vigor, pero no operativa, mientras que la «Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos no está en vigor, por lo que el único tribunal que en estos momentos está funcionando es el Tribunal (Corte) Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos que aquí ya hemos analizado. Dicho esto, sí que queremos hacer algunos breves comentarios que son los siguientes. Lo primero que conviene apuntar es que según el artículo 1 del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, conocido por la denominación de «Merger Protocol», este Protocolo reemplaza al Protocolo por el que se crea el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 10 de junio de 1998, y al Protocolo por el que se crea la corte de Justicia de la Unión Africana, de 11 de julio de 2003. Por otro lado, el artículo 2 recoge expresamente la sustitución de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos así como de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos así como de la Corte de Justicia de la Unión Africana, por la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos. Además, tal y como recoge el artículo 3, cualquier referencia hecha a «la Corte de Justicia» en el Acta Constitutiva de la Unión Africana deberá interpretarse como que sí refiere sólo a «la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos».

Evidentemente, la sustitución de los jueces de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que es la única que en la actualidad está operativa, permanecerán activos que los nuevos jueces de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos sean elegidos y presten su juramento, según el artículo 4. Lo mismo ocurre con la Secretaría (artículo 4). Sin embargo, en relación con los asuntos que estén pendientes en la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que no se hayan concluido antes de la entrada en vigor de la nueva Corte, pasarán a la Sala de Derechos Humanos de ésta aunque se les seguirá aplicando las disposiciones pertinentes del Protocolo

¹⁴² A este respecto, cfr. <<http://www.africa-union.org/root/au/documents/reaties.htm>>. Ver también, «Crónica de Derechos Humanos», *REEL*, n° 21, p. 7.

de 1998, de conformidad con el artículo 5. Por último, y de forma coherente, a nuestro juicio, el artículo 7 garantiza que la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que está funcionando, permanecerá vigente por un período que no excederá un año o cualquier otro período que la Asamblea pueda determinar, después de que este Protocolo, es decir el «Merger Protocol» entre en vigor, con el fin de que pueda adoptar las medidas necesarias para transferir sus prerrogativas, derechos y obligaciones a la futura Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.

Este galimatías jurisdiccional no debe hacernos olvidar lo principal, y lo principal es que hoy por hoy, el único Tribunal africano existente continúa siendo el creado por el Protocolo del 10 de junio de 1998, que hemos aquí analizado. Pero a este galimatías conviene añadir también que en África tenemos también multiplicidad de tribunales a nivel subcontinental que se solapan en sus competencias con los aquí mencionadas. En esta situación si tenemos tribunales subcontinentales (o subregionales) con competencia también en materia de derechos humanos habría que ver si se puede establecer una cierta armonización a la hora de utilizar unos determinados criterios¹⁴³. Por eso no han faltado voces, como la del Presidente del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, Justice Gerard Niguyenko, quien ha sugerido que este precitado Tribunal sirva como una especie de Tribunal de Apelación de los tribunales regionales.

¹⁴³ ODINKALU, C. A., «Complementarity, Competition or Contradiction: The Relationship between the African Court on Human and Peoples' Rights and Regional Economic Courts in East and Southern Africa», *Presentation to Conference of East and Southern African States on the Protocol Establishing the African Court on Human and Peoples Rights*, Gaborone, Botswana, 9-10 December 2003 (inédito).