

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



43

Enero-Junio 2006

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2006, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación 7
Roberto Cuéllar M.

Doctrina

Análisis de las definiciones conceptuales básicas
para la aplicación de los mecanismos de defensa
colectiva de la democracia previstos en la
Carta Democrática Interamericana 13
Pedro Nikken

A Universalidade dos Direitos Humanos no
Mundo Muçulmano 55
Hidemberg Alves da Frota

Las medidas provisionales y cautelares en los
sistemas universal y regionales de protección
de los derechos humanos 79
Bernal Arias Ramírez

La víctima ante la Corte Interamericana de
Derechos Humanos a veinticinco años de
su funcionamiento 159
Mónica Feria Tinta

Temas en derechos humanos

From Forgotten through Friction to the Future:
The Evolving Relationship of the Anglophone
Caribbean and the Inter-American System
of Human Rights 207
Auro Fraser

Censura judicial y libertad de expresión:
sistema interamericano y derecho chileno239
Felipe González Morales

La ejecución extrajudicial o el homicidio en las
legislaciones de América Latina281
Humberto Henderson

The Humanity of Urbanity: Human rights between
the streets and citizens of Latin America.
La humanidad de lo urbano:
Derechos humanos entre las calles y los ciudadanos
de América Latina.....299
Erin Koenig

La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú
y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos.323
Julissa Mantilla Falcón

Reflexiones sobre la democratización de los partidos
políticos en Centroamérica y Panamá.....367
Ricardo Valverde

Protección constitucional de los derechos sexuales
y reproductivos.....391
Rocío Villanueva Flores

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 43 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2006. Incluye temas de doctrina sobre el derecho internacional de los derechos humanos, con una sección sobre temas especializados en derechos humanos, vistos desde una perspectiva interdisciplinaria.

A través de sus veinte años de publicación continua, la Revista IIDH se ha ido modificando a modo de incorporar los cambios en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, así como los socio-políticos y económicos. Muy al contrario de lo que ocurriera en el momento de la creación del IIDH –hace ya veinticinco años– hoy se cuenta con un sistema interamericano de protección de derechos humanos plenamente desarrollado, basado en un amplio conjunto de instrumentos jurídicos derivados de la Convención Interamericana, la jurisprudencia de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. Hacen parte de este sistema la mayoría de los países de la región, los cuales cuentan hoy con regímenes políticos democráticos y constituciones que reconocen explícitamente los derechos humanos. Hay una creciente institucionalidad estatal en materia de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; las organizaciones de la sociedad civil han consolidado su experiencia en el tema; y la comunidad internacional de derechos humanos ha crecido y está activa en múltiples frentes.

Podemos decir, sin embargo, que son tres los avances más importantes en el tema de los derechos humanos en las Américas en los últimos veinticinco años, y que los tres vienen acompañados de paradojas. En primer lugar, nunca antes el tema de los derechos humanos ha ocupado tan ampliamente la atención de la OEA, generando nuevas síntesis que contribuyen a fortalecer la integralidad, como la Carta Democrática Interamericana y la Carta Social de las Américas, nuevos instrumentos, nuevos mecanismos de seguimiento, innovadoras reformas en los procedimientos de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, e importantísimos antecedentes doctrinales y nueva jurisprudencia. Paradójicamente, mientras el

trabajo de la Corte y la Comisión se multiplica y la importancia de sus funciones aumenta significativamente, no hay recursos suficientes para apoyar a los órganos de protección y cada vez hay menos oportunidades para revisar el cumplimiento de sentencias y de resoluciones.

En segundo lugar, los medios de comunicación y las tecnologías de la información han sido atraídos al servicio de las causas de los derechos humanos y la democracia. Hay más transparencia y más circulación de información en todos los temas y en todos los niveles; se difunden y conocen los debates doctrinales, los informes y relatorías, las sentencias. Los temas de derechos humanos no están ya “secuestrados” o “monopolizados”, sino que son de dominio público. Paradójicamente, la inclusión de los temas de derechos humanos y democracia en la educación es muy lenta, casi inexistente en la formación de educadores. Hay aún déficits de una perspectiva pedagógica de los derechos humanos, que haga un buen balance con la alta perspectiva política que han alcanzado.

En tercer lugar, han crecido en número, fortaleza y diversificación las organizaciones civiles que trabajan en el campo de los derechos humanos y la democracia. Más ONG especializadas, más temas de derechos humanos en ONG de otras ramas (desarrollo, ambiente, gestión social y cultural). Más contenidos de derechos humanos y democracia en las plataformas de los movimientos sociales (mujeres, indígenas, afro-descendientes, personas con discapacidades, personas que migran y otras). Hay, sin embargo, una congestión de iniciativas y articulaciones deficientes; mucha competencia por recursos financieros cada vez más escasos y presiones múltiples sobre las agendas.

Este nuevo número de la Revista IIDH refleja el interés de fomentar la discusión de los temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los nuevos retos, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y de éstas en el mundo globalizado.

El No. 43 de la Revista IIDH está dividido en dos partes. La sección Doctrina en esta ocasión cuenta con cuatro interesantes artículos. Abre con el artículo titulado "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", aporte de Pedro Nikken, ex Presidente de la Asamblea General del

IIDH y Consejero Permanente de la misma. En su texto, Nikken explora detalladamente los contenidos de la Carta Democrática, en un análisis claro y de utilidad esencial para la comprensión de las posibles aplicaciones de este instrumento a favor de un mejor orden democrático en las Américas. Le sigue un interesante trabajo de Hidemberg Alves da Frota, jurista brasileiro, quien nos invita a reflexionar sobre la eficacia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para la comunidad islámica internacional, la legitimidad de esta propuesta universal para el mundo musulmán, sus puntos de convergencia y de divergencia con la cultura islámica. El tercer aporte de esta sección es el texto del abogado costarricense Bernal Arias Ramírez, quien profundiza en el tema de las medidas provisionales y cautelares, tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales. Cierra la sección con un artículo relativo a la cambiante posición de la víctima en los veinticinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contribución de la jurista Mónica Feria, quien ha venido litigando casos ante este tribunal internacional de manera independiente.

La segunda sección de este número de la Revista IIDH está compuesta por siete trabajos que tocan una variedad de preocupaciones, algunas novedosas, otras con nuevas o más amplias perspectivas relativas a temas clásicos: desde la protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, hasta los derechos humanos vistos desde la urbanidad.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas, dejando abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, en respaldo a la labor del IIDH.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Doctrina

Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana*

*Pedro Nikken***

Introducción

La Organización de los Estados Americanos, desde su fundación, ha proclamado la democracia representativa como uno de los principios fundamentales de la Organización. No obstante, durante las primeras cuatro décadas de su existencia, la democracia fue gravemente vulnerada en todos los Estados de América Latina, con la exclusiva excepción de Costa Rica, sin alterar la impavidez de la OEA. Salvo la censura a los abusos de las dictaduras contra los derechos humanos puestas en evidencia por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1960, la participación de los regímenes de facto en la Organización no se vio alterada a causa de su espurio origen y sus políticas represivas. El conjunto de principios plasmado

* Este trabajo fue escrito en el marco de un proyecto más amplio sobre la Carta Democrática Interamericana, auspiciado por el Centro Carter y la Comisión Andina de Juristas y fue publicado originalmente, en español y en inglés, en una edición conjunta de ambas organizaciones, con los siguientes datos bibliográficos: Nikken Bellshaw-Hogg, Pedro y Ayala Corao, Carlos, *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2006 (ISBN: 9972-637-94-8). Y Nikken Bellshaw-Hogg, Pedro y Ayala Corao, Carlos, *Collective Defense of Democracy: Concepts and Procedures*, Lima, Andean Commission of Jurists, 2006 (ISBN: 99722-637-93-X).

** Venezolano. Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Diplomado de Estudios Superiores por la Universidad de París II. Doctor en Derecho por la Universidad de Carabobo. Profesor jubilado y ex decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Miembro del Consejo Directivo del IIDH desde su fundación. Ex Presidente y actual Consejero Permanente del IIDH. Fue juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Experto independiente de las Naciones Unidas para asesorar al Gobierno de El Salvador en materia de derechos humanos. Asesor Jurídico de la Secretaría de Naciones Unidas para las negociaciones de paz en el conflicto salvadoreño. Enviado especial del Secretario General de las Naciones Unidas a Burundi Miembro de la Comisión Internacional de Juristas. Miembro de honor de la Comisión Andina de Juristas. Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje. Miembro de varios tribunales internacionales de arbitraje.

en la Declaración de Santiago de Chile (1959)¹ no estuvo dotado de mecanismos procesales para que la Organización reaccionara adecuadamente frente a la subversión del orden democrático; y los pocos casos en los cuales la OEA aplicó sanciones o emprendió acciones en relación con un gobierno determinado, estuvieron muy indirectamente vinculadas con el paradigma democrático².

Desde comienzos de la última década del siglo XX, avanzado ya el proceso de restablecimiento democrático en la América del Sur y la pacificación de la América Central, surgieron iniciativas dirigidas a la adopción de medidas concretas frente a la ablación de la democracia. La resolución 1.080 de la Asamblea General de la OEA reunida en Santiago de Chile, de fecha 5 de junio de 1991, denominada *Compromiso de Santiago*, decidió que la Organización debía actuar frente a la “interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados miembros”. Se decidió que, en tal supuesto, el Consejo Permanente debía ser convocado de inmediato a instancia de Secretario General, para decidir si la situación ameritaba la convocatoria de una reunión *ad hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores o a un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, para que estos órganos pudiesen “analizar colectivamente los hechos y adoptar las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y al derecho internacional”.

Un año más tarde, se resolvió enmendar la Carta de la OEA mediante el Protocolo de Washington (1992), donde se estableció que

1 Resolución I de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 1959.

2 La Sexta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (San José, Costa Rica, 1960) aplicó sanciones a la República Dominicana gobernada por Rafael Leónidas Trujillo, pero el fundamento de esa decisión fue el atentado contra el Presidente venezolano Rómulo Betancourt, urdido por el dictador dominicano. Por su lado, la Resolución VI de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Punta del Este, Uruguay, 1962), resolvió la expulsión del gobierno de Cuba de la OEA, por considerar que su adhesión al “marxismo-leninismo es incompatible con el Sistema Interamericano y el alineamiento de tal Gobierno con el bloque comunista quebranta la unidad y la solidaridad del Hemisferio”, lo que sitúa el asunto más dentro del contexto de la guerra fría que de la adhesión a la forma democrática de gobierno. La acción más cercana al apoyo a la reconstrucción democrática de un Estado americano sometido a una dictadura, fue la adoptada por cual la Decimoséptima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Washington, D.C., 1979), que procuró establecer las condiciones para la transición hacia la democracia en Nicaragua. La Resolución II de dicha conferencia pidió “el reemplazamiento (sic) inmediato y definitivo del régimen somocista” y la “garantía de los derechos humanos de los nicaragüenses, sin excepción”.

“un Miembro de la Organización, cuyo gobierno democráticamente constituido haya sido *derrocado* por la fuerza, podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado” (artículo 9 de la Carta reformada; énfasis añadido). En el plano procesal, se dispuso que “la decisión sobre la suspensión deberá ser adoptada en un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros”. Sin embargo, el supuesto de aplicación del Protocolo de Washington está limitado al caso en que un gobierno haya sido “*derrocado*”, de modo que quedaron fuera de su ámbito de aplicación situaciones en las que un gobierno de origen legítimo irrumpiera contra el orden constitucional democrático, como ocurrió con el autogolpe de Fujimori en el Perú y la frustrada asonada de Serrano Elías en Guatemala.

Casi diez años más tarde, en la Cumbre de Québec, los Jefes de Estado y de Gobierno incluyeron en su Declaración (22 de abril de 2001) que “cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del Gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas”. Asimismo se comprometieron a “llevar a cabo consultas en el caso de una ruptura del sistema democrático”, “tomando debidamente en cuenta los mecanismos hemisféricos, regionales y subregionales existentes”.

Estos antecedentes, unidos al escabroso fin de la era de Fujimori, con la activa participación de la OEA³, motivaron a varios Estados miembros de la OEA a promover la adopción de una Carta Democrática Interamericana, en la que se contemplaran diversos supuestos de amenazas o atentados contra las instituciones democráticas en los Estados Americanos. Un proyecto fue sometido al Trigésimo Primer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General (San José, Costa

³ La resolución 1753 de la Asamblea General de la OEA reunida en Windsor, Canadá, en 2000, dispuso “enviar al Perú de inmediato una Misión integrada por el Presidente de la Asamblea General y el Secretario General de la OEA con el fin de explorar, con el Gobierno del Perú y otros sectores de la comunidad política, opciones y recomendaciones dirigidas a un mayor fortalecimiento de la democracia en ese país”. Dicha Misión alentó la constitución de lo que se denominó “Mesa de Diálogo de la OEA”, a la que se sometieron los asuntos más importantes que normalmente correspondería decidir al gobierno, y que fue un hito en el proceso que condujo al abandono de la Presidencia del Perú por Alberto Fujimori.

Rica, junio de 2001)⁴, pero no se obtuvo el consenso necesario para su aprobación.

La complejidad y dificultad de las negociaciones que siguieron quedaron bien expresadas por las palabras del Representante Permanente del Brasil en el Consejo Permanente de la OEA, en la sesión en la que se consideró el texto definitivo del proyecto que se sometería a la Asamblea General Extraordinaria convocada para aprobar la Carta Democrática:

Brasil se preocupó en asegurar que la Carta Democrática Interamericana estableciese criterios precisos de gradualismo en la identificación de las eventuales situaciones de inestabilidad de los regímenes democráticos en nuestros países, así como las medidas para solventar las dificultades encontradas, antes de llegarse a aplicar la llamada Cláusula Democrática, en su nueva acepción oriunda de la declaración de Québec. Preocupaba a Brasil igualmente que se preservasen y valorizasen los mecanismos de negociación y las gestiones diplomáticas durante todo el proceso. Tuvimos siempre presente, además, que la Carta Democrática no debería transformarse en un instrumento de imposición de culturas políticas determinadas de unos sobre otros, en irrespeto de la saludable y deseable diversidad que existe entre nuestros sistemas políticos, fruto de procesos evolutivos propios. Y que los dispositivos de la Carta, sobre todo los concernientes a la Cláusula Democrática, evitasen los riesgos de hegemonías y patrocinios impuestos⁵.

Esos antecedentes y dificultades son en buena medida el por qué de las numerosas imprecisiones y ambigüedades que están presentes en la CDI. Ella no solamente debió prever diversos supuestos de perturbación del orden democrático, difíciles *per se* de definir con toda exactitud, sino que debió acomodarse más al lenguaje diplomático que al rigor conceptual del derecho. Más aún, dentro de ese marco fueron incluidas nociones preexistentes, como la *Cláusula Democrática* de Québec, junto con nuevos supuestos y nuevos procedimientos para definir y hacer frente a las amenazas y conjuras contra la democracia.

La Carta Democrática Interamericana fue finalmente aprobada en el XXVIII Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General,

⁴ OEA/Ser.P. 3 de junio de 2001. AG/doc. 4030/01.

⁵ Acta de la sesión del Consejo Permanente de 6 de septiembre de 2001, en *Carta Democrática Interamericana: Documentos e interpretaciones* (Consejo Permanente. OEA/Ser.G. CP-1) Humberto De La Calle, Coordinador Editorial), pág. 64.

en Lima, el 11 de septiembre de 2001. Está dividida en seis capítulos, a saber: I. La democracia y el sistema interamericano; II. La democracia y los derechos humanos; III. Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza; IV. Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; V. La democracia y las misiones de observación electoral; y, VI. Promoción de la cultura democrática. Los tres primeros capítulos constituyen la parte dogmática de la Carta, vale decir, los derechos, principios y valores que ese instrumento internacional enuncia o proclama; los tres últimos, en cambio, apuntan hacia la definición de mecanismos relativos a los procedimientos que la OEA ha de poner en práctica para asegurar el respeto, la vigencia y el fortalecimiento de los derechos principios y valores antes proclamados.

Dentro de ese marco general es posible, a su vez, hacer otra distinción, referente más bien a las novedades que la CDI introduce con respecto a actividades precedentes de la Organización en materia de democracia y derechos humanos. Son posibles ciertos conceptos y mecanismos que, si bien en cierta medida reflejan procedimientos preexistentes, son también novedosos en cuanto son una tentativa para la precisión de los conceptos y la organización de los procedimientos para su aplicación gradual. Otras áreas conceptuales y procedimentales, en cambio, aunque quedan recogidas en la Carta, ya formaban parte de la actividad ordinaria de la OEA. En el primer grupo se ubican esencialmente los capítulos I y IV. El capítulo I se refiere al derecho a la democracia; a la jerarquía de la forma democrática de gobierno en la escala de valores de la Organización; a los “elementos esenciales” y a los “componentes fundamentales del ejercicio” de la democracia; y a otros ingredientes del sistema político cuyo desarrollo y perfeccionamiento son necesarios para el florecimiento pleno de las instituciones democráticas. El capítulo IV establece medios de acción colectiva para diversos supuestos en los que la democracia en cualquiera de los Estados miembros de la OEA se vea amenazada, gravemente afectada o destruida. En cambio, los capítulos II y III se orientan más bien a reafirmar, en términos generales, el compromiso de la Organización y de sus Estados miembros con la defensa, vigencia y garantía de los derechos humanos (civiles y políticos y económicos, sociales y culturales) y el combate contra la pobreza, incluida una remisión expresa al sistema de denuncias individuales ante el sistema interamericano de derechos humanos y el compromiso genérico para el fortalecimiento de éste. El capítulo V ofrece un nuevo marco institucional para la ya establecida práctica de la OEA en la observación de elecciones, que ha venido cumpliendo a través de la Oficina para

la Promoción de la Democracia, adscrita a la Secretaría General. El capítulo VI, por último, define los lineamientos generales que han de adoptar la OEA y los Estados miembros para promover una sólida cultura democrática, pero no avanza hacia la definición de planes específicos de acción.

En ese contexto, sin desdeñar el valor que tienen los compromisos generales asumidos bajo los capítulos II, III, V y VI, tanto en sí mismos como en relación con la interpretación de la CDI en su conjunto, son los capítulos I y IV los que constituyen la médula de la Carta, en cuanto reafirman la democracia representativa como una de las bases esenciales de la OEA; establecen ciertas pautas para definir las crisis democráticas y su magnitud medida en que las instituciones democráticas están vigentes; diseñan medios concretos de acción colectiva para atender distintas situaciones en las cuales la democracia está amenazada o ha sido conculcada en algún Estado miembro. Estos son, pues, los dispositivos que le dan singularidad a la CDI, de modo que esta presentación se centrará alrededor de los aludidos capítulos I y IV y se dividirá, en consecuencia en dos partes, a saber, (I) la democracia y sus componentes y (II) mecanismos colectivos para la defensa de la democracia.

1. La democracia y sus componentes

La democracia representativa ha sido designada acertadamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”⁶. En efecto, el Preámbulo de la Carta de la OEA postula “que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”; el artículo 2 de la misma Carta enuncia entre los propósitos de la Organización el de “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”; y el artículo 3 reafirma como principio de la Organización que la “solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

⁶ Cfr. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986; párr. 34.

Dentro de ese marco se inscribe el postulado del artículo 1 de la CDI: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

Se refleja así el concepto según el cual “...las propias disposiciones de la Carta de la Organización [...] hacen de la democracia una obligación exigible a los Estados”⁷.

No existe en la Carta de la OEA (ni en la CDI), sin embargo, una definición de democracia, ni de democracia representativa. Sin embargo, interpretando la Carta de la OEA a la luz de los derechos políticos proclamados en el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸, una aproximación conceptual como aquella forma de gobierno que emana del pueblo a través de representantes elegidos mediante elecciones populares, de voto secreto, genuinas, periódicas y libres. Esta aproximación, no obstante, se limita al origen del gobierno democrático y no tiene presentes otros elementos sustanciales a la forma democrática de gobierno, relacionada con los límites que han de imponerse al ejercicio del poder público con base en las reglas del estado de derecho y del respeto y la garantía debidos a los derechos humanos.

Tampoco la CDI formula una definición sintética o lapidaria para expresar el concepto de lo que debe entenderse por “democracia” o “democracia representativa”. Enuncia, en cambio, diferenciándolos en dos artículos, lo que califica como “elementos esenciales” (artículo 3) y “componentes fundamentales del ejercicio” de la democracia representativa:

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo;

⁷ “Discurso del Presidente Provisional del XXVIII Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General y Ministro de Relaciones Exteriores del Perú”, Dr. Diego García-Sayan. En *Carta Democrática Interamericana: Documentos e interpretaciones*; cit.; pág. 109.

⁸ Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuino, periódico y libre.

el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

La CDI no define qué diferencia conceptualmente los “*elementos esenciales*” de los “*componentes fundamentales*”. Sin embargo, dado el propósito definido en el su Preámbulo, en el sentido de “de precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos e instrumentos básicos concordantes relativas a la preservación y defensa de las instituciones democráticas”; así como los diferentes supuestos de perturbación del orden democrático y de mecanismos de acción colectiva previstos en el capítulo IV, las diferencias deben apreciarse desde el ángulo de la gravedad de los atentados contra los “*elementos esenciales*” o de los “*componentes fundamentales*”, lo que implicaría que, considerados aisladamente, el quebrantamiento de los primeros implicaría la más perturbadora lesión a la democracia. En ese sentido, ambos artículos proporcionan pautas para identificar cuándo se ha producido una subversión del orden democrático y sobre cuál es su gravedad, a fin de aplicar el mecanismo de acción colectiva que resulte apropiado a cada hipótesis.

1.1 “Elementos esenciales” de la democracia representativa

A. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales

En lo que concierne a lo que debe entenderse por derechos humanos y libertades fundamentales, es obligatoria la remisión a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus Protocolos y a las demás convenciones sobre la materia adoptadas dentro del marco del Sistema Interamericano. Deberían considerarse incluidas también la Declaración

Universal y las convenciones sobre derechos humanos adoptadas dentro del sistema de las Naciones Unidas, sobre todo si se tiene presente que la inobservancia de algunas de ellas puede implicar graves atentados contra los derechos humanos, como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio o la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, así como el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, en lo que concierne a graves violaciones al derecho internacional humanitario.

El artículo 7 de la CDI abona a favor de un concepto de amplio espectro sobre lo que este instrumento entiende por derechos humanos: “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”.

Sin embargo, la interrogante fundamental no está dirigida a determinar cuáles son los derechos humanos y cómo se define su contenido, sino más bien a dilucidar en qué supuesto su violación es de tal entidad que debe considerada afectada la *esencia* del sistema democrático de gobierno. Violaciones singulares a los derechos humanos, incluso si no son remediadas mediante los recursos de la jurisdicción interna, no son tema para la aplicación de la CDI, sino para la actuación de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dentro de sus respectivas esferas de competencia.

No es fácil definir *a priori* la magnitud de las violaciones a los derechos humanos que se requiere para afectar en su esencia a la democracia. Sin embargo, pueden avanzarse algunos criterios.

En primer lugar, debe tratarse de una situación *general*, que no pueda ser resuelta a través de la actuación normal de los órganos de derechos humanos del sistema regional, tal como lo sugiere el artículo 8 de la misma CDI⁹. Tomando prestado el lenguaje que en alguna ocasión se ha utilizado dentro del sistema de Naciones Unidas, podría entenderse como situación general aquella que *revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos*.

⁹ “Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo”.

En segundo lugar, la gravedad de dicho cuadro también debería depender de los derechos que son objeto de violación sistemática. Debe admitirse que las distinciones basadas en la existencia de un “núcleo duro” de derechos humanos o una categoría de “derechos fundamentales”, repugna a la naturaleza indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos. Pero no puede afirmarse que las violaciones a los derechos humanos se sitúan en igual rango si de lo que se trata es de definir un cuadro en el cual se desnaturalice radicalmente la vigencia de la democracia. El sistema interamericano de derechos humanos proporciona dos criterios que pueden ser invocados para intentar definir ese “núcleo duro”, a saber, (a), el de los derechos cuya suspensión no está autorizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos bajo estados de excepción, según el artículo 27 de la misma¹⁰; o (b), aquellos derechos enunciados en la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre respecto de cuya *observancia* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) debe “*prestar particular atención*”, en los términos del artículo 20 del Estatuto la misma CIDH¹¹.

En todo caso, la idea que debe retenerse es que no bastaría con violaciones singulares de los derechos humanos, incluso si son numerosas y graves, mientras no pueda establecerse que por su volumen, conexión, unidad de propósitos, importancia de los bienes jurídicos lesionados, etc., se corresponden con una política gubernamental incompatible con el respeto y la garantía que se deben a los derechos humanos en una sociedad democrática, al punto de desnaturalizar al gobierno que practica una política semejante y desvirtuar su condición de “*gobierno democrático*”.

¹⁰ Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3); derecho a la vida (Art.4); derecho a la integridad personal (Art. 5); prohibición de la esclavitud y servidumbre (Art. 6); principio de legalidad y de retroactividad (Art. 9); libertad de conciencia y de religión (Art. 12); protección a la familia (Art. 17); derecho al nombre (Art. 18); derechos del niño (Art. 19); derecho a la nacionalidad (Art. 20) y derechos políticos (Art. 23), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

¹¹ Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. (Art. I); derecho de igualdad ante la Ley (Art. II); derecho de libertad religiosa y de culto (Art. III); derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (Art. IV); derecho de justicia (Art. XVIII); derecho de protección contra la detención arbitraria; (Art. XXV); y derecho a proceso regular (Art. XXVI).

B. El acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho. La celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo

En lo que corresponde al acceso al poder con sujeción al estado de derecho, se trata de un postulado inseparable con el de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo. Sin embargo, este concepto que parece de toda evidencia para las ramas ejecutiva y legislativa del poder público, así como para las distintas modalidades de poder local, no es necesariamente aplicable a otras funciones relevantes, como lo son las atribuidas a los órganos judicial y electoral, que normalmente no están sometidos a la elección popular. En estos casos, lo decisivo resulta que la designación de los titulares de tales órganos se haga con estricto apego a los procedimientos constitucionales y legales y que tales procedimientos no sean de naturaleza que coarte la independencia de la que tales órganos deben gozar en una sociedad democrática, de conformidad con estándares internacionales generalmente admitidos.

En cambio, la noción de ejercicio del poder con sujeción al estado de derecho, debe entenderse que la misma se refiere, por un lado, a los límites que se imponen al poder público en una sociedad democrática, los cuales vienen dados, por un lado, por la intangibilidad de los derechos humanos y el respeto a la reserva legal, como garantía formal de la legitimidad de las restricciones que puedan afectarlos; y, por otro lado, por el principio de legalidad, según el cual la esfera de la competencia de los diversos órganos del poder público debe estar delimitada por la Constitución y las leyes.

A este respecto, la Corte ha definido ciertos principios que pueden servir de apoyo a la interpretación de la CDI, a la que, a su vez, el Tribunal ha considerado un instrumento apropiado para la interpretación de la Convención Americana: “Leída la Convención Americana a la luz de estas evoluciones conceptuales que el consenso interamericano ha expresado en la Carta Democrática resulta, pues, que *la libre expresión de la voluntad de los electores se vería afectada si autoridades elegidas conforme al Estado de Derecho (legitimidad*

de origen) ejercen sus funciones en contravención al Estado de Derecho"¹². (Énfasis añadido).

Desde su más temprana jurisprudencia, la Corte ha subrayado el tema de los límites que se imponen al ejercicio del poder público en una sociedad democrática. La Corte ha verificado "...la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, *en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal*"¹³ (Énfasis añadido).

La Corte también se refirió al concepto del principio de legalidad, el cual

...debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común¹⁴.

C. El régimen plural de partidos y organizaciones políticas

El régimen de "partido único" es incompatible con la forma democrática de gobierno. La preponderancia o el mantenimiento como partido mayoritario por parte de la misma organización política puede resultar de una opción legítimamente ejercida por los electores; pero también puede ser el fruto de manejos indebidos o de abusos de poder. Se trata de materias sobre las cuales no es fácil trazar una frontera en abstracto, sino que deben ser examinadas en cada caso, lo mismo que

¹² Corte I.D.H.: Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127; párr. 23.

¹³ *La expresión "leyes"...*; cit.; párr. 21.

¹⁴ *Ibíd...*; párr. 32.

la gravedad y persistencia del fenómeno, para determinar si conforman un atentado contra la esencia de la democracia.

A este respecto, la Corte ha afirmado que

...la propia esencia conceptual de la democracia representativa supone y exige vías de representación que, a la luz de lo estipulado en la Carta Democrática, serían los partidos y “*otras organizaciones políticas*” a los que se trata no sólo de proteger sino de fortalecer conforme se estipula en el artículo 5^o¹⁵. (Cursivas del original).

Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo...¹⁶.

D. La separación e independencia de los poderes públicos

Este es uno de los aspectos más relevantes para la legitimidad del ejercicio del poder público dentro de los estándares democráticos. La cuestión de la independencia del órgano judicial se ha revelado como un punto especialmente sensible, que ha sido factor desencadenante de varias crisis políticas y que se mantiene vigente en la agenda de varios países. La Corte también lo ha puesto de relieve en su jurisprudencia:

...uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que:

¹⁵ Caso Yatama...; *cit.*; párr. 24. La Corte invocó la Carta Democrática, a pesar de que ella no es un tratado. Este puede ser el punto de partida para reconocer cierto efecto legalmente vinculante de la Carta, basado tal vez en el último párrafo de su Preámbulo, que “tiene en cuenta (...) el desarrollo progresivo del derecho internacional y la conveniencia de precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos e instrumentos básicos concordantes relativas a la preservación y defensa de las instituciones democráticas, conforme a la práctica establecida”.

¹⁶ *Ibid.*...; párr. 207.

La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura¹⁷.

Puede así afirmarse que un sistema judicial subyugado por el poder ejecutivo o el legislativo vulnera la esencia del ejercicio legítimo del poder, dentro de un concepto democrático del Estado. Sin embargo, también en este supuesto es difícil definir *a priori* un cuadro de lesiones a la independencia de los poderes públicos y a la separación entre éstos que destruya la esencia de la democracia, por lo que se trata, de nuevo, de una materia que debe estudiarse caso por caso, para determinar si se ha operado una vulneración radical de la forma democrática de gobierno.

1.2 Los “componentes fundamentales” del ejercicio de la democracia

A. La transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública

No existe en la OEA un referente claro para la definición de “transparencia” o de “responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública”. En cuanto a la probidad, la Convención Interamericana contra la Corrupción tampoco es de gran ayuda, pues en ella no se plantea un concepto general de corrupción ni de probidad, sino un enunciado de delitos o actos de corrupción a los cuales ese tratado es aplicable (Art. VI)¹⁸. La inclusión de este tema en conexión con el ejercicio democrático refleja, sin duda, la preocupación de los firmantes de la CDI por la socavación de la credibilidad y eficacia de la democracia

¹⁷ Corte I.D.H. Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revredo Marsano vs. Perú). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71; párr. 73.

¹⁸ De acuerdo con el artículo 2:

“Los propósitos de la presente Convención son:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

por efecto de la corrupción; pero difícilmente puede presagiarse que este enunciado general se traduzca en términos operativos dentro del marco de la misma CDI.

B. El respeto por los derechos sociales

La alusión a los “derechos sociales” se hace a través de este enunciado a todas luces impreciso, que evade la categoría de los “derechos económicos, sociales y culturales” presente tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 26) como en el Protocolo de San Salvador¹⁹.

Podría ser interpretada como una alusión a los derechos de los trabajadores; de conformidad con el artículo 9 de la misma CDI, en cuyos términos:

La promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998²⁰, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio.

En todo caso, se trata también de una supuesto que invita a una apreciación general en cada caso concreto que sea sometida a la acción colectiva del sistema regional.

C. La libertad de expresión y de prensa

La libertad de expresión debería también considerarse comprendida entre los *derechos humanos*, como “elementos esenciales” de la democracia representativa. Su inclusión entre los “componentes

¹⁹ La expresión “derechos sociales” es utilizada en la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* (Bogotá, 1948), definida en su Preámbulo como “*Declaración de los derechos sociales del trabajador*”. Se trata de un instrumento que no ha tenido mayor trascendencia.

²⁰ La Declaración abarca cuatro áreas: 1) La libertad de asociación y el derecho de negociación colectiva; 2) la eliminación del trabajo forzado u obligatorio; 3) la abolición del trabajo infantil; y, 4) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

fundamentales” subraya, en primer lugar, que la violación de los derechos humanos que afecta la esencia de la democracia está conectada con situaciones generales de vulneración de los derechos fundamentales, con una práctica sistemática o una política gubernamental; y, en segundo lugar, que la libertad de expresión no es solamente un derecho individual, sino que cumple una función social democrática. Este último aspecto ha sido reiterado en diversas ocasiones por la Corte:

...la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho a todas de conocer opiniones, relatos y noticias. *Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia*²¹. (Énfasis añadido).

La función capital de la libertad de expresión para el ejercicio democrático fue caracterizada por la Corte desde la primera oportunidad que tuvo de pronunciarse sobre este tema. La Corte afirmó:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre²².

La jurisprudencia ulterior ha continuado enfatizando la jerarquía de la libertad de expresión en una sociedad democrática. En diversas ocasiones ha subrayado la vinculación entre la difusión de información e ideas con los valores de pluralismo y tolerancia que deben prevalecer en el contexto democrático:

[...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para

²¹ Corte I.D.H., Caso *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párrs. 65 y 66. Conceptos similares habían sido vertidos antes por la Corte: *cfr.* Corte I.D.H. *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5; párrs. 31 y 32

²² *La colegiación obligatoria de periodistas...*; *cit.*; párr. 70.

su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue²³.

Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad²⁴.

En lo que toca a la libertad de *prensa*, la Corte también ha puesto de manifiesto el relevante papel que deben desempeñar los medios de comunicación social en una sociedad democrática y la importancia de su independencia y pluralismo:

Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas²⁵.

Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.

²³ Corte I.D.H. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107; párr. 113. La Corte sintetizó así su jurisprudencia anterior sobre el tema: Corte I.D.H. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; párr. 152; Caso *La Última Tentación de Cristo*; cit.; párr. 69. El mismo lenguaje fue reiterado por la Corte en: Corte I.D.H. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111; párr. 83

²⁴ Corte I.D.H. Caso Herrera Ulloa; cit.; párr. 116. Caso Ricardo Canese; cit.; párr. 86.

²⁵ *La colegiación obligatoria...*; cit.; párr. 34.

Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan²⁶.

Respecto de la libertad de expresión y de prensa se presenta, nuevamente, el contraste entre la relativa naturalidad con la que puede definirse el bien jurídico protegido y su importancia para la democracia y la dificultad para establecer cuando su privación o menoscabo alcanza tal gravedad que afecta la sustancia misma de una sociedad democrática. Por ejemplo, la Corte ha tenido que resolver casos en los que tal circunstancia difícilmente puede considerarse configurada, como lo es el de una sentencia contra un periodista condenándolo penalmente por difamación²⁷; así como otro más grave, dentro del contexto de un régimen con proceder autoritario que confiscó indirectamente un medio de comunicación audiovisual²⁸, lo que sin duda representa una violación mucho más grave de la libertad de expresión en su conjunto, pero no entraña su supresión. No ha sido considerado ningún caso que entrañe la abolición de la libertad de expresión como tal. Estos antecedentes invitan, una vez más, a analizar en cada situación las medidas que haya adoptado un gobierno contra la libertad de expresión, para determinar si se trata de una vulneración que va más allá de un caso particular o si tiene tal gravedad que implica la supresión o la ilegítima restricción de la libertad de expresión como bien social en su conjunto.

D. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad

Este enunciado, aunque se sitúa en el artículo referente a los “*componentes fundamentales de la democracia*”, no es más que un corolario de uno de los que ya la CDI ha definido como “*elementos esenciales de la democracia representativa*”, como lo es el ejercicio del poder “*con sujeción al estado de derecho*”. En este supuesto, sin embargo, el *respeto al estado de derecho* se formula en dirección a “*todas las entidades y sectores de la sociedad*”. En términos prácticos, la infracción de esta norma estaría caracterizada por una situación en

²⁶ Caso Herrera Ulloa...; cit.: párr. 117.

²⁷ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

²⁸ Corte I.D.H. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.

la cual la vigencia del estado de derecho está asediada por factores externos y seguramente opuestos al gobierno, pero que se encuentran fuera del control de las autoridades del Estado. Es la hipótesis de la subversión, cuya gravedad y amenaza real para el régimen democrático también deben ser apreciadas en cada situación concreta, a más de contar con el consenso del gobierno concernido.

Todas esas consideraciones ponen de manifiesto que la CDI no es un instrumento para la protección de derechos individuales, ni para remediar situaciones en las cuales el aparato del Estado, al no estar bien adecuado a la obligación a cargo de éste de garantizar los derechos humanos a todas las personas bajo su jurisdicción, acarrea violaciones a tales derechos que pueden singularizarse y resolverse independientemente, pues es esa la función que cumple el sistema regional de derechos humanos, cuando se reúnen los requisitos para tener acceso al mismo. El propósito de la CDI se dirige hacia el apuntalamiento de las instituciones propias de una sociedad democrática; para atender situaciones en las cuales el atentado contra éstas alcance tal gravedad que altera, desvirtúa, menoscaba o destruye el gobierno democrático como tal. Esas situaciones deben ser analizadas colectivamente por los órganos de la OEA de conformidad con los procedimientos que la misma Carta Democrática pauta, tema que se pasa a abordar inmediatamente.

2. Mecanismos colectivos para la defensa de la democracia

Los dos primeros instrumentos formales en los que se plasmó la voluntad política el sistema interamericano para crear mecanismos multilaterales de defensa de la democracia, esto es, el Compromiso de Santiago y el Protocolo de Washington, difieren no sólo en cuanto a su naturaleza jurídica (instrumento político la primera y convención internacional el segundo), sino en sus conceptos. El Compromiso de Santiago enuncia un supuesto que invita a una apreciación amplia (“interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo”), mientras que el Protocolo de Washington contempla una hipótesis singularizada (que el gobierno democrático haya sido “*derrocado*”). En cambio, el Protocolo es preciso respecto del procedimiento a seguir (“*suspensión*” de su participación en los

distintos órganos y cuerpos de la OEA, decidida por los dos tercios de los Estados miembros), en tanto que el Compromiso se limita a un enunciado general (consulta colectiva para adoptar “las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y al derecho internacional”). La *Cláusula Democrática* de Québec, que es también una declaración política, se situó en la misma línea que la Resolución 1.080, pues contempla un amplio supuesto (“cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático”); pero, aunque avanza sobre la consecuencia de tal cuadro (“constituye un obstáculo insuperable para la participación del Gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas”), se limita también a un enunciado general con respecto al procedimiento aplicable (“consultas” que deberán tener “debidamente en cuenta los mecanismos hemisféricos, regionales y subregionales existentes”). La CDI representa un intento no siempre bien logrado, como se verá luego, de afinar la precisión tanto de los diversos supuestos de alteración del orden constitucional democrático, como de las medidas y procedimientos que han de aplicarse a cada uno de ellos, siguiendo un criterio de gradualidad.

La CDI prevé distintas situaciones de crisis de las instituciones democráticas, así como los procedimientos y medidas de acción colectiva para dar respuesta a cada una de ellas. Estas situaciones son: (1) el riesgo del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder en un Estado miembro de la OEA, a juicio de su gobierno (Art. 17); (2) situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, a juicio del Secretario General o del Consejo Permanente, con el consentimiento del gobierno afectado (Art. 18); (3) una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático en un Estado miembro de la OEA, a juicio de cualquier Estado miembro o del Secretario General (Art. 20); y (4) la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro, a juicio de la Asamblea General (Art. 21). A estos supuestos se superpone el enunciado general, con ciertas variantes, de la *Cláusula Democrática* adoptada en la Declaración de Québec (Art. 19), que no fue acompañada de ningún procedimiento específico para la acción colectiva, de modo que, para dotarla de *efecto útil*, debe ser considerada como la proclamación de un principio de carácter general, cuya operación es preciso encajar con los diversos supuestos previstos en la misma CDI o en la Carta de la OEA. Por razones metodológicas, se examinarán primero los cuatro supuestos de crisis democrática dotados de procedimientos específicos para la acción colectiva y se dejará para su consideración ulterior la *Cláusula Democrática*.

2.1 El riesgo del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder en un Estado miembro de la OEA

El artículo 17 de la CDI estipula: “Cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática”.

Para el mejor análisis de este artículo, es conveniente distinguir entre el *hecho fundante* de su aplicación (A) y el procedimiento aplicable para poner en práctica los *mecanismos de asistencia* a los que el mismo se contrae.

A. Hecho fundante

El hecho fundante para la aplicación de este artículo es el *riesgo del proceso institucional democrático*, que no está definido en la CDI. Sin embargo, interpretando el artículo 17 dentro de su contexto es posible colegir: (a) debe tratarse de una situación que amenace los *elementos esenciales* o los *componentes fundamentales del ejercicio de la democracia*, definidos en los artículos 3 y 4 de la misma CDI; (b) debe tratarse de una crisis que se origina en ramas del poder público *distintas al gobierno* en sentido estricto; o en *otras entidades y sectores de la sociedad* (Art. 4), es decir, de una crisis política derivada de un conflicto entre los poderes públicos o en confrontaciones graves en el seno de la sociedad; y, (c) la situación ha de haber escapado o amenazar de así hacerlo al control del gobierno legítimo del Estado afectado.

B. Procedimiento

En tales circunstancias, dentro de un escenario típico de cooperación internacional, el gobierno afectado puede tomar la iniciativa de solicitar la asistencia multilateral de la OEA, a fin de apoyarse para superar el riesgo institucional existente. La CDI no contempla qué tipo de medidas podría adoptar la OEA en tal supuesto, pero es claro que podrá tratarse de acciones de cooperación, que podrían comprender incluso los buenos oficios, lo cual deberá ser objeto de consenso, al menos, con el gobierno solicitante. Aunque la CDI no lo establece expresamente, los órganos

de la OEA (el Secretario General o el Consejo Permanente) pueden requerir al gobierno solicitante el cumplimiento de ciertas condiciones destinadas a facilitar o dotar de efectividad a las acciones que podrían emprender, antes de involucrarse en una crisis política interna, dentro del marco del artículo 17 de la CDI.

Cabe entonces preguntarse qué iniciativas podrían emprenderse si, a pesar de existir un grave riesgo para el proceso político institucional democrático, el gobierno concernido no adopta ninguna iniciativa para la aplicación del artículo 17 de la CDI; o si, habiéndolo hecho, no cumple con las condiciones solicitadas por los órganos de la OEA para emprender acciones de asistencia dentro del marco del mismo artículo. En tales circunstancias, si la gravedad del *riesgo* es tal que pudiera *afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder*, el Secretario General o el Consejo Permanente podrían tomar su propia iniciativa con base en el artículo 18 de la CDI,

2.2 Situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder en un Estado miembro de la OEA

El artículo 18 de la CDI expresa:

Cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente, y éste realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento.

También acá se hará la distinción entre el *hecho fundante* para la aplicación del artículo citado (A) y el procedimiento aplicable para poner en práctica los *mecanismos de acción colectiva* para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática (B).

A. Hecho fundante

Debe tratarse de una situación que pudiera afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder. La caracterización de este tipo de situaciones debe hacerse, en primer lugar, siguiendo un método de análisis negativo, es decir, definiendo a qué supuestos *no se aplica* el artículo 18 de la CDI. En segundo lugar, debe hacerse una aproximación positiva, es decir, cuándo se está en presencia de una situación que pudiera afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder.

Desde el primer punto de vista, el artículo 18 no es aplicable, en principio, cuando se ha puesto en marcha el procedimiento pautado por el artículo 17, a menos que: (a) el gobierno afectado, a pesar de haber solicitado la asistencia de la OEA para atender “un grave riesgo para el proceso político institucional democrático” no haya cumplido con las condiciones que el Secretario General o el Consejo Permanente hayan considerado necesario satisfacer para prestar la asistencia requerida; o, (b) que la crisis democrática se haya agravado al punto que, a juicio del Secretario General o el Consejo Permanente, las disposiciones adoptadas bajo el artículo 17 resultan insuficientes para resolverla satisfactoriamente.

Tampoco resultaría aplicable el artículo 18, cuando la situación planteada exceda del mero riesgo de “afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder”; ni cuando se configure más bien un cuadro de “alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático” o una “ruptura del orden democrático” situación en la cual serían aplicables los artículos 20 y 21 de la CDI, dentro del marco general de la *Cláusula Democrática* contenida en el artículo 19 de la misma.

B. Procedimiento

La iniciativa para adoptar las primeras acciones dirigidas a preservar la institucionalidad democrática, las debe adoptar el Secretario General o el Consejo Permanente, pero deberán contar con *el consentimiento previo del Estado afectado*. Dado que se trata de un supuesto en que el gobierno de éste no ha solicitado la asistencia de la OEA con base en el artículo 17 de la CDI, la exigencia del consentimiento previo en este supuesto no puede verse sino como una manifestación de las reservas y limitaciones que se oponen a la acción colectiva, observada con

desconfianza en cuanto puede constituir un vehículo para la injerencia indebida en los asuntos internos de los Estados.

Si el gobierno del Estado afectado presta su consentimiento, en una *primera etapa*, el Secretario General o el Consejo Permanente pueden disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. No se hace referencia a la naturaleza de esas “otras gestiones”, pero la amplitud de los términos empleados por la CDI indica que las mismas pueden comprender iniciativas diplomáticas en sentido estricto, u otras actuaciones, como las que podrían ser de la incumbencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo. En todo caso, la primera etapa del procedimiento previsto en el artículo 18 de la CDI está destinada a recabar información sobre los hechos que perturban el sistema democrático y a hacer una evaluación o análisis de la situación.

En una *segunda etapa*, para la que ya no se alude expresamente el consentimiento previo del Estado concernido, el Secretario General debe preparar un informe para el Consejo Permanente, órgano que, conforma a la apreciación colectiva que haga de la situación, “podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento”. El artículo 18 no establece qué género de decisiones son las que debe adoptar el Consejo Permanente, ni establece limitaciones específicas al respecto, siempre que las mismas estén enderezadas hacia la obtención del objetivo señalado: la preservación y fortalecimiento de la institucionalidad democrática. Cabe sin embargo presumir que se trata de decisiones para poner en funcionamiento medios de acción colectiva para la preservación de la democracia, que pueden ser también de orden diplomático en sentido estricto, así como otros medios bajo la dirección de la OEA, incluso a través de una misión ad hoc basada en el país afectado.

Dada la generalidad de los términos de la CDI –que parece, por lo demás, inevitable– el Consejo Permanente tiene, teóricamente, un amplio espectro de posibilidades para decidir cuáles son las medidas más apropiadas y útiles para apoyar la institucionalidad democrática. Más concreta, en cambio, es la interrogante sobre si las decisiones adoptadas en la segunda etapa del procedimiento deben contar con el consentimiento del Estado afectado. En el texto del artículo 18, tal consentimiento previo es requerido en relación con las “visitas y otras gestiones” iniciales que pueden promover el Secretario General o el Consejo Permanente; pero nada se dispone explícitamente con respecto a la continuación del procedimiento dispuesto por el artículo 18. Surge

entonces la pregunta de si el consentimiento previo del Estado afectado es un requisito que afecta exclusivamente el inicio de las diligencias que pueden emprenderse bajo el artículo 18, o si tal aprobación debe mantenerse a lo largo de todas las gestiones que puede acometer la OEA.

Si la CDI fuera un tratado seguramente tendría una redacción más precisa; pero, no siéndolo, carece un poco de sentido someterla al rigor de una interpretación estrictamente jurídica, según la cual el consentimiento del Estado solamente sería requerido para poner enmarca el artículo 18, pero no para poner en práctica las medidas que el Consejo Permanente pueda aprobar para la preservación y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática. En la práctica, no habría manera de imponer tales medidas al Estado que se rehusara a aceptarlas. Además, tratándose de decisiones cuya ejecución persigue la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento, ellas envuelven un grado mínimo de compromiso político, de tal modo que su efectividad dependerá de su aprobación o, al menos, de un grado mínimo de aceptación, por parte del gobierno concernido.

Lo que sí puede resultar relevante es determinar si el consentimiento del Estado afectado para las medidas que pueda adoptar al Consejo Permanente debe también ser “previo”, o si el mismo se limita a la aceptación de la ejecución de lo decidido por el Consejo Permanente. En el primer supuesto, es obvio que no se podría adoptar una decisión válida sin el voto del Estado afectado. Normalmente, el problema no se planteará, habida cuenta de la práctica consensual de la OEA, pero nada se opone a que las medidas que pueda adoptar el Consejo Permanente para “la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento”, sean aprobadas con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la OEA, como lo prevé el artículo 59 de su Carta²⁹. Aunque es cierto que, dentro del marco de gestiones diplomáticas el acuerdo del gobierno afectado es habitualmente necesario, tampoco puede desconocerse que una resolución del Consejo Permanente puede ser, por sí misma, una poderosa herramienta diplomática y que, siendo la preservación y el fortalecimiento del interés común del los Estados americanos, nada debería oponerse a que, si la mayoría absoluta de los miembros de la OEA así lo juzga pertinente y adecuado a la situación

²⁹ “Las decisiones de la Asamblea General se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los Estados miembros, salvo los casos en que se requiere el voto de los dos tercios, conforme a lo dispuesto en la Carta, y aquellos que llegare a determinar la Asamblea General, por la vía reglamentaria”.

bajo consideración del Consejo Permanente, éste adopte resoluciones con el voto de la mayoría absoluta y aun sin el apoyo del gobierno directamente interesado.

Este último supuesto, fuerza es reconocerlo, no se compadece con el espíritu consensual con el que se aprobó la CDI, espíritu que incluyó la idea de recurrir a medidas coercitivas sólo después que se hubieren agotado los esfuerzos de la diplomacia. Por eso, de darse una situación de confrontación entre el Estado afectado y el Consejo Permanente, antes que la imposición de una medida o conjunto de medidas, cabría esperar, o bien que el asunto llegara a un punto de estancamiento (para el cual la CDI no provee solución); o bien que, dentro del espíritu de gradualidad que anima la CDI, se considerara más bien que se han reunido los extremos para la aplicación del artículo 20, que será objeto de consideración de seguida.

2.3 Alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático de un Estado miembro de la OEA

El artículo 20 de la CDI expresa lo siguiente:

En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente.

El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática.

Si las gestiones diplomáticas resultaren infructuosas o si la urgencia del caso lo aconsejare, el Consejo Permanente convocará de inmediato un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la Organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática.

Durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática.

Nuevamente conviene hacer la distinción entre el *hecho fundante* de su aplicación (A) y el procedimiento aplicable para poner en práctica los *procedimientos de acción colectiva para promover la normalización de la institucionalidad democrática* (B).

A. Hecho fundante

Debe tratarse de una “alteración” del orden constitucional que “afecte gravemente” el orden democrático. Dentro del marco general de la CDI, para la aplicación del artículo 20, deberían concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que se haya producido una manifiesta violación de la Constitución del Estado concernido, puesto que fuera de ese contexto no se estaría frente a una “alteración del orden constitucional”.
- b) Que esa violación de la Constitución haya afectado gravemente uno o varios de los “elementos esenciales de la democracia representativa” (Art. 3) o de los “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia” (Art. 4). Como se indicó antes, en la oportunidad de analizar los artículos 3 y 4, estas transgresiones deben apreciarse en su magnitud, para determinar el grado de gravedad que envuelven y establecer si alcanzan el umbral crítico para afectar al orden constitucional en su conjunto. En general, se trata del supuesto en que pueda advertirse la existencia de una *política gubernamental* abierta o veladamente dirigida a violar o defraudar a la Constitución, con una grave lesión para elementos esenciales de la democracia o componentes fundamentales de su ejercicio. Semejante situación puede surgir de un solo acto de singular gravedad, como el quebranto a la independencia del poder judicial, sometiénolo a otro de los poderes públicos; o la aniquilación de la libertad de expresión en su conjunto; o la abolición del sometimiento del estamento militar a la autoridad civil (sin que esto haya llegado al punto de que los militares hayan asumido la conducción del Estado). También podría configurarse el supuesto del artículo 20 como resultado de un conjunto de actos que afecten varios atributos contemplados en los artículos 3 y 4, como un cuadro de violaciones sistemáticas a los derechos humanos (incluidos los derechos sociales o la libertad de expresión, por ejemplo); o la destrucción del pluralismo político a través de un sistema electoral perverso.
- c) Que, empero, esos actos no alcancen el umbral de gravedad de una “ruptura del orden democrático”, supuesto en el cual sería aplicable

el artículo 21 de la CDI. No parece apropiado establecer como criterio para diferenciar los supuestos de aplicación de los artículos 20 y 21 mediante una distinción entre las violaciones a los artículos 3 y 4 de la CDI, según la cual se estaría frente a una “ruptura” cuando se violenten los “elementos esenciales” de la democracia, mientras que si solamente se afectan los “componentes fundamentales” para su ejercicio, se estaría limitadamente ante una mera “alteración” inconstitucional del orden democrático. En efecto, aunque es difícilmente concebible una “ruptura del orden democrático” sin que se hayan violentado “elementos esenciales” de la democracia, no todo quebrantamiento de éstos alcanza necesariamente la gravedad de un atentado radical, que destruye el orden democrático.

B. Procedimiento

El procedimiento pautado en el artículo 20 privilegia reiteradamente el recurso a las “gestiones diplomáticas” y a los “buenos oficios”, lo que pone de manifiesto la orientación de los mecanismos aplicables en la dirección de subsanar la alteración del orden democrático y constitucional; y de evitar en esa situación crítica la imposición de sanciones que no necesariamente conducirían a superarla. El último párrafo del artículo 20 pone de relieve este concepto al expresar, de manera general que “durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática”.

En ese contexto, el artículo 20 representa el punto de inflexión de la CDI como mecanismo de presión diplomática para subsanar las crisis que puedan afectar al régimen democrático en cualquiera de los miembros de la OEA. Por una parte, este artículo contiene un dispositivo de gestiones diplomáticas que no requieren, para ponerse en práctica, del consentimiento previo del gobierno afectado. En ese sentido, el artículo 20 libera a la acción colectiva en defensa de la democracia de la atadura que dicho consentimiento le impone en el artículo 18. Por otro lado, la aplicación del artículo 20 no implica la aplicación de sanciones ni exige decisiones que deban ser adoptadas por una mayoría calificada del Consejo Permanente o la Asamblea General. Pero el artículo 20 puede ser también la antesala del 21 y de la sanción allí prevista (suspensión de la OEA aprobada por el voto de los dos tercios de sus miembros). Todo ello conforma un escenario apropiado para la diplomacia, liberada del freno que supone el consentimiento

previo del gobierno afectado, con un margen de cierta amplitud para adoptar decisiones positivas dirigidas directamente a la recuperación democrática, sin la atadura que impondría la exigencia de una mayoría calificada; pero teniendo también en puertas la posibilidad de “subir la puesta” hasta el nivel sancionatorio del artículo 21. Se trata de una mesa bien servida para la diplomacia, con la zanahoria en una mano y el garrote en la otra.

La *iniciativa* para poner en marcha los dispositivos del artículo 20 corresponde a cualquier Estado miembro de la OEA o a su Secretario General, que pueden pedir la convocatoria inmediata a una reunión del Consejo Permanente, *sin el concurso del consentimiento del gobierno concernido*. Sin embargo, teniendo presente que la actuación colectiva para buscar remedio a la crisis política sí planteada se concentra en gestiones diplomáticas, deberá contarse con la cooperación de dicho gobierno, para que esas gestiones conserven posibilidades de éxito, de modo que, implícitamente, este dispositivo también entraña en algún grado el acuerdo del gobierno.

La convocatoria al Consejo Permanente desencadena una gestión diplomática de progresiva intensidad, a fin de promover la normalización de la institucionalidad democrática. En la etapa inicial, el Consejo Permanente deberá “realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente”, entre las cuales está la opción de emprender sin demora las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática, o convocar de inmediato a la Asamblea General, si la urgencia del caso así lo amerita.

De no resolverse la crisis en esa instancia, o si la urgencia del caso así lo reclama, el Consejo Permanente deberá convocar a un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, la cual a su vez, adoptará “las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas”.

Las modalidades de estas gestiones, así como la asignación de la responsabilidad de ponerlas en práctica, deben definirse teniendo presentes las circunstancias de cada caso, por el Consejo Permanente o la Asamblea General, órganos ante los cuales, respectivamente, deberá rendirse cuenta del resultado de las mismas.

Las gestiones diplomáticas pueden estar acompañadas de otras decisiones adecuadas para el retorno a la normalidad. Aun cuando la práctica de la OEA apunta hacia la adopción de decisiones por consenso,

las que se aprueben bajo el artículo 20 de la CDI solo requieren de la mayoría absoluta pautada en el artículo 59 de la Carta de la OEA, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 21 de la misma CDI, que exige explícitamente una mayoría calificada de dos tercios.

Si las gestiones diplomáticas no alcanzan el objetivo de normalizar la institucionalidad democrática, la Asamblea General deberá decidir si la gravedad de la situación ha franqueado el umbral para la aplicación del artículo 21. Si no lo decide, la acción de la OEA tenderá al estancamiento, aun cuando la diplomacia no se rinda...

2.4 La ruptura del orden democrático en un Estado miembro de la OEA

La situación de mayor gravedad contemplada en la CDI es la denominada “ruptura del orden democrático” contemplada en el artículo 21:

Cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato.

El Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos.

Adoptada la decisión de suspender a un gobierno, la Organización mantendrá sus gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia en el Estado Miembro afectado.

Se examinan en seguida el hecho fundante para que el artículo 21 pueda ser invocado y el procedimiento para su aplicación.

B. Hecho fundante

La ruptura del orden democrático no se reduce al supuesto del derrocamiento del gobierno legítimo. Esto marca una diferencia

importante entre la CDI y el Protocolo de Washington³⁰. Semejante ruptura debe ser entendida con cierta amplitud y en conexión con el artículo 3 de la CDI (“elementos esenciales de la democracia representativa”). Bajo ese ángulo, la ruptura del orden democrático puede ser el resultado de un evento o conjunto de eventos que devasten uno o varios de los elementos esenciales de la democracia. Esto puede consistir en un solo y abrupto acto, como el derrocamiento de un gobierno legítimo; o un golpe de estado promovido desde dentro de un gobierno de origen legítimo; o la abolición de las elecciones como mecanismo de acceso a la conducción del Estado; o la instauración de un régimen de partido único; o la adopción de un régimen de *apartheid*. Pero también podría ser el resultado de acontecimientos que, en su conjunto, representen una gravísima y radical vulneración de la esencia de la democracia; y que se plasman en un régimen político cuyo ejercicio ya no puede ser calificado como democrático. Este puede ser el caso de una política gubernamental gravemente atentatoria contra los derechos humanos, tal como la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas, de las ejecuciones extrajudiciales o de otros graves crímenes contra los derechos humanos, o, en general, cuando tal política revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos fundamentales. También podría alcanzarse este punto crítico a través de un proceso que, en la práctica, revele la destrucción de la independencia de los poderes públicos; o la progresiva ruina de un sistema electoral que garantice la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto.

En ese sentido, las distinciones conceptuales que se hacen en los artículos 3 y 4, dentro de sus imprecisiones, indican que para que se configure la ruptura del orden democrático no es necesario que ésta sea *total*, es decir, que implique la abolición pura y simple de la democracia; sino que basta que sea *esencial*, es decir, que se haya desvirtuado hasta tal punto el régimen político que haya perdido la calidad de *democrático*. Esto implica la noción de un *punto crítico* en el cual se traspasa el umbral de la desnaturalización radical de la democracia, lo cual sólo puede ser apreciado a la vista de las circunstancias de cada caso concreto.

Semejante colapso no puede definirse sino en el marco del artículo 3 de la CDI. La vulneración limitada al artículo 4 difícilmente podría ser apreciada, al menos de inicio, como una ruptura *esencial* de la

³⁰ Cuyo supuesto se configura cuando “gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza”.

democracia, sino más bien como una crisis bajo los artículos 18 o 20 de la CDI. Esto no excluye, claro está, que las violaciones al artículo 4 que se sumen a otras del artículo 3 puedan ser decisivas para apreciar que se ha alcanzado el *punto crítico* de ruptura del orden democrático.

Esto ofrece cierto grado de imprecisión al concepto de ruptura del orden democrático, con el consiguiente inconveniente de los márgenes de apreciación política que la imprecisión entraña. Sin embargo, esa es una consecuencia inevitable de la amplitud que se ha querido imprimir a los mecanismos de acción colectiva para la salvaguarda de la democracia en el hemisferio. La relevancia de la CDI en este aspecto reside, precisamente, en que no se limita a asonadas que destruyan la esencia de la democracia de un tajo, supuesto que no está presente en la atmósfera política vigente para la fecha de adopción de la CDI, sino que alcanza a toda situación que merezca ser calificada como “ruptura del orden constitucional”. Es decir, lo determinante es que pueda verificarse que tal ruptura ha acaecido, sin que resulte decisivo que ella sea el resultado de un hecho abrupto o de un proceso que ha devenido en la interrupción del proceso democrático. El juicio sobre si tal supuesto se ha configurado comporta, inevitablemente, consideraciones de carácter político, queda confiado al “órgano supremo”³¹ de la OEA: la Asamblea General.

Para la aplicación del artículo 21 de la CDI se requiere, además, de la ruptura del orden democrático, “que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas”. Este es un requisito de orden más bien procesal, por lo que se pasa de inmediato a revisar el procedimiento contemplado en dicho artículo.

B. Procedimiento

La ruptura del orden democrático debe ser conocida por la Asamblea General, “convocada a un período extraordinario de sesiones”. La CDI no establece en qué circunstancias debe ser convocada la Asamblea General, pero las posibilidades son dos: (1) como un paso subsiguiente a las gestiones infructuosas cumplidas en aplicación del artículo 20, lo que normalmente ocurriría como consecuencia del agravamiento de una crisis política preexistente; y (2) por haber sido convocada por el Consejo Permanente con base en el artículo 58 de la Carta de la OEA³²,

³¹ Carta de la OEA, Art. 54.

³² “En circunstancias especiales y con la aprobación de los dos tercios de los Estados miembros, el Consejo Permanente convocará a un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General”.

lo que puede presumirse ocurra en caso de ruptura abrupta del orden constitucional.

Para que la Asamblea General así convocada entre a considerar la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 21, es necesario que las gestiones diplomáticas hayan sido infructuosas. Como el artículo 21 no contempla la realización de semejantes gestiones, debe entenderse que ésta es una referencia a la previa aplicación del artículo 20, donde sí está dispuesta la acción diplomática. Sin embargo, en el caso de que la ruptura del orden constitucional haya sido de tal modo abrupta que no quepa aplicar el artículo 20, siempre habría que dar una oportunidad a la diplomacia, pues incluso en el Protocolo de Washington, frente a un típico cuartelazo que derroque por la fuerza un gobierno legítimo, la Asamblea General no puede entrar a considerar la suspensión sino “cuando hayan sido infructuosas las gestiones diplomáticas que la Organización hubiera emprendido con el objeto de propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado miembro afectado” (Carta de la OEA, Art. 9[a]).

Verificada la ruptura del orden democrático y la futilidad de las gestiones diplomáticas, la Asamblea General deberá decidir sobre la aplicación de la sanción de suspensión indefinida del Estado afectado en su derecho de participación en la OEA. Para ello la medida deberá ser aprobada con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros. Esta mayoría calificada se explica por la gravedad de la sanción, así como para garantizar que la magnitud de los hechos y la necesidad de la sanción están sólidamente fundamentadas. Esto implica, empero, que de no alcanzarse esa mayoría, la acción colectiva de la OEA se vea abortada y el asunto permanezca en el estancamiento, con la consiguiente impunidad para el gobierno presuntamente ilegítimo. En semejante contexto, aunque probablemente con pocas esperanzas, el turno volvería a la diplomacia.

Aun en el caso en que se haya decidido la suspensión, así como, claro está, en el de que tal decisión no haya sido adoptada, deben continuar las gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia en el Estado afectado. La diplomacia nunca se da por vencida...

El artículo 21 nada dispone explícitamente sobre la duración de la sanción, pero resulta bastante claro que se trata de una medida de duración indefinida. Así lo indica la *Cláusula Democrática* del artículo 19 de la CDI, aplicable “mientras persista” la ruptura del orden democrático; e igualmente el artículo 22 de la misma, según el cual el

levantamiento de la suspensión sólo puede ocurrir “una vez superada” la situación que la motivó, y ello nuevamente con el voto de los dos tercios de los Estado miembros de la OEA.

Las diversas situaciones a las que puede dar lugar la aplicación de los mecanismos de acción colectiva que se han descrito antes, se resumen en el siguiente cuadro:

Carta Democrática Interamericana Opciones para la acción colectiva

CDI	Hecho Fundante: <i>Escala de crisis</i>	Procedimiento: <i>Escala de decisiones y gestiones</i>	Alternativas: <i>Escala de escenarios resultantes</i>
Artículo 17	<p>Riesgo para el proceso institucional democrático.</p> <p>Amenaza a los artículos 3 y/o 4 de la CDI.</p> <p>Originadas en factores sociales o políticos distintos del gobierno <i>stricto sensu</i>.</p> <p>Fuera de control por el gobierno legítimo.</p>	<p><i>Iniciativa:</i> el gobierno afectado.</p> <p><i>Acciones:</i> no previstas expresamente.</p> <p>Flexibilidad dentro de alternativas diplomáticas.</p>	<p>Superación de la crisis: se termina la acción colectiva.</p> <p>Agravamiento de la crisis y falta de cooperación del gobierno: estancamiento.</p> <p>Agravamiento de la crisis a pesar de la cooperación del gobierno: posible aplicación del artículo 18.</p>

CDI	Hecho Fundante: <i>Escala de crisis</i>	Procedimiento: <i>Escala de decisiones y gestiones</i>	Alternativas: <i>Escala de escenarios resultantes</i>
Artículo 18	<p>Un grave riesgo: situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder.</p> <p>Pueden provenir de la frustración de las acciones bajo el artículo 17.</p> <p>No debe haberse materializado “<i>alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático</i>” (Art. 19) o una “<i>ruptura del orden democrático</i>” (Art. 20).</p>	<p><i>Iniciativa:</i> SG o CP con el consentimiento del Estado afectado.</p> <p><i>Acciones:</i></p> <p>(a) Primera etapa: visitas u otras acciones.</p> <p>(b) Segunda etapa: Informe del SG al CP que toma <i>decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento</i>. Mayoría absoluta. No se requiere formalmente consentimiento del gobierno afectado; pero su eficacia requiere aceptación.</p>	<p>Superación de la crisis: se termina la acción colectiva.</p> <p>Ineficiencia de medidas del CP: estancamiento.</p> <p>Agravamiento de crisis: posible aplicación del artículo 20.</p>
Artículo 20	<p>Crisis actual: alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático.</p> <p>Grave violación de la Constitución que implique infracciones de artículos 3 y/o 4 de CDI.</p> <p>No debe haberse materializado una <i>ruptura del orden constitucional</i> (Art. 20).</p>	<p><i>Iniciativa:</i> SG o CP sin necesidad de consentimiento del Estado interesado. Sin embargo, su cooperación es necesaria para las acciones.</p> <p><i>Acciones:</i></p> <p>Primera etapa: CP aprecia la situación y emprende acciones diplomáticas.</p> <p>Segunda etapa: AG Extr. Que adopta las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas</p>	<p>Superación de la crisis: se termina la acción colectiva.</p> <p>Ineficiencia de gestión diplomática: continuación estancamiento.</p> <p>Agravamiento de la crisis ruptura del orden democrático Art. 21.</p>

CDI	Hecho Fundante: <i>Escala de crisis</i>	Procedimiento: <i>Escala de decisiones y gestiones</i>	Alternativas: <i>Escala de escenarios resultantes</i>
Artículo 21	<p>Crisis actual: Ruptura del orden democrático.</p> <p>La ruptura puede nos ser <i>total</i>. Basta que sea <i>esencial</i>.</p> <p>Graves violaciones del artículo 3 y, eventualmente, del artículo 4.</p> <p>Fracaso de gestiones diplomáticas.</p>	<p><i>Iniciativa:</i> AG Extr., convocada por CP.</p> <p><i>Acciones:</i> Suspensión de la OEA con voto de 2/3 de Miembros.</p> <p>Gestiones diplomáticas durante suspensión.</p>	<p>Si no se logra mayoría de 2/3 estancamiento + gestiones diplomáticas.</p> <p>Suspensión + gestiones diplomáticas.</p> <p>Superada la crisis: levantamiento de suspensión por AG con votos de 2/3 de miembros.</p>

2.5 La Cláusula Democrática

El artículo 19 de la CDI recoge, en lo sustancial, la *Cláusula Democrática* aprobada en la Declaración de Québec de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas:

Basado en los principios de la Carta de la OEA y con sujeción a sus normas, y en concordancia con la cláusula democrática contenida en la Declaración de la ciudad de Québec, la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro constituye, mientras persista, un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización.

Prima facie este artículo puede inducir a cierta confusión. En primer lugar, porque en ella se contemplan como un solo supuesto, dos hipótesis distintas para la adopción de medidas bajo la CDI, como lo son la ruptura del orden democrático (Art. 21) o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático (Art. 20). En segundo término, se asigna a ambas situaciones un solo y mismo efecto, como lo es el de ser “*mientras persista, un obstáculo insuperable*” para la participación del gobierno involucrado en los órganos de la

OEA. Por último, nada se provee para su aplicación, como un supuesto diferenciado o distinto a las demás previsiones de la CDI.

No parece adecuado, sin embargo, interpretar que la Cláusula Democrática puede ser aplicada sin atenerse a los procedimientos operativos de los artículos 20 y 21 de la CDI, y en cierta forma también el del artículo 18. Su inclusión en ésta refleja más bien el enunciado de un principio general, proclamado por los Jefes de Estado y de Gobierno en una “Cumbre”, que no es un órgano previsto en la Carta de la OEA, de modo que su inclusión en la CDI representa solamente la incorporación formal de dicha Cláusula a los instrumentos fundamentales de la Organización.

Por lo tanto, frente a una situación que pudiera conformar una “ruptura del orden democrático” no sería posible, sin contar con la aprobación de la mayoría calificada exigida por el artículo 21 de la misma CDI (y por el artículo 9 de la Carta de la OEA enmendada por el Protocolo de Washington), decidir que existe un “obstáculo insuperable” para la participación de un gobierno en los órganos de la OEA. Por su parte, la “alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático” (prevista en el Art. 20 de la CDI) tampoco podría ser considerada como tal “obstáculo insuperable” sin haberse agotado las gestiones previstas en el artículo 20 y sin que medie una evaluación de la gravedad de la situación mediante la que se concluya que la situación se ha agravado al punto de configurar una “ruptura del orden democrático” susceptible de ser tratada bajo el artículo 21. Una interpretación contraria conduciría a privar de efecto útil a los artículos 20 y 21 de la CDI y sería, por lo tanto, inapropiada. La Cláusula Democrática, pues, no es aplicable directamente. Ella debe ser entendida como un corolario que pone a tono a los principios y propósitos consignados en la Carta de la OEA con las nuevas amenazas a la democracia. Esos principios y propósitos se actualizan y cobran forma en la CDI, cuya Cláusula Democrática explica, informa y orienta los dispositivos de sus artículos 18, 20 y 21³³.

³³ En esa dirección apuntan las consideraciones formuladas por el Presidente del Grupo de Trabajo encargado de estudiar el proyecto de CDI, en la sesión del Consejo Permanente en la cual dicho proyecto fue aprobado, antes de someterlo a la Asamblea General que en definitiva lo sancionó: “La adopción de una cláusula democrática es un valioso instrumento de preservación de la cultura de la democracia, que, por definición, no es sólo una obligación de los gobiernos sino patrimonio espiritual de los pueblos. Dicha cláusula se adopta dentro de los confines de la Carta de la OEA, sin sobrepasarlos, mediante un proceso de interpretación de la misma destinado a nutrir los valores que le sirvieron de sustento con los elementos contemporáneos de la vida real, distintos en su técnica de aplicación a los clásicos golpes de Estado presentes en la mente de los delegados

Conclusiones: la gradualidad en la CDI

El Secretario General César Gaviria, en su discurso en la apertura de la sesión inaugural del XXVIII Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, sintetizó en un párrafo el sentido general de la CDI:

Los países podrán apelar a la OEA en busca de apoyo cuando estén en riesgo su proceso institucional democrático o su ejercicio legítimo del poder. Para ello se estipulan las gestiones diplomáticas y los buenos oficios, en ayuda a un gobierno en problemas y, desde luego, se condiciona a ello su solicitud. También nos dota de una muy necesaria gradualidad que no sólo nos permite reaccionar a una grave alteración sino adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y a su fortalecimiento. Además, dispone que la Organización debe mantener sus gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia en un país afectado. Esto no es óbice para que se señale de manera inequívoca que cuando la Asamblea General extraordinaria constata que se ha producido una alteración del orden democrático en un Estado Miembro y las gestiones diplomáticas han resultado infructuosas, conforme a la Carta de la OEA se procederá a suspender a dicho Estado Miembro con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los países³⁴.

La CDI contempla cuatro supuestos o situaciones distintos, para los que provee soluciones que, en principio, también están diferenciadas. Estas situaciones son: (1) el riesgo del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder (Art. 17); (2) las situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder (Art. 18); (3) la alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático (Art. 20); y (4) la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro, a juicio de la Asamblea General (Art. 21).

La CDI no define en qué consiste cada uno de esos supuestos; pero, como se ha expuesto, la configuración de cada uno de ellos, dentro del contexto de la CDI, debe apreciarse de acuerdo con la magnitud

que asistieron a la asamblea de Bogotá, pero iguales en su reprochable finalidad, cual es el quebranto del Estado de Derecho y la aniquilación, más o menos sutil, más o menos descarada, de los elementos esenciales de la democracia". (Énfasis añadido). En *Carta Democrática Interamericana: Documentos e interpretaciones...*; cit. pág. 54.

³⁴ Acta de la Sesión Inaugural. En *Carta Democrática Interamericana: Documentos e interpretaciones...*; cit. pág. 106.

de la vulneración de los *elementos esenciales de la democracia representativa* (Art. 3) o la de los *componentes fundamentales del ejercicio de la democracia* (Art. 4). Por lo tanto, debe ser objeto de un análisis particular a fin de calificar el calibre de la lesión a la democracia, la cual puede resultar de un acto único o de una política gubernamental que la menoscabe gravemente o destruya su esencia.

Esto comporta un primer grupo de dificultades para la puesta en marcha de la CDI. Salvo en el caso del artículo 17, cuya aplicación inicial depende exclusivamente de la voluntad del gobierno afectado, en los demás supuestos la apreciación de la gravedad de la situación depende en definitiva del juicio que se formen de los gobiernos de los Estados que componen la OEA. Dentro de un escenario general de democracias incompletas o imperfectas y, en ocasiones, también de gobiernos débiles, el temor a crear un precedente adverso que pudiera ser invocado en contra suya en el porvenir, flota sobre numerosos Estados y tiene fuerza para ahuyentar la voluntad política necesaria para emprender una acción colectiva bajo la CDI.

Además, la evaluación de las distintas situaciones de crisis depende de un juicio sobre el grado en que hayan quedado vulnerados los artículos 3 y 4 de la CDI. La definición conceptual de los *elementos esenciales* y de los *componentes fundamentales*, aunque a veces no es fácil a causa de la generalidad de los términos empleados, es una tarea que puede culminarse con la ayuda de referentes existentes dentro del Sistema Interamericano y de otros estándares internacionales. Pero esa elaboración conceptual no es útil para la aplicación de la CDI, que depende más bien de que se haya producido un quebrantamiento de los artículos 3 o 4, o de ambos. Es la apreciación de la gravedad de la infracción lo que determinará el juicio sobre la gravedad de la vulneración a la democracia y la definición sobre cuál supuesto se ha configurado, entre los previstos en los artículos 18, 20 o 21. En ausencia de criterios precisos, la CDI presenta en este aspecto una ambigüedad que no ayuda tampoco a ponerla en práctica.

Otras dificultades para la aplicación de la CDI desde una perspectiva preventiva y no punitiva, se origina en la necesidad de un grado mínimo de aceptación por parte del gobierno afectado. En algunos casos, ese consentimiento es requerido de manera expresa (Arts. 17 y 18), mientras que en otros la necesidad del mismo resulta de la necesidad de un mínimo grado de cooperación de su parte, sin el cual las gestiones diplomáticas que pueda emprender la OEA estarán condenadas al fracaso (Art. 20).

En la práctica, las opciones de la CDI se reducen a dos. La primera, de orientación preventiva, es acudir a los medios que proporcionan la diplomacia y la cooperación internacional, para subsanar y revertir una crisis democrática en marcha, para lo cual es necesario, bajo distintas modalidades y grados, el asentimiento del gobierno concernido. El segundo, claramente punitivo, es el de la sanción impuesta a un Estado donde se ha roto el orden democrático. Salvo el caso de la quiebra total y esencial de las instituciones democráticas y de la solicitud espontánea de cooperación por parte de un gobierno, la dificultad de delimitar con precisión cada supuesto es terreno fértil para que los *intereses políticos de los miembros de la OEA* encargados de formarse juicio prevalezcan en el análisis de la *crisis política existente en otro Estado*, crisis que requeriría el desencadenamiento de los mecanismos de acción colectiva previstos en la misma CDI.

Esta limitación, no obstante, ofrece también la ventaja de dotar de una cierta flexibilidad a esos mecanismos y a que se mire más bien hacia ellos que hacia la gravedad objetiva de la situación, para determinar cuál es el más apropiado para atenderla. Este es un contexto favorable para que opere uno de los componentes fundamentales de la CDI, como lo es su *gradualidad*.

La gradualidad viene dada, por varios componentes, que actúan en paralelo pero se condicionan recíprocamente:

- a) Por una *escala de crisis* según su gravedad, de menor a mayor, establecida sucesivamente en los artículos 18, 20 y 21.
- b) Por una *escala de gestiones*, que comprende las diversas variantes de acción colectiva, aplicables también de menos a más, en calco sobre escala de gravedad de la crisis democrática.
- c) Por una *escala de decisiones políticas*, porque son finalmente los gobiernos de los Estados miembros de la OEA los que deben apreciar el grado de gravedad de la crisis, la imprecisión de los términos y de los conceptos envueltos, deja a los mismos gobiernos un cierto margen de apreciación política para evaluar la gravedad de la situación y, por lo tanto, para definir la naturaleza de la acción colectiva que se emprenderá. Ésta puede ser una herramienta útil para obtener un mayor grado de cooperación por parte del gobierno concernido, puesto que, de negarse ésta, la tendencia será la de subir la calificación de la crisis hacia los niveles de los artículos 20 y 21, en los cuales no se requiere el consentimiento previo del gobierno

afectado y hay, formalmente, mayor libertad para poner en práctica medios de acción colectivos.

- d) Por una *escala de escenarios* que resulta de la aplicación de los diversos mecanismos de acción colectiva. En esta escala esta presente a menudo el escenario de estancamiento, producto de las dificultades de distinto orden para adoptar las decisiones correspondientes a esos mecanismos; o de la falibilidad de las gestiones diplomáticas y de las sanciones como instrumentos para subsanar un crisis política.

La gradualidad tiene un obstáculo en la dificultad del paso de un nivel a otro en la escala de crisis y, por lo tanto, en la escala de gestiones. Si el tratamiento de la crisis democrática con los medios proporcionados por el nivel en que se la haya calificado no conduce a una solución satisfactoria; pero sí, a pesar de esto, tampoco se logra articular la determinación de pasar al siguiente nivel de la escala, el resultado será el estancamiento y el fiasco de la acción colectiva.

En el fondo, se trata de debilidades que dimanen de la naturaleza de la CDI como *instrumento político*, que carece de la precisión y rigor que deben caracterizar a los tratados. Está lejano el día en que se adopte una convención interamericana para asegurar los propósitos enunciados en la CDI. Ella no expresa más que la voluntad política de los Estados miembros de la OEA de emprender una acción colectiva para ayudar a sostener una democracia en aprietos y para sancionar su abolición. Pero tampoco menos. Allí radica también su fortaleza.

A Universalidade dos Direitos Humanos no Mundo Muçulmano

*Hidemberg Alves da Frota**

Resumo: Este trabalho se debruça sobre polêmicas atuais concernentes aos direitos humanos no mundo islamita. Averigua-se tanto a repercussão na comunidade islâmica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, quanto a mais atual formulação muçulmana do Direito Internacional dos Direitos Humanos, plasmada na Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã, de 1990. Medita-se, ainda, acerca da liberdade religiosa nos Estados de maioria muçulmana e se aventa o federalismo comunitário como modo de aprimorar a deferência aos direitos humanos em países de maioria islâmica onde alastram se conflitos étnico-religiosos.

Introdução

Este texto esquadrinha questões essenciais envolvendo os direitos humanos no mundo islâmico da atualidade.

Perscrutam-se os aspectos favoráveis e desfavoráveis à eficácia da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na comunidade islâmica internacional, discutindo-se ainda, a legitimidade no mundo muçulmano da proposta universalista da DUDH e seus pontos de convergência e divergência com a cultura islamita.

Coteja-se o conteúdo dessa Declaração da ONU com o teor da Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã de 1990, além de se comparar o contexto histórico no qual ambas floresceram e se

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, CIESA.

Dedico este artigo ao Prof. J. M. Othon Sidou, pelas entusiasmadas lições de Direito Comparado, pela firme convicção de que o Direito possui princípios gerais universais e por defender a unicidade jurídica universal.

destrinchar as fontes jurídicas que inspiraram a elaboração dos atos internacionais em debate.

Analisa-se o respeito à liberdade de religião e correlatas nos 44 Estados nacionais de maioria islamita, ao se estudar o disposto em suas respectivas ordens constitucionais, inclusive o feito religioso ou laico de tais aparelhos estatais.

E propõe-se o federalismo comunitário como meio de nações de maioria islâmica, marcada por históricos embates de intolerância étnico-religiosa, se transformarem em países mais arejados para a promoção dos direitos humanos e a reconciliação nacional.

1. O Debate em torno do Discurso Universalista da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹, DUDH, tem sua legitimidade questionada no mundo muçulmano, nomeada a partir da Revolução Islâmica do Irã em 1979, que derrubou a monarquia pró-Occidente do Xá Reza Pahlevi e instaurou República islâmica com contornos de teocracia de orientação xiita².

Membros mais conservadores da comunidade muçulmana mundial passaram a pôr em xeque de forma mais vigorosa a “validade transcultural”³ de normas contidas na DUDH que ressoam princípios sedimentados no Direito ocidental, todavia estranhos ao Direito muçulmano (*Shari’a*)⁴ e à tradição islamita, a começar pela *liberdade religiosa* (Art. 18)⁵ –que implica a separação entre o Estado e o clero, autoridade secular e religiosa– e pela *liberdade de matrimônio* (Art. 16)⁶. O exercício de tais liberdades concederia ao ser humano grau de

1 Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2004.

2 Ignatieff, Michael. “The attack on human rights”. *Foreign Affairs*, New York, v. 80, nº 6, nov.-dec. 2001, p. 103.

3 Ibid., tradução nossa.

4 Serajzadeh, Seyed Hossein. “Islam and crime: the moral community of muslims”. *Journal of Arabic and Islamic Studies*, Bergen, v. 4, jan. 2001-dec. 2002, p. 121.

5 Ignatieff, Michael. Op. cit., p. 103.

6 Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2004.

discricionariedade pessoal blasfemo na ótica do Alcorão⁷ e o discurso da universalidade dos direitos humanos à moda ocidental teria como substrato a ideologia materialista do capitalismo globalizado⁸.

Não se trata de posicionamento unísono no mundo islâmico. Em países norte-africanos integrados à economia global e com classe média considerável, a opinião pública se revela mais aberta a valores ocidentais⁹. Setores relevantes da sociedade egípcia, por exemplo, tendem a enxergar com relativa parcimônia o direito feminino ao divórcio¹⁰. Não obstante, no Sudeste Asiático nações muçulmanas com economias de mercado –a exemplo da Malásia– repelem os direitos humanos à moda ocidental em nome da primazia dos interesses da família e da coletividade, sobre o materialismo individualista¹¹.

Em contraponto, avulta-se nova maneira de vislumbrar a universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos: embora não goze de aceitação universal, traz em seu bojo direitos universais, que têm como destinatários precípuos os hipossuficientes, aqueles cuja esfera de autonomia individual se vê tolhida por poderosas autoridades estatais, tribais, religiosas e familiares¹². Em todo o globo, os direitos humanos à moda ocidental, ofereceriam meios de se harmonizem os interesses sociais e individuais, com o fito de que aqueles não aniquilem estes¹³.

Não representariam adesão à civilização ocidental e sim, a indispensável proteção da integridade pessoal ante excessos do comportamento alheio, inclusive do corpo social (v.g., clamor das mulheres do meio rural paquistanês contra o queima de esposas desobedientes), e a melhor integração do ser humano em sua sociedade (e.g., reclamações de mulheres afegãs a organismos internacionais, em prol de haver no Afeganistão, à época do regime talibã, a possibilidade

7 Ignatieff, Michael. Op. cit., p. 104.

8 Ibid., p. 111.

9 Ibid., p. 104.

10 Ibid., loc. cit.

11 Ibid., p. 105.

12 Ibid., p. 109.

13 Ibid., p. 110.

das mulheres conjugarem o culto às tradições locais com o acesso a serviços profissionalizados de educação e saúde)¹⁴.

A reverência aos direitos humanos irradiados pela DUDH, significaria proporcionar vazão aos anseios da população posta na base da pirâmide social¹⁵, de influir na cultura e nos rumos da sociedade¹⁶.

Ainda como contra-argumento, recorda-se a militância em benefício dos direitos humanos, à moda ocidental, feita por organizações internacionais não-governamentais (ONG), contra interesses de vultosas empresas multinacionais, a exemplo das ONG, que lutam pelo respeito aos direitos trabalhistas de empregados da Nike e da Royal Dutch/Shell em países subdesenvolvidos¹⁷.

2. Os Antecedentes da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração do Cairo, sobre os Direitos Humanos no Islã

Após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, recendeu na cena internacional, a promoção dos direitos individuais (civis e políticos) herdados do constitucionalismo ocidental da alvorada do *Estado Liberal de Direito*, que, no final do século XVIII, na esteira das Revoluções Americana de 1776 e Francesa, de 1789, gerou diplomas constitucionais antológicos (respectivamente, a Constituição dos Estados Unidos de 1787, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789)¹⁸. Também regurgitou o contributo do parlamentarismo britânico, inserto na Carta Magna de 1215, e na Carta de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689 (“documentos de natureza materialmente constitucional”¹⁹).

¹⁴ Ibid., p. 110-111.

¹⁵ Ibid., p. 112.

¹⁶ Ibid., p. 113.

¹⁷ Ibid., p. 111-112.

¹⁸ Morrison, Heidi. Beyond universalism. *Muslim World Journal of Human Rights*, Berkeley, v. 1, nº 1, jan.-dec. 2004, p. 1-2.

¹⁹ Pinheiro, Luís Felipe Valerim. “O devido processo legal e o processo administrativo”. *Fórum Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte, ano 2, n. 20, out. 2002, p. 1.324.

Seguiu ainda, os passos dos movimentos missionários oitocentistas antiescravagistas e pró-sufrágio universal²⁰.

Dentre as apontadas raízes históricas da DUDH, enfatizam-se dois legados de suma importância:

1. Da Constituição estadunidense e da Declaração Francesa dos Direitos Humanos, em face de ambas aclararem que “todos os homens são seres humanos”²¹ e fazem jus a direitos políticos²². Examinando-se Emendas à Carta Constitucional dos EUA, sublinha-se seja a extensão a todos os seres humanos do *devido processo legal* (Emenda V), seja a proibição de escravidão (Emenda XIII, seção 1, 1ª parte) e de obstar-se o direito a voto com base em critérios raciais (Emenda XV, seção 1). No Diploma Maior da Revolução Francesa, ressalta-se a concepção de que todos os homens tanto nascem (e devem ser) livres, quanto possuem direitos iguais (Art. 1º, 1ª parte), inclusive políticos, em se tratando de cidadãos (Art. 6º);
2. E dos missionários cristãos do século XIX, pioneiros em materializarem a filosofia da solidariedade a estranhos e em cultivarem a idéia de que todos temos alma e, em conseqüência, todos somos humanos²³.

Emergindo em uma ordem internacional sob os escombros da recém-terminada Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU almejou fortalecer o Direito Natural de maneira a precaver a humanidade contra experiências similares ao do nazifascismo, em que o Direito Positivo, agasalhou arbitrariedades do Poder Público²⁴. O Código Penal italiano de 1930 (“Código Rocco”) considerava “delito contra a personalidade do Estado injuriar ‘a honra ou o prestígio do chefe de governo’ (Art. 282)”²⁵. Em 1935 o princípio da legalidade foi extirpado do Código Penal alemão, cujo Art. 2º passou a prescrever a punição de quem “comete um ato que a lei declara

20 Morrison, Heidi. Op. cit., p. 1.

21 Ibid., p. 2, tradução nossa.

22 Ibid., p. 2.

23 Morrison, Heidi. Op. cit., p. 2.

24 Ibid., loc. cit.

25 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 333.

punível ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido”²⁶.

Já a Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã, de 1990, foi precedida pela desilusão de setores da comunidade muçulmana com o Ocidente e pelo ressurgimento dos movimentos islâmicos conservadores, ambos resultados, quer da busca pela preservação da identidade islamita em meio aos embates ideológicos da Guerra Fria entre os Estados Unidos e a União Soviética, quer da derrota árabe (do Egito, Jordânia e Síria) para Israel na Guerra Árabe-Israelita de 1967, a nominada Guerra dos Seis Dias ou Guerra de Junho (ao cabo da qual, Israel assumiu o controle da Península do Sinai da Faixa de Gaza, das Colinas do Golã, da Cisjordânia e anexou Jerusalém Oriental)²⁷, cujos reflexos jurídicos, antes de se fazerem presentes na Declaração do Cairo, de 1990, manifestaram-se no aparecimento da Constituição da República Islâmica do Irã, de 1979, e da Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos, DUIDH, de 1981²⁸.

A atual Constituição iraniana fundou a República Islâmica no senso de justiça corânico (Art. 1º), submeteu o Direito Legislado aos comandos de Deus (Art. 2º [1], [2] e [4]) e sujeitou todo o ordenamento jurídico irânico aos critérios do Islã, inclusive matérias civil, penal, financeira, econômica, administrativa, cultural, militar e política (Art. 4º).

Apesar de terem sido reconhecidas como minorias religiosas apenas as comunidades zoroástrica, judaica e cristã do Irã (Art. 13²⁹), a Constituição iraniana de 1979, em relação aos não-muçulmanos que se abstêm de atuarem contra o Islã e a República Islâmica do Irã, positivou o dever desta e de todos os muçulmanos de serem tanto tratados de acordo com as normas éticas e os princípios de justiça e equidade islâmicos, quanto respeitarem seus direitos humanos (Art. 14³⁰).

Estipulou a inviolabilidade da dignidade, da vida, da propriedade, dos direitos, da residência e da ocupação do indivíduo, salvo nos casos

26 Ibid., p. 335.

27 Heritage, Andrew; Cavanagh, Louise. *Enciclopédia Geográfica Universal*. Rio de Janeiro, Globo, 1995, v. 5, p. 306-307; Preece, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica* Macropaedia. Chicago, 15th ed., 1980, v. 9, p. 774-775.

28 Morrison, Heidi. Op. cit., p. 13.

29 Ibid., loc. cit.

30 Ibid., loc. cit.

previstos em lei (Art. 22). Proibiu investigações sobre as crenças do ser humano ou punições em função de se esposar determinada crença (Art. 23). Restringiu a liberdade de expressão da imprensa se, nos termos da lei, evidencia-se detrimetosa aos princípios fundamentais do Islã e aos direitos do público (Art. 24).

Dentre as normas entalhadas na atual Constituição do Irã, sobressaem estas quatro:

1. O princípio comunitário (Art. 8^{o31}) extraído do início do versículo 71 da 9^a Surata do Alcorão, segundo o qual “os fiéis e as fiéis são protetores uns dos outros; recomendam o bem, proíbem o ilícito”³², além de consubstanciar dever universal e recíproco, aplica-se ao povo e ao governo e às relações estabelecidas entre ambos;
2. O princípio da independência (Art. 9^o), a indissociação da liberdade, a independência, a unidade e a integridade territorial do Irã, constitui norma obrigatória para o governo e os cidadãos iranianos e veta qualquer indivíduo, grupo ou autoridade de, a pretexto de exercer dada liberdade, maltratar a independência (política, cultural, econômica e militar) e a integridade territorial do Irã, como também proíbe qualquer autoridade de ab-rogar liberdades legítimas, a fim de garantir a independência e a integridade territorial nacional;
3. O princípio da família (Art. 10), que ve na família a unidade fundamental da sociedade islâmica e atribui às leis, regulamentos e programas pertinentes a finalidade de facilitarem a formação da família e salvaguardarem sua santidade e a estabilidade das relações familiares, com base nas normas do Islã;
4. O princípio da unidade do Islã (Art. 11), que marca o versículo 92 da 21^a Surata³³, –“Esta vossa comunidade é a comunidade única e Eu sou o vosso Senhor. Adorai-Me portanto (e a nenhum outro)”–, preconiza a existência de uma única nação para todos os muçulmanos e marca como encargo da República Islâmica do Irã formular políticas gerais voltadas a cultivar a amizade e a unidade entre todos os islâmicos e se empenhar na construção da unidade política, econômica e cultural no mundo islamita.

³¹ Ibid., loc. cit.

³² Alcorão. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/alcorao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2005.

³³ Alcorão. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/alcorao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2005.

Assinado por Salem Azzam, à época Secretário-Geral do Conselho Islâmico, o prefácio da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1981, percebe que em Deus reside o pólo irradiador dos direitos humanos, a conferir honra e dignidade à humanidade e a eliminar exploração, opressão e injustiça³⁴.

A Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos, cujo campo de incidência abarca todos os homens e mulheres da comunidade islâmica mundial (*Ummah Islamia*), reverbera os direitos humanos revelados por Deus por meio do Direito muçulmano (*Shari'a*) e os deveres a eles correspondentes, esclarecem as Notas Explicativas do mencionado ato internacional, em seus itens 1 e 2³⁵.

Do ponto de vista da DUIDH, os direitos humanos se condicionam aos contornos delineados pelo *Shari'a* e deste, dimamizam o fundamento para a condenação criminal do indivíduo (Art. 5º, alínea “d”), o tratamento justo e generoso a ser conferido aos trabalhadores (Art. 17), o direito e o dever de se socorrer dos dispositivos legais para a defesa contra lesões ou danos pessoais injustificados (Art. 4º, alínea “b”, 2ª parte), o direito à vida, à integridade física e à liberdade *lato sensu* (Arts. 1º e 2º, gênero no qual se encartam as liberdades física, cultural, econômica e política, Art. 2º, alínea “b”, incluindo-se a liberdade de crença, pensamento, expressão, Art. 12, alínea “a”, 1ª parte; informação, Art. 12, alínea “d”; residência e locomoção, Art. 23, alínea “b”) e a moldura a que se circunscrevem os direitos à subsistência (Art. 15, alínea “b”), ao exercício de atividades econômicas (Art. 15, alínea “g”), à distribuição de renda (Art. 15, alínea “d”), ao casamento, a constituir família e a criar os filhos em sintonia com sua religião, tradição e cultura (Art. 19, alínea “a”), além dos direitos da esposa viver na residência onde mora o marido (Art. 20, alínea “a”), ser municiada de meios de subsistência não-inferiores ao do marido (inclusive enquanto aguarda o divórcio, Art. 20, alínea “b”), ao divórcio (Art. 20, alínea “c”), à herança (Art. 20, alínea “d”) e à confidencialidade das informações do conhecimento do marido ou ex-marido, cuja revelação seja deletéria aos interesses da esposa ou ex-esposa (dever equivalente

34 Conselho Islâmico. Universal Islamic Declaration of Human Rights. Disponível em: <http://www.alhewar.com>. Acesso em: 26 abr. 2005.

35 Ibid., loc. cit.

possui a consorte ou ex-consorte em relação ao esposo ou ex-esposo, Art. 20, alínea “e”).

A DUIDH reverencia os interesses comunitários ao abranger, seja o direito e dever de cada indivíduo de lutar pelo respeito aos direitos de quaisquer outras pessoas e os da comunidade (Art. 4º, alínea “c”), seja a proibição das atividades econômicas e dos meios de produção que contrariem os interesses da comunidade (Art. 15, alíneas “e” e “g”).

Por outro lado, a DUIDH ressalta o dever da comunidade, quer seja de fomentar condições para o pleno desenvolvimento da personalidade humana (Art. 14, alínea “b”), quer seja de assistir pessoas temporária ou permanentemente incapacitadas (Art. 18, 2ª parte).

No tocante ao direito à (e ao dever de) resistência, a Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos agasalha não só o direito a (e o dever de) desobedecer a comandos afrontosos ao Direito muçulmano (Art. 4º, “e”), como também o direito a (e o dever de) protestar e lutar contra a opressão, mesmo se procedente de altas autoridades estatais (Art. 12, alínea “c”).

Por outro lado, a DUIDH ressalta o dever da comunidade, quer seja fomentar condições para o pleno desenvolvimento da personalidade humana (Art. 14, alínea “b”), quer seja assistir pessoas temporária ou permanentemente incapacitadas (Art. 18, 2ª parte).

No tocante ao direito à (e ao dever de) resistência, a Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos agasalha não só o direito a (e o dever de) desobedecer a comandos afrontosos ao Direito muçulmano (Art. 4º, “e”), como também o direito a (e o dever de) protestar e lutar contra a opressão, mesmo se emanada de altas autoridades estatais (Art. 12, alínea “c”).

3. O Cotejamento entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã

3.1 Direito à igualdade e ao devido processo legal

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Assembléia Geral das Nações Unidas, esclarece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (Art. 1º, 1ª parte), têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos,

sem quaisquer discriminações (v.g., raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza e nascimento, Art. 2º).

Emoldurada pelo Direito muçulmano (Art. 24), à luz da qual deve ser interpretada (Art. 25), a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã de 1990, da 19ª Conferência Islâmica dos Ministros das Relações Exteriores, estipula que todos os seres humanos formam família única, subordinada a Alá e descendente de Adão (Art. 1º [a], 1ª parte), que todos os homens são iguais em termos de dignidade humana, direitos e obrigações básicos, sem quaisquer discriminações (e.g., raça, cor, língua, crença, sexo, religião, filiação política e *status* social, Art. 1º [a], 2ª parte), que a religião verdadeira (o islamismo) assegura o alcance de tal dignidade essencial e da integração da humanidade (Art. 1º [a], *in fine*) e que os seres humanos mais amados por Alá são aqueles mais benéficos a Seus súditos e ninguém é superior a ninguém, salvo quanto ao grau de piedade e boas ações.

A Declaração da ONU de 1948, reconhece para todos o direito de serem em todos os lugares, pessoas perante a lei (Art. 6º), receberem tributos nacionais aptos a remediar o menosprezo a direitos fundamentais (tenham estes amparo constitucional ou apenas legal, Art. 8º) e auferirem da lei de proteção e tratamento igualitário (sem distinção alguma, Art. 7º), em andamento de devido processo legal material e formal, o que importa seja efetuarem-se de maneira não-arbitrária prisões (Art. 9º), exílios (Art. 9º), desapropriações (Art. 17 [2]) e mitigações ao direito à nacionalidade (Art. 15 [2]), seja haver audiências justas e públicas perante tribunais independentes e imparciais (Art. 10), respeitados o estado (ou a presunção) de inocência e a ampla defesa (Art. 11 [1]), vetados tanto imputar-se delito imprevisto no direito nacional ou internacional, como impor-se pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso, assim como tortura, tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (Art. 5º).

A Declaração Islâmica de 1990 assegura a todos, sem distinções entre soberano e súdito, a igualdade perante a lei (Art. 19 [a]) e acesso à Justiça (Art. 19 [b]), a responsabilidade essencialmente pessoal (Art. 19 [c]), o estado (ou a presunção) de inocência e o julgamento rápido (franqueadas as garantias de defesa, Art. 19 [e]) e a proibição de crimes e punições desprovidas de apoio no *Shari'a* (Art. 19 [d]), de sanções e restrições à liberdade, carentes de legitimidade, de maus-tratos físicos e psíquicos, de experimentos médicos e científicos sem consentimento ou prejudiciais à saúde ou à vida e de medidas estatais executórias de

caráter emergencial a incidirem em quaisquer dos aludidos vetos (Art. 20). Proscreeve ainda, todas as modalidades de seqüestro (Art. 21) e a desapropriação ilegal (Art. 15 [b]) desprovida do sinete do interesse público e da pronta e justa indenização (Art. 15 [a]).

3.2 Direito às liberdades civis, à vida privada e à vida familiar

A Declaração da ONU de 1948 se posiciona contra a escravidão, o tráfico escravagista e a servidão (Art. 4º). Confere a todas as pessoas, o direito à vida (Art. 3º), à liberdade (Art. 3º), à segurança pessoal (Art. 3º) e à nacionalidade (Art. 15 [1]). Protege a vida privada de intrusões e a honra de ataques (Art. 12). Alberga a liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras estatais (Art. 13 [1]), o direito de asilo (salvo em caso da prática de crimes comuns ou infringência a propósitos e princípios das Nações Unidas, Art. 14) e de deixar (e regressar a) qualquer país (Art. 13 [2]). Acolhe as liberdades de pensamento (Art. 18), consciência (Art. 18), religião (Art. 18), opinião (Art. 19), expressão (Art. 19), reunião (Art. 20 [1]) e associação pacíficas (Art. 20 [1]; no entanto, é contra obrigar-se alguém a fazer parte de uma associação, Art. 20 [2]). Preceitua o direito ao matrimônio e de fundar família, mediante livre escolha dos nubentes e direitos iguais entre homens e mulheres, sem quaisquer discriminações (Art. 16).

A Declaração Islâmica de 1990 encerra em suas fileiras, o direito à vida de todos os seres humanos, vê nele dom divino a ser salvaguardado pelos indivíduos, sociedades e Estados (salvo as exceções contidas no *Shari'a*, Art. 2º [a]), proíbe o emprego de meios a propiciarem o genocídio da humanidade (Art. 2º [b]), preconiza tanto a preservação da vida durante o tempo permitido por Alá (Art. 2º [c]). Quanto a proteção da integridade física pelo Estado (dispensável apenas se contar com a chancela do Direito muçulmano, Art. 2º [d]), corrobora o direito à segurança do indivíduo e de seus dependentes (Art. 18 [a]) e dentre os direitos *post-mortem*, inclui a proteção da honra do *de cuius* e do seu cadáver (e do local de sepultamento) contra profanações (Art. 4º).

A Declaração do Cairo incorpora normas de Direito Internacional Humanitário. Exclui do alvo de conflitos armados a população não-beligerante (v.g., homens velhos, mulheres e crianças). A feridos e doentes, apregoa o direito a tratamento médico. A prisioneiros de guerra, o direito a alimentos, abrigo e vestimenta. Aos mortos, o direito de não ter o cadáver mutilado ou desmembrado. Propugna a troca de

prisioneiros de guerra e visitas ou reuniões de familiares separados por circunstâncias de guerra (Art. 3º [a]). Ainda sobre conflitos armados, repele o corte de árvores e a destruição de plantações e granjas, edificações e instalações civis (Art. 3º [b]).

Na ótica dessa Declaração Islâmica, todos os seres humanos nascem livres. A ninguém é dado o direito de escravizar, humilhar, oprimir e explorar. Submissão só existe a Alá (Art. 11 [a]). Insere o colonialismo entre as mais maléficas formas de escravidão. Àqueles objetos do colonialismo, reconhecem o direito de liberdade e autodeterminação. Tem como dever dos povos de todos os Estados, apoiarem a luta dos povos colonizados contra qualquer espécie de ocupação (Art. 11 [b]). Abona o direito à livre residência e movimento dentro e fora do país do indivíduo (Art. 12, 1ª parte). Para a Declaração do Cairo, o Estado a quem se pede asilo possui o dever de concedê-lo, exceto se disser respeito a crime capitulado no *Shari'a* (Art. 12, 2ª parte).

A Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã abraça o exercício do direito de propriedade (Art. 18 [a] c/c Art. 15 [a]; desde que não prejudique o proprietário, outrem e a sociedade, Art. 15 [a]), do direito à vida privada segura (Art. 18 [b]), vendo na esfera privada, o espaço onde se preza pela inviolabilidade do lar (Art. 18 [c]), dos assuntos privados (Art. 18 [b]), da honra (Art. 18 [b]) e da propriedade (Art. 18 [b]), amparando-se a família (Art. 18 [b]), os relacionamentos privados (Art. 18 [b]) e a liberdade religiosa (Art. 18 [a]). Vislumbra na família, a fundação da sociedade, enxerga no casamento o alicerce da família e imuniza o exercício do direito a matrimônio, de discriminações de raça, cor ou nacionalidade (Art. 5º [a]). Exige que a sociedade e o Estado removam todos os obstáculos ao casamento, facilitem-no, salvaguardem a família e seu bem-estar (Art. 5º [b]). Equipara a mulher ao homem em dignidade, propõe ao sexo feminino direitos, deveres e estatuto civil próprios, independência financeira, direito a nome e à linhagem (Art. 6º [a]). Incumbe ao marido o dever de manutenção e bem-estar familiar (Art. 6º [b]).

A DCDHI sustenta a liberdade de opinião alinhada aos princípios islâmicos (Art. 22 [a]) e o direito de defender o correto, fazer o bem e alertar contra o errado e o mal, observadas as normas do Direito muçulmano (Art. 22 [a] e [1]).

3.3 Direito às liberdades políticas e à democracia

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, permite a toda pessoa tomar parte no governo de seu país por meio da democracia direta ou representativa (Art. 21 [1]), eleger seus representantes por meio de pleitos periódicos e legítimos (por sufrágio universal, voto secreto ou processo equivalente, assegurada a liberdade de voto, Art. 21 [3]) e ter acesso ao serviço público de sua nação (Art. 21 [2]).

A Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã, de 1990, proporciona a todos o direito à elegibilidade (se perdida ou prejudicada, o eleitor pode se fazer representar por curador), em seus direitos e deveres (Art. 8º), o direito à informação (caso não viole a dignidade dos Profetas e valores morais e éticos, não seja maléfica à sociedade, nem enfraqueça sua fé, muito menos instigue discriminação racial e ódios nacionais ou doutrinários, Art. 22 [c] e [d]), o direito de participar direta ou indiretamente na administração pública do seu país e de assumir cargos públicos (em conformidade com o *Shari'á*, Art. 23 [b]) e o dever de qualquer autoridade se abster de praticar abusos ou exploração maliciosa (Art. 23 [a]).

3.4 Direitos sociais, econômicos e culturais e o direito ao meio ambiente sadio

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, entende que toda pessoa tem direito a padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar (inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis) e direito à segurança (em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle, Art. 25 [1]).

Para a Declaração de 1948, a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais, de forma que todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozem da mesma proteção social (Art. 25 [2]), que toda pessoa possua direito à instrução (gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, obrigatória em nível elementar, acessível a todos no ensino técnico-profissional e superior, este baseado no mérito, Art. 26 [1]).

Conforme dispõe a DUDH, a instrução será orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais,

promovendo-se a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, a coadjuvar as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (Art. 26 [2]). Os pais passam a ter direito à escolha do gênero de instrução a ser ministrado a seus filhos (Art. 26 [3]).

No sentir da DUDH, toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e dele se beneficiar (Art. 27 [1]), o direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor (Art. 27 [2]) e o direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados (Art. 28).

A Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã de 1990, encarrega a sociedade e o Estado de viabilizar a busca pelo conhecimento (Art. 9º [a], 1ª parte). Ao aparelho estatal, cabe fomentar a educação e o interesse humano pela religião islâmica e pelos segredos do universo (Art. 9º [a], 2ª parte). Estimula a família, as instituições educacionais e os meios de comunicação a divulgarem, em moldes integrados e equilibrados, o conhecimento religioso e temporal (Art. 9º [b]). Repudia todas as formas de pressionar o ser humano ou explorar a pobreza ou ignorância humana com vistas a convencê-lo a mudar de religião, ou aderir ao ateísmo (Art. 10).

A DCDHI aventa a assistência médico-hospitalar e a educação (inclusive referente à higiene e à moral) das crianças, bem como o auxílio especial ao feto e à sua genitora (Art. 7º [a]). A educação deve ser apropriada aos interesses e ao futuro da criança, em sintonia com os valores éticos e os princípios do *Shari'a* (Art. 7º [b]). Os direitos dos pais e dos familiares sobre as crianças, se norteiam pelos dogmas do Direito muçulmano (Art. 7º [c]).

A Declaração do Cairo respalda o direito ao sustento legítimo (limpo de usura, monopolização, fraude ou danos ao indivíduo que o exercita e aos demais, Art. 14), o direito à assistência médica e social (permitida a ajuda da sociedade e do Estado, na proporção dos recursos disponíveis, Art. 17 [b]) e aos direitos trabalhistas fundamentais (Art. 13):

1. A sociedade e o Estado devem assegurar o direito de trabalho a todas as pessoas aptas a trabalhar;

2. Livre escolha do trabalho que melhor serve aos interesses do trabalhador e da sociedade;
3. Benefícios da segurança do trabalho e da seguridade social;
4. Desenvolver o trabalho na medida da capacidade do trabalhador, sem trabalho compulsório, explorativo ou danoso;
5. Concessão de promoções merecidas, bem como pagamento célere de salários justos e retribuição pecuniária correspondente aos dias de feriados.

A par disso, elenca o dever seja do trabalhador ser dedicado e metucioso (Art. 13), seja do Estado intervir na resolução dos dissídios trabalhistas (Art. 13).

Cabe ao Estado catalisar condições de vida que contemplem as necessidades do ser humano e de seus dependentes (inclusive no que concerne à alimentação, vestimenta, moradia, educação e assistência médica, Art. 17 [c]).

Em relação aos direitos culturais, a Declaração do Cairo apregoa que todos tenham direito aos frutos do seu trabalho autoral (científico, literário, artístico ou técnico), garantida a proteção dos seus interesses morais e materiais a ele relacionados, obedecidas as balizas do Direito muçulmano (Art. 16).

O dever social e estatal de se assegurar o meio ambiente sadio corresponde à obrigação da sociedade e do Estado proporcionarem ambientes depurados de vícios e corrupção moral e adequados ao desenvolvimento ético saudável do ser humano (Art. 17 [a]).

4. A Liberdade de Religião no Direito Constitucional dos Estados de Maioria Muçulmana

4.1 O perfil dos Estados de maioria muçulmana

Estima-se existirem no globo atualmente 1,3 bilhões de muçulmanos³⁶. Cerca de 1 bilhão desse contingente de islamitas vive

³⁶ Stahnke, Tad; Blitt, Robert C. *The Religion-State Relationship and the Right to Freedom of Religion or Belief: A Comparative Textual Analysis of the Constitutions of Predominantly Muslim Countries*. Washington D.C., U. S. Commission on International Religious Freedom, 2005, p. 6.

em 44 países de maioria muçulmana³⁷, adiante especificados em conformidade com a região do planeta considerada:

1. Oriente Médio e África do Norte³⁸: Argélia, Barein, Egito, Irã, Iraque³⁹, Jordânia, Kuwait, Líbano, Líbia, Marrocos, Omã, Qatar, Arábia Saudita, Síria, Tunísia, Emirados Árabes Unidos (EAU) e Iêmen;
2. Ásia Meridional⁴⁰: Afeganistão, Bangladesh, Maldivas e Paquistão;
3. Ásia Oriental⁴¹: Brunei, Indonésia e Malásia;
4. África⁴²: Burkina Faso, Chade, Camarões, Djibouti, Gâmbia, Guiné, Mali, Mauritânia, Níger, Senegal, Serra Leoa, Somália⁴³ e Sudão;
5. Europa e Eurásia⁴⁴: Albânia, Azerbaijão, Quirguistão, Tadjiquistão, Turquia, Turcomenistão e Uzbequistão.

Examinando-se o Direito Constitucional Positivo desses 44 Estados nacionais de maioria muçulmana, verifica-se que a metade declara o Islã a religião oficial⁴⁵. Dessa parcela, 10 se consideram Estados islâmicos⁴⁶. Afora esses 22 Estados de religião oficial muçulmana, sobra a outra metade, composta por 11 Estados cujas Constituições não especificam se são seculares ou islâmicos e 11 Estados seculares⁴⁷.

Encontram-se 602,5 milhões de islâmicos (58% da população muçulmana mundial) em 22 Estados de religião oficial muçulmana (Afeganistão, Barein, Brunei, Irã, Maldivas, Mauritânia, Omã, Paquistão, Arábia Saudita, Iêmen, Argélia, Bangladesh, Egito,

37 Ibid., loc. cit.

38 Ibid., p. 29-37.

39 Cita-se neste trabalho o Diploma Constitucional provisório do Iraque sob ocupação norte-americana, a Lei Administrativa Transitória (*Transitional Administrative Law-TAL*). Cf. *ibid.*, p. 1.

40 Ibid., p. 38-42.

41 Ibid., p. 43-44.

42 Ibid., p. 45-49.

43 A Somália se encontra sem Constituição. Cf. *ibid.*, p. 48.

44 Ibid., p. 50-52.

45 Ibid., p. 7.

46 Ibid., loc. cit.

47 Ibid., loc. cit.

Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbia, Malásia, Marrocos, Qatar, Tunísia e EAU⁴⁸)⁴⁹.

Situam-se 285,5 milhões de islamitas (28%) em 10 Estados que, além de terem como religião oficial o islamismo, expressamente se reputam Estados muçulmanos (Afeganistão, Barein, Brunei, Irã, Maldivas, Mauritània, Omã, Paquistão, Arábia Saudita e Iêmen⁵⁰)⁵¹.

Localizam-se 287,5 milhões (28,5%) de muçulmanos em 11 Estados que não possuem dispositivos constitucionais a esclarecerem se são ordens estatais seculares ou muçulmanas (Albânia, Líbano, Síria, Indonésia, Camarões, Djibouti, Gâmbia, Serra Leoa, Somália, Sudão e Uzbequistão)⁵².

Por fim, restam 140 milhões (13,5%) de islâmicos, circunscritos a 11 Estados seculares (Burkina Fasso, Chade, Guiné, Mali, Níger, Senegal, Azerbaijão, Quirguistão, Tadjiquistão, Turquia e Turcomenistão⁵³)⁵⁴.

4.2 A adequação aos padrões internacionais mínimos de liberdade religiosa

Na presente análise adotam-se os “padrões mínimos”⁵⁵ de liberdade de religião (ou crença) e culto acolhidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos de matriz ocidental, típicos das democracias

48 Constituições do Afeganistão, Art. 2º; do Barein, Art. 2º; do Brunei, Art. 3º (1); do Irã, Art. 12; de Maldivas, Art. 7º; da Mauritània, Art. 5º; de Omã, Art. 2º; do Paquistão, Art. 2º; da Arábia Saudita, Art. 1º; do Iêmen, Art. 2º; da Argélia, Art. 2º; de Bangladesh, Art. 2º; do Egito, Art. 2º; do Iraque, Art. 7º (A); da Jordânia, Art. 2º; do Kuwait, Art. 2º; da Líbia, Art. 2º; da Malásia, Art. 3º (1); do Marrocos, Art. 6º; do Qatar, Art. 1º; da Tunísia, Art. 1º; e do EAU, Art. 7º. Cf. *ibid.*, p. 29-52.

49 *Ibid.*, loc. cit.

50 Constituições do Afeganistão, Art. 1º; do Barein, Art. 1º; do Brunei, Art. 3º (2); do Irã, Art. 1º; das Maldivas, Art. 1º; da Mauritània, Art. 1º; de Omã, Art. 1º; do Paquistão, Art. 1º (1); da Arábia Saudita, Art. 1º; e do Iêmen, Art. 1º. Cf. *ibid.*, p. 29-52.

51 *Ibid.*, p. 7.

52 *Ibid.*, loc. cit.

53 Constituições da Burkina Fasso, Art. 31; do Chade, Art. 1º; da Guiné, Art. 1º; do Mali, Art. 25; do Níger, Art. 4º c/c 136; do Senegal, Art. 1º; do Azerbaijão, Art. 7º c/c 18 (I) e (III); do Quirguistão, Art. 1º (1) c/c Art. 8º (3) e (4); do Tadjiquistão, Arts. 1º, 8º e 100; da Turquia, Art. 2 c/c 174; e do Turcomenistão, Art. 1º. Cf. *ibid.*, p. 29-52.

54 Stahnke, Tad; Blitt, Robert C. Op. cit., p. 7.

55 *Ibid.*, p. 12.

ocidentais e esboçados quer pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Art. 18), DUDH, quer pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Art. 18), de 1966, PIDCP.

Consoante tais parâmetros, as liberdades de religião, crença e culto devem se estender a todos os indivíduos, independente de sua religião ou crença, os quais podem exercitá-las pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular, sem discriminações, favorecimentos ou coações, sendo admissíveis temperamentos a esse direito civil, apenas se respeitadas as balizas do Direito Internacional dos Direitos Humanos (de matriz ocidental)⁵⁶.

O contraste entre os critérios traçados pelo DUDH (Art. 18), pelo PIDCP (Art. 18) e pelo Direito Constitucional Positivo de 44 Estados nacionais de maioria islâmica conduz à percepção de que 21 desses países se adequam ao padrão internacional de liberdade de religião (ou crença) e culto (Iraque, Bangladesh, Paquistão, Indonésia, Malásia, Chade, Djibouti, Gâmbia, Guiné, Mali, Níger, Senegal, Serra Leoa, Sudão, Albânia, Azerbaijão, Quirguistão, Tadjiquistão, Turquia, Turcomenistão e Uzbequistão⁵⁷)⁵⁸.

Dentre os 21 Estados favoráveis à liberdade de religião e culto, 10 desfrutam de explícitas garantias constitucionais contra a coerção religiosa (Iraque, Bangladesh, Paquistão, Malásia, Serra Leoa, Sudão, Albânia, Azerbaijão, Turquia e Uzbequistão⁵⁹)⁶⁰.

Contudo, desses 44 Estados-nações, 22 possuem disposições constitucionais aquém da garantia da liberdade de religião (ou crença)

⁵⁶ Stahnke, Tad; Blitt, Robert C. Op. cit., p. 12.

⁵⁷ Constituições do Iraque (Arts. 7 [A], Bangladesh [Arts. 39 e 41], Paquistão [Arts. 20 a 22], Indonésia [Arts. 28E [1], [2] e [3], 29 [1] e [2] e 28I [1]], Malásia (Arts. 11 [1], [2], [3], [4] e [5] e 12 [2] e [3]), Chade (Arts. 27 e 54), Djibouti (Arts. 25 [1], [b] e [c] e [4], 32 e 212 [3]), Gâmbia (Arts. 25 [1], [b] e [c], [4], 32 e 212 [3]), Guiné (Arts. 7º e 14), Mali (Arts. 4º e 18), Níger (Arts. 8º, 14 e 16), Senegal (Arts. 8º e 24), Serra Leoa (Art. 24 [1], [2], [3], [4], [5], [a] e [b]), Sudão (Arts. 24 e 27), Albânia (Arts. 20 e 24), Azerbaijão (Arts. 48 e 71), Quirguistão (Arts. 16 e 82), Tadjiquistão (Art. 26), Turquia (Arts. 14 e 24), Turcomenistão (Art. 11) e Uzbequistão (Arts. 31 e 61). Cf. *ibid.*, p. 53-74.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁹ Constituições do Iraque (Arts. 7 [A], 13 [F] e 15 [C]), Bangladesh (Arts. 39 e 41), Paquistão (Arts. 20 a 22), Malásia (Arts. 11 [1], [2], [3], [4] e [5] e 12 [2] e [3]), Serra Leoa (Art. 24 [1], [2], [3], [4], [5], [a] e [b]), Sudão (Arts. 24 e 27), Albânia (Arts. 20 e 24), Azerbaijão (Arts. 48 e 71), Turquia (Arts. 14 e 24) e Uzbequistão (Arts. 31 e 61). Cf. *ibid.*, p. 53-74.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 15.

ou seus comandos constitucionais se circunscrevem à proteção da liberdade de culto (Argélia, Barein, Egito, Irã, Jordânia, Kuwait, Líbano, Líbia, Marrocos, Omã, Qatar, Arábia Saudita, Síria, Tunísia, EAU, Iêmen, Afeganistão, Brunei, Maldivas, Camarões, Mauritània e Somàlia⁶¹)⁶².

Ademais, 12 não estão providos de normas constitucionais que positivem direitos individuais correlatos ao da liberdade religiosa ou possuem normas constitucionais a restringirem o exercício de tais direitos por determinado(s) grupo(s) (Barein, Egito, Irã, Jordânia, Líbano, Líbia, Omã, Síria, EAU, Afeganistão, Maldivas e Burkina Fasso⁶³)⁶⁴.

Por último, 15 limitam as liberdades de religião, crença e culto além do permitido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos de matriz ocidental (Barein, Irã, Jordânia, Kuwait, Líbia, Omã, EAU, Afeganistão, Brunei, Maldivas, Djibouti, Gâmbia, Níger, Serra Leoa e Turquia⁶⁵)⁶⁶.

5. A Opção do Federalismo Comunitário

Nos Estados de maioria muçulmana e árabe convém, levar em conta a possibilidade de se adotar a forma federativa de Estado como meio de se apaziguarem conflitos étnico-religiosos e com isso melhor se homenagearem os direitos humanos, cujo respeito se mostra árduo

⁶¹ Constituição da Argélia (Art. 36), Barein (Art. 22), Egito (Art. 46), Irã (Arts. 12 a 14 c/c Arts. 23 e 26), Jordânia (Arts. 14 e 19), Kuwait (Art. 35), Líbano (Arts. 9º a 10), Líbia (Art. 2º), Marrocos (Art. 6º), Omã (Art. 28), Qatar (Art. 50), Arábia Saudita (Arts. 9º e 26), Síria (Art. 35 [1] e [2]), Tunísia (Art. 5º), EAU (Art. 32), Iêmen (Arts. 41 e 51), Afeganistão (Arts. 2º, 45 e 54), Brunei (Art. 3 [1]), Maldivas (Art. 25), Camarões (preâmbulo) e Mauritània. (Somàlia se encontra sem Constituição.) Cf. *ibid.*, p. 53-74.

⁶² *Ibid.*, p. 15.

⁶³ Constituições de Barein (Art. 22), Egito (Art. 46), Irã (Arts. 12 a 14 c/c Arts. 23 e 26), Jordânia (Arts. 14 e 19), Líbano (Arts. 9º a 10), Líbia (Art. 2º), Omã (Art. 28), Síria (Art. 35 [1] e [2]), EAU (Art. 32), Afeganistão (Arts. 2º, 45 e 54), Maldivas (Art. 25) e Burkina Fasso (Art. 7º). Cf. *ibid.*, p. 53-74.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁵ Constituições do Barein (Art. 22), Irã (Arts. 12 a 14 c/c Arts. 23 e 26), Jordânia (Arts. 14 e 19), Kuwait (Art. 35), Líbia (Art. 2º), Omã (Art. 28), EAU (Art. 32), Afeganistão (Arts. 2º, 45 e 54), Brunei (Art. 3 [1]), Maldivas (Art. 25), Djibouti (Arts. 25 [1], [b], [c] e [4], 32 e 212 [3]), Gâmbia (Arts. 25 [1], [b], [c] e [4], 32 e 212 [3]), Níger (Arts. 8º, 14 e 23), Serra Leoa (Art. 24 [1], [2], [3], [4] e [5], [a] e [b]) e Turquia (Arts. 14 e 24). Cf. *ibid.*, p. 53-74.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 15.

em ambientes marcados pelo enraizado ódio étnico e lancinante antagonismo religioso.

Em vez do federalismo tradicional de cunho *geográfico*, calçado na divisão do território estatal em unidades regionais com autogoverno (reflexo da autonomia política, normativa, financeira e administrativa) e repartidas por fronteiras fictícias, o federalismo ora indicado, possui caráter *comunitário*, centrado em fornecer às comunidades étnico-religiosas papéis nitidamente demarcados, de modo a não haver entre elas, conflitos de competência (ou atribuições) e guerras civis pelo controle do Poder Público, sem separá-las em territórios como se fossem compartimentos estanques, uma vez que, a partição geográfica de comunidades étnico-religiosas poderia redundar em *apartheids* e se esqueceria do fato de que muitas vezes, elas compartilham o mesmo espaço físico (cidade ou região)⁶⁷.

Exemplo de Estado de maioria muçulmana apropriado ao federalismo comunitário é o Iraque, onde a população se triparte em árabes xiitas (60%), árabes sunitas (20%) e curdos sunitas (20%). Existem históricas contendas tanto entre árabes e curdos, quanto entre árabes sunitas e xiitas e não há como se traçar uma linha geográfica razoável, para separar, em territórios distintos, árabes sunitas e xiitas⁶⁸.

Entretanto, dentre os Estados de maioria muçulmana, o Líbano se sobressai por alojar os primeiros precedentes jurídicos para o *federalismo comunitário*⁶⁹. Reformada em 1927, 1928, 1947 e 1990, a Constituição libanesa, de 1926, Art. 24 (1), alínea “a”⁷⁰, preceitua número igual de assentos para muçulmanos e cristãos na Câmara dos Deputados (o Parlamento libanês é unicameral, Art. 16). O Pacto Nacional de 1948 (não-escrito)⁷¹ firmou o costume seguido até hoje: o Presidente da República é cristão maronita; o primeiro-ministro,

67 Mallat, Chibli. “Federalism in the Middle East and Europe”. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cleveland, v. 35, nº 1, set.-dec. 2003, p. 12.

68 Ibid., p. 11.

69 Mallat, Chibli. Op. cit., p. 12-13.

70 Líbano. Lebanon constitution. Disponível em: http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/le00000_.html. Acesso em: 5 mai. 2005.

71 Jelloun, Mohammed Ben. “What’s consociational patriotism?: from Lebanon to Iraq?”. Disponível em: <http://swans.com/library/art11/jelloun2.html> Acesso em: 5 mai. 2005.

muçulmano sunita; e o Presidente da Câmara dos Deputados, muçulmano xiita⁷².

Conclusão

1. Conquanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Assembléia Geral das Nações Unidas careça de legitimidade plena por reverberar o Direito ocidental e destoar de tradições seculares do Direito muçulmano (a exemplo do exercício da liberdade de matrimônio e da separação entre Estado e clero), traz em seu conjunto de direitos universais, que têm como destinatários precípuos os seres humanos cuja esfera de autonomia individual se vê tolhida por poderosas autoridades estatais, tribais, religiosas e familiares;
2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, influenciada pela Constituição dos Estados Unidos de 1787, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pela Magna Carta de 1215, pelo *Bill of Rights* de 1689 e pelos movimentos missionários oitocentistas antiescravagistas e pró-sufrágio universal, vem a tona no Pós-Segunda Guerra Mundial, visando revigorar os direitos naturais como barreiras às normas do Direito Positivo, contrárias aos direitos humanos e favoráveis a regimes ditatoriais ou totalitários;
3. Já a Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã de 1990, da 19ª Conferência Islâmica dos Ministros das Relações Exteriores, antecedida pela Constituição da República Islâmica do Irã de 1979, e pela Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos de 1981, ressoa a desilusão de setores da comunidade muçulmana com o Ocidente e o ressurgimento dos movimentos islâmicos conservadores, ambos resultados, quer da busca pela preservação da identidade islamita em meio aos embates ideológicos da Guerra Fria entre os Estados Unidos e a União Soviética, quer da derrota árabe (do Egito, Jordânia e Síria) para Israel na Guerra Árabe-Israelita de 1967;
4. A Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã continua o esforço antes iniciado pela Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos, de ajustar ao Direito muçulmano os direitos humanos historicamente afinados com os tratados e as Constituições de matriz ocidental, em particular no que se refere ao direito à

⁷² Mallat, Chibli. Op. cit., p. 12-13.

igualdade e ao devido processo legal, ao direito às liberdades civis, à vida privada e à vida familiar, ao direito às liberdades políticas e à democracia, aos direitos sociais, econômicos e culturais e ao direito ao meio ambiente sadio;

5. Embora a Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã se aproxime da Declaração Universal dos Direitos Humanos quando aloja direitos de caráter civil, político-democrático, social, econômico e cultural, distancia-se dela ao submeter os direitos humanos à moldura teológica do Direito muçulmano e vai além da Declaração da ONU de 1948 ao catalogar o direito ao meio ambiente sadio;
6. Averiguando-se o Direito Constitucional Positivo dos 44 Estados nacionais de maioria muçulmana, nota-se que metade declara o Islã a religião oficial (10 desses 44 se consideram Estados islâmicos) e a outra metade se divide em 11 Estados seculares e 11 Estados cujas Constituições não especificam se são seculares ou islâmicos;
7. Dos 44 Estados de maioria muçulmana, 21 contemplam o padrão internacional de liberdade de religião (ou crença) e culto. Desse grupo de 21, 10 Estados desfrutam de explícitas garantias constitucionais contra a coerção religiosa. Por outro lado, desses 44 Estados-nações, 22 possuem disposições constitucionais aquém da garantia da liberdade religião (ou crença) ou seus comandos constitucionais se circunscrevem à proteção da liberdade de culto; 12 estão providos de normas constitucionais que não positivam direitos individuais correlatos ao da liberdade de religião ou possuem normas constitucionais a restringirem o exercício de tais direitos por determinado(s) grupo(s); 15 limitam as liberdades de religião, crença e culto além do permitido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos de matriz ocidental;
8. Nos Estados de maioria muçulmana e árabe nos quais setores expressivos da sociedade nutrem entre si ódio étnico e antagonismo religioso, o federalismo comunitário ressaí como mecanismo a arrefecer tais animosidades e assim pavimentar o caminho para a maior difusão da reverência aos direitos humanos, ao fornecer às comunidades étnico-religiosas papéis nitidamente demarcados, de forma a não haver entre elas, conflitos de competência (ou atribuições) e guerras civis pelo controle do Poder Público, sem separá-las em territórios como se fossem compartimentos estanques, uma vez que, a partição geográfica de comunidades

étnico-religiosas, poderia redundar em *apartheids* e se esqueceria o fato de que muitas vezes elas compartilham o mesmo espaço físico (cidade ou região).

Referências Bibliográficas

Alcorão. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/alcorao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2005.

19ª Conferência Islâmica de Ministros das Relações Exteriores. The Cairo Declaration on Human Rights in Islam. Disponível em: <http://www.humanrights.harvard.edu>. Acesso em: 26 abr. 2005.

Conselho Islâmico. Universal Islamic Declaration of Human Rights. Disponível em: <http://www.alhewar.com>. Acesso em: 26 abr. 2005.

Estados Unidos da América. Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br>. Acesso em: 26 abr. 2005.

França. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 26 abr. 2005.

Heritage, Andrew; Cavanagh, Louise. *Enciclopédia Geográfica Universal*. Rio de Janeiro, Globo, 1995, v. 5.

Ignatieff, Michael. "The attack on human rights". *Foreign Affairs*, New York, v. 80, nº 6, p. 102-116, nov.-dec. 2001.

Irã. The Constitution of the Islamic Republic of Iran. Disponível em: <http://www.oefre.unibe.ch>. Acesso em: 26 abr. 2005.

Jelloun, Mohammed Ben. "What's consociational patriotism?: from Lebanon to Iraq". Disponível em: <http://swans.com/library/art11/jelloun2.html>. Acesso em: 5 mai. 2005.

Líbano. Lebanon constitution. Disponível em:

http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/le00000_.html. Acesso em: 5 mai. 2005.

Mallat, Chibli. "Federalism in the Middle East and Europe". *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cleveland, v. 35, nº 1, p. 1-14, set.-dec. 2003.

Morrison, Heidi. "Beyond universalism". *Muslim World Journal of Human Rights*, Berkeley, v. 1, nº 1, p. 1-21, jan.-dec. 2004.

Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2004.

_____. Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (1966). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 11 out. 2004.

Preece, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica: Macropaedia*. Chicago, 15th ed., 1980, v. 9

Pinheiro, Luís Felipe Valerim. “O devido processo legal e o processo administrativo”. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 20, p. 1.323-1.333, out. 2002.

Serajzadeh, Seyed Hossein. “Islam and crime: the moral community of muslims”. *Journal of Arabic and Islamic Studies*, Bergen, v. 4, p. 111-131, jan. 2001-dec. 2002.

Stahnke, Tad; Blitt, Robert C. *The Religion-State Relationship and the Right to Freedom of Religion or Belief: A Comparative Textual Analysis of the Constitutions of Predominantly Muslim Countries*. Washington D.C., U. S. Commission on International Religious Freedom, 2005.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos

*Bernal Arias Ramírez**

Introducción

Hay una extraordinaria complejidad del Derecho internacional contemporáneo que, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, viene experimentando un proceso de cambio. La evolución del sistema jurídico internacional durante el Siglo XX estuvo marcada por la creación de jurisdicciones internacionales de vocación permanente, universal y regional. Sin embargo, el control de legalidad de las conductas estatales ha funcionado parcialmente por el carácter facultativo de la aceptación de las jurisdicciones tanto del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), como de los otros tribunales regionales.

La concepción positivista-voluntarista clásica ha prevalecido mayoritariamente. En todo caso, la aparición del TIJ constituyó una aportación fundamental en la unidad del ordenamiento internacional. A partir del papel del TIJ se ha producido una multiplicación de las jurisdicciones internacionales. Así, han aflorado nuevos tribunales penales de carácter internacional, entre los que destaca el Tribunal Penal Internacional, cuyo estatuto se aprobó en Roma en julio de 1998; las jurisdicciones de tipo regional, como los tribunales de Estrasburgo de Derechos Humanos y de Luxemburgo de las Comunidades Europeas o el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos de San José de Costa Rica; la entrada en vigor en 1995 de un nuevo sistema de arreglo de controversias en el seno de la Organización Mundial del Comercio y la creación, en 1996, del Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Este último supone una clara superposición con las competencias que venía ejerciendo el TIJ.

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Profesor de la Universidad de Costa Rica, Posgrado Centroamericano en Ciencias Políticas y Asesor Parlamentario de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

El ensayo que a continuación se presenta parte de la idea integradora del desarrollo que han tenido las medidas cautelares en los sistemas universales y regionales, con especial atención al marco de los instrumentos normativos del Tribunal Internacional de Justicia, el sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas¹ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el sistema interamericano, que queda como telón de fondo, en sus diversos contrastes, a lo largo de estas líneas².

Se justifica el abordaje del apartado sobre el TIJ por ser éste el órgano judicial internacional pionero en materia de medidas provisionales con una vasta jurisprudencia en ese campo³, sentando

1 Comprende, en el ámbito de los mecanismos convencionales, el Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité Contra la Tortura bajo el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial bajo el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

2 Este ensayo forma parte de una investigación más amplia e integral desarrollada por el autor, que abordó singularmente el tratamiento de las medidas provisionales y cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos. No obstante lo dicho, este trabajo matiza y contrasta algunas notas características y acciones desplegadas por las diversas jurisdicciones, pero por razón de espacio no fue posible, aunque nos hubiese encantado, objetivar el examen de la jurisdicción regional americana, la que queda reservada para futuras publicaciones.

3 Los dos primeros casos en que se invocó el artículo 41 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia fueron: el de la Anglo Iranian Oil Company en 1951 (Reino Unido contra Irán), ordenanza de 5 de agosto de 1951, en *CIJ Recueil* 1951, pp. 91-92 y el Caso de la Compañía Interhandel, en 1957 (Suiza contra Estados Unidos de América), ordenanza de 24 de octubre de 1957, en *CIJ Recueil* 1957, p. 107. En los últimos años el Tribunal ha tenido una jurisprudencia más prolija en casos sobre medidas cautelares, así podemos citar algunos: Caso de competencia en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia y República Federal de Alemania contra Islandia), ordenanzas de 17 de agosto de 1972; Caso sobre ensayos nucleares (Australia contra Francia) (Nueva Zelanda contra Francia); Caso de procesamiento de prisioneros de guerra pakistaníes (Pakistán contra India); Caso de la plataforma continental del mar Egeo (Grecia contra Turquía), ordenanza de 11 de septiembre de 1976; Caso del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América contra Irán), ordenanza de 15 de diciembre de 1979; Caso sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ese Estado (Nicaragua contra Estados Unidos de América), ordenanza de 10 de mayo de 1984; Caso de la mediación en el diferendo fronterizo (Burkina Faso contra Mali), ordenanza de 10 de enero de 1986; Caso de acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua contra Honduras) –demanda reiterada–; Caso relativo a la sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea Bissau contra Senegal), ordenanza de 2 de marzo de 1990; Caso sobre el paso del Grand Belt (Finlandia contra Dinamarca), ordenanza de 29 de julio de 1990; Caso sobre el incidente aéreo de Lockerbie (Libia contra el Reino Unido) (Libia contra Estados Unidos de América), ordenanza de 14 de abril de 1992; Caso sobre la aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia –Serbia

los primeros principios doctrinales y de interpretación. No interesa aquí, por no ser materia estrictamente del Derecho internacional de los Derechos Humanos, estudiar el instituto cautelar previsto en la normativa y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴, órgano que a pesar de los pocos años de estar en marcha cuenta con un importante desarrollo en medidas cautelares. Tampoco toca estudiar el recién puesto en vigor Tribunal Penal Internacional por su embrionaria fundación y por dirimirse ante él exclusivamente casos en que lo que está en juego es la responsabilidad penal individual.

Después de la advertencia, iniciamos con lo dicho por Aguiar, en su magnífico ensayo⁵, recogido en la obra conmemorativa de los quince años de instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que “las normas de referencia⁶, sujetas como están al principio de desarrollo progresivo que afecta de manera integral al régimen internacional de los derechos humanos, son extremadamente escuetas. Podría decirse que, a pesar de estar inspiradas en el Estatuto y en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, no abundan en los detalles sustantivos y adjetivos acopiados por sus normas...”.

y Montenegro–), ordenanza de 8 de abril de 1993; Caso de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, ordenanza de 15 de marzo de 1996; Caso relativo a la Convención de Viena sobre las relaciones consulares (Paraguay contra Estados Unidos de América), ordenanza de 5 de mayo de 1998; Caso LaGrand (Alemania contra Estados Unidos de América), ordenanza de 3 de marzo de 1999; Caso de las actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda), ordenanza de 1 de julio de 2000; Caso relativo a la ejecución de sentencia de 11 de abril de 2000 (Congo contra Bélgica), ordenanza de medidas precautorias de 8 de diciembre de 2000.

- 4 Se excluye el tribunal de Luxemburgo por no ser de interés de este estudio. No obstante hay que señalar que aunque no es un órgano jurisdiccional internacional directamente relacionado con derechos fundamentales, en el entorno europeo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha venido desarrollando profusamente medidas provisionales. Su normativa en este tema parte del artículo 186 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCEE) y sus correlativos 39 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (TCECA) y 158 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA). La regulación específica cautelar se contiene en los artículos 83 al 90 del Reglamento de Procedimiento del TJCE de 19 de junio de 1991.
- 5 Cfr. Aguiar-Aranguren, Asdrúbal, “Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En libro conmemorativo, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, Rafael Nieto Navia Editor, San José, Costa Rica, 1994, pp. 19-37, p. 23.
- 6 Haciendo alusión a los artículos: 63.2 del Pacto de San José, 19. c del Estatuto de la Comisión y 29 (hoy 25) de su Reglamento. Además, el artículo 24 del Reglamento de la Corte.

Efectivamente, las normas están lacónicas aunque debidamente provisionadas. En criterio de Gros Espiell⁷, son las disposiciones americanas las que han alcanzado un mayor grado de refinamiento con respecto a las establecidas en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Ciertamente eso no era suficiente, pues mientras el sistema europeo contaba con un acervo importante de jurisprudencia, la Corte tuvo su primer fallo contencioso en 1987. Siguiendo esa línea de pensamiento, la práctica jurisprudencial relacionada con las medidas cautelares en la Corte IDH fue en extremo prudente y modesta, por lo menos hasta 1996.

Hay que hacer ciertas distinciones, es decir, clarificar contra quién o hacia quién comparamos las actuaciones. Si la comparación se hace entre el sistema regional de protección de los derechos humanos y el sistema jurisdiccional de solución de conflictos de La Haya, que viene aplicando medidas precautorias desde principios de siglo XX, a partir del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, diríamos que se está en franca desventaja, por la progresividad que ha tenido la figura cautelar en numerosos fallos del Tribunal Internacional de Justicia. Ahora bien, si la comparación la hacemos mirando lo actuado en esta materia por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órganos “simétricos” por lo menos *ratione materiae* de protección, evidentemente, el sistema regional americano ha alcanzado un mayor grado de efectividad, lo que no implica exqu coasta Rica, 2001.

Cançado Trindade nos indica que:

Las medidas cautelares alcanzaron el nivel internacional (en la práctica arbitral y judicial internacional), a pesar de la estructura diferente de éste, cuando comparado con el derecho interno (sic). La transposición de las medidas provisionales del orden jurídico interno al internacional –siempre ante la probabilidad o inminencia de un “daño irreparable”, y la preocupación o necesidad de asegurar la “realización futura de una determinada situación jurídica”– tuvo el efecto de ampliar el dominio de la jurisdicción internacional, con la consecuente reducción del llamado “dominio reservado” del Estado⁸.

⁷ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, San José, IIDH; Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988, p. 170-171.

⁸ Cfr. Cançado Trindade, Antonio, “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Compendio de Jurisprudencia: Julio 2000-Junio 2001”, Serie E: Medidas Provisionales, No. 3, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 2001,

La innovación que ha hecho el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos respecto del instrumento jurídico cautelar y en relación con las normas que regulan la Corte Internacional de Justicia y los reglamentos de los organismos europeos, subyace en el hecho de que las medidas que puede ordenar la Corte Interamericana no sólo son referidas a los asuntos sobre los cuales esté conociendo, sino también de aquellos que se tramitan en la Comisión Interamericana y que todavía no se han sometido a la Corte. Para el sistema, esta característica es peculiar y ha conferido gran flexibilidad y amplitud a las providencias dictadas por el Alto Tribunal.

Otra gran diferencia con sistemas similares ha consistido en la capacidad de la Corte para tener dos tipos de competencia en estos procesos especiales, una unipersonal, es decir, relativa a aquellas medidas de urgencia que dicta el juez Presidente de la Corte, y otra colegiada relativa a las dictadas por la Corte en Pleno. A las medidas dictadas por el órgano colegiado se les puede catalogar de provisionales, ya que permanecen en tanto se mantengan las circunstancias que motivaron su establecimiento, mientras que las que dicta el juez Presidente se les denomina de urgencia y penden de una ratificación o confirmación posterior de la Corte como tal.

Es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el Derecho internacional de los derechos humanos⁹, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos¹⁰.

p.vi. El juez Cançado en este párrafo cita a Paul Guggenheim, "Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire", 40 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1932), pp. 649-761, y pp. 758-759. También de Paul Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*. Paris, Libr. Rc. Sirey, 1931, pp. 174, 186, 188 y 14-15, y cf. pp. 6-7 y 61 y 62.

⁹ Cfr. Mac Donald, R.St.J., "Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights", 52 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1993, pp. 703-740.

¹⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Prólogo a la Serie E", *Medidas Provisionales*, No. 1, compendio: 1987-1996, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1996.

Gros Espiell citando a H. Mosler estableció: "... hay un necesario paralelismo entre el procedimiento de la Corte Internacional de Justicia y el de la Corte Europea de Derechos Humanos, que se ha extendido ahora, agregamos nosotros, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos"¹¹.

El paralelismo en los últimos lustros se ha ido ensanchando, debido a las particularidades y las modificaciones sustanciales que han operado en cada uno de los sistemas y tribunales, comenzando por el radical cambio dispuesto en Europa con la eliminación de la Comisión, y las constantes enmiendas realizadas al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Justamente un perfil de paralelismo se halla en el enfoque que le ha dado cada sistema a las medidas provisionales, de suyo, con intensidades que van desde la aplicación como constante, hasta su empleo como excepción.

1. Relación de normas en los diferentes sistemas de protección

La relación de normas relativas a las medidas provisionales en todos los ámbitos de protección, desde las generales relativas al sistema de las Naciones Unidas, y aquellas pertenecientes a los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos¹²,

¹¹ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos, IIDH, San José, Costa Rica, 1983, pp. 67-101, cit, p. 73.

¹² Las tenemos identificadas como sigue:

a. Naciones Unidas:

Artículo 40 de la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco)

Artículo 86 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Artículo 41.1 del Estatuto del TIJ

Artículo 75.1 del Reglamento del TIJ

b. Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

Artículo 63.2 del Pacto de San José

Artículo 19.c del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 25.1 del Reglamento de la Comisión I.D.H.

Artículo 25.1.4. del Reglamento de la Corte I.D.H.

nos dan una clara idea de la importancia del mecanismo instrumental en todos los ámbitos y jurisdicciones internacionales.

Expuestas y señaladas en la cita de pie supra las normas de tipo precautorio que existen en los diversos sistemas de protección universal y regional¹³, es conveniente volver sobre el significado del instrumento procesal “medidas provisionales” en el Derecho internacional. Así tenemos que las medidas provisionales en el Derecho internacional se pueden definir como un recurso suspensivo a través del cual el tribunal o comité, según sea el caso, puede pedir a las partes de un conflicto o litigio (proceso principal) que realicen o se abstengan de realizar ciertos actos, en tanto la resolución del conflicto permanece pendiente¹⁴.

El concepto de las medidas provisionales está firmemente incorporado en el Derecho internacional moderno, y tiene raíz en la historia de los tribunales internacionales. Los correspondientes Estatutos de la Corte Centroamericana de Justicia¹⁵ y del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en los artículos XVIII y 41 respectivamente, otorgaban poder jurisdiccional a ambos órganos para emitir medidas provisionales. La Corte Centroamericana de Justicia utilizó esta facultad dos veces¹⁶, y en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional se invocó en varios casos¹⁷.

En el Caso de la Compañía Eléctrica de Sofía, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, haciendo referencia al artículo

c. Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (antes de la entrada en vigor del Protocolo No. 11 “Nuevo Tribunal”)

Artículo 36 del Reglamento Interior de la Comisión Europea de Derechos Humanos

Artículo 36 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Art. 39 del Reglamento del “Nuevo Tribunal”)

- 13 Se exceptúa el Sistema Africano y las potestades del Consejo de Europa en cuanto a la Comisión y al Comité de Ministros.
- 14 Cfr. Elkind, J., *Interim Protection: a functional approach* 3, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1981.
- 15 Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana (Washington, 20 de diciembre de 1907). Véase *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, tomo I, No. 1, agosto de 1911.
- 16 Nos referimos a los Casos de Honduras y Nicaragua (coaligados) contra El Salvador y Guatemala (coaligados), 1908, 2 A.J.I.L. Supp. 231, 238, y Estados Unidos contra Nicaragua, 1908, 2 A.J.I.L. 835, 840-1.
- 17 Entre ellos Sino-Belgian Treaty Case, 1927, Order of Interim Measures of Jan. 8, P.C.I.J., Ser. A, No. 8, p. 6, 7-8, y Electric Company of Sofia and Bulgaria Case, 1939, P.C.I.J., Ser. A/B, No. 79, 194.

41 de su Estatuto, que sirvió de base al que está en vigor para el actual Tribunal, aceptó que el principio de medidas provisionales es un principio universalmente reconocido en el procedimiento jurídico¹⁸.

En efecto, las medidas provisionales constituyen principios jurídicos generales reconocidos por las naciones civilizadas, siendo una característica inherente a la autoridad de los órganos o tribunales supranacionales.

En lo que atañe a la evolución doctrinaria, Abad Castelos señala certeramente, que el paradigma de las medidas provisionales ha recibido en sede de La Haya abundantísima atención diseccionada desde varias ópticas. Más concretamente, observa esta autora, las medidas provisionales llegaron a ser objeto de dos monografías a principios de los años ochenta (la obra de J.B. Elkind, en 1981, y la de J. Sztucki, en 1983), que se detuvieron con acierto en el estudio del concreto objeto¹⁹. Sin lugar a dudas, esas monografías pioneras se ven perfeccionadas con la obra en castellano de Abad Castelos, quien enriquece su enfoque con actualizada y vasta jurisprudencia, trabajo que de rigor será citado líneas *infra*.

Resultó oportuno abrir este artículo con la descripción de las normas sobre medidas cautelares en los sistemas universales y regionales y el breve repaso de su enfoque y génesis; ahora, de seguido, corresponde compenetrarnos en la dinámica de la labor que realiza cada uno de esos sistemas por separado, ilustrado, desde luego, con antecedentes jurisprudenciales.

2. Tribunal internacional de justicia

2.1 Acerca del artículo 41 del Estatuto

Como se adelantó en la sección que antecede, el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia contiene una disposición específica,

¹⁸ Cfr. en idioma inglés: “Article 41 applies the principle universally accepted by international tribunals... to the effect that the parties to case must abstain from any measures capable or existing a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute.”

¹⁹ Cfr. Abad Castelos, Monserrat, *El Tribunal Internacional de Justicia y la Protección Cautelar de los Derechos de los Estados*, Editorial Dykinson S.L. y Universidade da Coruña, Area de Dereito Internacional Público, Madrid, España, 2002, p. 83.

el artículo 41²⁰ que se acompaña con la Sección D (Procedimientos Incidentales), Subsección 1 (Medidas Provisionales), artículos 73-78 (anteriormente 61) del Reglamento²¹, disposiciones que otorgan al Tribunal autoridad para indicar, si considera que las circunstancias lo exigen, las medidas provisionales que deberán tomarse para resguardar los derechos respectivos de cada una de las Partes. Se trata entonces de salvaguardar los derechos de las Partes cuando el perjuicio que los amenaza fuera irremediable de hecho y de derecho, de acuerdo con un principio universalmente admitido en las jurisdicciones internacionales²².

Las medidas provisionales en esta instancia judicial internacional²³ están concebidas como un incidente procesal consistente en dictar medidas de carácter preventivo y cuyo objeto es la salvaguardia de los derechos sobre los que el Tribunal deberá decidir en el procedimiento de la causa principal, resultando por ello objetivamente necesarias. Tienen carácter doblemente transitorio, en primer lugar, porque se pueden modificar en cualquier momento y, en segundo término, por cuanto, de no ser modificadas o levantadas, resultan sólo de aplicación hasta que se produzca el fallo de la Corte. Esta última nota es característica de la

20 Señala este artículo: "Artículo 41.1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas".

21 CIJ: Reglamento de la Corte, adoptado el 14 de abril de 1978.

22 Cfr. Pastor Ridruejo, José Antonio, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya. Sistematización y comentarios*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Estudio General de Navarra. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, España, 1962.

23 Véase por ejemplo: Cocatre-Zilgien, A., "Les mesures conservatoires décidées par le juge international". *Revue Egyptienne de Droit International*, 1996; Elkind, J. B. *Interim Protection. A functional approach*. The Hague, 1981; Guggenheim, P. "Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire" en R. des. C., 1932, t. II, pp. 645-761; Oellers-Frahm, K. "Interim measures of protection", en Bernhardt (ed.), E. of P.I.L., t. 1, *Settlement of Disputes*, 1981; Pescatore, P. "Les mesures conservatoires et les Referes", Colloque de Lyon. La juridiction Internationale Permanente, París, 1987. Sztucki, Jerzy. *Interim Measures in the Hague Court*, Deventer, Holland, 1983; Tesauro, G., "Le misure cautelari della Corte Internazionale di Giustizia". *Comunicazione e studi*, vol. XIV, 1975; Thirlway, H.W.A. "The indication of Provisional Measures by the International Court of Justice", en Bernhardt, R. (ed.) *Interim Measures Indicated by International Courts*. Berlin, 1993; Villani, U. "La misure cautelari nell'affare della piattaforma continentale del mare Egeo". Riv. D.I. vol. LX, 1977; "In tema di indicazione di misure cautelari da parte della Corte Internazionale di Giustizia". Riv. D.I. vol. LVII, 1974; Wortley, B.A.Q.C. "Interim Measures, reflections on procedures for interim measures of protection in the International Court of Justice", *Comunicazione e studi*, vol. XIV, 1975.

Corte Interamericana, tribunal que las puede considerar más allá de la sentencia de fondo o incluso posterior a la resolución de ejecución que contempla la indemnización²⁴.

Es indudable que la naturaleza contradictoria del proceso principal conlleva una tendencia dominante que indica que los Estados no están obligados a conformarse con el fallo cautelar –cuestión que en algunas ocasiones ocurre en el sistema interamericano–, sino seguir adelante, cuestión que tiene su origen y explicación en la naturaleza voluntarista y relacional –no mediatizada por un órgano, como ocurre con los denunciantes en el sistema interamericano–, escenario que ha dominado buena parte de las relaciones jurídicas internacionales.

Otro problema es el relativo a la redacción de las normas jurídicas. Así el artículo 41 del Estatuto del Tribunal de La Haya señala que “el Tribunal tendrá facultad para indicar... las que deban tomarse...”; esta expresión de “tendrá facultad para indicar” sustituyó a otra más categórica, contenida en el proyecto elaborado por uno de los miembros del Comité de Redacción del Estatuto, según la cual “el Tribunal podrá ordenar...”. Como se ve, se le bajó el perfil obligatorio a la figura cautelar, aunque ello no ha sido óbice para que ese Alto Tribunal haya planteado a lo largo de su existencia medidas provisionales, incluso obligando a potencias mundialmente reconocidas²⁵.

El artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) –y de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)– consagró, efectivamente, el poder de la Corte de La Haya de “indicar” medidas provisionales. El verbo utilizado generó un amplio

²⁴ En el Caso Loaysa Tamayo (Perú), la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante Sentencia de 17 de septiembre de 1997 condenó al Estado peruano por violación de los artículos 1.1, 5, 78.1, 8.2 y 8.4 de la Convención. Sin embargo, por Resolución del Presidente 13 de diciembre de 2000, se solicita nuevamente al Estado medidas urgentes, esta vez vinculadas al cumplimiento de la sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998. Asimismo, la Corte en la Resolución del 3 de febrero del 2001, ratificó la resolución del Presidente de 13 de diciembre de 2000, asegurando el regreso al país del peticionario. Finalmente, la Corte en la Resolución de 28 de agosto de 2001 levantó y dio por concluidas las medidas provisionales.

²⁵ El artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas indica que: “1.- Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte”. La parte que se sienta agraviada por el incumplimiento podrá recurrir al Consejo de Seguridad del órgano mundial, para que éste, si lo cree necesario y conveniente, haga recomendaciones o dicte medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

debate doctrinal acerca de su carácter vinculante²⁶, que no impidió el desarrollo de una extendida jurisprudencia (de la CPJI y la CIJ) sobre la materia.

Sobre esta particular y controvertida cuestión, Abad Castelos considera que el artículo 41 del Estatuto es lo suficientemente explícito. Para esta autora “indicar” apunta hacia la existencia de poderes inherentes del órgano judicial internacional. Literalmente expresa: “El texto del artículo 41 es bastante lacónico. Pero, en nuestra opinión, dentro de su sobrio contenido no cabe encontrar una oposición a la inherencia de ciertos poderes de la Corte sobre el mismo ámbito que procede regular, ni siquiera parece contener restricciones a la posible acción –discrecional– de la Corte”²⁷.

Se vincula el poder inherente de indicación de medidas provisionales con el poder que le concedieron los Estados a la Corte por virtud de la competencia poseída y extraída del artículo 36 del Estatuto, especialmente el numeral 1 al señalar que “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”. Esto se refuerza con la competencia relativa a *cualquier cuestión de Derecho Internacional*, o bien, *la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional*, ambas listadas en el numeral 2 de dicho artículo estatutario.

Esto nos lleva a otro tema esencial arduamente disputado, la competencia de la Corte Internacional de Justicia para aceptar un incidente de medidas precautorias.

2.2 La discusión sobre la competencia en caso de un incidente de medidas provisionales

Para el TIJ, las medidas tienen carácter prioritario²⁸, aunque, a diferencia del Sistema interamericano, el Tribunal Internacional de La

²⁶ Discusión suscitada por la discutida redacción de los textos en inglés o francés, otorgándose a este último idioma mayor fuerza obligante.

²⁷ Abad, M., *El tribunal internacional de justicia...*, Ob. Cit., p.72.

²⁸ Además de la bibliografía sugerida anteriormente, de forma singular recomendamos las siguientes obras: Daniele, Luigi. *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*. Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1993. Asimismo, Académie de Droit International de La Hague,

Haya aplica el *test* denominado *Lauterpacht*²⁹ que consiste en decidir *prima facie* si tiene competencia para conocer del fondo, en cuyo caso podría conocer de las medidas provisionales.

El Tribunal de La Haya ha debatido a fondo este punto. En el asunto “*pesquerías*”, la Corte había dicho que no debe aplicar el artículo 41 “cuando su incompetencia sobre el fondo es manifiesta”³⁰. Esto quiere decir que la cuestión de la competencia es previa al examen de las circunstancias que requieran las medidas provisionales.

Casado Raigón recoge en su obra³¹ la siguiente opinión: “Como ha dicho el juez Manfred Lachs, el Tribunal tiene que analizar esa cuestión *motu proprio* e indicar claramente lo que piensa a título provisional, a pesar de la respuesta negativa que crea deber dar a la petición de las medidas”³².

El juez Morozov, en opinión individual al auto del 11 de noviembre de 1976 que denegó medidas cautelares en el asunto de la “Plataforma Continental del Mar Egeo”, adoptó una postura³³ mayormente

Recueil des Cours, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1992, III, Tome 234 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993. Este volumen de la Academia trata en su totalidad las medidas provisionales y de protección.

- 29 Aceptación adoptada en honor al juez Hersch Lauterpacht, quien había señalado que “una cosa es decir que las medidas adoptadas por la Corte en virtud del artículo 41 del Estatuto no prejuzgan en absoluto la cuestión de su competencia sobre el fondo... y otra afirmar que la Corte pueda actuar en virtud del artículo 41 sin tener en cuenta las posibilidades de su competencia sobre el fondo...”. Esta opinión es reproducida por el juez Anderson, cuando indica “It may be recalled that the *prima facie* test, in relation to the similar question of interim measures under article 41 of the Statute of the International Court of Justice, was explained many years ago by Judge Lauterpacht in the following terms: The Court may properly act under the terms of article 41 provided that there is in existence an instrument which *prima facie* confers jurisdiction upon the Court and which incorporates no reservations obviously excluding its jurisdiction.” Anderson añade, “In applying the second part of this test, Judge Lauterpacht treated as obviously excluding the Courts jurisdiction a reservation by the respondent in that case which he regarded as invalid but which had not been found by the Court to be invalid. He applied the *prima facie* test to both the rule and the qualification.” Cfr. DRL: www.itlos.org/case_documents/2001/document_en_201.doc.
- 30 Lo ha señalado la Corte de La Haya, por ejemplo, en el Caso de la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido versus Islandia), *I.C.J. Reports* 1972, p. 15.
- 31 Cfr. Casado Raigón, Rafael, “La jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia”. *Monografía No. 1 de Cuadernos de Derecho Internacional*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, España, 1987, p. 25.
- 32 Opinión individual del juez Lachs al auto de 11 de noviembre de 1976 (*I.C.J. Reports* 1976, p. 19).
- 33 Otras opiniones son, por ejemplo, la del juez J. M. Ruda: “la Corte no puede decidir sobre una demanda en indicación de medidas cautelares sin haber

restrictiva según la cual el artículo 41 está subordinado a que previa y definitivamente se haya decidido la cuestión de su competencia. En su visión particular dijo que “ni el Estatuto ni el Reglamento prevén que la demanda en indicación de medidas cautelares tenga prioridad sobre el examen de la competencia”. También apuntó que el artículo 41 del Estatuto figura en el capítulo III, relativo al procedimiento, y las disposiciones de ese capítulo no podrían ser disociadas e ir en contra de las del capítulo II, relativas a la competencia de la Corte³⁴.

Casado Raigón registra que en los dos únicos asuntos en que el Tribunal ha rechazado la indicación de medidas cautelares (Interhandel y Plataforma continental del Mar Egeo), no ha habido siquiera un simple pronunciamiento *prima facie* de jurisdicción. Con respecto a uno de esos casos, dicho autor ha dicho que “para pronunciarse sobre la demanda en petición de medidas cautelares, la Corte no está llamada a decidir cuestión alguna relativa a su competencia para conocer del fondo”³⁵.

Una posición similar adoptó el Tribunal Internacional de Justicia en el auto del 10 de mayo de 1984 sobre el asunto “actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (competencia)³⁶, cuando declaró que ante una demanda en petición de medidas cautelares no tiene necesidad, antes de decidir las, de si es definitivamente competente para conocer sobre el fondo o, eventualmente sobre el fundamento de una excepción de incompetencia, pero, al mismo tiempo expresó que, no debe –el tribunal– sin embargo, indicar tales medidas más que si las

examinado antes, al menos *prima facie*, la cuestión fundamental de su competencia para conocer del fondo de la controversia” (opinión individual al auto de 11 de noviembre de 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.23); para H. Mosler, “la afirmación provisional de competencia constituye una condición previa para hallar si las circunstancias que exigirían las medidas cautelares existen” (opinión individual al auto de 11 de noviembre de 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.25); asimismo, para Lauterpacht “la Corte no puede, en relación a una demanda de indicación de medidas cautelares, desatender completamente la cuestión de su competencia sobre el fondo” (opinión individual al auto de 11 de noviembre de 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.118).

³⁴ Cfr. *I.C.J. Reports 1976*, cit., pp. 22-23.

³⁵ Vid. Casado Raigón, R., *La jurisdicción contenciosa...*, Ob. Cit. p. 25.

³⁶ Cfr. Labouz, Marie-Françoise, “Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis D’Amerique)”. Ordonnance de la Cour Internationale de Justice du 10 mai 1984 en indication de mesures conservatoires. En *Annuaire Français de Droit International*, XXX, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1984.

disposiciones invocadas por el actor parecen constituir *prima facie* una base sobre la cual su competencia podría estar fundada³⁷.

De acuerdo con Taslim O. Elias, las teorías sobre la competencia de un tribunal internacional para adoptar medidas provisionales se pueden clasificar en tres categorías³⁸: a) la que sostiene que, antes de conceder medidas provisionales, la Corte debe, como cuestión previa, estar absolutamente segura de su competencia para conocer del caso³⁹; b) la que afirma que la Corte tendría una “jurisdicción inherente”, derivada de su mera existencia como órgano judicial creado con consentimiento de los Estados, que la autorizaría para adoptar las medidas que considere indispensables para asegurar que no se vea frustrado el ejercicio de su jurisdicción sobre el fondo⁴⁰; c) la tesis según la cual, en ausencia de una clara indicación en sentido contrario, la Corte puede asumir, *prima facie*, que tiene jurisdicción para conocer de la solicitud de medidas provisionales, o que su falta de jurisdicción no resulta manifiesta, posponiendo para una fase posterior la cuestión de su competencia⁴¹.

Sobre esta misma cuestión, el juez Presidente de la Corte IDH, Cançado Trindade ha observado que “de todos modos, la Corte es, en cualesquiera circunstancias, *maestra de su jurisdicción*, como todo órgano poseedor de competencias jurisdiccionales, retiene ante ella el *poder inherente* para determinar el alcance de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz/compétence de la compétence*), sea en materia consultiva, sea en materia contenciosa, sea en relación con medidas provisionales de protección. Las medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen,

³⁷ Cfr. *I.C.J.Reports*, 1984, p. 179, par. 24.

³⁸ Datos tomados de Faúndez Ledesma, Héctor, Ob. Cit., *El sistema interamericano...*, p. 380-381.

³⁹ Cfr. las opiniones disidentes de los jueces Morozov y Ruda en el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo. Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, *I.C.J. Reports 1976*, pp. 21, 22 y 23, respectivamente.

⁴⁰ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Nuclear Test case, Australia v. France, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 259 ss. Según opinión de este autor (T.O. Elias), esta tesis requiere que la petición de medidas provisionales esté basada en un tratado en vigor entre las partes. Cfr. *The International Court of Justice and some Contemporary Problems*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1983, p. 21.

⁴¹ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Anglo Iranian Oil Company case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952, *I.C.J. Reports 1952*, p. 93 y Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, *I.C.J. Reports 1973*, p. 3.

en razón de su base convencional, un carácter indudablemente obligatorio⁴².

Por su parte, Faúndez Ledesma⁴³ indica que, “en la experiencia de la Corte Internacional de Justicia, en el Caso de la Anglo-Iranian Oil Co., y no obstante que el gobierno de Irán había objetado la competencia del tribunal, éste no vaciló en disponer medidas provisionales, considerando que ellas no prejuzgaban de ninguna manera sobre la cuestión de la jurisdicción de la Corte para conocer de los méritos de la controversia”⁴⁴.

La polémica se ha dado de forma abundante, y se manifiesta en la jurisprudencia, sobre todo en las opiniones individuales y disidentes. Por ejemplo, en su opinión disidente, los jueces Winiarski y Badawi Pasha rechazaron que la Corte tuviera competencia para indicar medidas provisionales si carecía de competencia para conocer los méritos del caso, y expresaron su dificultad para aceptar la idea de que si, *prima facie*, la total incompetencia no era evidente, habiendo por lo tanto una posibilidad, aunque remota, de que tuviera jurisdicción, estaría facultada para indicar medidas provisionales. En su opinión, tal enfoque estaría basado en una presunción a favor de la competencia de la Corte, la cual no sería compatible con los principios de derecho internacional. De acuerdo con el criterio de ambos jueces, en el caso de objeciones a su jurisdicción y si hubiera argumentos de peso a favor de la competencia de la Corte, de manera que ésta fuera razonablemente probable, el tribunal podría indicar medidas provisionales de protección; a la inversa, si hubiera dudas o argumentos de peso en contra de la jurisdicción del Tribunal, tales medidas no podrían ser adoptadas.

En el Caso de la Plataforma del Mar Egeo, el Tribunal Internacional de Justicia sugirió que su jurisdicción para conocer el fondo del asunto no era relevante para considerar una petición de medidas provisionales

⁴² Tales medidas, ordenadas por la Corte Interamericana, de carácter claramente vinculante, no se prestan a polémicas, como las que han circundado las medidas provisionales indicadas u otorgadas por otros tribunales internacionales; sobre estas polémicas o incertidumbres, cf. Jo. M. Pasqualucci, “Medidas Provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos”, *19 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1994, pp. 95-97; M.H. Mendelson, “Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction”, *46 British Year Book of International Law* (1972-1973), pp. 259-322.

⁴³ Vid. Faúndez, Ídem, p. 381.

⁴⁴ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Anglo-Iranian Oil Co. Case, request for the indication of interim measures of protection (United Kingdom / Iran), order of July 5th, 1951; *I.C.J. Reports 1951*, pp.93 y ss.

de protección, implicando que su autoridad para adoptar tales medidas, según el Art. 41 del Estatuto, le proporcionaba una base suficiente para su jurisdicción⁴⁵. Sin embargo, esta conclusión no se corresponde con las opiniones separadas de los jueces Lachs, Ruda, Mosler, Tarazi, ni con la del juez *ad hoc* Stassinopoulos⁴⁶.

A pesar de la disparidad de criterios individuales, en litigios ante esta jurisdicción, se ha precisado que en casos de gravedad y urgencia el Tribunal no está forzado a resolver definitivamente la cuestión de jurisdicción sobre los méritos del caso de fondo, sino solamente encontrar que existe una muestra *prima facie* de jurisdicción.

En síntesis, el Tribunal ha establecido que la decisión de tomar e indicar medidas conservatorias no prejuzga su competencia para conocer el fondo del asunto, dejando intacta la facultad que tienen las partes de impugnarla. Esto mismo podría asistirle a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos de incidentes anticipados, los elevados por la Comisión a la Corte en causas que ésta aún no está conociendo.

2.3 ¿Son las medidas provisionales fuente autónoma de competencia?

Para Casado y para el autor de esta investigación, la tendencia predominante⁴⁷ de considerar las medidas provisionales impuestas por el Tribunal de La Haya como fuente autónoma de competencia es desatinada. Son más los llamados a criticar esa dirección y a aceptar

⁴⁵ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Aegean Sea Continental Shelf case, Interim Protection, Order of 11 September 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.14.

⁴⁶ Vid. Casado Raigón, R., *La jurisdicción contenciosa...*, Ob. Cit. Este autor incluye en dicho grupo las ocho opiniones separadas y una disidente del auto del 11 de septiembre de 1976, haciendo referencia, entre otras, a las de los jueces Lachs, Morzov, Ruda, Mosler y Tarazi y a la disidente del juez *ad hoc*, Stassinopoulos, todas contrarias a la autonomía. Asimismo, recuerda que los jueces Forster y Gros, que no emitieron opinión alguna, se habían manifestado contrariamente a esa autonomía en el asunto de los “ensayos nucleares” (*C.I.J. Recueil 1973*, pp. 111 y 115 respectivamente).

⁴⁷ V.gr., Jiménez de Arechaga, quien, como Presidente de la Corte, afirmaba que “el artículo 41 constituye la base de la facultad de la Corte de actuar con respecto a una solicitud de medidas cautelares. Es una disposición que ha sido aceptada por todas las partes del Estatuto y en esa aceptación radica el elemento del consentimiento de los Estados a esta forma especial de jurisdicción. Ha sido descrita como jurisdicción incidental porque se trata de una competencia que la Corte está llamada a ejercer como un incidente en procedimientos ya incoados en ella”. (Opinión individual del 11 de noviembre de 1976 en relación con el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, *I.C.J. Reports 1976*, p.15).

que el incidente es accesorio del proceso principal⁴⁸. Si el artículo 41 confiriera una competencia autónoma a la Corte, la jurisdicción sobre el fondo sería totalmente irrelevante por virtud de que lo único en controversia –pretensión a resolver– serían las circunstancias o los hechos que exigen la indicación de medidas y no los derechos de fondo controvertidos.

Casado Raigón⁴⁹ reprocha el enfoque de Jiménez De Arechaga como sigue:

“Esta consecuencia que se desprende hace que la opinión del gran jurista uruguayo, parezca además un tanto equívoca cuando a continuación señala que el hecho de que el artículo 41 confiera una competencia autónoma a la Corte, independientemente de su competencia sobre el fondo de la controversia, no significa que las perspectivas de competencia sobre el fondo sean irrelevantes en relación a las indicadas de medidas cautelares.... En los asuntos donde no existe *prima facie* alguna posibilidad razonable de que la Corte sea competente sobre el fondo, no tendría sentido indicar medidas cautelares para asegurar la ejecución de una sentencia que la Corte no dará jamás”.

Ahora bien, “la posibilidad de una competencia sobre el fondo no es más que una de las circunstancias pertinentes”⁵⁰.

En opinión de Abad Castelos, con la que coincidimos, la aplicación del criterio de la competencia posible se ha convertido, pues, en una solución bastante equilibrada que, a la vez que introduce un control *a priori* sobre la existencia de la competencia necesaria para conocer del caso, permite atender la protección de los derechos que se hallan en una situación de peligro con la urgencia que la situación requiere⁵¹.

La situación de equilibrio analizada certeramente por Abad Castelos previene tesituras incómodas para el Tribunal, como tener que

⁴⁸ Asimismo, se recordó que los jueces Forster y Gros, que no emitieron opinión alguna, se habían manifestado contrariamente a esa autonomía en el asunto de los “ensayos nucleares” (*C.I.J. Recueil 1973*, pp. 111 y 115 respectivamente). Incluso opiniones autorizadas como la de Rosenne van orientadas hacia una visión instrumental y accesorio *pendente lite*.

⁴⁹ Vid. Casado Raigón, Ídem, p. 26.

⁵⁰ Cfr. Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, *I.C.J. Reports 1976*, p. 15. También declaración del Juez Jiménez de Arechaga en el auto de 26 de junio de 1973, indicación de medidas provisionales en el asunto de los Ensayos nucleares. *I.C.J. Reports 1973*, pp. 106-108.

⁵¹ Abad Castelos, M., *El Tribunal...*, Op. Cit. p. 109.

retractarse o dar pasos en falso. Un sistema similar de equilibrio debería ser adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos asuntos de medidas provisionales que, de manera anticipada, sin ser un caso *sub iudice*, le eleva a su conocimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Metodología que, además de incorporar el examen rápido y superficial de una eventual revisión sobre la admisibilidad, asume aspectos, aunque sean sutiles, de una posible cognición sobre el fondo.

Para finalizar esta sección, el Tribunal de La Haya nunca ha reconocido las medidas como un recurso o incidente autónomo. No obstante, el Tribunal ha adoptado medidas y luego se ha declarado incompetente para conocer del fondo del asunto (Caso Anglo-Iranian Oil Co.), situación que planteó algunos problemas, anulando consecuentemente las medidas provisionales dictadas⁵².

2.4 El objeto de las medidas en sede de La Haya

Como se adelantó, en opinión reiterada del Tribunal Internacional de Justicia, las medidas cautelares tienen por objeto salvaguardar el derecho de las partes en el proceso en tanto esperan que el juez internacional se pronuncie definitivamente sobre el litigio⁵³. Así, en el caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia contra Turquía, 1976), al referirse a los alcances del artículo 41 de su Estatuto, el TIJ sostuvo que dicho poder le fue conferido en la medida en que estime que las circunstancias exigen su uso para proteger los derechos de las partes, presuponiendo tal condición que los hechos en causa evidencian el riesgo de un perjuicio irreparable a los derechos en litigio.

Cançado Trindade⁵⁴ ha dicho que: “En el contencioso interestatal, el poder de un tribunal como la CIJ de indicar medidas provisionales de protección en su caso pendiente de decisión tiene por objeto preservar los derechos respectivos de las partes, evitando un daño irreparable a

⁵² En el Caso Anglo-Iranian Oil Co., la Corte, al resolver que era incompetente en la sentencia de 22 de julio de 1952, declaró que las medidas cautelares adoptadas por el auto de 5 de julio de 1951 quedarán sin efecto; en otras palabras, se habían indicado tales medidas sin jurisdicción.

⁵³ El Ouali, Abdelhmid, *Effets juridiques de la sentence internationale*, Paris, LGDJ, 1984, p. 92.

⁵⁴ Cançado Trindade, Antonio, *Ibíd.*, *Prólogo...*, Serie E, No.3, p. Xi.

los derechos en litigio en un proceso judicial⁵⁵". Subyace en su razón de ser, la instrumentalidad y urgencia o perentoriedad, dada la relación que deben guardar con la sentencia definitiva y la existencia de un peligro para el objeto del litigio.

Como se trata, generalmente, de diferencias interestatales donde no está de por medio la urgencia de vidas humanas, salvo, como lo veremos, los Casos individuales *Breard*⁵⁶ y *LaGrand*⁵⁷, las medidas provisionales tardan excesivamente en ser adoptadas⁵⁸.

Aquí tenemos una diferencia profunda⁵⁹ con los sistemas de protección de derechos humanos, donde la protección se lleva a cabo

55 Así lo ha señalado la CIJ, por ejemplo, en el Caso de la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido versus Islandia, *ICJ Reports 1972*, p. 16, par. 21 y p. 34, par. 22, 1972); en el Caso de los Rehenes (Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos) en Teherán (Estados Unidos versus Irán, *ICJ Reports 1979*, p. 19, par. 36), y más recientemente, en el Caso de Nicaragua versus Estados Unidos (*ICJ Reports 1984*, pp. 179 y 182, párrs. 24 y 32), y en el Caso de la Aplicación de la Convención contra Genocidio (Bosnia-Herzegovina versus Yugoslavia –Serbia y Montenegro–, *ICJ Reports 1993*, p. 19, par. 34, y p. 342, par. 35). A éstos se agregan varios otros casos en que la CIJ se ha pronunciado sobre la materia “indicando” o no las medidas provisionales solicitadas. Cfr., v.g., los Casos del Diferendo Fronterizo (Burkina Faso versus República de Mali, 1986); de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia versus Turquía, 1976); de los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda y Australia versus Francia, 1973); entre otros.

56 C.I.J. *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay c. États-Unis D’Amérique), ordenanza de medidas provisionales del 9 de abril de 1998.

57 C.I.J. *Affaire LaGrand* (Allemagne c. États-Unis D’Amérique), ordenanza de medidas provisionales de 5 de marzo de 1999.

58 Además de estos sonados casos individuales, también se hallan los asuntos donde estuvo o está de por medio un grupo o colectivo humano; así, en el asunto del “personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán”, ordenanza del 15 de diciembre de 1979, se trataba directamente de la afectación de vidas humanas. Dentro de este catálogo, también podemos citar el asunto sobre la “aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio” (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia –Serbia y Montenegro–), ordenanza de medidas provisionales de 13 de septiembre de 1993. Se añade a éstos, el reciente asunto puesto en manos de la Corte Internacional de Justicia por parte del Estado de México referente a la solicitud de medidas de urgencia para impedir la ejecución de los ciudadanos mexicanos condenados a pena de muerte en los Estados Unidos (concretamente, el Ministerio de Asuntos Exteriores mexicano habla de 54 nacionales suyos en esas condiciones).

59 Excepción de los casos recientes ya mencionados *Breard*, *LaGrand* y de los 54 condenados mexicanos a pena de muerte en los Estados Unidos. Sobre este último caso respecto de ciudadanos mexicanos es equivalente a los dos casos mencionados con anterioridad por tratarse del derecho de información sobre asistencia consular que se halla previsto en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (CVRC), de la que tanto México como Estados Unidos son parte. Dicha disposición establece que, en caso de detenciones de extranjeros, las autoridades locales están obligadas a informar a los detenidos,

hacia personas y no bienes⁶⁰. Las disputas son de carácter disímil. En el Tribunal Internacional de Justicia, los objetos de litigio van desde zonas limítrofes, territorios, intereses corporativos, instalaciones manufactureras, etcétera; mientras que en los tribunales regionales de protección de los derechos humanos o en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la competencia y el ámbito de protección siempre están dirigidos al ser humano, a los derechos consustanciales del hombre.

2.5 Breve examen del procedimiento

Como presupuesto de las siguientes observaciones hay que tomar en consideración que las partes que litigan ante el Tribunal Internacional de Justicia, de conformidad con su *ius standi*, son Estados, que al mismo tiempo representan intereses de sus nacionales, sean personas físicas o jurídicas, dando lugar evidentemente a un contencioso, donde se combina lo jurídico con la acción política del Estado. Sobre este particular asunto de la política como aspecto que gravita en las medidas cautelares, Rosenne⁶¹ sostiene: “Y como ésta es una disposición (se refiere a la que posibilita medidas cautelares) muy susceptible de complicaciones políticas, el Tribunal tiene la obligación de informar acerca de las medidas que sugiere no sólo a las partes, sino también al Consejo de Seguridad. Dicho poder permite al Tribunal aceptar medidas equivalentes a las cautelares que adoptan normalmente los tribunales internos en tanto llegan a una decisión final”⁶².

Sobre la petición, el Tribunal Internacional de Justicia puede proceder a indicar las medidas conservatorias tanto a petición de las Partes o de una de ellas (artículo 73 [1] del Reglamento) como de

sin dilación, de su derecho a comunicarse con la representación consular de su país de origen.

⁶⁰ En los últimos años, el Tribunal de La Haya ha venido asumiendo un rol protagónico en defensa del ser humano, en asuntos vinculados con presidiarios condenados a penal capital, curiosamente todos bajo el marco de justicia de los Estados Unidos de América. Esta tendencia de protección se ha venido a reforzar en el concierto internacional de las naciones –década de los años noventa– con la creación del Tribunal Penal Internacional, órgano concentrado, sobre todo, en la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

⁶¹ Cfr. Rosenne, Shabtai, *El Tribunal Internacional de Justicia*, Colección Estudios Internacionales, traducción de Francisco Cádiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

⁶² Vid. Rosenne, Shabtai, Ob. Cit. *El Tribunal...*, p. 131.

oficio, cuestión que está respaldada normativamente con el artículo 75 (1) del Reglamento del Tribunal. No obstante, ese órgano ha creído conveniente examinar primero la petición de los Estados solicitantes de medidas.

La petición de adopción de tales medidas puede hacerse en cualquier momento durante el curso del procedimiento, y el Tribunal accede generalmente a dicha petición sólo cuando haya posibilidad de que el objeto del litigio llegue a estar en auténtico peligro a causa de eventuales acciones del Estado demandado, como ocurre cuando hay peligro de perder los bienes objeto de una reclamación. Es así como el artículo 73 del Reglamento de la Corte indica:

1. Una demanda escrita solicitando que se indiquen medidas provisionales de resguardo puede ser presentada por una de las partes en cualquier momento en el curso del procedimiento concerniente al asunto con relación al cual se formula tal demanda.
2. La demanda indicará los motivos en que se funda, las posibles consecuencias en caso de que se rechace y las medidas que se solicitan. El secretario transmitirá inmediatamente a la otra parte copia certificada conforme de la demanda.

La petición es un documento que inicia unos trámites prejudiciales de carácter sumario que tienen prioridad con respecto a todos los demás asuntos. El procedimiento se sustancia en una única fase y naturalmente oral⁶³. En las audiencias orales, el Tribunal analiza la necesidad de la adopción de las medidas y la urgencia de las mismas, las que requieren una conexión directa entre los actos que se pretende evitar. Sin embargo, también la práctica indica que con frecuencia se presentan observaciones por escrito. No necesariamente las sugerencias de los Estados, supuestos afectados, son consideradas, sino que el Tribunal libremente puede adoptar otras distintas de las aconsejadas por los Estados⁶⁴.

Es costumbre del Tribunal comunicar dichas peticiones de la misma forma que se hace con las demandas que inician el procedimiento

⁶³ El artículo 74.3 del Reglamento de la Corte indica “La Corte, o si no estuviese reunida el Presidente, fijará la fecha del procedimiento oral de manera tal que las partes tengan la oportunidad de estar representadas en el mismo. La Corte recibirá y tomará en consideración las observaciones que le puedan ser presentadas antes del cierre de ese procedimiento.

⁶⁴ Cfr. por ejemplo, Ensayos Nucleares, Anglo-Iranian Oil Co., Pesquerías y Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Irán.

principal y su fallo suele adoptar la forma de un auto judicial, previos los alegatos de las partes.

Otra característica es que en este Tribunal una orden de adopción de medidas cautelares permanecerá en vigor en tanto penda el caso ante el Tribunal, a no ser que sea levantada expresamente con anterioridad a la decisión de fondo.

Hay que tomar en cuenta que en el caso que nos ocupa –TIJ–, no hay un órgano como la Comisión Interamericana o como la Comisión Europea (cuando existió) que analizara esos asuntos como filtro previo y como mecanismo preliminar. Así fue expuesto en el Caso de las acciones militares y paramilitares en Nicaragua y contra ese Estado (Nicaragua contra EEUU)⁶⁵.

Esta misma idea ha sido expresada por el Tribunal en los Casos del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán⁶⁶, de las pruebas nucleares⁶⁷ y de las Pesquerías⁶⁸. En los Casos, principalmente relativos a Pesquerías y a las acciones militares y paramilitares en Nicaragua, el Tribunal manifestó: “Para que el Tribunal considere la solicitud de medidas provisionales, es necesario que exista un instrumento vigente entre las partes, que señale el consentimiento de parte del Estado, y que sirva de base jurídica o represente, por lo menos, una probabilidad de que haya jurisdicción sobre los méritos del caso de fondo”.

En el caso de la jurisdicción de la Corte Interamericana, ésta ha señalado sistemáticamente la necesidad de que el Estado haya ratificado o se haya adherido a la Convención Americana y haya aceptado la competencia de la jurisdicción de la Corte (Art. 62 del Pacto de San José); es decir, que se evidencie el consentimiento formal del Estado aceptando la activación de la jurisdicción. Buergenthal parece inclinarse por la tesis de que la Corte Interamericana tiene jurisdicción *prima facie* para conocer de medidas provisionales sólo si ha establecido, aunque sea de un modo preliminar, que las partes han aceptado y están sujetas

⁶⁵ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia: (Nicaragua contra Estados Unidos de América) 1984, 169, “Provisional Measures Order of May 10”, párr. 24 y ss.

⁶⁶ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia: (Estados Unidos de América contra Irán) 1979, 13, “Interim Protection Order of Dec. 15”, párr. 15 y ss.

⁶⁷ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia: (Francia contra Australia y Nueva Zelanda) 1973, 99, 102, 135-138 “Interim Protection Order of June 22).

⁶⁸ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia, (Reino Unido contra Islandia), 1972, 12, “Interim Protection Order of Aug. 17”.

a esa jurisdicción⁶⁹. En forma más categórica, Nieto Navia sostiene que la Corte carece de competencia para adoptar medidas provisionales con respecto a aquellos Estados que no hayan hecho la declaración que reconoce la competencia de la Corte⁷⁰.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos debe juzgar el riesgo que hay a la hora de declararse la Corte competente en asuntos ni siquiera admitidos formalmente por la Comisión, esto para que no de lugar a la desnaturalización de la figura cautelar. En sede del Tribunal Internacional de Justicia, se ha dado lugar a excelente jurisprudencia respecto de lo comentado, son antecedentes que diferencian la acción procesal de las medidas provisionales (acción instrumental propiamente dicha) de la pretensión sostenida en el caso de fondo. El deslinde de ambas ha consolidado la posición del Alto Tribunal. Conceder medidas con ligereza sin el debido razonamiento sería admitir un “juicio provisional”⁷¹. En el Caso de la fábrica de Chorzów⁷², el Tribunal Permanente de Justicia Internacional rehusó conceder medidas provisionales a Alemania en un asunto sobre expropiaciones llevadas a cabo por Polonia, tomando en consideración que la medida pedida –pago de una suma de dinero– hubiera anticipado el enjuiciamiento base o principal, y por tanto, tendría matices de prejuizgamiento, en franco deterioro de la defensa polaca. En este sumario de la fábrica de Chorzów el Tribunal se abstuvo de indicar medidas provisionales aduciendo que la solicitud iba más allá de la interpretación razonable del artículo 41.

En esa misma línea de pensamiento, Irán, en el Caso del personal consular y diplomático de los Estados Unidos en Teherán, trató de convencer al Tribunal Internacional de Justicia, para que éste mantuviera la jurisprudencia (Caso Chorzów) del desaparecido Tribunal Permanente de Justicia Internacional, argumentando que la petición de medidas provisionales de los EEUU implicaba que la Corte Internacional de Justicia debería llegar a un juicio sobre la pretensión de fondo, lo cual no podría hacer sin violar sus principios jurisdiccionales.

⁶⁹ Cfr. Buergenthal, Thomas, “The Inter-American Court of Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 76, No. 2, 1982, p. 241.

⁷⁰ Vid. Nieto Navia, Rafael, Ob. Cit., *Las medidas provisionales en la Corte Interamericana...*, p. 385.

⁷¹ Cfr. Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Chorzow Factory Case (Alemania contra Polonia), 1927, Ser. A, No. 9, p. 4-10.

⁷² Cfr. Sentencia sobre el fondo, de 25 de mayo de 1926, Serie A, No. 7, 1926; Serie A, No. 12, 1927, p. 10.

El máximo tribunal internacional distinguió expresamente entre el Caso Chorzów y el de los rehenes, concluyendo que las circunstancias eran totalmente distintas, y concedió las medidas cautelares urgentes que pedía Estados Unidos, observando que el contenido de la petición de este Estado, no llevaba a un juicio final sobre los méritos del fondo de la cuestión, sino que pretendía preservar la esencia de los derechos que se reclamaban. Si comparamos los bienes tutelados entre el Caso de la fábrica de Chorzów y el de los rehenes en Irán, nos damos cuenta de que en el enfoque de protección hay diferencias sustanciales. En efecto, cuando se trata de la protección y salvaguardia de personas, las medidas cautelares adquieren mayor fuerza y eficacia y los argumentos jurídicos se flexibilizan o tienen una mayor elasticidad, no así cuando se trata de bienes materiales o pecuniarios –como dinero o infraestructura– que siempre queda para resolverse en la resolución de fondo.

Para remachar la idea, los Casos EEUU contra Irán (rehenes) y Nicaragua contra EEUU (acciones militares y paramilitares) coinciden en que el bien jurídico principal a tutelar era la vida e integridad física de personas, a diferencia del Caso de la fábrica Chorzów en el que se trataba de bienes inmuebles –expropiaciones–, lo cual nos lleva a razonar que en cierta forma el Tribunal Internacional de Justicia también ha salvaguardado derechos fundamentales del ser humano como lo haría el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o bien cualquier tribunal regional sobre derechos humanos.

Ahora bien, esa amenaza inmediata a la vida e integridad física de personas en nada constituye un juicio preliminar sobre el fondo, de manera que reconocer la urgencia y tomar las medidas y ajustes necesarios en ningún modo prejuzga el proceso principal, ni perjudica el trámite del contencioso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo ha entendido así, declarando ese órgano interamericano que, efectivamente, la tutela cautelar no prejuzga sobre la pretensión de la decisión final.

En la *litis*, como dato interesante reproducido en otras jurisdicciones, el Tribunal ha decidido y adoptado medidas conservatorias no sólo con la composición normal, sino también permitiendo, en algunos casos participar a los jueces *ad hoc* para que tomen parte en las deliberaciones, no siendo incompatible tal procedimiento con el carácter de urgencia de las medidas conservatorias.

No obstante lo dicho, la Corte de La Haya deja abierta en sus dictados una pequeña fisura en favor de las decisiones cautelares

“inmediatas” tendientes a evitar la sucesión de daños irreparables por motivos graves y urgentes, cuando señala que las mismas no requieren para su decisión de la presencia del juez *ad hoc*; lo cual, así lo creemos, habla en favor de disminuir en la acción cautelar todo resabio de origen contractualista. Pero también habla en contra de esta tendencia la pérdida de potestad que, desde 1931 sufrió el Presidente de la Corte de La Haya en favor del Plenario⁷³ para indicar medidas conservatorias o cautelares, lo que de suyo indica la necesidad de que la acción cautelar internacional quede sujeta a debate entre las partes. Cabría observar, sin embargo, que una cosa es el tratamiento de medidas cautelares en asuntos dominados por la estructura relacional entre los Estados y otra, necesariamente, la que ha de corresponder a temas que, como el de los derechos humanos, resultan de un tránsito desde la citada visión jurídica internacional autónoma hacia otra de carácter heterónimo e institucional, restrictiva de la voluntad absoluta y paritaria de los Estados⁷⁴.

Esa visión de carácter heterónimo e institucional que va más allá de lo paritario, se podría estar gestando a partir de los asuntos asociados al resguardo y protección de los seres humanos independientemente de otras razones o disputas de naturaleza material. En otras palabras, la *ratio materiae* vinculada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario podría estar cohesionando una postura orgánica especial cual es la inherente a la garantía de protección de personas y grupos humanos ante una instancia universalmente reconocida. El caso de las medidas precautorias dictadas en febrero del 2003 referidas a los mexicanos condenados a pena capital en Estados Unidos es un ejemplo de la subsidiaridad entre sistemas o jurisdicciones internacionales, habida cuenta de que el gobierno de los Estados Unidos no ha reconocido la jurisdicción y

⁷³ Nieto Navia indica que en 1931 fue modificado el Reglamento de la Corte y el artículo 57 del nuevo, más explícito, eliminó el poder que el anterior daba al Presidente para indicar medidas en ausencia de los jueces, poder que se había contemplado por cuanto la Corte, no obstante su nombre, *permanente*, se reunía ocasionalmente. El Presidente podría, en cambio, convocarla para adoptar medidas si no estaba reunida. Tomado de “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Teoría y praxis”. Libro conmemorativo *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte I.D.H., Rafael Nieto Navia Editor, San José, Costa Rica, 1994, p. 375.

⁷⁴ Aguiar, Ob. Cit., *Apuntes sobre...*, pp. 31-32.

competencia de la Corte IDH⁷⁵; empero, sí es parte de las obligaciones que resultan de la jurisdicción del Tribunal de La Haya.

México presentó una demanda ante la CIJ en diciembre de 2002 contra Estados Unidos por haber violado el derecho humano a la información consular en el caso de 54 mexicanos en espera de fecha de ejecución. El máximo órgano judicial de Naciones Unidas ordenó medidas provisionales de no ejecutar a tres de esas personas. Las audiencias públicas sobre el fondo de ese asunto, celebradas en La Haya en diciembre de 2003, darían paso a una sentencia aproximadamente en el primer semestre del 2004, que consolidaría esa protección teniendo como presupuesto los dos antecedentes LaGrand y Breard. Sin embargo, el 17 de noviembre de 2003 el Tribunal Supremo de Estados Unidos rechazó el asunto del inmigrante mexicano Osvaldo Torres Aguilera, condenado a muerte en el estado de Oklahoma por asesinato en 1993 (este era uno de los 54 mexicanos condenados a pena capital). El caso fue a debate internacional (Tribunal de La Haya) por posible violación de los derechos que concurren a cualquier persona amparados a la Convención de Viena de 1963 de notificar a las autoridades consulares cuando un extranjero es condenado a muerte. Torres Aguilera solicitó una apelación de su condena, alegando que cuando fue arrestado las autoridades estadounidenses no le informaron de sus derechos de asistencia consular. Después de que un juez federal y un tribunal de apelaciones también rechazaron su caso con anterioridad, el Tribunal Supremo rehusó intervenir en el caso contra el inmigrante mexicano sin ofrecer explicaciones al respecto. No obstante el juez Paul Stevens, uno de los más progresistas en el máximo tribunal estadounidense, destacó la preocupación de que “la mayoría de los extranjeros desconocen las cláusulas de la Convención de Viena (y, al parecer, también muchos fiscales locales)”. Es de observar que antes de lo sucedido con Torres

⁷⁵ Lamentablemente, al no ser parte Estados Unidos de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no recae sobre ese Estado la opinión consultiva solicitada por México, emitida el 17 de septiembre de 2003 (OC/18) sobre la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados, ni la opinión consultiva solicitada también por México, emitida el 1 de octubre de 1999 (OC/16), la que instituyó un derecho humano a la información consular, siempre que un nacional de un Estado miembro de la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1963 sea arrestado en un Estado parte de la misma. La opinión consultiva fue adoptada por unanimidad de sus siete magistrados, determinando además, que el incumplimiento del Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio le genera responsabilidad internacional. Sobre esta última opinión, cfr. Corte IDH, OC-16/99, “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del proceso legal. Interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos (solicitada por México)”, de 1 de octubre de 1999.

Aguilera, en enero del 2003, el gobierno de México presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que Estados Unidos postergue la ejecución de 54 inmigrantes mexicanos, mientras se investiga si se violaron sus derechos consulares. El juez Stephen Breyer, también miembro del ala progresista de la Corte estadounidense indicó que la Corte Suprema debía esperar a que la Corte Internacional de Justicia emita sus deliberaciones sobre esos 54 casos de condenados a muerte en Texas, Arizona, Arkansas, California, Florida, Nevada, Ohio y Oregón. En Estados Unidos la pena de muerte fue restablecida por la Corte Suprema en 1976 y desde ese año han sido ejecutadas 870 personas. Desde entonces se aplica en 38 de los 50 estados de la Unión Americana⁷⁶.

En lo que toca a la *fase probatoria* en el Tribunal Internacional de Justicia, ésta se ha interpretado aludiendo a que llega hasta el fin de procedimiento escrito, salvo alguna decisión especial que determine un plazo para la presentación de documentos nuevos previsto por el artículo 52⁷⁷ del Estatuto. Si después de ese momento se presentaran documentos nuevos, se presume el consentimiento cuando la otra parte, tras haber recibido copia de los documentos, no manifiesta oposición. Ahora bien, si el otro Estado se opusiere, el Estatuto permite al Tribunal rechazar los documentos extemporáneos, sin obligarle a conocerlos.

Sobre la *acumulación de causas*, ocurre con frecuencia en los procesos ante el Tribunal cuando dos Estados hacen causa común pudiendo incluso designar un sólo juez *ad hoc* como si de una sola parte se tratase. El Tribunal acumula las instancias introducidas por las demandas de los gobiernos cuando el objeto del litigio es común a todos.

Por otro lado, el Tribunal ha considerado que un arreglo o negociación extrajudicial entre las partes es independiente de la adopción de las medidas conservatorias, y las sigue considerando necesarias por razones jurídicas aun cuando se aplique el arreglo o negociación en cuestión. En el Caso de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País de Gex, las Partes acordaron con anticipación su decisión de mantener el *statu quo* antes de llevar el caso al Tribunal. Ahora bien, si la acción cautelar llegara a la jurisdicción del Tribunal,

⁷⁶ Vid. DRL: www.nacion.com/ln_ee/2003/noviembre/17/ultima-la16.html, reproduce cable noticioso de la agencia EFE.

⁷⁷ Este artículo señala: "Una vez recibidas las pruebas dentro del término fijado, la Corte podrá negarse a aceptar toda prueba adicional, oral o escrita, que una de las partes desee presentar, salvo que la otra dé su consentimiento".

en circunstancias de urgencia, tendría prelación sobre cualquier otro asunto.

Como referencias finales en este apartado, diremos que la Corte podrá indicar medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas o medidas que daban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que haya formulado la demanda (Art. 75.2 del Reglamento). El rechazo de una demanda de indicación de medidas provisionales no será obstáculo para que la parte que las haya solicitado pueda presentar en el mismo asunto una nueva demanda basada en hechos nuevos, situación que se reproduce en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La Corte de La Haya puede revocar o modificar en todo momento antes del fallo definitivo del asunto, cualquier decisión relativa a medidas provisionales si un cambio en la situación lo justifica. La Parte que proponga la revocación o modificación deberá indicar fehacientemente el cambio en la situación; esto obviamente conlleva dar oportunidad a las Partes de presentar observaciones al respecto (Vid. Art. 76 del Reglamento).

2.6 Las providencias, dentro de éstas, la ordenanza de medidas precautorias

El artículo 48⁷⁸ del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia faculta a éste para dictar las providencias necesarias para dar mejor curso al proceso. La aplicación de este artículo ha sido muy amplia, ha rebasado en ocasiones el formalismo inherente a todo proceso judicial, en aras del principio de efectividad. El Tribunal ha adoptado providencias para fijar los plazos procesales, nombrar peritos y señalar sus remuneraciones, acordar la suspensión del procedimiento sobre el fondo una vez presentada la excepción preliminar, unir la excepción al fondo del asunto, aceptar el desistimiento, *indicar medidas conservatorias*, excluir asuntos del registro del Tribunal, invitar a las partes a que suministren informaciones, excluir documentos presentados como pruebas, pronunciarse sobre la designación de jueces *ad hoc*, etc. Importa señalar que el Tribunal a este tipo de providencias no les otorga o concede fuerza de cosa juzgada.

⁷⁸ El artículo 48 del Estatuto reza literalmente lo siguiente: “La Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos, y adoptará las medidas necesarias para la práctica de pruebas”.

El juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade señala, que "... por haber dejado la CIJ, por más de cinco décadas, de precisar los efectos jurídicos de la indicación de sus propias medidas provisionales, tal indefinición generó incertidumbres en la teoría y la práctica sobre la materia, conllevando al incumplimiento, por los Estados demandados, de medidas provisionales por ella indicadas en los últimos años"⁷⁹; y añade que, "fue necesario esperar más de medio siglo para que, en reciente sentencia del 27.06.2001, la CIJ finalmente llegase a la conclusión de que las medidas provisionales por ella indicadas son vinculantes"⁸⁰.

El mismo autor⁸¹ observa que "a pesar de las incertidumbres que circundaron la materia, la jurisprudencia internacional buscó, a lo largo

79 Transcribimos textualmente sus citas: "Por ejemplo, las medidas provisionales indicadas (el 08.04.1993) en el Caso de la Aplicación de la Convención contra el Genocidio (Bosnia-Herzegovina versus Yugoslavia (Serbia y Montenegro)) dejaron de ser cumplidas por el Estado demandado y no mejoraron la situación en la región. K. Oellers-Frahm, "Anmerkungen zur einstweiligen Anordnung des Internationalen Gerichtshofs im Fall Bosnien-Herzegovina gegen Jugoslawien (Serbien und Montenegro) vom 8 April 1993", 53 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1993, pp. 638-656. Es para mí sorprendente que se haya intentado explicar o justificar tal incumplimiento de las medidas provisionales por parte de Yugoslavia, la cual, si las cumpliera, estaría siendo "inconsistent with its claim of lack of responsibility for the acts complained of"; S. Oda, "Provisional Measures. The practice of the International Court of Justice", *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of R. Hennings* (eds. V. Lowe y M. Fitzmaurice), Cambridge, University Press/Grotius Publ., 1996, pp. 555-556. Añade Cançado Trindade que esta visión es estatocéntrica de la materia, lamentablemente autorizada por el *interna corporis* de la CIJ. Otros ejemplos residen en las medidas provisionales indicadas por la CIJ en los Casos Breard (Paraguay versus Estados Unidos, el 09.04.1998) y LaGrand (Alemania versus Estados Unidos, el 03.03.1999), que tampoco fueron cumplidas por el Estado demandado, afectando por tanto a la reputación de éste último como a la autoridad de la CIJ. Ch. Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", 281 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Hague*, 1999, pp. 415-416".

80 Cfr. International Court of Justice, LaGrand case, Press Release 2001/16-bis, del 27.06.2001, pp. 1, 4-6 y 9-10. Obsérvese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el primer tribunal internacional en afirmar la existencia de un derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva n. 16 (OC-16/99), del 01.10.1999, Serie A, n. 16, pp. 3-123, paras. 1-141. Esta histórica opinión consultiva revela el impacto del Derecho internacional público, específicamente al haber sido la Corte Interamericana el primer tribunal internacional en advertir que el incumplimiento del artículo 36 (1) (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se daba en perjuicio no sólo de un Estado Parte sino también de los seres humanos en cuestión (tal como también lo acaba de admitir, con posterioridad, la CIJ en el supracitado Caso LaGrand).

81 Cançado Trindade, Antonio, *Ibíd.*, *Prólogo...*, Serie E., No. 3, p. Viii.

de los años, la *naturaleza jurídica* de las medidas provisionales, de carácter esencialmente preventivo, indicadas u otorgadas sin perjuicio de la decisión final en cuanto al fondo de los casos respectivos. Dichas medidas pasaron a ser indicadas u ordenadas por los tribunales internacionales contemporáneos⁸², además de los nacionales⁸³. Su uso generalizado en los planos tanto nacional como internacional ha llevado a una corriente de la doctrina contemporánea a considerar tales medidas como equivalentes a un verdadero *principio general del Derecho*, común a virtualmente todos los sistemas jurídicos nacionales, y convalidado por la práctica de los tribunales nacionales, arbitrales e internacionales⁸⁴.

Para finalizar esta sección, procede advertir que el Tribunal de La Haya ha rehusado en ciertos casos indicar medidas precautorias. En el Caso del Mar Egeo negó las medidas en razón de que Grecia no podía demostrar perjuicio irreparable a sus derechos en disputa y en la Orden de 29 de julio de 1991, en el Caso del Passage through the Great Belt⁸⁵, también negó las medidas, porque no habría pérdida económica actual para Finlandia y la decisión de la Corte saldría antes de que aquella pérdida se produjera.

2.7 El papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Una vez adoptadas⁸⁶, el Tribunal comunica su decisión al Secretario General de las Naciones Unidas, para que éste las transmita al Consejo

82 Cfr. Bernhardt, Rudolf (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1994, pp. 1-152.

83 Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Batalla por las Medidas Cautelares*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1995, pp. 25-385.

84 Cfr. Collins, Lawrence, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *234 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya* (1992) pp. 23, 214 y 234.

85 Cfr. Decaux, Emmanuel: "L'affaire du passage par le Grand-Belt" (Finlande c. Danemark) Demande en indication de mesures conservatoires. Ordonnance du 29 juillet 1991. En *Annuaire Français de Droit International*. XXXVII, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique CNRS, Paris, 1991.

86 Una vez indicadas, el Tribunal mantiene un levísimo control sobre las mismas, específicamente sobre su ejecución, reservándose, eso sí, la posibilidad de solicitar información a las partes acerca de la puesta en la práctica de las medidas dictadas.

de Seguridad⁸⁷. En concreto el artículo 77 del Reglamento de la Corte dispone: “Cualquier medida indicada por la Corte de acuerdo con los Artículos 73 y 74 de este Reglamento, y cualquier decisión tomada por la Corte de acuerdo con el párrafo 1 del Artículo 76 de este Reglamento, serán comunicadas inmediatamente al Secretario General de Naciones Unidas para su transmisión al Consejo de Seguridad, de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 41 del Estatuto”.

En el Caso de la Anglo-Iranian Oil Co., el Tribunal accedió a la petición, pero el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no pudo tomar medida alguna para poner en práctica las medidas preparadas. Esta fue una de las primeras dificultades que afrontó la Corte por la reacción iraní a las medidas provisionales indicadas⁸⁸. En el segundo Caso “Compañía Interhandel”, el Tribunal consideró que no había urgencia alguna y, por tanto, rechazó la petición. Rosenne a la sazón dice: “Como esta facultad es excepcional, el Tribunal es muy estricto acerca de la insistencia en la observancia de las normas procesales correspondientes. No dará instrucciones a las partes de abstenerse de medidas capaces de perjudicar el objeto del litigio a no ser que se invoque específicamente su facultad de adoptar medidas cautelares”⁸⁹.

La responsabilidad de obligar a los Estados viene conferida expresamente al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por el artículo 24 de la Carta de la O.N.U. Dispone este artículo:

1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. 2. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los capítulos VI, VII, VIII y XII. 3. El Consejo de Seguridad presentará en la

⁸⁷ Se trata de tener informado al Consejo de Seguridad de la ONU acerca de las posibles situaciones que podría acarrear la ordenanza en situaciones que podrían convertirse en una amenaza para la paz internacional, o bien, podría suponerse que se comunica a ese órgano en caso de incumplimiento.

⁸⁸ Cfr. M.S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Bombay, Calcuta, Madras, Orient Longmans, 1958, pp. 339 y 442 n. 2.

⁸⁹ Rosenne, Shabtai, *El Tribunal...*, ob. cit., p. 132.

Asamblea General para su consideración informes anuales y, cuando fuere necesario, informes especiales.

Por último, el Tribunal tiene el criterio de que su función es dar por aceptada la buena fe de las Partes y no tomar medidas que puedan exacerbar un conflicto ya iniciado. Además, la Corte podrá solicitar información de las partes sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas provisionales que haya indicado⁹⁰.

2.8 Aplicación de las medidas cautelares en los emblemáticos Casos “Anglo Iranian Oil Co.” y “Compañía Interhandel”.

a. Anglo Iranian Oil Co.

Las tensiones entre Irán y el Reino Unido acerca de las actividades de la Anglo Iranian Oil Company se prolongaron a lo largo de muchos años. La concesión originaria fue otorgada por el gobierno persa en 1901. Al cabo de la Primera Guerra Mundial, el gobierno planteó diversas quejas, entre ellas que la compañía no prestaba atención a los intereses nacionales del país. En 1932 el conflicto alcanzó virulencia. Para el año 1933 se negoció un nuevo convenio de concesión entre Irán y la Compañía por medio del Consejo de la Sociedad de Naciones, al que el Reino Unido había planteado el caso, y, en 1949, un acuerdo complementario destinado a incrementar los beneficios persas en la concesión no fue ratificado por el parlamento de Irán. La situación se agravó en 1951 cuando el parlamento persa nacionalizó la industria petrolera en todo el país. El gobierno británico adoptó medidas de envío de fuerzas armadas para la defensa de los nacionales residentes en Irán. Más adelante decidió llevar el conflicto al Tribunal de La Haya, demandando a Irán con fecha 26 de mayo de 1951, fundada en la jurisdicción obligatoria.

A raíz de los anteriores acontecimientos, los hechos se hicieron cada vez más graves, al punto de temerse la destrucción de las instalaciones de la compañía. Consecuentemente, el 22 de junio de 1951, el gobierno británico planteó al Tribunal una *petición urgente de medidas provisionales de protección* con el fin de garantizar a la compañía la integridad de sus instalaciones. El gobierno persa negó inmediatamente que el Tribunal tuviera jurisdicción para tratar esta petición y no compareció a la vista oral, ni nombró siquiera su juez *ad hoc*. El 5 de

⁹⁰ Cfr. Art. 78 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

julio de 1951, el Tribunal, convencido de que tenía competencia para ello, dictó un auto accediendo a la solicitud británica. Este auto no fue ejecutado por Irán y, en septiembre, el Reino Unido llevó al Consejo de Seguridad la cuestión de su cumplimiento.

El gobierno persa designó a su agente y también a un juez *ad hoc*, pero, en lugar de exponer sus alegatos de fondo, planteó excepciones dilatorias. En sentencia de 22 de julio de 1952, el Tribunal consideró que carecía de jurisdicción sobre un gran número de puntos, la mayor parte de carácter técnico. Sin embargo, en el curso de la explicación de sus razones hubo de afrontar una perspectiva de conflicto que venía dificultando las relaciones jurídicas entre las partes⁹¹.

El argumento esgrimido por Irán para rechazar la autoridad de las decisiones cautelares del Tribunal de La Haya, fue el referido al carácter de ordenanza o resolución que revisten los pronunciamientos judiciales cautelares internacionales, desprovistos para Irán de fuerza de cosa juzgada inherente a las sentencias. A propósito de este criterio, la fuerza jurídica obligatoria de las medidas conservatorias no puede buscarse en razones de orden formal; de suyo, su razón de ser está apegada al carácter teleológico de urgencia y gravedad para evitar daños irreparables.

Se puede extraer de este caso a modo de conclusión que, los Estados, cualquiera que sea, están en el deber de asumir de buena fe las ordenes de medidas provisionales emanadas de tribunales internacionales, por virtud de que ellas *per se* no están dirimiendo el fondo del asunto, simplemente están aprovisionando una situación que ha surgido. Además, uno de los compromisos internacionalmente reconocidos es el de *pacta sunt servanda*, independientemente de la ideología, la estructura o sistema político, sus convicciones morales o religiosas, y el tipo o elaboración del Derecho en el Estado.

b. Compañía Interhandel

También en el Caso de la Compañía Interhandel, tenemos un buen ejemplo de los orígenes de las medidas cautelares. Los hechos comienzan en 1942; los Estados Unidos, de acuerdo con el Acta de Comercio con el enemigo, se apropiaron de casi todas las acciones de la General Aniline and Film Company, con base en el hecho de que pertenecía o era controlada por la I. G. Farbenindustrie de Frankfurt,

⁹¹ Rosenne, ob. cit., *El Tribunal Internacional...*, p. 250 ss.

Alemania. Hasta 1940, efectivamente, esta empresa controlaba a la citada compañía constituida en Suiza y llamada Interhandel, pero el gobierno suizo alegó que en 1940 Interhandel rompió relaciones con la compañía alemana, de manera que la General Aniline se hizo suiza y por tanto neutral, deduciéndose que sus bienes no podían ser confiscados como propiedad del enemigo.

Hay que considerar que hacia el fin de la Segunda Guerra Mundial, la propiedad de los alemanes en Suiza había sido bloqueada como consecuencia de un convenio entre la Confederación Helvética y los aliados occidentales, pero la oficina de compensación helvética aceptó el punto de vista de que la Interhandel era una empresa suiza y sus bienes no fueron bloqueados.

Terminada la guerra, un convenio en 1946 disponía el desbloqueo de los bienes suizos en los Estados Unidos y vino a plantear el carácter suizo o alemán de la compañía Interhandel. No se consiguió llegar a un arreglo y en 1948 se entabló procedimiento contra la decisión gubernamental ante los tribunales norteamericanos. Uno de los obstáculos a la demanda era la negativa suiza de aportar ciertos documentos de base, por alegar que constituía una violación al Derecho suizo.

En el curso de los contactos diplomáticos entre los dos gobiernos, los Estados Unidos informaron a Suiza, prematuramente, de que la Interhandel había perdido el pleito en las instancias norteamericanas, y en consecuencia el 2 de octubre de 1957 Suiza planteó una demanda internacional gestionando al gobierno norteamericano la devolución de los bienes de Interhandel. Al día siguiente, Suiza solicitó la adopción de medidas provisionales de protección requiriendo al gobierno de los Estados Unidos que no dispusiera de los bienes y especialmente no pusiera a la venta las acciones que se reclamaban como de propiedad helvética. Los Estados Unidos alegaron inmediatamente que ésta era una cuestión de su competencia interna, de acuerdo con la reserva introducida al efecto en su aceptación de la jurisdicción obligatoria.

La vista oral en torno a la cuestión de las medidas provisionales se celebró del 12 al 14 de octubre de 1957 y el 16 de noviembre se informó al Tribunal Internacional de Justicia que la Corte Suprema de los Estados Unidos había dictado ese mismo día (pero bastantes horas después de la conclusión de la sesión del Tribunal) un auto anulando la condena de las pretensiones del gobierno norteamericano con respecto a la Interhandel y ordenando la reanudación de este procedimiento.

Por tanto, la Corte Suprema informó al Tribunal Internacional de que en modo alguno podía Estados Unidos proceder a la venta de las acciones. En tales circunstancias, considerando el Tribunal que no mediaba urgencia alguna, por medio de un auto del 24 de octubre de 1957, consideró que no eran precisas las medidas provisionales de protección.

Estados Unidos presentó dentro de sus excepciones dilatorias que el Tribunal Internacional carecía de jurisdicción y que la demanda de Suiza era inadmisibile, porque la compañía no había agotado las instancias judiciales internas antes de presentar la demanda en La Haya, aceptando el Tribunal la excepción de inadmisibilidat rechazándose la demanda. Tras nuevos litigios ante los tribunales internos norteamericanos, ambos gobiernos llegaron a un acuerdo amistoso⁹².

2.9 Asuntos Breard y LaGrand

Como antecedente a los asuntos Breard y LaGrand, el Tribunal Internacional de Justicia, en el marco de la protección de los derechos humanos, aceptó el 20 de marzo de 1993 de Bosnia-Herzegovina una demanda contra la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), fundamentada en el artículo IX de la Convención contra el Genocidio, acusando a este último Estado de haber vulnerado normas de Derecho internacional, en concreto la Convención de 9 de diciembre de 1948.

Ferrer Lloret⁹³ manifiesta que El Tribunal se consideró competente *prima facie* para dictar medidas provisionales dentro del ámbito *ratione materiae* delimitado por dicha Convención, entendiendo que Yugoslavia había ratificado esa Convención en 1948 y que tanto Bosnia-Herzegovina como la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) habían sucedido en las obligaciones convencionales de Yugoslavia, al menos en lo que se refiere a esta Convención, sin perjuicio de la resolución definitiva de esa cuestión en la Sentencia sobre ese caso.

Mediante ordenanza de 8 de abril de 1993, el Tribunal decidió por unanimidad que la República Federal de Yugoslavia debía adoptar todas las medidas necesarias para prevenir la comisión del crimen de

⁹² Datos tomados de la obra de Rosenne, ob. cit., pp.264-266.

⁹³ Cfr. Ferrer Lloret, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Editorial Tecnos, Universidad de Alicante, Madrid, 1998, p. 348.

genocidio⁹⁴. Tanto Ferrer Lloret como Ramón Chornet⁹⁵ señalan que las medidas cautelares no fueron respetadas por la República Federal de Yugoslavia. Eso provocó que el Tribunal el 13 de septiembre de 1993 adoptara una nueva orden sobre medidas cautelares, limitándose a reafirmar las medidas provisionales dictadas en su decisión del 8 de abril del mismo año, insistiendo en su carácter obligatorio, cuyo incumplimiento podría constituir una especie de sanción moral contra la parte que las ha incumplido⁹⁶.

Este caso que trataba del genocidio, es decir, exterminio sistemático de un grupo étnico con tintes raciales y religiosos⁹⁷, terminó con una sentencia de fondo del Tribunal, afirmando el órgano judicial el carácter *erga omnes* de las obligaciones contenidas en la Convención de 1948, por lo que los Estados Partes han de cumplirla no sólo en sus territorios sino también en el territorio de terceros Estados, indiferentemente que los actos de genocidio se hayan cometido en el marco de un conflicto armado ya sea éste internacional o civil⁹⁸.

Este caso, con ribetes de protección colectiva de los derechos humanos de impedir la “*limpieza étnica*”, podría decirse que es la antesala de los casos inmediatamente admitidos y sustanciados sobre derechos humanos individuales (demandas de Estados) de los condenados a pena capital en los Estados Unidos (Breard, LaGrand y los 54 presidiarios mexicanos en EEUU).

94 Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, Order of 8 April 1993. ICJ Reports 1993.

95 Cfr. Ramón Chornet, C “Nota sobre la Orden de 8 de abril de 1993 de la CIJ en el conflicto Bosnia-Herzegovina”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. X (1994), 301-321.

96 Applicabilité de la convention pour la prévention et la repression du crime de genocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro). Ordonnance du 13 septembre 1993. *ICJ Reports 1993*.

97 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional establece en su artículo 6 lo que se entiende por genocidio, está orientado hacia aquellos actos 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 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 nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

98 Sentencia de 11 de julio de 1996.

La práctica y el desarrollo de su jurisprudencia han venido a confirmar la amplia competencia que tiene el TIJ en aplicación del Derecho internacional asumiendo jurisdicción sobre el contenido de convenciones y tratados en diversas materias, entre las que se hallan cuestiones relativas a genocidio y protección consular, pero que en el fondo contienen aspectos relativos a derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el debido proceso, las garantías judiciales y consulares, etc. Se entiende que el ingreso del Tribunal de La Haya en terrenos cuyo asunto versaba sobre cuestiones tocantes a genocidio se dio en el marco de la inexistencia, hasta ese momento, del Tribunal Penal Internacional de naciente formación, órgano basado en una competencia sujeta a la responsabilidad penal internacional⁹⁹ en crímenes como genocidio, lesa humanidad, crimen de agresión y crímenes de guerra¹⁰⁰.

El papel del Tribunal Internacional de Justicia en lo que atañe a medidas provisionales se ha puesto en entredicho, con la negativa de algunos Estados de respetar algunos requerimientos. Los asuntos *Breard* y *LaGrand* son dos ejemplos donde, si no fracasaron las medidas, se arriesgó el rol protagónico y vinculante del tribunal internacional, y por ende, la normativa y los principios del Derecho internacional.

Aún con la existencia de esa gran preocupación vinculada con la relativa eficacia de las órdenes y sentencias del Tribunal Internacional de Justicia¹⁰¹, es importante expresar que para el mundo contemporáneo tener a disposición instancias universales de defensa de derechos y protección de bienes y personas, es un avance y a la vez una contención, sobre todo para aquellas naciones que son reacias en suscribir y ratificar convenciones de carácter universal y regional, y aceptar sus correspondientes órganos jurisdiccionales. En efecto, hay reticencia de algunos Estados desarrollados (v.gr., EEUU) de aceptar jurisdicciones regionales quedando como último recurso acudir a La Haya. Quizás ésa fue la intención de Paraguay y México en los casos

⁹⁹ Vid. Art. 25 del Estatuto de la CPI.

¹⁰⁰ Vid. Art. 5 del Estatuto de la CPI.

¹⁰¹ Existen manifestaciones de incumplimiento de medidas provisionales decididas por la Corte en al menos ocho casos en que no resultaron aplicables: *Anglo Iranian*, *Competencia en materia de Pesquerías*, en *Ensayos Nucleares*, *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, el asunto relativo a la aplicación de la *Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio*, además del *Caso Breard* y del *Caso LaGrand*.

relacionados con nacionales de esos Estados, así como de Alemania respecto del Caso LaGrand.

a. El Caso Breard (Paraguay c. Estados Unidos)

Para profundizar en el tema de los derechos fundamentales en sede de La Haya, el Caso Breard es ilustrativo y suscitó, en su momento, gran controversia internacional, tras el flagrante desacato de una orden expresa del TIJ que exigía a Estados Unidos detener el proceso de ejecución.

El gobierno de Paraguay presentó una demanda contra los Estados Unidos en razón de la violación a la Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares. Paraguay fundamentó la competencia de la Corte de La Haya en el párrafo primero del artículo 36 de su Estatuto y el artículo 1 del Protocolo Facultativo sobre la Resolución Obligatoria de Controversias, concerniente a la reglamentación de las obligaciones de los diferendos que acompañan la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En 1992, las autoridades del Estado de Virginia tenían prisionero a un natural de la República de Paraguay (M. Angel Francisco Breard), quien fue acusado, juzgado y declarado culpable de homicidio voluntario y condenado a pena capital en 1993 por la jurisdicción de Virginia. El problema se da cuando las autoridades de ese Estado de la Unión Americana no cumplen con el párrafo primero del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que enuncia el derecho del Estado del cual es nacional el condenado de ser informado de tal decisión. En otras palabras, el Estado de Virginia tenía que comunicar a los funcionarios consulares paraguayos las condiciones de detención y advertirle por medio idóneo –correo– la reclusión y condenatoria.

Las autoridades de Virginia nunca negaron que no informaron a Breard de sus derechos consulares. Cuando los funcionarios paraguayos tuvieron conocimiento de la violación del tratado de 1963, la causa ya había pasado por los tribunales de apelación del Estado. En apoyo al recurso de Paraguay los gobiernos de Argentina, Brasil, Ecuador y México presentaron un Informe conjunto *amicus curiae* que subraya la importancia de la asistencia consular de acuerdo con el Convenio de

Viena y destacan la necesidad de buscar una solución eficaz ante las violaciones del tratado en Estados Unidos¹⁰².

Al acercarse la fecha de ejecución, efectivamente, Paraguay solicitó al TIJ que emitiera una decisión para que no se llevara a cabo la ejecución, dada la violación de los derechos consulares. Siendo Estados Unidos y Paraguay signatarios del Protocolo Facultativo, estaban obligados a cumplir con toda decisión que adoptara la Corte de La Haya en ese tipo de conflictos.

Para el año 1998 (7 de abril) los representantes de ambos países presentaron los respectivos alegatos ante el TIJ. Paraguay alegó que la violación al artículo 36 del Convenio de Viena había contribuido directamente a la pena de muerte de Breard y que la solución adecuada era que Virginia lo procesara de nuevo. Por su parte, los Estados Unidos sostuvieron que la CIJ no tenía competencia en causas penales de EEUU y que las autoridades estadounidenses ya habían enviado “disculpas” al gobierno de Paraguay. De esa forma EEUU minimizó la importancia de los derechos consulares de los extranjeros en ese país.

La providencia unánime de medidas provisionales se dio el 9 de abril de 1998¹⁰³, ordenando el TIJ a los Estados Unidos que “tomaran todas las medidas a su alcance para aplazar la ejecución de Breard mientras la Corte Internacional adoptara una decisión definitiva sobre la propia violación del tratado”¹⁰⁴.

¹⁰² El Informe *Animus Curiae* señala que el Departamento de Estado de los Estados Unidos interviene rápida y enérgicamente cuando se priva de sus derechos consulares a ciudadanos estadounidenses detenidos en el extranjero. Como ejemplo, el informe citaba el texto de un telegrama del Departamento de Estado al Gobierno de la República Árabe de Siria, en que Estados Unidos protestaba por la denegación de asistencia consular a dos ciudadanos americanos detenidos.

¹⁰³ El juez estadounidense Stephen M. Schwebel, no obstante estar investido de la figura de Presidente, no participó en el procedimiento que se sustanció en este caso. En opiniones separadas se indicó que “una disculpa no ayuda a un acusado”, y añadieron categóricamente los jueces que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares debe ser cumplido en todo el mundo. Incluso el Vicepresidente de la Corte que actuaba en tanto que Presidente en este caso, dirigió una carta al gobierno de Estados Unidos el 2 de marzo de 1999, indicando “Ejerciendo la presidencia de la Corte en virtud de los artículos 13 y 32 del Reglamento de la Corte, y actuando de acuerdo con las disposiciones del párrafo 4 del artículo 74 de dicho reglamento, llamo por la presente la atención del gobierno sobre la necesidad de actuar de manera que toda ordenanza de la Corte sobre la demanda en indicación de medidas provisionales pueda tener efectos deseados” (vid. párrafo 11 de la ordenanza de 3 de marzo de 1999).

¹⁰⁴ Textualmente en idioma francés dijo: “Les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils ont le pouvoir pour que M. Ángel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n’aura pas été rendue, et doivent porter à la connaissance de la Cour toutes les mesures qui auront été prises en

En los últimos días que precedieron a la ejecución se presentaron nuevos recursos ante la Corte Suprema de los EEUU basados en la ordenanza del TIJ. No obstante, el gobierno pidió a la Corte que no concediera el aplazamiento de la ejecución, puesto que la asistencia de funcionarios consulares no habría cambiado el resultado de los procedimientos penales¹⁰⁵. A las 19:35 horas del día 14 de abril, la Corte Suprema dictó finalmente sentencia sobre el asunto *Breard*¹⁰⁶, menos de dos horas antes del momento fijado para la ejecución. La resolución, aprobada por 6 votos a favor y 3 en contra, desestimaba todos los recursos. A las 22:30 horas Ángel Francisco Breard fue ejecutado mediante inyección letal.

Para Amnistía Internacional, opinión que compartimos:

Los compromisos internacionales deben cumplirse de buena fe y las autoridades de un país no pueden autoeximirse de esas obligaciones aduciendo trabas en su legislación interna. No puede invocarse la existencia de normas nacionales de rango constitucional, legislativo o reglamentario para evitar o atenuar el cumplimiento de preceptos internacionales. Estos son los principios generales del derecho de gentes en la jurisprudencia, junto con el principio de que no pueden utilizarse las resoluciones judiciales internas como obstáculo para el cumplimiento de obligaciones internacionales. Estos principios se afirman en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada por Estados Unidos en 1970¹⁰⁷.

b. Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)

Los hermanos LaGrand, de 35 y 37 años respectivamente fueron juzgados por un Tribunal de Arizona, que los reconoció culpables del homicidio del director de una oficina bancaria, siendo condenados a

application de la présente ordonnance”. Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis D’Amérique). Ordonnance du le 9 avril 1998.

¹⁰⁵ Las autoridades de Estados Unidos siempre afirmaron que el Estado de Virginia tenía el derecho legal de proceder a la ejecución, aunque hubo preocupación por el hecho de que a ciudadanos estadounidenses se les pudiesen socavar los derechos consulares (Nota de Madeleine Albright al Gobernador Gilmore de Virginia).

¹⁰⁶ La Corte Suprema determinó que la Constitución de los Estados Unidos prohíbe procesos entablados por gobiernos extranjeros contra Estados de la Unión Americana. En DRL: <http://www.amnistia.org.py/pena2.html>

¹⁰⁷ Véase DRL: <http://www.amnistia.org.py/pena2.html>

muerte y ejecutados el 24 de febrero –uno de ellos– y el 3 de marzo –el otro–.

Como bien señala Torrecuadra García-Lozano,

El caso no tendría mayor relevancia desde el punto de vista jurídico internacional, si no fuera porque la ejecución de los hermanos LaGrand tuvo lugar contraviniendo una ordenanza de la Corte Internacional de Justicia –en adelante CIJ–, que, recordemos, es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. En efecto, Alemania, Estado del que ambos condenados eran nacionales, acudió a la CIJ para demandar a los Estados Unidos porque en este asunto –igual que ocurriera el pasado año con el ciudadano paraguayo A.F. Breard–, las autoridades estadounidenses ni habían informado a los detenidos del derecho de asistencia consular que les ampara en aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, ni habían notificado la detención al Estado del que eran nacionales los presuntos homicidas, tal y como prescribe el citado texto convencional¹⁰⁸.

Este caso es particularmente interesante ya que se asemeja el tipo de asuntos tramitados por los tribunales internacionales de derechos humanos, particularmente aquellos casos substanciados por la Comisión IDH y por la Corte IDH, conexos con los sentenciados a pena capital en Trinidad y Tobago, Jamaica y los mismos Estados Unidos (medidas cautelares de la Comisión).

En efecto, antes de la ejecución del segundo hermano en Phoenix, Arizona, el TIJ utilizó un procedimiento no muy usual, como fue fundamentar las medidas provisionales ex officio bajo el fundamento del artículo 75.1 del Estatuto del alto tribunal¹⁰⁹, debido a la exigencia de las circunstancias, en el sentido de que Alemania fundamentaba objetivamente la extrema urgencia en la actuación del órgano jurisdiccional en virtud de que la ejecución estaba fijada para el día siguiente en que ese Estado solicitó tales medidas. Las medidas provisionales las adoptó el Tribunal sin escuchar previamente las

¹⁰⁸ Cfr. Torrecuadra García-Lozano, Soledad, “El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: El Caso LaGrand”, en *Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 98. 2000. El trabajo está publicado en versión digital. Vid. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/98>.

¹⁰⁹ El Tribunal Internacional de Justicia justificó la utilización por primera vez en su historia del artículo 75.1 del Estatuto para indicar las medidas provisionales sin contar con la audiencia a las partes a raíz de la extrema urgencia exigida por la situación, y debido a que Alemania a falta de información consular no había podido someter el asunto en tiempo útil.

opiniones de las partes implicadas en el proceso, lo que fue un gran avance en el estrado judicial internacional.

El controvertido tecnicismo procesal consistió en que una demanda interestatal en sede de La Haya, aun en las que se solicite se indiquen medidas provisionales, el procedimiento prescribe una audiencia a la parte demandada. En este caso, Estados Unidos alegó que no había podido presentar sus argumentos, siendo que Alemania era el Estado demandante. Obviamente hubo una ruptura, gestándose una decisión inaudita, por cuanto el caso entrañaba garantías a un individuo, similar a la posición que hubiera adoptado cualquier tipo de tribunal de derechos humanos. Ciertamente la urgencia no daba para llevar a cabo ese acto procesal. Ese fue uno de los puntos que debatió el juez Schwebel acompañando la posición del gobierno de los Estados Unidos. No obstante, se consideró el espíritu del artículo 41 del Estatuto del TIJ, del cual se desprende la discrecionalidad de la Corte para la indicación de medidas, y las pautas del procedimiento a seguir en cada caso concreto, en función de las circunstancias particulares del asunto que se esté conociendo.

Acompañando la ordenanza, el juez japonés Shigeru Oda, quien suscribió la ordenanza por razones humanitarias, señaló algunos aspectos adicionales, tales como que el Tribunal no es de apelaciones y no puede actuar como tal, estimando que la CIJ es una instancia judicial destinada a resolver diferencias relativas a los derechos y obligaciones de los Estados “(...) y en esta ocasión no nos encontramos ante una de ellas”. En otras palabras insinuó que la Corte no debía intervenir en esas materias (derechos humanos). Estimó, por razón de especialidad, que la pena de muerte era contraria al artículo 6 del Pacto de Nueva York de 1966 de Derechos Civiles y Políticos, lo que no era una materia que debía determinar el TIJ, haciendo indirectamente clara alusión a que debió corresponderle al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estimó que el Caso LaGrand no debería ser un precedente en la historia de la Corte¹¹⁰.

Los efectos de las medidas provisionales fueron insatisfactorios. La llamada de atención del Tribunal sirvió muy poco puesto que el resultado obtenido por la ordenanza fue el mismo del asunto *Breard*: tanto las autoridades del Estado de Virginia como las del Estado de Arizona hicieron oídos sordos a la ordenanza del Tribunal.

¹¹⁰ Declaración del Juez Oda a la ordenanza de 3 de marzo de 1999 del Tribunal Internacional de Justicia.

Parece que el asunto no quedó ahí, ya que el 9 de enero del 2003 el Estado de México introdujo ante la CIJ una instancia¹¹¹ equivalente a los Casos expuestos Breard y LaGrand de medidas cautelares contra Estados Unidos de América precisamente por violación del artículo 36¹¹² de la Convención de Viena sobre relaciones consulares del 24 de abril de 1963, cuyo efecto inmediato fue la ordenanza de indicación de medidas precautorias del 5 de febrero de 2003 a favor de Avena y otros 54 prisioneros mexicanos condenados a pena capital en EEUU.

3. Sistema interamericano de derechos humanos de las Naciones Unidas

Se ha de hablar de *Sistema* de Derechos Humanos de Naciones Unidas por virtud de que, en el plano de los mecanismos convencionales, está compuesto por tres Comités, el *Comité de Derechos Humanos* bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el *Comité Contra la Tortura* bajo el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y el *Comité para la eliminación de la Discriminación Racial* bajo el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Por la relevancia de la jurisprudencia sobre medidas provisionales interesa estudiar el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

3.1 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,

¹¹¹ En uso de los artículos 41 y 48 del Estatuto de la Corte y 73,74 y 75 de su Reglamento.

¹¹² *Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía:*

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.

conoce denuncias interestatales justamente bajo el cobijo de ese Pacto, y denuncias individuales en virtud del Protocolo Facultativo también a dicho Pacto. Debido a su extensa cobertura, se le ha considerado uno de los mecanismos convencionales más extendidos para el examen de denuncias individuales por abarcar un significativo número de Estados en el orbe.

Es un órgano de la ONU independiente y especializado¹¹³. En cuanto a su ámbito de acción, la competencia del Comité para conocer denuncias no es obligatoria para los Estados Partes en el Pacto, sino tan sólo para los Estados que ratifican el Protocolo.

Tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen facultades para tomar medidas cautelares de carácter provisional en casos urgentes, aunque la práctica parece indicar que el procedimiento de la Comisión regional es más ágil al respecto, aun cuando el Comité nombre un Relator Especial.

La facultad del Comité de Derechos Humanos está regida por el artículo 86 de su Reglamento, que dice textualmente: “El Comité podrá, antes de transmitir sus opiniones definitivas sobre la comunicación al Estado Parte interesado, informar a ese Estado si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el Comité informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación”.

En los informes del Comité constan algunos antecedentes sobre la aplicación de este artículo. En el caso de un refugiado cuya extradición había sido solicitada, el Comité instó al país de refugio en el sentido de que el refugiado no debe ser entregado ni devuelto al país “X” mientras la denuncia estaba bajo consideración. El Comité reiteró dicha advertencia al recibir las observaciones del Estado Parte impugnando tanto la admisibilidad como el fundamento de la denuncia¹¹⁴.

¹¹³ Este Comité está compuesto por dieciocho expertos independientes, electos por una Asamblea de los Estados Partes en el Pacto, se reúne tres veces al año en las sedes de las Naciones Unidas de Ginebra y Nueva York. El Comité puede ser considerado como un mecanismo reconocido internacionalmente para la protección de los Derechos Humanos. La competencia del Comité *ratione materiae* es amplia, comprende todos los derechos reconocidos en el Pacto, pero no incluye derechos reconocidos en otros instrumentos.

¹¹⁴ O.E. c. S., Comunicación No 22/1977, decisiones p. 7.

El Comité también ha mostrado preocupación por las condiciones de detención de presos cuando el denunciante, generalmente un familiar, hace notar la precaria salud del detenido. En casos de esta naturaleza el Comité ha adoptado decisiones interinas pidiendo información concreta sobre la salud del interesado, y ha solicitado se le otorgue atención médica adecuada, aunque esa acción no siempre ha sido calificada formalmente como una medida cautelar.

El Comité también ha pedido, en decisiones interinas, información sobre el lugar de detención de la víctima cuando este dato es desconocido. Las medidas interinas sólo pueden ser adoptadas durante el período de sesiones del Comité, constituyendo una limitación muy importante en la eficacia de este mecanismo. El Comité sesiona tres veces por año, generalmente por períodos de sesiones de dos o tres semanas¹¹⁵. Este escenario difiere de la facultad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para resolver situaciones urgentes, sea aplicando directamente medidas cautelares o solicitando a la Corte medidas provisionales en casos de jurisdicción *ex ante* o en proceso ante el órgano judicial. Potestad asumida, incluso cuando no esté la Comisión en período de sesiones (a cargo del Presidente), haciendo del mecanismo un instrumento más ágil que el del Comité.

A continuación traeremos a colación un asunto ventilado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este caso, se muestra el procedimiento aplicado singularmente por invocación de la adopción de medidas cautelares en favor de un convicto solicitado en extradición por los Estados Unidos. Para mayor claridad del caso, consideramos pertinente relatar con detalle las circunstancias jurídicas y materiales que rodearon el expediente.

Se trata del Caso No. 486/1992, de K. C. contra Canadá¹¹⁶, a propósito de la invocación del artículo 86 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Humanos, convocado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptó el 29 de julio de 1992 una decisión sobre admisibilidad, la cual se reproduce a continuación.

¹¹⁵ O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Ira. Edición, Comisión Andina de Juristas, con auspicio de la Fundación Friedrich Naumann y el IIDH, San José, Costa Rica, 1988, p. 461.

¹¹⁶ Comité de Derechos Humanos, decisión de 29 de julio de 1992, aprobada en el 45 período de sesiones.

Antecedentes:

K.C. es ciudadano estadounidense, nacido en 1952, recluso en una penitenciaría de Montreal y expuesto a la extradición a los Estados Unidos. Sostiene que es víctima por parte del gobierno de Canadá de la violación al artículo 6 en relación con los artículos el 26 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Resumen de los hechos expuestos por el autor:

El 27 de febrero de 1991, el autor fue detenido en Laval, Quebec, por robo, cargo del cual se confesó culpable. Mientras estaba detenido las autoridades judiciales recibieron de los Estados Unidos una solicitud de extradición con arreglo al Tratado de Extradición de 1976 entre Canadá y los Estados Unidos.

El autor estaba siendo requerido al mismo tiempo por la justicia en el Estado de Pennsylvania por dos cargos de homicidio premeditado relacionados con un incidente ocurrido en Filadelfia en 1988. Si se le declara culpable, el autor podría ser condenado a la pena de muerte.

De conformidad con la solicitud de extradición del gobierno de los Estados Unidos y con arreglo al Tratado de Extradición, el Tribunal Superior de Quebec ordenó la extradición del imputado a los Estados Unidos.

Canadá abolió la pena de muerte en 1976, salvo en el caso de ciertos delitos militares. Asimismo, la facultad de pedir seguridades de que no ha de imponerse la pena de muerte corresponde, en ese caso, al Ministro de Justicia con arreglo a la sección 25 de la Ley de Extradición de 1985.

En lo que respecta al curso de los procedimientos contra el autor, se declara que el 13 de septiembre de 1991 se presentó un recurso de *habeas corpus* en su nombre; en esta ocasión representado por un abogado. La solicitud fue denegada por el Tribunal Superior de Quebec. El representante del autor apeló ante la Corte de Apelaciones de Quebec el 17 de octubre de 1991.

El abogado de K.C. pidió al Comité de Derechos Humanos la adopción de medidas provisionales de protección dado que la extradición del autor a los Estados Unidos privaría al Comité de su jurisdicción para considerar la comunicación, y al autor de la posibilidad de adoptar otras medidas sobre su comunicación.

En cuanto a la pretensión del recluso:

El autor afirma que la orden de extradición contra él viola los artículos 6 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; adicionalmente sostiene que la forma en que se pronuncian las penas de muerte en los Estados Unidos generalmente supone discriminación contra las personas negras. Dice además que se viola el artículo 7 del Pacto en tanto que, si se concede la extradición y se le condena a muerte, se vería expuesto al “fenómeno de los que están en capilla”, esto es, años de reclusión en condiciones sumamente duras, en espera de la ejecución.

Alegato del Canadá:

El 30 de abril de 1992, el Estado Parte informó al Comité que el autor aún cuenta con recursos pendientes ante los tribunales canadienses, que obviamente están a su disposición. Señala que el caso está sometido ante el Tribunal de Apelaciones de Quebec, y si su decisión fuera desfavorable para el autor, éste podría apelar ante el Tribunal Supremo de Canadá. Y si la decisión de éste último también fuera desfavorable, aún podría solicitar al Ministro de Justicia que pida seguridades, conforme al Tratado de Extradición entre Canadá y los Estados Unidos (v.gr., en la eventualidad de que en Estados Unidos lo encontraran culpable y por tanto se pronunciara la pena de muerte, ésta no se daría o impondría, por condicionamiento de seguridades solicitadas por Canadá). Por su parte la decisión del Ministro puede ser objeto de revisión en el Tribunal Superior de Quebec para los recursos de *habeas corpus*, y es posible apelar nuevamente ante el Tribunal de Apelaciones de Quebec y ante el Tribunal Supremo de Canadá. También se puede solicitar su revisión a la División Procesal del Tribunal Federal, y apelar luego ante el Tribunal Federal de Apelaciones y el Tribunal Supremo de Canadá.

Resume el Estado que, en consecuencia, la reclamación de K.C. carece de fundamento puesto que no ha agotado los recursos disponibles en el Canadá y aún cuenta con varias oportunidades para seguir impugnando su extradición¹¹⁷.

¹¹⁷ Cfr. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Asamblea General. Documentos Oficiales. Cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/47/40). Comunicación No. 486/1992, K.C. contra el Canadá (decisión de 29 de julio de 1992, aprobada en el 45° período de sesiones).

El anterior es un lúcido ejemplo de la posibilidad jurídica y material que otorgan las medidas provisionales en asuntos no resueltos por instancias internas (no agotamiento de los procedimientos) que dispone una persona en un Estado como Canadá con una serie de dispositivos de garantía. En este caso el Comité de Derechos Humanos con su capacidad decisoria pudo influir positivamente para accionar los mecanismos jurídicos canadienses.

En el Caso de Gilbert Samuth Kandu-Bo, Khemalai Idrissa y diez personas más contra Sierra Leona¹¹⁸, el Comité de Derechos Humanos recordó que el Relator Especial del Comité había pedido al gobierno de Sierra Leona, de conformidad con el artículo 86 del Reglamento, que suspendiera la ejecución de los peticionarios mientras la comunicación estuviera siendo examinada por el Comité; ello por existir preocupación de ser ejecutados por un pelotón de fusilamiento en las afueras de Freetown el 19 de octubre de 1998, como efectivamente ocurrió.

El Comité envió una petición urgente al Estado, por conducto de la Misión Permanente en Nueva York, mediante la cual se le pedía proporcionar, a más tardar el día 29 de octubre de 1998, aclaraciones sobre las circunstancias que rodearon la ejecución de los peticionarios. El Comité no recibió información alguna del Estado Parte, expresando su indignación por el hecho de que las autoridades del Estado no atendieron las peticiones del Comité de adoptar medidas provisionales de protección de conformidad con el artículo 86 del Reglamento del Comité.

La actitud puesta de manifiesto por el Estado de Sierra Leona fue más lamentable porque se refería a casos que implicaban pena capital que se habían planteado debidamente al Comité y que éste tenía competencia para examinar, y porque se adoptó en el contexto del examen de los primeros casos presentados al Comité respecto de ese Estado, desde que le entrara en vigor el Protocolo Facultativo, cuestión que sucedió el 23 de noviembre de 1996.

Este es un típico caso donde el Estado, a pesar de los compromisos adquiridos en virtud de la ratificación del Pacto de 1966 y su Protocolo Facultativo incumple las obligaciones impuestas por esos instrumentos. Las consecuencias fueron: a) recordar al Estado los compromisos adquiridos, b) deplorar que no haya proporcionado aclaraciones, c)

¹¹⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 841/1998: Sierra Leona. 04/11/98. CCPR/C/64/841/1998, dada en el 64º Período de Sesiones, 1998.

instar al Estado a garantizar por todos los medios que no se repitan situaciones análogas, d) instar al Estado a presentar un Informe sin demora, y e) pedir al Secretario General enviar la decisión al gobierno de Sierra Leona.

El Caso K.C contra Canadá de anterior observación es similar al sustanciado por el Comité en el que medió la figura de medidas provisionales por orden de deportación del Sr. C. (se omitió el nombre) contra Australia¹¹⁹. El Sr. C., iraní internado en prisión de Port Phillip en Melbourne, afirmó ser víctima de violación de los artículos 7 y 9 (2), junto con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Tras la presentación de la comunicación (23 de noviembre de 1999), el 2 de diciembre de ese mismo año se transmitió una petición de medidas provisionales que tenían por objeto suspender la orden de deportación del autor mientras el Comité examinaba su caso.

El Sr. C. basó su alegato en el temor fundado de persecución religiosa en Irán por pertenecer al grupo cristiano asirio ante su detención por las autoridades de migración por violación de la legislación interna (Ley de migración de 1958) como extranjero sin permiso de entrada en espera de expulsión. Las rigurosas leyes australianas establecían que era imposible su liberación provisional de prisión mientras no se pronunciase la condición de refugiado. En otras palabras, no era posible liberar a una persona a menos que se la expulsase de Australia o se le concediese el permiso de entrada. El autor pasó en prisión desde 1992 y continuaba en ella pasado el año 1999 en franco deterioro de su salud mental, como luego se demostró. Aunque las medidas cautelares fueron infructuosas, en la resolución de fondo el Comité consideró que los hechos violaron el artículo 7 y los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto. Asimismo, el Comité de conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte estaba en la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Dada la lesión, se compelió al Estado a pagar una indemnización adecuada. En cuanto a la proyectada deportación, el Estado debería abstenerse de deportar el autor a Irán, así como, evitar en el futuro violaciones análogas.

La conclusión que se extrae de este caso es de desazón por la falta de eficacia del instrumento cautelar por el escaso peso ejercido por el Comité de Derechos Humanos respecto del gobierno australiano, Estado que tiene en vigor en su ordenamiento interno, disposiciones

¹¹⁹Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 900/1999: Australia. 13/11/2002, CCPR/76/D/900/1999.

en materia migratoria a todas luces contrarias a la proporcionalidad y razonabilidad por ejercer criterios de prisión preventiva sin dilucidar prontamente el status migratorio, en este caso particular del Sr. C., sea otorgando permiso de entrada o expulsándolo a un tercer país. Lo positivo consiste en que la decisión del Comité de Derechos Humanos indicó lesión y comprometió al Estado a no enviar al Sr. C. a su país de origen –Irán– por los daños irreparables que ello hubiese conllevado, además del pago de una indemnización.

Es importante indicar que cuando el Comité solicita medidas provisionales a un Estado, dicho Estado, según la práctica no está obligado a satisfacer la solicitud. Igualmente cuando concluyen las investigaciones acerca de una queja, y se adopta una decisión, a ésta se le denomina “criterios” sobre el caso. Sus “criterios” se hacen públicos, pudiendo declarar que el Estado en cuestión ha violado el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, declaración que puede ser política y moralmente muy embarazosa para el Estado que atrae la atención de los medios de comunicación internacionales, ejerciendo presión internacional.

En otra petición¹²⁰ Jouni E. Länsman y otros contra Finlandia, el Comité sustanció un asunto interesante relacionado con una etnia finlandesa que alegaba daño al medio ambiente y su hábitat, como consecuencia de la construcción de carreteras y tala de árboles en áreas destinadas al pastoreo, en concreto a la cría de renos, labor ancestral de los pastores *Muotkatunturi*, catalogados como pueblo indígena o tribal independiente. En efecto, demostraron haber agotado los recursos internos de que disponían e incoaron comunicación ante el Comité de Derechos Humanos pidiendo medidas provisionales de protección según el artículo 86 del Reglamento, haciendo hincapié en la violación al artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como al Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas.

El 15 de noviembre de 1995 se pidió al Estado (Finlandia) se abstuviera de adoptar acciones que pudieran causar un daño irreparable al medio que, según los autores, es vital para su cultura y su subsistencia. Además se le pidió al Estado que, si no estimaba conveniente la adopción de medidas provisionales de protección en las circunstancias del caso, informara en tal sentido al Relator Especial

¹²⁰Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 671/1995: Finlandia. 22/11/96, CCPR/58/D/671/1995.

sobre nuevas comunicaciones, exponiéndole las razones en que se apoyaba.

En exposiciones posteriores, los autores advirtieron que la Oficina de la Alta Laponia de la Junta Forestal Central comenzó actividades de tala cortando alrededor de 1000 m³ de madera, de un total programado de 13.000 m³, reiterando al Comité la necesidad de accionar el artículo 86 de medidas provisionales. El problema se produjo cuando otro grupo de la etnia *sami* envió nota manifestando que ellos se dedicaban a la actividad maderera por lo que no deberían ser objeto de trato desigual.

El punto lo vino a poner el Estado el 15 de diciembre de 1995, argumentando que las medidas provisionales de protección se deben dictar con carácter restrictivo y solamente en los casos graves de violaciones de los derechos humanos, cuando la posibilidad de que se produzcan daños irreparables es real, como sucede cuando está en juego la vida o la integridad de la víctima. A juicio del Estado la comunicación no revelaba circunstancias que indicaran la posibilidad de daños irreparables.

El Comité determinó que no estaba en situación de concluir que las actividades realizadas y programadas constituían una negación del derecho de los autores a disfrutar de su propia cultura. Sin embargo, dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen al señalar que ante una posible o futura aprobación de planes de tala en mayor escala que los ya aprobados, y siempre que se demostrara que los efectos de los mismos serían graves, cabría la posibilidad de examinar si ello constituye una violación del derecho de los autores a disfrutar de su propia cultura en el sentido del artículo 27 del Pacto.

El Comité tuvo presente que había otras actividades igual de nocivas como la explotación de canteras. En todo caso, advirtió al gobierno que todas esas actividades vistas conjuntamente podrían estar menoscabando el derecho del pueblo *sami* a disfrutar de su propia cultura en situación progresiva de exterminio del hábitat.

En un caso equivalente al anterior¹²¹, los miembros de la Comunidad Rehoboth Baster (Namibia)¹²², representada por su capitán¹²³ J.G.A. Diergaardt y otras autoridades, presentaron comunicación al Comité de Derechos Humanos al afirmar ser víctimas de violación de los artículos 1,14,17, apartados a) y c) del artículo 25, y artículos 26 y 27 del Pacto.

Según la comunicación presentada en 1989, la Comunidad aceptó bajo presiones políticas la transferencia temporal de sus poderes legislativos y ejecutivos en la persona del Administrador General del Territorio del África Sudoccidental a fin de dar cumplimiento a la Resolución 435 (1978) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Alegan que el efecto de esa transferencia expiró el día anterior a la independencia de Namibia y que de pleno derecho el 20 de marzo de 1990 estaba con fuerza jurídica en el territorio de Rehoboth. No obstante, aducen que ese nuevo gobierno no reconoció la independencia de los territorios, o volverlos al *statu quo* ante la Comunidad ni sus leyes ancestrales, expropiando todas las tierras de la Comunidad por obra de la aplicación del anexo 5 de la naciente Constitución.

El Tribunal Supremo de Namibia en 1993 reconoció el *locus standi* de la Comunidad, lo que para el abogado del pueblo *Baster* significaba el reconocimiento como pueblo por derecho propio, rechazando ese mismo Tribunal en 1995 la reclamación de la Comunidad en relación con los bienes comunales. En 1996 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación dándose por agotados todos los recursos de la jurisdicción interna.

En la denuncia solicitan al Comité medidas provisionales de protección (artículo 86 del Reglamento), exigiendo que no se produzcan

¹²¹ Cfr. Comunicación No. 760/1997: Namibia. 06/09/2000. CPR/69/D/760/1997, Anexo, Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 69º período de sesiones.

¹²² Según el párrafo 2.1 de la Comunicación No. 760/1997: “Los miembros de la Comunidad Rehoboth Baster son descendientes de colonos indígenas *khoi* y *afrikaans* que residían en un principio en la Ciudad del Cabo pero que se trasladaron a su actual territorio en 1872. Se rigen por sus ‘leyes paternas’ en las que se prevé la elección de un capitán y se consagran los derechos y deberes de los ciudadanos. En la actualidad, pertenecen a la comunidad unas 35.000 personas y el terreno que ocupan (al sur de Windloek) tiene una superficie de 14.216 km². En esta zona, los *Baster* han desarrollado su propia sociedad, cultura, lengua, economía, gracias a la cual han financiado en gran parte sus propias instituciones, como escuelas y centros comunitarios”.

¹²³ Forma de denominar al líder, en quien se deposita el poder de Gobierno.

expropiaciones, compras ni ventas de tierras comunitarias, que no se cobren arrendamientos y que no se impida pastar a los rebaños en las tierras comunitarias mientras el Comité esté estudiando la comunicación.

El 23 de junio de 1997, el relator especial, si bien no pidió medidas provisionales, solicitó al Estado Parte información y observaciones a la denuncia. Bajo nuevas circunstancias, el 25 de abril de 1999, el abogado de la Comunidad denunció que se les había cortado el suministro de agua y reiteró la solicitud en lo referente a medidas provisionales de protección. No hay constancia de que se haya extendido alguna orden de medidas provisionales, aunque sí hay evidencia de que el Comité entró directamente a resolver el fondo de la controversia concluyendo, entre otras razones que: a) antes de la entrada en vigor para Namibia del Protocolo Facultativo (1995) ya habían ocurrido expropiaciones de esos territorios (1976), b) que corresponde a los tribunales nacionales determinar los hechos en el marco de la interpretación de las leyes nacionales, c) que las tierras utilizadas no son de hecho para el uso exclusivo de pastoreo para los miembros de la Comunidad. En lo que respecta al derecho de participar en los asuntos públicos no se comprobó que a los individuos de la Comunidad se les menoscabara dicho derecho. El Comité consideró violatorio que los miembros de la Comunidad *Baster* fueran obligados a comparecer siempre en idioma inglés, lengua oficial a partir de la independencia; de suyo el voto de mayoría indicó que tenían derecho a utilizar su lengua materna, el *afrikaans*.

En este caso se expresa que la ordenanza de medidas provisionales no sale del seno del Comité sino que surge de una decisión individual del Relator Especial, quien tiene discrecionalidad de ordenarlas o no, lo que le resta fuerza vinculante al órgano. Se observa, también, en la jurisprudencia del Comité, a falta de respuestas oportunas y eficaces de los Estado Partes, sobre todo los de África, un ánimo excesivamente oficioso de entrar a resolver el fondo del asunto. Como ejemplo, veamos el siguiente caso:

Sobre la inoperancia e impotencia del Comité en el dictado de comunicaciones y medidas cautelares es simbólico el Caso Katombe L. Tshishimbi (víctima) presentado por la Sra. Agnès N’Goya contra Zaire (República Democrática del Congo)¹²⁴. Este asunto trata sobre

¹²⁴Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 542/1993: República Democrática del Congo. 16/04/96, CCPR/56/D/542/1993.

el desconocimiento del paradero del señor Tshishimbi, militar de carrera. Su esposa alega que un grupo de paramilitares llamados los “búhos” (*hiboux*) leales al Presidente Mobutu Sese Seko lo detuvieron arbitrariamente y finalmente fue secuestrado la noche del 28 de marzo de 1993. Desde ese día su familia, sus parientes y sus colegas no tienen noticias de él, aunque según la prensa belga estaba detenido en las dependencias del Servicio Nacional de Inteligencia, sitio habitual de malos tratos.

En este caso, como en otros de secuestro, a falta de información fidedigna es inútil agotar procedimientos internos. El Abogado del señor Tshishimbi pidió al Comité que aplicara medidas provisionales de protección de conformidad con el artículo 86 del Reglamento. El Comité comunicó al Estado Parte que aclarara las circunstancias del secuestro, que suministrara información sobre el paradero y el estado de salud, y además, solicitó al Estado Parte en la comunicación del 21 de mayo de 1993 que no adoptara ninguna medida que pudiera causar un daño irreparable a la presunta víctima.

El Estado no suministró información alguna dentro del plazo fijado. Tampoco el Estado parte respondió al segundo envío del expediente de 11 de noviembre de 1993. En la fase de admisibilidad de la comunicación, el Comité manifestó preocupación por la falta de cooperación demostrada por el Estado Parte. De ningún modo el Estado Parte envió información específica sobre los recursos efectivos de que disponía la autora de la comunicación en esas circunstancias. El Comité consideró que podía examinar la comunicación en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Nuevamente, el Comité reiteró su solicitud al Estado Parte de que suministrara información detallada sobre el paradero del Sr. Tshishimbi y señalara si estaba amparado por la amnistía anunciada por el nuevo gobierno en el verano de 1994. La respuesta fue la misma, el silencio.

Ante estas situaciones queda implícita la transgresión del principio de buena fe y el incumplimiento de los plazos previstos por ocultamiento de información y poca disposición del Estado para cooperar. El Estado Parte nunca reaccionó a la solicitud formulada en mayo de 1993 por el Relator Especial de que se adoptaran medidas cautelares de protección. Hasta el 1 de marzo de 1996 no se había suministrado ninguna información al Comité.

El Comité de Derechos Humanos dispuso que la República Democrática del Congo no protegió con eficacia el derecho del Sr.

Tshishimbi a la libertad y a la seguridad personales, por lo que infringió el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto; asimismo, que el hecho de llevarse a la víctima e impedirle tener contacto con su familia y con el mundo exterior constituye un trato cruel e inhumano que infringe el artículo 7 del Pacto. Finalmente, el Comité instó al Estado Parte a: a) investigar detenidamente las circunstancias del secuestro y detención ilegal del Sr. Tshishimbi; b) enjuiciar a los responsables de su secuestro y detención ilegal; y c) ofrecer una reparación adecuada al Sr. Tshishimbi y a su familia por las violaciones de que han sido objeto sus derechos. El Estado Parte está obligado a garantizar que no se produzcan violaciones similares en el futuro¹²⁵.

La impresión que queda en lo tocante a los comentados casos abriga la idea de la escasa agilidad y fuerza que tiene el Relator Especial y el Comité de Derechos Humanos para la obtención de medidas provisionales oportunas. La decisión no parece revestirse de fuerza obligatoria, más bien se deja al Estado la opción de informar, siempre que lo estime oportuno, sobre la conveniencia de adopción de medidas provisionales. Esa escasa efectividad hace del Comité de Derechos Humanos una instancia poco atractiva y realmente subsidiaria puesto que los quejosos anteponen instancias mayormente efectivas como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la recién creada jurisdicción regional africana de protección de los derechos humanos, instancias que si otorgan mayor beneficio y probabilidad de cumplimiento. Adicionalmente, el lenguaje excesivamente diplomático empleado en la redacción del artículo 86 del Reglamento le resta capacidad de eficacia al Comité frente a los Estados.

No obstante esas críticas, hemos de decir que es un buen espacio y complemento para aquellos Estados y sus ciudadanos que están desprovistos de sistemas regionales, por lo que resulta un órgano apropiado para interponer denuncias individuales, ciertamente lento en su accionar, por su composición, por su periodicidad de sesiones y por los amplios plazos. Goza de una virtud que otros sistemas regionales no tienen: por regla, en las investigaciones realizan visita *in situ* para observar el contexto y las condiciones de los quejosos.

¹²⁵ Cfr. Párr. 7 de la Comunicación No. 542/1993.

3.2 Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes¹²⁶ en su artículo 17 crea un Comité contra la Tortura, compuesto por diez expertos en materia de derechos humanos.

De la lectura de la Convención no hay norma que faculte al Comité contra la Tortura para adoptar medidas provisionales, más bien, las obligaciones que dimanen del Tratado en lo concerniente a medidas necesarias están directamente vinculadas al Derecho interno de los Estados. Así pues, tenemos en la Convención un par de artículos relativos a medidas a adoptar por los Estados, tal como el artículo 2 (1) que señala: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. Esto se complementa con el artículo 5 (2): “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguna de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”.

Aun sin vestigio de disposiciones que faculten a este Comité contra la Tortura a adoptar medidas cautelares, se ha considerado importante incluir este apartado debido a que un sinnúmero de denuncias sobre medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos están justamente relacionadas con la Tortura y sus efectos menores, los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Por ejemplo, un caso ventilado por este órgano de Naciones Unidas, es el de Sr. K.N., nacional de Sri Lanka¹²⁷, que solicitó asilo en Suiza¹²⁸. El autor¹²⁹ alegó que su devolución forzada a Sri Lanka

¹²⁶ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, la comunicación entró en vigor el día 26 de junio de 1987, de conformidad con su artículo 27.

¹²⁷ Cfr. *inter alia*, Sr. L.O. nacional Ghanés contra Canadá. Comunicación No. 95/1997, U.N.Doc. CAT/C/24/D/95/1997 (Decisión: Canadá. 05/09/2000). Este caso toca los mismos temas de solicitud de asilo, deportación, condición de refugiado. El Comité determinó que no había agotado los recursos internos y declaró inadmisibles el caso.

¹²⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura. Comunicación No. 94/1997: Switzerland. 20/05/98. CAT/C/20/D/94/1997 (Jurisprudence).

¹²⁹ Término utilizado o acuñado singularmente por el Comité contra la Tortura para todas aquellas personas que elevan queja ante su instancia. En acatamiento

por parte de Suiza constituiría una violación del artículo 3 de la Convención.

El autor señaló que era tamil y cristiano. Vivía en la provincia septentrional de Jaffna. Indicó además, que en 1990 durante la guerra entre las “Fuerzas Indias de Mantenimiento de Paz” y los Tigres Tamiles, fue obligado a trabajar para los Tigres. El autor fue detenido por el ejército indio y luego puesto en libertad. En 1995, cuando las fuerzas armadas de Sri Lanka reconquistaron Jaffna, según su dicho, lo estaban buscando a él y a su hermano. En ese año huyó a Kilinochi, ciudad controlada por los Tigres y en 1996 huyó a Roma dado que el ejército de Sri Lanka lo fue a buscar en tres ocasiones según versión de su padre (carta enviada). De Roma pasó a Suiza, y allí la Oficina Federal para los Refugiados rechazó la solicitud de que se le reconociera la condición de refugiado. En 1997 se le ordenó salir de Suiza, recurriendo ante la Comisión de Apelación.

Entre sus alegatos ante el Comité contra la Tortura, el autor dijo que estaba en peligro grave de ser detenido y torturado en Sri Lanka por las fuerzas de seguridad en caso de ser devuelto.

El 18 de noviembre de 1997 el Comité, actuando por conducto del Relator Especial, transmitió comunicación al Estado Parte invitando a presentar comentarios y solicitando no expulsar al autor mientras el Comité estuviese examinando su comunicación. El Estado suizo, el 19 de enero de 1998, informó al Comité que había adoptado las medidas necesarias para suspender la expulsión del autor. Si bien el Estado reconoció la importancia de las medidas necesarias de protección para garantizar que una persona pueda disponer de un recurso efectivo ante el Comité de conformidad con el artículo 22 de la Convención, el Estado señaló que en la Convención no se prevé la posibilidad de solicitar medidas provisionales y que el párrafo 9 del artículo 108 del Reglamento del Comité contra la Tortura es sólo una norma de procedimiento. Según el Estado Suizo, la presentación de una comunicación individual al Comité es y debe seguir siendo un recurso excepcional, no la continuación automática una vez agotados los recursos de la jurisdicción interna, lo que podría afectar el carácter subsidiario del procedimiento de las comunicaciones.

Suiza añadió que el Comité sólo debe aplicar el procedimiento previsto en el párrafo 9 del artículo 108 cuando exista *prima facie* un

de todas las traducciones en idioma español relativas a su jurisprudencia, nos inclinaremos por el mismo concepto.

riesgo importante y grave de que una persona sea sometida a tortura o trato cruel si es deportada. El Estado expresó su preocupación por el hecho de que el Comité solicitó que se suspendiera la expulsión de 9 de los 16 casos relativos a Suiza (antecedentes a este caso), aduciendo que la excepción se había convertido en regla, apuntando que el gobierno suizo examinaba seriamente la situación caso por caso.

El Comité hubo de determinar si el interesado correría personalmente peligro de ser torturado en el país al que regresaría. En consecuencia, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en un país no constituye en sí mismo razón suficiente para determinar que una persona correría peligro de ser torturada. En este caso, el Comité no obtuvo pruebas suficientes para determinar que personalmente el autor era objeto de persecución por las autoridades de Sri Lanka con fines de represión, mas parecía que era una de las personas que se sentían atrapadas entre las dos partes en lucha en la guerra civil.

Por tanto, el Comité estimó que no existía riesgo previsible, real y personal de que la persona fuera a ser sometida a tortura. El Comité contra la tortura, actuando en virtud del párrafo 7 del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, estimó que los hechos examinados no indicaban una violación del artículo 3 de la Convención.

En otra Comunicación, Sr. X contra Países Bajos¹³⁰, un ciudadano zairense informó que estaba a la espera de ser deportado de Holanda, alegando que esa medida violaría el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Según los hechos el autor afirma ser simpatizante del movimiento político *Union pour la Démocratie et le Progrès Social* (UDPS). En 1992 fue detenido junto con otras personas durante una manifestación masiva y retenido durante varios días, afirmando ser golpeado con una cuerda trenzada con alambre. En 1993 lo volvieron a detener mientras colocaba carteles para la UDPS. La solicitud de asilo político fue rechazada por el Secretario de Justicia de los Países Bajos aduciendo que nada demostraba que el Sr. X fuera considerado un opositor político importante y sus actividades eran marginales. Además se estimó que el autor no había demostrado que corría peligro de ser detenido y torturado si regresaba a su país.

¹³⁰Naciones Unidas, Comité contra la Tortura. Comunicación No. 36/1995: Netherlands. 08/05/96. CAT/C/16/D/36/1995 (Jurisprudence).

El autor en la denuncia afirmó que su regreso forzoso al Zaire equivaldría a una sentencia de muerte, en razón de sus actividades políticas, solicitando al Comité pedir al gobierno de los Países Bajos que adoptara medidas provisionales de protección y que dicha persona no fuese objeto de expulsión mientras el Comité estuviera examinando su comunicación¹³¹.

Ante el pedido, el Estado Parte reconoció el 22 de enero de 1996, que el autor había agotado los recursos internos y no planteó objeción alguna a la admisibilidad de la comunicación y, señaló que el Sr. X no sería expulsado mientras la comunicación estuviera pendiente ante el Comité.

El Comité señaló que estaba dispuesto a considerar que en la primera detención en el Zaire el Sr. X fue maltratado, tomando nota de que en la segunda visita el autor no afirmó haber sido torturado. Por último, el Comité determinó que los períodos de detención fueron cortos, que no era un opositor político activo y que nada indicaba que el “autor” iba a ser buscado por las autoridades de su país. En consecuencia, el Comité consideró que el “autor” no había fundado su alegación de correr peligro de ser torturado si volvía al Zaire.

Un caso donde se alegaron medidas provisionales en el seno del Comité contra la Tortura lo constituyó el Caso de Mr. J.A.V. (Suecia)¹³². El autor de la queja, ciudadano colombiano, en su comunicación de 22 de julio de 2002, afirmaba que su deportación a Colombia constituiría una violación por parte de Suecia del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. La Comisión, al darle traslado de la queja al Estado sueco pidió, con arreglo al párrafo 1 del artículo 108 de su reglamento, que no se procediera a la expulsión del autor a Colombia en tanto el Comité estuviera examinando la queja. No obstante ese pedido, el Estado Parte informó el 30 de octubre de 2002 que no estaba en condiciones de acceder a la petición del Comité, pues la medida de expulsión del autor estaba ya ejecutándose cuando su gobierno recibió su solicitud de medidas cautelares.

El autor de la queja afirmaba que era miembro del movimiento Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), así como de

¹³¹ Cfr. párr. 3.2 de la Comunicación No. 36/1995.

¹³² Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Mr. J.A.G.V c. Suecia, Comunicación No. 215/2002: Sweden, U.N. Doc. CAT/C/31/D/215/2002 (2003) (Jurisprudence).

la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), sosteniendo que había sido detenido y torturado en varias ocasiones a lo largo de la década de los noventa por agentes de la policía colombiana. Señala que logró salir de Colombia con pasaporte falso, ya que era buscado por la policía, y que llegó a Suecia con una identidad distinta a la suya, el 25 de marzo de 1998. Solicitó un permiso permanente de residencia bajo otra identidad. Sin embargo con esa identidad fue detenido por ser sospechoso en un caso de narcotráfico en el país que lo estaba recibiendo. Su verdadera identidad fue divulgada durante las investigaciones policiales. El 24 de septiembre de 1998, el Tribunal del Distrito de Solletuna condenó al autor de la queja a seis años de prisión y a su expulsión del territorio del Estado Parte, al encontrarlo responsable de un delito de narcotráfico. Recurrió ante el Tribunal de Apelación de Svea, el cual, mediante la decisión del 26 de febrero de 1999 rechazó el recurso. Después de ingresar a prisión y otorgársele la libertad condicional el 23 de julio de 2002, solicitó asilo bajo su verdadera identidad, el que fue rechazado por la Junta de Migración, considerando que había pedido asilo cuando ya había sido sentenciado a la expulsión del territorio sueco. La Junta de Apelación de Extranjería sueca también rechazó el recurso el 20 de noviembre de 2000.

Es interesante anotar que el autor el 17 de julio de 2002 sometió una queja pidiendo medidas provisionales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la cual fue retirada días después. Sobre este punto, en la deliberación del Comité, éste decidió que la comunicación era admisible porque la queja ante el TEDH efectivamente fue retirada antes de ser examinada por dicho órgano, por consiguiente consideró que el apartado a) del párrafo 5 del artículo 22 de la Convención no impedía el examen de la comunicación.

En opinión del Estado sueco, no resultaba lógico que alguien que solicita protección ponga en riesgo sus relaciones con el nuevo país cometiendo un delito, y que además el delito fue cometido dentro de los tres meses siguientes a su llegada a Suecia. Agregó que conforme a las investigaciones policiales, el autor adquirió la cocaína en Colombia, antes de abandonar el país, y que dicho narcótico fue transportado a Suecia por un cuñado. En opinión del Estado Parte, lo anterior no reflejaba la conducta genuina de un solicitante de asilo. Adicionalmente el Estado adujo que el autor no había aportado ninguna prueba de sus supuestas actividades políticas en Colombia, más bien el autor era perseguido en Colombia por robos, y ante las autoridades suecas no dio nunca detalles sobre los supuestos

actos de tortura que sufrió, ni sobre los períodos ni lugares de las detenciones.

Contradiendo lo anterior, el autor señaló que de conformidad con la legislación sueca, si una organización internacional solicita medidas cautelares, la ejecución de la medida de expulsión debe detenerse. Agregó que su abogado alertó a las autoridades del Estado Parte acerca de las medidas cautelares que había solicitado al Comité y que el procedimiento de expulsión no terminaba hasta que el extranjero es aceptado por las autoridades del país al que se le envía; por consiguiente invocó que la expulsión pudo ser suspendida cuando hizo escala en Madrid.

Sin embargo, el Comité constató que se habían agotado los recursos internos, evaluó según las consideraciones y las pruebas, que la existencia de un cuadro de persistentes violaciones manifiestas, patentes o masivas a los derechos humanos en un país no es suficiente o no es un motivo en sí para determinar que una persona particular se halla en peligro de ser sometida a tortura al volver a ese país. El Comité estimó que la información proporcionada por el autor no contenía motivos sustanciales para creer que éste corría personalmente peligro de ser sometido a tortura a su regreso a Colombia, y concluyó que la deportación por parte de Suecia no constituía una violación por el Estado Parte del artículo 3 de la Convención.

También es motivo de satisfacción que el reconocimiento de la adopción de medidas provisionales se ha dado en forma unilateral por parte de los Estados. Así, por ejemplo, en el 25º Período de Sesiones, noviembre de 2000, el Comité acogió complacido el tercer informe periódico del Canadá. Indicó en esa ocasión: “El Comité también acoge con beneplácito las seguridades que ha dado el Estado Parte de que considerará con seriedad las solicitudes que formule el Comité para la adopción de medidas provisionales en los casos individuales presentados de conformidad con el artículo 22...”¹³³.

Como se ha planteado, el Comité no tiene herramienta alguna para pedir a los Estados la adopción de medidas provisionales, son los mismos Estados bajo el alero de sus obligaciones de adoptar medidas necesarias, los que, de forma autónoma, reconocen en su jurisdicción interna la figura cautelar, comunicando su decisión particular al Comité contra la Tortura. Este planteamiento dista mucho de la fuerza cautelar

¹³³ Cfr. Párr. 56, Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Canadá 22/11/2000. A/56/44, paras. 54-59. (Concluding Observations/Comments).

que tiene su homólogo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano que en su Reglamento (Art. 86) las tiene planteadas como procedimiento expreso y permanente.

Otra de las conclusiones que se extrae consiste en afirmar que el Comité contra la Tortura sin tener tipificada o positivada norma alguna sobre medidas cautelares en su Reglamento, recibe con cierta constancia casos en dónde se invoca su aplicación, cuestión que debe llamar a reflexión a ese órgano de las Naciones Unidas en el sentido de abrir algún proceso de diálogo con los Estados para instaurarlas e incorporarlas en su cuerpo normativo.

Normalmente, como se ejemplificó, la mayoría de las veces se piden medidas cautelares a ese Comité en el marco de procesos de expulsión o deportación, las que son casi siempre denegadas por tratarse de alegatos poco fundados o que han sido edificados bajo premisas que encuadran en conductas de delito común.

En cuanto a la obligatoriedad de adopción de las medidas y su real eficacia en caso de incumplimiento por parte del Estado, las normas relativas al Sistema de Naciones Unidas, como ocurre con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, apenas señalan, por vía de ejemplo, que “el Consejo de Seguridad... podrá instar a las partes... a que cumplan con las medidas... que juzgue necesarias o aconsejables” (Art. 40 de la Carta de San Francisco). Igual acontece con el sistema americano que hace mención a la invocación de la Asamblea General de la OEA, para que decida con voto o sin voto de censura un caso –Informe– relacionado con incumplimiento de un Estado. No obstante, en este último Sistema, la fuerza jurídica de las decisiones es mayor, por virtud de que sus fallos son acometidos por un órgano jurisdiccional internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional de naturaleza regional. En consecuencia, el Informe y llamado de la Asamblea General de la OEA es poco usual en caso de incumplimiento de un Estado.

4. Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundidos en Tribunal Europeo de Derechos Humanos

4.1 El sistema se ha reformado

El 1 de noviembre de 1998 entró en vigor el Protocolo núm. 11 (adoptado el 11 de mayo de 1994) que reformó el mecanismo de protección instaurado por la Convención Europea para la Protección de

los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptada el 4 de noviembre de 1950 en la ciudad de Roma¹³⁴, y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Justamente con el Protocolo núm. 11 el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁵ comenzó a funcionar el 1 de noviembre de 1998, continuando en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) la Comisión Europea de Derechos Humanos con el objeto de instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor de dicho Protocolo.

Petzold indica que:

La creación de un Tribunal único, llamado a reemplazar los órganos de control existentes, fue preconizada en marzo de 1985 por la delegación suiza, ante la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos. (...) Quizás más importante aún fue el convencimiento casi general de que había llegado el momento de reemplazar el mecanismo de control del Convenio por un sistema plenamente judicial, en particular suprimiendo la competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa para decidir los asuntos que no se llevan ante el Tribunal¹³⁶.

Hemos de indicar que el estudio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a su organización y estructura, procedimiento interno de los asuntos (general, de admisibilidad, etc.), sus competencias, resoluciones, entre otros, son temas reconocidos de fundamental importancia que en esta investigación interesan mas no profundizaremos en ellos. Aquí nos detenemos para señalar que los

¹³⁴Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3,5,8 y 11, mayo de 1963, 20 de enero de 1966, 19 de marzo de 1985 y 28 de noviembre de 1996, respectivamente. Para ser más precisos, el Protocolo no. 2 autorizó al Tribunal a dictar opiniones consultivas; el no. 9 permitió a los demandantes individuales la posibilidad de llevar su caso ante el Tribunal, con la necesaria reserva de ratificación por el Estado demandado y de la aceptación por un Comité que actuaba como filtro, el que ha quedado derogado. Los protocolos nos. 1, 4, 6 y 7 añadieron nuevos derechos y libertades a los consagrados inicialmente por el Convenio. Los protocolos nos. 3, 5, 8 y 11 son reformas, los tres primeros refieren a la organización de las instituciones creadas por el Convenio y al procedimiento ante ellas, el último reestructuró el mecanismo de control, fundió los dos órganos Comisión y Tribunal en uno solo.

¹³⁵El Tribunal está compuesto por un número de jueces igual al número de Estados contratantes (actualmente cuarenta). No hay ninguna restricción en cuanto al número de jueces de una misma nacionalidad. Los jueces actúan en el Tribunal a título individual y no representan a ningún Estado.

¹³⁶Cfr. Petzold, Herbert, "El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*, Vol. II, 1ª ed., Corte IDH, Unión Europea, pp. 1265-1269, 1998, p. 1266.

damos por entendidos con el objeto de dar paso a nuestra unidad de interés, el comportamiento de las medidas provisionales en ese sistema de protección.

Con la reforma, la Convención de Roma quedó igualmente desprovista de un mecanismo de medidas precautorias. Ciertamente, ésa no fue concluyentemente una enmienda del Protocolo núm. 11. Con la abolición de la Comisión, el Tribunal concentró todas las prerrogativas jurisdiccionales, incluidas aquéllas que tenía el Comité de Ministros del Consejo de Europa, manteniéndose en el Reglamento del Tribunal (*Rules of the Court*)¹³⁷ la atribución que venía ejercitando el órgano, nos referimos al incidente de medidas adecuadas o precautorias, mecanismo que ha sido medianamente utilizado en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos¹³⁸.

Entonces, para hablar de medidas provisionales tenemos que decir que la puesta en vigor del Protocolo núm. 11, no afectó el sustrato cautelar que venía ejerciendo la Comisión y el Tribunal, sólo que ahora a cargo centralmente del Tribunal. Con la concentración de funciones instructivas y jurisdiccionales, la admisibilidad, los requisitos de forma y fondo, la averiguación de hechos y, por supuesto, las medidas cautelares corresponden ahora al Tribunal.

Se enfatiza que la Convención Europea de Derechos Humanos no contenía ni contiene previsión normativa para aplicar –ordenar– medidas provisionales¹³⁹. No obstante, antes de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11, el artículo 36 del Reglamento Interior de la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁴⁰ atribuía a este órgano el derecho de indicarle a las partes cualquier tipo de medida cuya adopción fuese deseable para el interés de las mismas. Asimismo,

¹³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Reglamento adoptado en Estrasburgo en el año 1998, en vigor desde el 1 de noviembre de 1999.

¹³⁸ Afirmamos que el mecanismo ha sido utilizado medianamente, en virtud de que las condiciones sociopolíticas europeas difieren sustancialmente de los peligros a que suelen ser sometidas personas y grupos humanos de personas en el continente americano. Sin lugar a duda, las medidas precautorias en Europa, o muchas de ellas, fueron encausadas hacia recursos (peticiones) cuyos procesos obraban hacia una inminente expulsión.

¹³⁹ Vid. el trabajo de Norgaard y Kruger, “Interim and conservatory measures under the european system of protection of human rights”, en *Progress in the Spirit of Human Rights*, Engel: Strasbourg, 1988.

¹⁴⁰ Artículo 36, Comisión: “La Comisión o, si no estuviera reunida, el Presidente, podrá indicar a las partes cualquier medida provisional...”.

el artículo 36 del Reglamento¹⁴¹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecía que el Presidente del Tribunal podía indicarle a las partes cualquier medida aconsejable para que la adoptasen en caso de que hubiera habido petición por una parte, por la Comisión o por cualquier otra persona interesada¹⁴². Este texto reglamentario se rescató y se aplica por intermedio del artículo 39¹⁴³ del actual Reglamento del TEDH.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha observado que el artículo 39 del Reglamento tiene un potencial importante respecto de la ejecución de órdenes de expulsión. El órgano de las Naciones Unidas lo ha manifestado de la siguiente forma:

El artículo 39 del Reglamento del Tribunal puede resultar un complemento especial de una petición presentada ante el Tribunal, especialmente cuando existe una deportación pendiente de ejecutarse o una orden de expulsión en contra del peticionario. En peticiones basadas en los artículos 2 y 3 relativas a personas con necesidad de protección internacional que están a punto de ser devueltas, las medidas provisionales podrían consistir en solicitar al Estado en cuestión no ejecutar la orden de expulsión hasta que se haya realizado una determinación de la admisibilidad y el fondo de la petición¹⁴⁴.

¹⁴¹ Artículo 36, Tribunal: “Hasta la constitución de la Sala, el Presidente del Tribunal podrá, a petición de una parte, de la Comisión, del demandante o de cualquier otra persona interesada o por propia iniciativa, indicar a las Partes las medidas provisionales que deban ser adoptadas...”.

¹⁴² Cfr. Carrillo, Arturo, “Memorándum: Fundamentos jurídicos de las atribuciones de la Corte”, dirigido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, representando a Americas Watch, escrito (mimeo) de fecha 27 de julio de 1990, con ocasión del Caso Bustíos Rojas.

¹⁴³ El artículo 39 del TEDH que entró en vigencia en noviembre de 1998, establece:

1. La Cámara o, de ser apropiado, su Presidente podrán, a solicitud de una de las partes o cualquier otra persona involucrada, o por iniciativa propia, indicar a las partes la adopción de medidas provisionales que considere oportunas con miras al interés de las partes o para la conducción apropiada del procedimiento en trámite.

2. Se deberá dar aviso de estas medidas al Comité de Ministros.

3. La Cámara podrá solicitar información a las partes sobre cualquier asunto en conexión con la ejecución de las medidas provisionales que ha indicado”.

¹⁴⁴ Vid. Hoja informativa de ACNUR, “El artículo 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Medidas Provisionales)”, en DRL: www.acnur.org/biblioteca/pdf/2368.pdf

Aunque se diga que el artículo 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye un buen instrumento para ser utilizado, la práctica del Tribunal, como será documentado más adelante, infiere que ha sido empleado únicamente en casos en que pueda ocurrir un daño irreversible basados usualmente en el artículo 2 o en el artículo 3 del Convenio Europeo como muy bien lo documenta ACNUR.

Decíamos que si bien la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales no otorgó facultades a la Comisión y al Tribunal Europeos de Derechos Humanos para solicitar u ordenar medidas precautorias o cautelares¹⁴⁵, la práctica hizo necesario introducir ese instrumento procesal en los Reglamentos de ambos organismos, quedando esta cuestión claramente zanjada en la jurisprudencia a partir del Caso Cruz Varas y otros contra Suecia, sentencia de 20 de marzo de 1999, cuando el Tribunal expresó: “debe destacarse que el [antiguo] artículo 36 tan sólo tiene el carácter de norma reglamentaria... Ante la ausencia de una disposición referente a medidas provisionales en el Convenio Europeo, una decisión con base en el artículo 36 no puede considerarse como fuente de una obligación jurídica de parte del Estado contratante”(párr. 98).

Ciertamente la sentencia en ese caso definió el rol y ámbito de las medidas provisionales en el espacio europeo, al afirmar el Tribunal en el párrafo 103 de la misma sentencia “la adopción de medidas bajo el artículo 36 (actual artículo 39) se da bajo circunstancias muy excepcionales. En ellas resultan útiles para casos de expulsión (o extradición) y dan aviso que (...) se le podría ocasionar un daño irreparable al peticionario en caso de que se ejecute la expulsión y, además, que existen buenas razones para pensar que su expulsión podría dar lugar a una violación del artículo 3 del Convenio Europeo”.

¹⁴⁵ Hasta hace poco, la jurisprudencia del Tribunal en relación con la facultad precautoria reglamentaria indicaba que la adopción de medidas provisionales no tenía el efecto legal de una sentencia o resolución emitida por el Tribunal. El artículo 36 (hoy 39) era considerado como una disposición no parte del Convenio Europeo. Esta posición fue expresada en el Caso Cruz Varas y otros contra Suecia, sentencia de 20 de marzo de 1999, demanda No. 15.567/89, en un caso referido a un solicitante de asilo cuya solicitud había sido denegada y cuya devolución a Chile estaba en trámite. En ese caso, la antigua Comisión Europea solicitó al gobierno sueco que no enviara de regreso al peticionario; sin embargo, el Gobierno no dio cumplimiento a la solicitud. Al respecto, el Tribunal no encontró que se hubiera dado una violación al artículo 3 o al artículo 25.1 (actualmente 34) del Convenio Europeo por el mencionado incumplimiento del Estado.

Pese a ese marco de interpretación restrictiva la práctica indica que este instrumento procesal se ha incorporado en los Reglamentos del TEDH y de la Corte IDH, y que las mismas se han decretado en varias ocasiones tanto en América como en Europa¹⁴⁶. Incluso, a propósito de comentarios vertidos sobre el sistema europeo de derechos humanos, el antiguo juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Fix-Zamudio, estimaba que era factible que dichas providencias aumentasen de manera considerable en el futuro próximo si se tomaba en cuenta que esta Convención ha sido ratificada en la actualidad por treinta y nueve países, entre ellos la Federación Rusa, algunos integrantes de la Comunidad de Estados Independientes y los de Europa Oriental¹⁴⁷.

Para dicha del sistema europeo y, de modo prudente y juicioso, cuando ocurrió la fundición de ambos órganos se conservaron las garantías aseguratorias de las personas.

Aun cuando existió y sigue existiendo la posibilidad de invocar medidas provisionales, cabe anotar que el tema cautelar en el sistema europeo ha sido marginal. Esto no impide afirmar que ha sido el sistema que tiene mejores mecanismos de control y eficacia, principalmente cuando las decisiones se llevaron a estrados del Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano que se dedicó a supervisar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal y que adopta medidas como la suspensión o la expulsión de un Estado remiso.

Pese a esta apreciación sobre la marginalidad cautelar, hay que abonar quizá el hecho de que, con el ingreso de nuevos Estados, las medidas provisionales pueden ser en el futuro un mecanismo útil en el ámbito europeo habida cuenta del tipo de violación que conocerá el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en asuntos que de alguna manera se perfilarían en equivalentes a los ventilados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ferrer Lloret sobre este particular asegura que se van a añadir violaciones a la vida, integridad física o la libertad y seguridad del ser humano. En concreto indica:

Es cierto que por regla general el TEDH no se ha ocupado de tales violaciones, pero teniendo en cuenta que en los últimos años un numeroso grupo de Estados de la Europa del Este han ratificado el

¹⁴⁶ Cfr. por ejemplo, Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985; Caso Soering vs. Reino Unido, de 7 de julio de 1989; Caso Vilvarajah y otros vs. Suecia, de 20 de marzo de 1991; Caso Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía, de 6 de febrero de 2003, entre otros.

¹⁴⁷ Vid. Fix-Zamudio, Héctor, cit., “Prólogo a la Serie E: Medidas Provisionales”, No. 1, p. Vi.

Convenio y han aceptado los mecanismos de control así como otros Estados que se habían mostrado reticentes hasta hace poco tiempo (por ejemplo, Turquía), la actuación del órgano judicial en este ámbito de la protección de los derechos humanos puede convertirse en una práctica no inusual en los próximos años¹⁴⁸.

A diferencia del la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo normalmente ha recibido demandas interestatales¹⁴⁹. Sin embargo, el sistema comenzó a dar paso a las demandas individuales, cuya sustanciación, cuando existió la Comisión, finalizaban con un Informe de ese órgano ante el Comité de Ministros, o bien se llevaba el asunto al TEDH siempre que poseyera competencia de acuerdo con las declaraciones de aceptación previstas en el artículo 46 del Convenio.

Para el Presidente en funciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Luzius Wildhaber, el órgano seguirá en transformaciones, principalmente en estrecha relación con las jurisdicciones nacionales, correspondiéndole un carácter subsidiario. En lo que incumbe a los derechos fijados en el Convenio de Roma, el alto juez expresó que en asuntos relativos a infracciones al derecho a la vida, garantizado en el artículo 2 del Convenio, o el que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (Art.3), no ha sido posible aportar en el grado deseado¹⁵⁰.

El Tribunal europeo se ha abocado fundamentalmente a estudiar el procedimiento o tutela judicial efectiva, mas, por ejemplo, la sustanciación de asuntos sobre derechos como la vida han sido accesorios por virtud de que el Tribunal, en palabras del mismo juez Presidente, se ha convertido en una especie de “cuarta instancia” subsidiaria examinando y revisando el procedimiento nacional. Para muestra, Wildhaber ante la enorme carga de casos que le ingresan al órgano judicial internacional, expresó ante los miembros del Tribunal constitucional español: “las autoridades nacionales están próximas a los acontecimientos, y de que una jurisdicción internacional, cuya competencia se extiende a cuarenta y tres Estados que agrupan una población de 800 millones de habitantes, se encuentra pura y

¹⁴⁸ Vid. Ferrer Lloret, J, *Responsabilidad Internacional...*, ob. cit. p. 60.

¹⁴⁹ Básicamente, violaciones a los derechos humanos consistentes en actos de tortura y privación arbitraria de la libertad. Casos Grecia (1967) y Turquía (1982).

¹⁵⁰ Discurso “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro” de Luzius Wildhaber, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante miembros del Tribunal Constitucional español, 7 de junio de 2002, Madrid, España.

simplemente en la imposibilidad física de funcionar como un tribunal de hechos”¹⁵¹.

La renuncia a funcionar como un tribunal que examine hechos, sucesos y arbitrariedades de las autoridades de un Estado en particular, implicaría un fuerte impacto negativo en la función cautelar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Variar los cometidos esenciales de tribunal inmediato y garantista, por un supra tribunal europeo de control de constitucionalidad y de derechos fundamentales tal como lo desliza en su intervención el juez Wildhaber, al estilo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, afectaría, a nuestro juicio, la posibilidad de acceso de los individuos y las organizaciones por virtud de que los filtros de admisibilidad serían mayormente rigurosos, no habría un proceso de investigación de los hechos, las causas serían en alza, depositando las jurisdicciones nacionales la revisión de los asuntos resueltos en los Tribunales Constitucionales, materia que, ciertamente, no comprende todos los contenidos de la disciplina de los derechos fundamentales.

El Juez Presidente deja patente que el principio de apreciación del TEDH implica que se tomen medidas apropiadas en un abanico de soluciones compatibles con los derechos humanos ofrecidas a las autoridades nacionales¹⁵².

4.2 El incidente cautelar como recurso ante la inminente expulsión

El énfasis que ha privado o más bien privó en la adopción de medidas provisionales para salvaguardar la integridad de las personas, lo constituyó el tema de la extradición y el asilo; es decir, evitar la expulsión hacia otro país mientras se revisaban minuciosamente los hechos y, en general, las causas que rodeaban la situación¹⁵³.

¹⁵¹ Vid. Discurso, cit.

¹⁵² Vid. el discurso citado.

¹⁵³ Cfr. por ejemplo, Ali versus Suiza, de 5 de agosto de 1998, sobre internamiento administrativo de un extranjero para su expulsión; B.B. versus Francia, de 7 de octubre de 1998, sobre amenaza de reenvío de un ciudadano de la República del Congo (ex Zaire) enfermo de SIDA a su país de origen, donde no podría beneficiarse de un tratamiento médico apropiado; Hatami versus Suecia, de 9 de octubre de 1998, sobre la decisión de expulsar hacia Irán a un iraní, expulsión suspendida y después anulada tras la concesión de un permiso de residencia permanente; en este caso, el arreglo amigable del asunto hizo decaer el procedimiento.

Se trató en el fondo de la manera de buscar un equilibrio de garantía de ciertos derechos¹⁵⁴ a las personas que estaban en una situación límite de solicitud de extradición por un tercer Estado o de expulsión según las leyes migratorias de los respectivos Estados europeos.

Son asuntos ligados, en buena medida, a los derechos de los extranjeros y más particularmente al derecho de asilo. Éste ha sido uno de los temas de importancia en la práctica judicial del sistema europeo, instituyéndose la instancia supranacional de Estrasburgo como la última posibilidad de recurso, después de agotados los remedios internos.

Se había sentado en el apartado anterior la importancia que representó la Sentencia Cruz Varas c. Suecia, de 20 de marzo de 1999 a partir de la cual el TEDH venía entendiendo que la solicitud de medidas cautelares no constituía una obligación jurídica para el Estado, si bien el Estado que no da curso favorable a la medida solicitada se arriesga después a ser condenado por vulneración del artículo 3 del Convenio. No obstante esa observación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su recién Sentencia Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía, de 6 de febrero de 2003 (que se encuentra recurrida ante la Gran Sala), concluyó que Turquía había vulnerado este derecho, garantizado por el artículo 34¹⁵⁵ del Convenio, por hacer caso omiso a la solicitud del Tribunal de suspender cautelarmente una extradición e impedir así el ejercicio efectivo del derecho de recurso de los demandantes extraditados a Uzbekistán. Evidentemente con esta última Sentencia, el “eje de gravedad” en torno al tema cautelar en el espacio europeo gira en grado pasando de un criterio restrictivo de la figura

¹⁵⁴Respeto a la vida, prohibición de la tortura y de tratamientos inhumanos y degradantes, respeto de la vida privada y familiar, prohibición de la pena de muerte, derecho a un proceso judicial independiente, al debido proceso legal, entre otros.

¹⁵⁵La relación entre el artículo 39 del Reglamento y el artículo 34 del Convenio Europeo, el cual establece que las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho, ha sido tratado por el Tribunal en varios casos. En este sentido, se destaca el Caso Conka contra Bélgica (no. 51564/99), decisión de admisibilidad de 13 de marzo de 2001 y sentencia de 5 de febrero de 2002, relativo a cuatro solicitantes de asilo cuyas peticiones habían sido rechazadas y que fueron deportados a pesar de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal, con base en el artículo 39 del Reglamento, poco antes de su deportación. En la decisión de admisibilidad, el Tribunal confirmó la naturaleza no vinculante de las medidas del artículo 39 y reiteró su postura expresada en el Caso Cruz Varas. No obstante concluyó que: “Tomando en consideración la práctica consistente de respetar tales medidas, las cuales se adoptan únicamente en situaciones excepcionales, actuar de tal manera difícilmente parece compatible con “una cooperación de buena fe con el Tribunal en casos que el Estado en cuestión lo juzga posible y razonable” (Cit., Sentencia Cruz Varas, párrs. 100 y 103).

a uno de mayor horizonte y aceptación. Si se observa, por ejemplo, el contenido del citado Caso Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía¹⁵⁶, el THDH hace una extensa relación y examen de los instrumentos y de la jurisprudencia sobre medidas cautelares adoptadas en otros sistemas internacionales de protección, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁵⁷, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas¹⁵⁸, la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁰. El TEDH también analizó su propia práctica en relación con el artículo 39 de su Reglamento Interno, así por ejemplo en el caso de cita, relativo a cuestiones precautorias en casos de extradición, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió:

107. Eu égard aux considérations ci-dessus, la Cour déclare qu'il découle de l'article 34 que, d'une part, un requérant a droit à l'exercice efficace de son droit de recours, au sens de l'article 34 *in fine* –c'est à dire qu'un Etat contractant ne doit pas empêcher la Cour de procéder à un examen efficace de la requête– et, d'autre part, un requérant qui invoque une violation de l'article 3 de la Convention a le droit de bénéficier d'un examen efficace du point de savoir si une extradition ou une expulsion envisagée constituerait une violation de l'article 3. Une indication donnée par la Cour, comme dans les cas d'espèce, en vertu de l'article 39 de son règlement, permet à celle-ci d'examiner efficacement une requête et de s'assurer de l'efficacité de la protection prévue par la Convention, et ultérieurement au Comité des Ministres de

¹⁵⁶Cfr. Cour Européenne des Droits de L'Homme, Première Section, Affaire Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie (Requêtes nos 46827/99 et 46951/99), Arrêt, Strasbourg, 6 février 2003.

¹⁵⁷Se citan los Casos Glen Ashby c. Trinidad y Tobago, decisión de 26 de julio de 1994 sobre un caso relativo a extradición vinculado con al ejecución de la pena capital; y el Caso Dante Piandiong, Jesús Morillos y Archie Bulan c. Filipinas, decisión de 19 de octubre de 2002 sobre una comunicación asociada con un proceso de expulsión.

¹⁵⁸Aquí se relaciona el Caso Roxana Núñez Chipana c. Venezuela, decisión de 10 de noviembre de 1998, ciudadana peruana residente en Venezuela a quién se pretendía extraditar; y el Caso T.P.S. c. Canadá, decisión de 16 de mayo de 2000, relativo a la extradición de un ciudadano indio residente en Canadá.

¹⁵⁹Se cita el Caso Actividades militares y paramilitares (Nicaragua c. Estados Unidos); el Caso sobre la Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia); y el Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos).

¹⁶⁰Hay una extensa relación jurisprudencial: Chunimá c. Perú, Loaysa Tamayo c. Perú, James y otros c. Trinidad y Tobago, Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en República Dominicana, Álvarez y otros c. Colombia, Hilaire, Constantine, Benjamín y otros c. Trinidad y Tobago.

surveiller l'exécution de l'arrêt final. Une telle mesure permet ainsi que l'Etat concerné puisse s'acquitter de son obligation de se conformer à l'arrêt final de la Cour, lequel est juridiquement contraignant en vertu de l'article 46 de la Convention¹⁶¹.

Se señala claramente que el Tribunal otorgó directamente carácter vinculante a las medidas provisionales con base en el artículo 34 del Convenio Europeo. Así España en este momento tiene la disyuntiva del Caso Olaechea Cahuas¹⁶². Referente a esto, el TEDH solicitó a España que suspendiera la extradición hacia el Perú del demandante, acordada por la Audiencia Nacional el 18 de julio de 2003, para ser juzgado por terrorismo. La Audiencia Nacional tuvo en cuenta para pronunciarse a favor de la extradición, la nota verbal remitida por la Embajada del Perú en la que se garantizaba que el demandante no sería sometido a tratos inhumanos o degradantes, y que no se le condenaría a cadena perpetua, pena aplicable al delito por el que se reclamaba la extradición. El demandante, presunto miembro de la organización terrorista Sendero Luminoso, que había sido detenido en España, solicitó al TEDH la aplicación del artículo 39 de su Reglamento, alegando riesgo de malos tratos en el país de destino. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitó a España, el 6 de agosto de 2003, que suspendiera temporalmente la extradición hasta tanto no decidiera sobre el fondo del asunto. No obstante, el demandante fue extraditado al día siguiente. La cuestión crucial en el trámite abierto para que las partes formulen alegaciones es si el no respeto de la indicación del Tribunal sobre la suspensión cautelar de la extradición vulnera el compromiso adquirido por parte del Estado al ratificar el Convenio de no poner trabas al ejercicio eficaz del derecho de todo demandante a presentar su demanda ante el TEDH. En este caso, España puede caer en la conducta de vulneración del artículo 3 del Convenio.

Las medidas provisionales en el espacio europeo, tienen entonces, básicamente como punto de fondo la problemática de los derechos de los extranjeros, cuestión que hubo de sustanciarse así desde que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁶³ instruíra los casos.

¹⁶¹ Affaire Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie (no. 46827/99 y no. 46951/99), Arrêt 6 février 2003, Ídem, párr. 107.

¹⁶² Cfr. Tribunal Constitucional de España, *Memoria Anual del 2003*, Anexo IV, Caso relativo a Olaechea Cahuas, en DRL: www.tribunalconstitucional.es/memoria2003/memo2003anexo004.html

¹⁶³ El proceso se sustanciaba en el procedimiento anterior ante un órgano cuasi-jurisdiccional: la Comisión Europea de Derechos Humanos que se manifestaba sobre la existencia de una violación al Convenio y su satisfacción equitativa,

En efecto, el modelo que se siguió desde el Caso Soering¹⁶⁴ y desde el comentado Caso Cruz Varas, consistió en acreditar que la extradición de una persona hacia un país donde no existían garantías suficientes o bien que la persona pudiese ser objeto de negativa de derechos o de aplicación de tratos contrarios a lo establecido en la Convención europea, no era un sujeto extraditable.

Las situaciones merecían analizar indicadores seguros e indubitables de que aquella acción de envío o expulsión no iba a afectar o tener efectos contrarios para los demandantes de medidas precautorias, y que repercutiera negativamente en relación con el artículo 3 de la Convención Europea. Para verificar esa probabilidad, la Comisión –ahora el Tribunal– analizó, antes que nada, los indicios razonables, serios y convincentes de tal naturaleza que pudieran forjar evidencia de posibles malos tratos, no bastando meros temores o conjeturas.

Sobre este punto Heredia Puente y Fábrega Ruíz señalan: “La primera idea que debemos tener es que, aunque la expulsión, en principio, no atenta contra lo establecido en el Convenio, de forma excepcional puede manifestarse contraria al mismo. Y esto es así, si

mediante un informe que, salvo que fuese elevado el asunto al Tribunal, se sometía a un órgano político: el Comité de Ministros del Consejo de Europa que se encargaba de adoptar la decisión definitiva además de verificar la ejecución de la misma. Con el nuevo sistema, la Sala del Tribunal pronuncia la sentencia y acuerda si procede una satisfacción equitativa, reservándose el Comité de Ministros únicamente la tarea de supervisar la ejecución de la sentencia (Art. 46.2 Convenio EDH). No obstante, excepcionalmente cabe la posibilidad de elevar en un plazo de 3 meses la sentencia pronunciada por la Sala del Tribunal a la Gran Sala compuesta por 17 Jueces (Arts. 30 y 43 CEDH). Cuando esto ocurra, un colegio de 5 Jueces decidirá por tercera vez y por mayoría si ocurren circunstancias excepcionales para declarar admisible la demanda (Art. 43). Si ésta es rechazada, la sentencia dictada por la Sala del Tribunal se convierte en definitiva procediéndose a su ejecución (Art. 44.2). Al contrario, si la demanda es admitida, la Gran Sala volverá a conocer del asunto sobre el que se pronunciará mediante sentencia definitiva (Art. 44.1).

¹⁶⁴El TEDH aceptó el riesgo concreto en el Caso no. 14.038/88, *Soering c. Reino Unido*, decisión del 7 de julio de 1989, Serie A, No. 161. Por el contrario, estimó que no se violaba el artículo 3 del Convenio por no existir prueba de riesgo real en los Casos nos. 13163/87, 13164/87, 131165/87, 13447/87 y 13448/87, *Vilvarajah et alias c. Reino Unido*, decisión de 30 de octubre de 1991. En esta demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos los demandantes pidieron, en primer lugar, que la propia Comisión solicitase al gobierno británico, en aplicación del artículo 36 de su Reglamento interno, la paralización de las órdenes de expulsión. Alegaron además, que en su calidad de jóvenes tamiles de sexo masculino, tenían fundados temores de sufrir persecuciones y tortura, y que podían ser objeto de una ejecución arbitraria, o de penas o tratos inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en caso de ser devueltos a Sri Lanka. Consideraron, por último, que su devolución vulneraba el artículo 13 del Convenio.

de alguna manera pone en peligro derechos protegidos en el mismo, en concreto los establecidos en los artículos 3 y 8 del Convenio”¹⁶⁵.

De importancia capital ha sido la información sobre la situación política vigente en el país de destino, la fuerza e independencia de las instituciones o administración de justicia del Estado nacional, o si existen milicias, grupos irregulares u otras formaciones análogas.

Los mismos Heredia y Fábrega dicen:

Se requiere no una situación cualquiera de riesgo, sino que ésta sea excepcional. Para ello habrá que valorar la situación objetiva del país –a través de informes gubernamentales de reconocida solvencia–, así como el riesgo concreto que pueda afectar al individuo en cuestión. Aunque en este aspecto la Comisión ha sido severa, ha aceptado que el riesgo de ser procesado por razón de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, puede ser suficiente para que la expulsión o devolución conculque el artículo 3 del Convenio¹⁶⁶.

En lo tocante al artículo 8 del Convenio de Roma en los casos de expulsión lo que se trata de tutelar es el derecho a la vida privada y familiar. En otras palabras, cuando la expulsión está precedida de la afectación de la vida familiar del expulsado y de su familia, sólo estaría justificada si existiera una necesidad imperiosa. Supone lazos intensos y reales, cohabitación y dependencia financiera. Incluye a la familia matrimonial, como a la natural o paramatrimonial¹⁶⁷.

4.3 Algunos comentarios sobre casos relevantes

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha substanciado medidas provisionales en algunos casos. Recordamos el Caso Cruz

¹⁶⁵ Cfr. Heredia Puente, Mercedes y Fábrega Ruiz, Cristóbal, *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del derecho de extranjería español*, Editorial Colex, Madrid, España, 1997, p. 113.

¹⁶⁶ Heredia y Fábrega, *Medidas cautelares...*, Ob. Cit., p. 113.

¹⁶⁷ Cfr. TEDH, Caso Berrehab contra Holanda (no. 107330/84), Sentencia de 21 de junio de 1988, mediante el cual el TEDH consideró que existe vida familiar entre un padre divorciado y su hija, aunque no tenga custodia, si existen relaciones muy estrechas, que no pueden romperse con el fin de proteger el mercado de trabajo, a no ser que hubiera una necesidad imperiosa, y que sea proporcionada al objetivo perseguido. También en el Caso Beldjoudi contra Francia (no. 12083/86), Sentencia del 26 de marzo de 1992, el tribunal consideró que la expulsión afectaba la vida familiar si los miembros de la familia se han integrado en la sociedad del Estado expulsante.

Varas contra Suecia¹⁶⁸, el Caso Bonisch contra Austria¹⁶⁹ y el Caso Soering contra Reino Unido¹⁷⁰. Cada uno de ellos los veremos con mayor detalle a continuación.

El Caso Soering, coincidente con el Caso Cruz Varas¹⁷¹, trataba de una extradición a los Estados Unidos, de un ciudadano alemán detenido en Inglaterra. El denunciante alegaba que la extradición a los EEUU, donde se le iba a juzgar por doble homicidio, podría decantarse, incluso, por la pena capital, por haberse cometido los hechos en un Estado que mantiene en su legislación estatal la pena de muerte, con lo cual violaba su derecho a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes según el artículo 3 del Tratado de Roma. La Comisión pidió al gobierno de Inglaterra que no extraditara a Soering hasta que la Comisión pudiese examinar con mayor amplitud la solicitud. Asimismo, cuando la Comisión envió el caso al Tribunal Europeo, el Presidente del Tribunal pidió también al gobierno británico no extraditarlo hasta que terminaran los procedimientos ante el tribunal.

La aplicación del artículo 36 por parte de la Comisión Europea de Derechos Humanos se dio bajo el supuesto de la existencia de daño irreparable o cuyos resultados podrían ser irremediables para la víctima. Así en el Caso Cruz Varas, donde la hipótesis de expulsión o extradición del sujeto significaba la inminencia de su entrega al Estado que le requería (Estados Unidos), con la probabilidad de que dicho Estado, le diera un tratamiento contrario a lo consignado en los artículos 2 y 3 de la Convención Europea, supuso la apertura de las medidas, aunque al final el Tribunal desestimó todos los recursos en la instancia supranacional, determinando que no había violación a ningún artículo de la Convención Europea¹⁷².

¹⁶⁸ Cfr. CEDH, *Affaire Cruz Varas et Autres c. Suède*, Arrêt du 20 mars 1991. *Serie A: Arrêts et décisions*, Vol. 1991, 20. *Publications de la Cour Européenne des droits de l'homme*. Strasbourg, 1991.

¹⁶⁹ Cfr. TEDH, *Bonisch c. Austria*, Decisión del 6 de mayo de 1985, Serie A, No. 92, párr. 5. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1992.

¹⁷⁰ Cfr. TEDH, *Soering c. Reino Unido* (no. 14038/88), Decisión del 7 de julio de 1989, Serie A, No. 161. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1989.

¹⁷¹ Cfr. también, TEDH, *Vijayanathan y Pusparajah c. Francia* (no. 17550/90), Decisión de 27 de agosto de 1992, Serie A, No. 241. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1992.

¹⁷² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el Caso Cruz Varas, opinó, respecto de la recomendación de medidas por la Comisión contra Suecia que, como la Convención Europea sobre Derechos Humanos no contiene

En el Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido¹⁷³, el Tribunal Europeo, por primera vez, consideró que las medidas tomadas por un Estado (en el Caso del Reino Unido) en el ámbito de su política de inmigración (inclusive de carácter penal, como pena accesoria de expulsión), podían, en determinadas circunstancias, violar el derecho garantizado en el artículo 8 de la Convención europea. Contrario a esto, en una resolución posterior, la Comisión declaró admisible que a un ciudadano colombiano, que estaba bajo amenaza de expulsión de Francia, condenado por tráfico de drogas, se le otorgaran medidas cautelares, por haber alegado correr riesgo de muerte a su llegada a Colombia por así disponerlo un importante cartel de traficantes¹⁷⁴.

También el Tribunal ha inadmitido o rechazado peticiones de medidas provisionales. En los Casos Andric, Majic, Pavlovic, Maric, Andrijic, Juric, y Pranjko todos versus Suecia¹⁷⁵, sobre el derecho a no recibir malos tratos así como sobre la aplicación de una expulsión colectiva hacia Croacia, tal inadmisión fue evidente. Lo fue en tanto la decisión de expulsión fue precedida de un examen objetivo y razonable de la situación particular de cada uno de ellos, con demandas y argumentación individuales, así como una decisión particular con base en los antecedentes y los riesgos de cada individuo. El TEDH inadmitió el recurso basado en la expulsión colectiva. Respecto de los malos tratos, el TEDH consideró que no había riesgo en la expulsión a Croacia o a la parte croata de Bosnia-Herzegovina, salvo que fueran trasladados a una zona de Bosnia donde no hubiera población mayoritariamente croata. Por otro lado, la orden de expulsión debió de suspenderse mientras los extranjeros recibieran tratamiento psiquiátrico obligatorio¹⁷⁶.

disposiciones específicas para que los órganos de la Convención apliquen medidas provisionales, el hecho de que el Gobierno Sueco no hubiera atendido las "recomendaciones" de la Comisión no implicaba violación de la Convención.

¹⁷³ Cfr. TEDH, Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido (no. 9214/80), Decisión de 28 de mayo de 1985.

¹⁷⁴ Cfr. TEDH, H.L.R. contra Francia, (no. 24573/94), Decisión sobre admisibilidad de 2 de marzo de 1995 y Sentencia de 29 de abril de 1997.

¹⁷⁵ Cfr. TEDH, Andric (no. 45917/99), Majic (no. 45918/99), Pavlovic (no. 45920/99), Maric (no. 45922/99), Andrijic (no. 45923/99), Juric (no. 45924/99), y Pranjko (no. 45925/99), todos versus Suecia, Decisión de 23 de septiembre de 1999.

¹⁷⁶ Cfr. Inter. alia, JED versus Reino Unido (no. 42225/98), del 2 de febrero de 1999, sobre el derecho a no sufrir tratos inhumanos a consecuencia de la expulsión de un ciudadano de Costa de Marfil, que fue considerada por el Tribunal como inadmisibles porque no se había demostrado la existencia de un riesgo real de sufrir tales tratos inhumanos. También fue considerada inadmisibles la demanda en base

Como símil al Sistema Interamericano, toda petición de medidas provisionales era dirigida a la Comisión (ahora al Tribunal); si ésta no estaba reunida en su período de sesiones, la solicitud llegaba al Presidente o quien actuara como Presidente en ejercicio. El artículo 36 del Reglamento de la Comisión señalaba que las medidas siempre estaban limitadas a una situación de protección en el tiempo (interinidad o provisionalidad), no creando situaciones jurídicas consolidadas. Si la decisión de medidas cautelares era dada por el Presidente o quien actuara en su ejercicio, al igual que en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dicha resolución era revisada por los restantes miembros de la Comisión Europea¹⁷⁷.

El actual artículo 39 del Reglamento del Tribunal señala que una de las Salas, o cuando fuere apropiado el Presidente, podrá, a petición de una de las partes o de algunas otras personas interesadas o por moción propia, indicar a las partes alguna medida provisional que considere deba ser adoptada en interés de las partes o de la adecuada conducción de los procedimientos. Asimismo, el numeral añade, deberá de informar de la adopción de las medidas al Comité de Ministros. También la Sala podrá pedir información a las partes sobre las materias que tengan conexión con la puesta en ejecución de las medidas provisionales que se indiquen.

A nuestro juicio la norma va por la senda procesalista de aseguramiento del proceso principal al estilo del Tribunal Internacional de Justicia. La desaparición de la Comisión conlleva consecuencias de seguimiento de la respuesta de los Estados a la adopción de las medidas que se requieran. El papel de seguimiento y solicitud de información posterior, observaciones a los informes de los Estados y nuevas averiguaciones, evidentemente tendrá que corresponderle al órgano jurisdiccional, cuestión que antes solía hacer la Comisión, tal como ocurre en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Lo que sí se nota a partir de 1998, fecha de instalación del nuevo Tribunal Europeo, es la apertura de las medidas cautelares hacia otro

al derecho a un proceso justo de expulsión porque en el caso concreto tuvo la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional sobre la decisión gubernativa.

¹⁷⁷ En el Caso Cruz Varas y otros contra Suecia, en el apartado 54, la Comisión señaló: "If the decision is taken by the President or Acting President, the indication will be limited until the Commission next sits." Publications of the European Court of Human Rights. Series A: Judgments and Decisions. Vol. 201. Case of Cruz Varas and others v. Sweden. Decision of 29 August 1990.

tipo de protección, ya no sólo de las personas, dirigido a la salvaguarda de los artículos 2º y 3º de la Convención, sino hacia el aseguramiento de otros derechos como los contratos de construcción de edificios, la efectividad del juez mercantil, el derecho de propiedad, es decir, cuestiones tales como equipo y maquinaria, concretamente restitución de equipo¹⁷⁸.

Un caso donde hubo yuxtaposición de una normativa a otra y de respuesta orgánica en evolución, fue el Caso de Athanassoglou y otros contra Suiza¹⁷⁹ relativo a los derechos de extensión de licencia para la operación de una Planta Nuclear (Beznau II). Los peticionarios, doce ciudadanos suizos, alegaban que se estaba violando sus derechos a la vida y sus derechos al respeto de su integridad psíquica garantizados por los artículos 2º y 8º de la Convención europea. Entre el 27 de agosto y el 10 de septiembre de 1999 los peticionarios solicitaron unas medidas cautelares bajo la regla 39 del Reglamento del Tribunal en prevención de que la planta nuclear Beznau II no debía funcionar por el tiempo que estuviera en trabajos de mantenimiento y reparación y hasta que el Tribunal emitiera un fallo al respecto. El 13 de octubre de 1999 el Pleno o Gran Sala decidió (por 16 votos y una abstención) no aplicar la regla del artículo 39 en ese caso.

Normalmente, el artículo 36 del Reglamento Interno se aplicó en casos donde las alegaciones eran de tal naturaleza que existía certeza en grado de probabilidad de que la persona estaría siendo conducida a quedar sujeta a tratamientos contrarios a lo que señala la Convención Europea, siendo aquí donde las medidas precautorias tienen mayor fundamento. Ello, obviamente, va concatenado a los efectos que pueda tener la causa que se sigue en el Estado receptor de la extradición o expulsión¹⁸⁰.

No hay duda de que el mecanismo que hubo de contener el artículo 36, ahora 39, del Reglamento de la Corte es de gran importancia. Este precepto autorizaba a la Comisión y autoriza hoy al Tribunal a solicitar al Estado que adopte las medidas necesarias para un normal proceso. Se

¹⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of Morel v. France. (Application no. 34130/96), Sentencia de 6 de junio de 2000, Estrasburgo, Francia. Vid. en: <http://hudoc.echr.coe.int>

¹⁷⁹ Cfr. TEDH, Judgment case of Athanassoglou and others v. Switzerland (Application no. 27644/95), Sentencia de 6 de abril de 2000, Estrasburgo, Francia. Vid. en: <http://hudoc.echr.coe.int>

¹⁸⁰ Cfr. por ejemplo, TEDH, Nasri versus Francia (no. 19465/92), Sentencia de 13 de julio de 1995, publicada en la Serie A, No. 324. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1995.

trata del efecto de una verdadera providencia cautelar, que busca evitar la supervivencia de un daño irreparable e irremediable. En la práctica, dada la extrema parsimonia con que la Comisión aplicó el mecanismo, funcionó apenas para los casos donde fueron invocadas violaciones de los artículos 2° y 3° de la Convención Europea de Derechos Humanos y del artículo 1° del Protocolo No. 6. Asimismo, como se ha citado, se aplicó con suficiencia en las cuestiones de inminente expulsión o extradición hacia un país donde la persona correría riesgo de sufrir daños contrarios a las disposiciones convencionales.

5. Breve balance

En cualquier sistema o jurisdicción las medidas provisionales han sido dictadas en función de las necesidades de protección, siempre que se cumplan los presupuestos típicos y básicos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables, o bien para asegurar bienes y no hacer ilusoria la sentencia de fondo.

El instituto cautelar es una verdadera garantía, aunque en ocasiones, las menos, puesta a prueba, sin cumplimiento estatal adecuado o sin acatamiento de la ordenanza o resolución, en desafío al órgano judicial internacional que la dictó.

La nota preventiva hace del instrumento un paliativo importante en el curso de un juicio. No obstante, los matices con que han sido adoptadas difieren un tanto, como lo hemos apuntado líneas atrás. Su mayor o menor fuerza puede derivarse del origen normativo que las respalda, visión positivista sin duda.

La base convencional de las medidas provisionales requeridas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no deja lugar a vacilación sobre su obligatoriedad, como sí ha ocurrido en otros tribunales internacionales¹⁸¹. Las medidas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen una base tan sólo reglamentaria, en equivalencia al escenario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con las denominadas “medidas cautelares”.

Las “indicadas” por el Tribunal Internacional de Justicia han sido motivo de controversia y debate en cuanto al alcance y a la aplicación. En el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas su éxito ha sido menor por lo difuso que resulta para los Estados ese mecanismo

¹⁸¹ Sobre todo en el Sistema de las Naciones Unidas y sus dos Comités, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

universal en aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sistema que no tiene un desarrollo normativo derivado y un tribunal constituido. Aun así, ha sustanciado casos exitosos, sobre todo, para aquellos nacionales que no tienen acceso a una estructura judicial regional.

El juez Presidente de la Corte IDH, sobre estos aspectos nos dice: “...No puede, por tanto, pretender extender al sistema interamericano de protección la polémica doctrinal acerca del alcance de los efectos jurídicos de las medidas provisionales en el sistema europeo de protección o las “indicadas” por la Corte de La Haya: las medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en razón de su base convencional, un carácter indudablemente obligatorio”¹⁸².

Todos los sistemas de protección han tenido sendos éxitos, en mayor o menor grado, en la salvaguarda de derechos, bienes y personas, aunque también serios problemas de aplicación, cuando se ha tratado de condenas a pena capital: así, en los Casos de Trinidad y Tobago en el Sistema Interamericano, Sierra Leona en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, LaGrand y Breard (EEUU) en el Tribunal Internacional de Justicia y las deportaciones o expulsiones de Europa para ser aplicadas condenas a pena capital. En este común denominador, los sobresaltos y los incumplimientos se han dado por el roce de la legislación penal interna con los incidentes y órdenes de las decisiones jurisdiccionales internacionales.

Lo que sí queda claro es que la naturaleza jurídica de las medidas y su aplicación han salvado y tutelado vidas; y ha obligado a los Estados a brindar protección, a realizar investigaciones y a asegurar bienes y personas.

¹⁸²Cfr. Cançado Trindade, Antonio: “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Serie E: Medidas Provisionales, No. 2, Compendio: Julio 1996-Junio 2000*. Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 2000.

La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento

Mónica Feria Tinta*

Introducción

“La gran revolución jurídica del siglo XX ha sido consolidada por el Derecho Internacional de los Derechos al erigir al ser humano en sujeto del Derecho Internacional, dotado, como verdadera *parte demandante* contra el Estado, de plena capacidad jurídico-procesal a nivel internacional”—señalaba el Juez Cañado Trindade en su Voto Razonado en el caso “Niños de la Calle”¹. Con su usual lucidez agregaría más adelante en el mismo Voto Razonado, que “[e]l Derecho Internacional de los Derechos Humanos quien clara y decididamente ha rescatado la posición central de las víctimas en el

* Master en Derecho con mérito (Londres); Diplomada por la Academia del Haya en Derecho Internacional (2000). La autora representa víctimas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde 1997. Litigó el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actualmente viene representando 800 víctimas en el caso *Juárez Cruzatt y Otros* (caso del Centro Penal Miguel Castro Castro) ante la Corte Interamericana. Una versión original de este escrito fue presentado como ponencia en el Seminario “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a 25 años de su funcionamiento” (25-26 Octubre 2005) por gentil invitación del Instituto de Investigaciones Jurídicas en coordinación con la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Academia Mexicana de Derechos Humanos A.C. La autora agradece a la Fundación Anti-Tortura Inge Genefke y Bent Sorenson, por haber hecho posible la presentación de esta ponencia en dicho evento.

¹ CtIADH, Caso de los Niños de la Calle (*Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala*) Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 26 de mayo de 2001; Voto Razonado del Juez A. A. Cañado Trindade, Párr. 16. Ver además A.A. Cañado Trindade, “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI-Memoria del Seminario (Noviembre de 1999)*, tomo I, San José de Costa Rica Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

Derecho Internacional, por cuanto se encuentra orientado hacia la protección de la persona humana y a atender sus necesidades”².

La presente ponencia analiza el rol actual de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en este nuevo momento en que la víctima es “parte” en los procesos contenciosos ante la Corte) dentro del contexto de actual desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos arriba enunciado.

El presente análisis es hecho desde la perspectiva de la víctima litigante, desde los ojos del usuario del sistema Interamericano de Derechos Humanos que viene a él para reivindicar derechos conculcados, como sujeto de derecho internacional. La posición de la víctima hoy en el Sistema Interamericano es así discutida, teniendo como referencia su rol de parte en el proceso (*vis a vis* otras partes procesales) tomando como parámetros dos principios jurídicos angulares: el principio de igualdad de armas y el principio de igualdad ante la ley. Pero es además hecha desde su *centralidad* dentro del proceso mismo, por cuanto el proceso de adjudicación ante la Corte (y de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana) tiene como objeto servir a la persona humana.

Nunca antes las víctimas gozaron de mejor posición ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De ocupar sólo un rol accesorio a la sombra de la –hasta hace poco– única parte peticionaria en los procedimientos contenciosos (la Comisión Interamericana) las víctimas hoy han accedido a constituirse en parte en el proceso. A casi cinco años de ser este el caso ¿qué observaciones podemos hacer?

1. La víctima como *parte* en el proceso ante la Corte Interamericana: El *locus standi in iudicio* de la víctima hoy ante la Corte

1.1 La noción de víctima

Como una cuestión de carácter preliminar hemos de definir primero qué se entiende por “víctima” en general y de manera más específica que se entiende por “víctima” *stricto sensu* dentro de un proceso contencioso ante la Corte.

² Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala) Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 26 de mayo de 2001; Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Párr. 15.

La noción de “víctima” bajo derecho internacional refiere a *la parte lesionada*. De conformidad con reglas generales de la Responsabilidad Internacional de los Estados, la parte lesionada es aquella “cuyo derecho individual ha sido denegado o dañado por el acto ilegal internacional o que ha sido de otra manera particularmente afectado por dicho acto”³. En el área de la protección internacional de derechos humanos, la parte lesionada es el individuo cuyos derechos han sido violados, es decir la parte cuyos derechos han sido conculcados generándosele un daño. A menudo también se le refiere como la “parte agraviada”.

El actual Reglamento de la Corte define el término “víctima” de la siguiente manera: “significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo a la sentencia proferida por la Corte”⁴. Es decir, “víctima” es aquella cuyos derechos ya han sido determinados por la Corte habiendo establecido violaciones en su detrimento. Durante el proceso de determinación de si hubo o no dicha violación, la parte que alega haber sido lesionada es referida a lo largo del proceso con el nombre de “presunta víctima”⁵. Es necesario sin embargo precisar que la sentencia de la Corte que encuentra violaciones en detrimento de alguien no tiene un valor “constitutivo” de la condición de víctima sino que sólo *reconoce* dicha condición.

1.2 La ampliación *rationae personae* de la noción de víctima en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

De una aproximación más restrictiva de la noción de víctima en su jurisprudencia inicial, el sistema interamericano ha desarrollado importantes avances en el reconocimiento de la verdadera dimensión del alcance del daño generado en violaciones de derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte ha expandido *rationae personae* el reconocimiento de la condición de “víctima” a personas que en su

³ Ver la definición proveída en James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 254. Traducción libre de la autora. El original en inglés lee: “whose individual right has been denied or impaired by the internationally wrongful act or which has otherwise been particularly affected by that act.”

⁴ Disposiciones Preliminares, Artículo 2. Definiciones, punto 31 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵ *Ibíd.*, punto 30. Allí se estipula, “La expresión ‘presunta víctima’ significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención”.

jurisprudencia inicial no eran consideradas como tales. Por ejemplo en el caso Villagrán Morales y Otros⁶ la Corte reconoció la condición de *víctimas* en base a derecho propio, de los familiares de los menores asesinados. La Corte reconoció en ese sentido que los familiares de dichos menores torturados y asesinados también habían sufrido en sí mismas violaciones del artículo 5 de la Convención. Siguiendo la misma línea de análisis de la Corte Europea –en un caso concerniente a una desaparición forzada en Turquía, en el cual la Corte Europea de derechos humanos, luego de examinar las circunstancias del caso, la gravedad del trato inhumano aplicado a la madre del desaparecido, y el hecho de que dicho familiar no contaba con información oficial para clarificar la situación de su ser querido, determinó la violación del artículo 3 en detrimento⁷ de la madre de la víctima en dicho caso⁷, en el caso Villagrán Morales y Otros, la Corte Interamericana falló de la siguiente manera:

La Comisión señaló, en sus alegatos finales escritos, que las circunstancias de la muerte de las víctimas, así como la falta de actuación del Estado, habían provocado en los familiares de las mismas “angustias y también considerable temor”⁸. [...]

La Corte debe destacar entre las conductas de los agentes estatales que intervinieron en los hechos del caso y que produjeron un impacto sobre sus familiares, la correspondiente al tratamiento que se dio a los cuerpos de los jóvenes cuyos cadáveres aparecieron en los Bosques de San Nicolás, [...]. Estas personas no sólo fueron víctimas de la violencia extrema correspondiente a su eliminación física, sino que, además, sus cuerpos fueron abandonados en un paraje deshabitado, quedaron expuestos a las inclemencias del tiempo y a la acción de los animales y hubieran podido permanecer así durante varios días, si no hubieran sido encontrados fortuitamente. En el presente caso, es evidente que el tratamiento que se dio a los restos de las víctimas, que eran sagrados para sus deudos, y en particular, para sus madres, constituyó para éstas un trato cruel e inhumano⁹.

6 CtIADH, Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los Niños de la Calle), Series C No. 63, Sentencia del 19 de noviembre de 1999.

7 Ver Eur. Court H.R., Kurt vs. Turkey, judgment of 25 May 1998, Reports of judgments and Decisions 1998-III, pp. 1187, §§ 130-134.

8 Villagrán Morales *et al* case, Series C: No 63., Sentencia del 19 de noviembre de 1999, op. Cid. párr. 171.

9 *Ibíd.*, párr. 174.

La ampliación de la noción de víctima reconocida en el caso Villagrán Morales *et al* por la Corte fue más aún consolidada en la jurisprudencia que le siguió a ese caso. En el caso Bámaca Velásquez¹⁰, la noción ampliada *rationae persone* fue aplicada a la viuda del desaparecido. En dicha decisión, el juez Cançado Trindade señaló con referencia a la expansión de la noción de “víctima” lo siguiente:

38. La prohibición absoluta de los tratos crueles, inhumanos o degradantes ha experimentado, además, una ampliación también *ratione personae*, abarcando, en determinados casos (como los de desaparición forzada de persona), en cuanto a la titularidad de derechos, también los familiares de la víctima directa (en su condición de víctimas indirectas –cf. *supra*). Así, la Corte Interamericana ha establecido correctamente que, en circunstancias como las del presente caso Bámaca Velásquez, las víctimas son tanto la persona desaparecida como sus familiares inmediatos.

39. Ya en ocasiones anteriores, como en el caso Blake (Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, y reparaciones, del 22.01.1999), y en el caso “Niños de la Calle” (Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999), la Corte Interamericana expuso correctamente la fundamentación jurídica de *la ampliación de la noción de víctima*, a abarcar, en las circunstancias específicas de los referidos casos en los cuales los restos mortales de los victimados estuvieron no-identificados u ocultados por algún tiempo), también los familiares inmediatos de las víctimas directas. [...]. (Nuestro énfasis).

40. La ampliación de la noción de víctima vuelve a ocurrir en el presente caso, en relación con los familiares inmediatos del Sr. Efraín Bámaca Velásquez. El intenso sufrimiento causado por la muerte violenta de un ser querido es aún más agravado por su desaparición forzada, y revela una de las grandes verdades de la condición humana: la de que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiares), tanto por el intenso sufrimiento y la desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho. Este entendimiento ya forma hoy,

¹⁰ CtIADH, Caso Bámaca Velásquez, Series C No 70. Sentencia sobre Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

en el umbral del siglo XXI, jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹.

Como lo sostuviera el juez Sergio García Ramírez en su voto Razonado Concurrente en el mismo caso *Bámaca Velásquez*, “el principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla *pro homine*, fuente de interpretación e integración progresiva, tiene [en la evolución de la noción de víctima tal y como se refleja en la jurisprudencia de la Corte Interamericana] una de sus más notables expresiones”¹².

El mismo principio ha sido aplicado en el caso de las Hermanas Serrano Cruz¹³ y antes de él, en el caso *Molina Theissen*¹⁴ (concernientes con desapariciones forzadas de menores). Adicionalmente, en un contexto no concerniente a desapariciones forzadas de personas, la ampliación de la noción de víctimas enunciada en el caso *Villagrán Morales et al* fue también aplicado en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*¹⁵ (concerniente a la tortura y ejecuciones extrajudiciales de dos menores). Consistente con el principio que en algunos casos los familiares de las víctimas directas originales eran también victimizados en sus propios derechos, la Corte Interamericana señaló que los familiares directos de los dos menores asesinados habían sido víctimas a su vez de tratos crueles, degradantes e inhumanos bajo las circunstancias del caso. La Corte señaló en ese sentido:

En cuanto a los familiares de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, esta Corte ha señalado, en otras oportunidades, que éstos pueden ser, a su vez víctimas. En el caso *sub judice*, la

11 Voto Razonado del juez A.A. Cançado Trindade a la sentencia de Fondo del Caso *Bámaca Velásquez*, párrs. 38-40.

12 Voto Razonado Concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de Fondo del Caso *Bámaca Velásquez*, párr. 3.

13 CtIADH, Series C No 120 Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia de marzo 1, 2005.

14 CtIADH, Series C: Resoluciones y Sentencias No 106, Caso de *Molina Theissen vs. Guatemala*, Sentencia de 4 de mayo de 2004 y Series C: No 108, Caso de *Molina Theissen vs. Guatemala*, Reparaciones, Sentencia de Julio 3, 2004. En su sentencia de 4 de mayo de 2004, la Corte declaró que los familiares de la víctima habían también sido victimizados en su propio derecho como consecuencia de la desaparición original de Marco Antonio Molina Theissen (14). Entre las violaciones reconocidas contra los familiares (basadas en derecho propio) estuvieron el derecho a la integridad personal (Artículo 5) y el Artículo 17 (Protección de la familia) de la Convención Americana. Ver página 16 de dicha sentencia.

15 CtIADH, Series C No 110, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004.

vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri es consecuencia directa de la detención ilegal y arbitraria de éstos el día 21 de junio de 1991; de los malos tratos y torturas sufridos por éstos durante su detención, y de la muerte de ambos aproximadamente una hora después de haber sido detenidos, así como de la presentación oficial de los hechos como “un enfrentamiento con elementos subversivos”. Todo lo señalado generó en sus familiares inmediatos sufrimientos e impotencia ante las autoridades estatales, razón por la cual, en este caso, los familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes en violación del artículo 5 de la Convención Americana¹⁶. [Notas de pie de página omitidas].

1.3 La noción de “parte” en el proceso ante la Corte

Si bien el individuo ha irrumpido en el sistema de derecho internacional como un sujeto más dentro de él, “entrometiéndose” como diría el jurista Antonio Cassese “en esas cómodas relaciones bilaterales de los Estados”¹⁷, ya desde el siglo pasado, –cristalizándose su rol de sujeto bajo el derecho internacional no sólo como sujeto de derechos (tanto sustantivos como procesales en los diferentes regímenes de petición individual bajo el sistema internacional) sino también como sujeto de deberes (en particular, como sujeto directo de deberes bajo derecho internacional cristalizados en el actual desarrollo del derecho internacional humanitario y derecho internacional criminal)– la víctima en el sistema interamericano de protección de derechos humanos –un tanto rezagada *vis a vis* otros sistemas– sólo recientemente ha alcanzado el ser reconocida como sujeto procesal en casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸. En efecto esto significa que a diferencia del pasado, hoy el individuo cuyos derechos son determinados ante la Corte Interamericana puede participar en la reivindicación de sus derechos dentro de dicho proceso de manera autónoma una vez que la demanda es interpuesta por la Comisión Interamericana. Es interesante constatar que este acceso directo *in judicio* de la víctima a la Corte Interamericana devino posible en el

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 118.

¹⁷ A. Cassese, *Human Riges in a Changing World*, Polity Press (1990), p. 162.

¹⁸ La Corte adoptó un nuevo Reglamento en noviembre de 2000, que entró en vigencia el 1 de junio de 2001. En él por primera vez se otorga *locus standi in judicio* a la víctima en procesos contenciosos ante ésta.

sistema interamericano como resultado de cambios producidos en el Reglamento de la Corte Interamericana bajo el impulso de la Corte misma¹⁹.

Dicho cambio radical en los procesos contenciosos ante la Corte fue introducido por el nuevo Reglamento de la Corte Interamericana en vigor desde el 1 de junio de 2001²⁰: La víctima fue reconocida como *parte* en el proceso, con el derecho procesal de participar de forma autónoma ante la Corte con argumentos, presentación de evidencia, y solicitudes *propio motu* ante la Corte. Artículo 23.1 del actual Reglamento de la Corte lee: “*Participación de las presuntas víctimas* 1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso”.

La aceptación en la práctica –dentro del proceso mismo por las otras partes en él– de esta nueva posición de la víctima dentro de los procedimientos contenciosos, ha tenido su proceso de afianzamiento. Ha sido “asimilada” por decirlo así, poco a poco, en la práctica, por las otras partes en el litigio, dentro de la dinámica misma de litigación de los diferentes casos. En particular, el nuevo status de la participación de la víctima ha significado para la Comisión Interamericana una necesaria redefinición de su rol y aceptación del nuevo rol que la víctima hoy goza dentro del proceso.

La diferente postura tomada por la representación de las víctimas (no sólo con respecto al derecho sino con respecto a los hechos materia de la controversia) *vis a vis* lo reflejado en la demanda de la Comisión en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri –uno de los primeros casos procesados completamente bajo el nuevo reglamento– dio la oportunidad

¹⁹ Con respecto a la historia de dichos cambios del Reglamento y el rol impulsor de la Corte en el fortalecimiento del sistema interamericano dando acceso directo (*locus standi in judicio*) a la víctima ante ella ver el excelente recuento dado por el juez Manuel E. Ventura Robles en “El Acceso Directo de la Víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Ideal y una Lucha de Antonio A. Cançado Trindade” en *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Estudios en homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris editor, 2005, pp. 213-275. Allí el autor señaló: “La propuesta de dar acceso directo al individuo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del proceso para fortalecer y reformar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, provino de la misma Corte”. *Ibíd.*, p. 257.

²⁰ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

a la Corte Interamericana de poder definir más específicamente este nuevo rol de la víctima dentro del proceso, precisando los alcances del artículo 23.1 de su reglamento: ¿Podía la víctima hacer representaciones que diferían substancialmente de las representaciones hechas a la Comisión? ¿Podía la víctima –por ejemplo– hacer un análisis de los hechos distinto al de la Comisión? ¿Podía invocar derechos distintos, no invocados por la Comisión? La Comisión arguyó en el caso en cuestión que no. La Corte resolvió que sí. Un punto de fundamental desacuerdo entre la representación de las víctimas y la Comisión Interamericana en el caso en cuestión fue la manera como la Comisión entendía estaba envuelta la Responsabilidad del Estado en dicho caso²¹. Las distintas posiciones conllevaban a distintos resultados con claro efecto para las consecuencias legales en materia de reparación. A la base de todo el andamiaje de análisis había pues un desacuerdo sobre cuestiones fundamentales en materia de Responsabilidad de Estado bajo derecho internacional: La representación de las víctimas veía el objeto de la demanda de una manera distinta a lo señalado por la Comisión. Este desacuerdo fue un primer test para la redefinición de roles dentro de los procesos contenciosos. La reacción primera de la Comisión Interamericana fue un tanto defensiva. En sus observaciones al escrito de argumentos, pruebas y solicitudes de la representación de la víctima la Comisión argüía que era “la CIDH o eventualmente los Estados Partes al someter un caso a la Corte, [...] *los que determinan el contenido jurídico*, es decir qué hechos deben ser probados por las partes y analizados por la Corte así como qué derechos está la Corte llamada a determinar si han sido violados”. (Nuestro énfasis)²². La Comisión señalaba además que “La Comisión o eventualmente el Estado son los que fijan el objeto del proceso ante la Corte y los límites dentro de los cuales el tribunal ha de decidir”²³. Más aún pese

21 Para un examen exhaustivo de las posiciones vertidas en ese respecto, ver Mónica Feria Tinta, “La Responsabilidad Internacional del Estado en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos a 25 años del funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Las Lecciones del Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*” en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a 25 años de su funcionamiento*, Becerra Manuel (comp.), Edit. IJ-UNAM, México, en prensa.

22 Ver “Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de la Representante de los Familiares de las Víctimas en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* contra la República del Perú”, [de aquí en adelante también referido como “Observaciones de Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas”], 27 de junio de 2002, p. 2. Archivo de la autora.

23 *Ibíd.*, p. 2.

a reconocer el principio *iura novit curia*, la Comisión concebía allí una Corte Interamericana con un campo de acción restringido, vinculada por el análisis fáctico y jurídico de la Comisión y prohibida de ir más allá tanto en la apreciación del derecho invocado como en materia de la determinación de los hechos realizados por la Comisión: ‘*La Corte está vinculada por los términos fácticos y jurídicos del asunto sometido a su conocimiento*’²⁴. En este modelo de adjudicación, según la Comisión ‘el contenido de la demanda (interpuesta por ella) representaba el *límite de actuación* de la Corte [...]’²⁵. El rol de la Corte se limitaba según la Comisión sólo a determinar ‘si los hechos alegados constituyen violaciones de las normas invocadas’²⁶. (Nuestro énfasis). Más aún, la Comisión advertía que “en caso de que se aceptare que *la jurisdicción de la Corte puede ir más allá* de lo hechos que fueron objetos del procedimiento ante la CIDH y *de los artículos que la Comisión encontró violados en su informe artículo 50 y en su demanda se atentaría contra los términos de certeza judicial, equidad procesal y congruencia*”²⁷ en detrimento del Estado.

Por su parte la representación de las víctimas alegó que este entendimiento de la Comisión negaba en sí a la víctima el rol de parte en el proceso en igualdad con las otras partes dentro de él. La representación de la víctima partió en ese sentido de afirmar el nuevo status de parte de la víctima como parte *en igualdad con las otras partes*:

1. Primero que nada quisiera remarcar que el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la parte agraviada es un escrito a través del cual la parte agraviada hace sus propias representaciones, autónomas, ante la Corte. Dichas representaciones como el nombre mismo lo señala son representaciones sobre *los hechos* y *el derecho* relativo al presente caso. Si bien es la Comisión y no la parte agraviada quien tiene la capacidad procesal de *someter una controversia* ante la Honorable Corte, esto no inhibe a la Corte de *escuchar la exposición de los hechos y los argumentos de derecho a los que dichos hechos dan lugar por parte de la víctima*, para la adjudicación del mismo.

2. Al exponer dichos alegatos jurídicos, referirse a los hechos relevantes y presentar pruebas que fundamentan tanto dicha exposición

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Ibid.

27 Ibid., p. 3.

como substancian el derecho invocado de modo alguno ha sido la intención de la suscrita el cuestionar el rol fundamental que tiene la Comisión Interamericana como órgano procesalmente capacitado para someter demandas ante la Corte Interamericana ni cuestionar su función como órgano encargado de la protección de los derechos humanos en la región dentro del marco de peticiones individuales bajo el sistema de la Convención. La Comisión cumple un rol fundamental al referir casos ante la Corte cuando existen méritos para así hacerlo. La representación de la parte agraviada simplemente ha cumplido con hacer su propia exposición de los hechos y su análisis legal tomando como referencia la demanda misma de la Comisión con el fin de transmitir a la Corte su punto de vista como parte en el proceso mismo. Este es un derecho que le asiste a la parte agraviada toda vez que son sus derechos los que estarían siendo determinados en el presente proceso, lo cual es reconocido por el nuevo reglamento de la Corte al permitírsele acceso directo a presentar alegatos ante ésta²⁸.

Fue notado allí además que, como lo señalaba el reglamento de la Corte, la expresión “partes en el caso” significa “la víctima o la presunta víctima”, el Estado y sólo procesalmente, la Comisión. Más aún la propia Comisión se había referido ya en otro escrito en el mismo proceso a que: “[...] en el proceso interamericano de derechos humanos, y específicamente en el presente proceso, por ejemplo, existen [...] en realidad [...] tres partes que son el Estado, la víctima y la CIDH) [...]”²⁹. Con referencia a la posición que la Comisión Interamericana estaba esgrimiendo en relación a su rol, la representación de las víctimas arguyó:

²⁸ Escrito de la representante de las víctimas en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, de fecha 16 de Julio de 2002, párrs. 1 y 2. Archivo de la autora.

²⁹ Ver “Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Escrito de la Representante de los Familiares de las Víctimas de 30 de marzo de 2002 en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri contra la República del Perú*” presentado ante la Corte el 15 de Julio de 2002, p. 5, párr. 2. Archivo de la autora. La representación de las víctimas también notó que el mismo Estado en dicho proceso había reconocido que la víctima es parte en el proceso judicial en cuestión. Así el Estado había señalado: “En todo proceso judicial existen dos partes parcializadas (en el presente caso, la familia Gómez Paquiyauri y el Estado Peruano) y un tercero imparcial (Corte Inter-americana de Derechos Humanos), que tiene la función exclusiva de juzgar. En ese sentido la Comisión Inter-americana de Derechos Humanos es una creación artificial parecida al Ministerio Público, que se encarga de investigar y demandar si hay mérito para ello [...]”. Ver párrafo primero de las “Observaciones del Estado Peruano al escrito que cuestiona la designación de Juez Ad Hoc”, 15 de julio de 2002. Archivo de la autora.

5. Contradictoriamente al reconocimiento por parte de la Comisión que existen en verdad tres partes en el presente proceso, ésta niega a la parte agraviada toda posibilidad de participar en la determinación del contenido jurídico del asunto que tiene la Corte frente así para su adjudicación. Es así que la Comisión señala que “la CIDH o eventualmente los Estados Partes al someter un caso a la Corte, son los que determinan el contenido jurídico, es decir, qué hechos deben ser probados por las partes y analizados por la Corte así como qué derechos está la Corte llamada a determinar si han sido violados”³⁰. (Nuestro énfasis). La Comisión señala además que “La Comisión o eventualmente el Estado son los que fijan el objeto del proceso ante la Corte y los límites dentro de los cuales el tribunal ha de decidir”³¹. Más aún pese a reconocer el principio *iura novit curia* la Comisión concibe una Corte Interamericana con un campo de acción restringido, vinculada por el análisis fáctico y jurídico de la Comisión y prohibida de ir más allá tanto en la apreciación del derecho invocado como en materia de la determinación de los hechos realizados por la Comisión: “La Corte está vinculada por los términos fácticos y jurídicos del asunto sometido a su conocimiento”³². En este modelo de adjudicación, según la Comisión “el contenido de la demanda representa el límite de actuación de la Honorable Corte [...]”. El rol de la Corte se limitaría según la Comisión solo a determinar “si los hechos alegados constituyen violaciones de las normas invocadas”³³. (Nuestro énfasis).

6. Estas aseveraciones desconocen, pese a un reconocimiento nominal, que es la Corte en su calidad de órgano jurisdiccional quien determina el alcance de su propia jurisdicción³⁴ y que en modo alguno está la Corte “vinculada” por las determinaciones de la Comisión con respecto a los hechos o al derecho reflejado tanto en su reporte elaborado de acuerdo al artículo 50 de la Convención Interamericana, o expresados en la demanda. La Corte ha expresado en ese sentido que no es un órgano de apelación y que no está vinculado por lo que la Comisión

³⁰ Ver “Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de la representante de los familiares de las víctimas en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri contra la República del Perú*”, p. 2.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ IACtHR, *Velásquez Rodríguez Case*, Preliminary Objections, Judgment of June 26, 1987. Series C no 1, párr. 28

previamente decida, ni restringido en su autoridad a examinar y revisar toda acción y decisión alcanzada por la Comisión:

7. La Corte en ese sentido ha señalado con claridad,

The broad terms employed by the Convention show that the Court exercises full jurisdiction over all issues relevant to the case. The Court therefore, is competent to determine whether there has been a violation of the rights and freedoms recognized by the Convention and to adopt appropriate measures. [...] In exercising these powers, the Court is not bound by what the Commission may have previously decided, rather its authority to render judgment is in no way restricted. The Court does not act as a court or review of appeal or other similar court in its dealings with the Commission. Its power to examine and review all actions and decisions of the Commission derives from its character as sole judicial organ in matters concerning the Convention. This not only affords greater protection to the human rights guaranteed by the Convention but it also assures the State Parties that have accepted the jurisdiction of the Court that the provisions of the Convention will be strictly observed. (Nuestro énfasis)³⁵.

8. En el presente caso, la parte agraviada no está llamando a la Corte a pronunciarse sobre hechos otros de los que motivaron el procedimiento ante la CIDH ni a establecer el derecho en relación a éstos, que vaya más allá de las funciones de su competencia entre las que está el de dar *effet utile* a la Convención Americana de Derechos Humanos. Es importante el recalcar en ese sentido que los procedimientos contenciosos en materia de derechos humanos no son procedimientos que corresponden a un modelo de confrontación (*adversarial procedure*) donde son las partes las que mueven el proceso y limitan la esfera de decisión de la Corte sino más bien de naturaleza inquisitorial (*inquisitorial procedure*) por cuanto la Corte tiene el deber como órgano jurisdiccional de la Convención Americana de velar el que se cumplan sus disposiciones en favor de la protección de los derechos humanos en la región. Como la Comisión misma reconoce en su escrito, en virtud del principio *iura novit curia*, la Corte “posee la facultad e incluso el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa

³⁵ *Ibíd.* párr. 29.

aún cuando las partes no las invoquen expresamente”³⁶. (Nuestro énfasis). Mal puede pues decir la Comisión que “en caso de que se aceptare que la jurisdicción de la Corte puede ir más allá de lo hechos que fueron objetos del procedimiento ante la CIDH y de los artículos que la Comisión encontró violados en su informe artículo 50 y en su demanda se atentaría contra los términos de certeza judicial, equidad procesal y congruencia” en detrimento del Estado³⁷. (Nuestro énfasis). Dichos derechos procesales del Estado están garantizados por las normas procesales fijadas en el reglamento de la Corte el cual da toda oportunidad al Estado demandado para que presente sus descargos, pruebas y alegatos ante la demanda de la Comisión y el escrito de la parte agraviada. Así publicistas en el sistema americano notan que:

In human rights litigation [...] the primary purpose is less to resolve disputes than to ensure that states comply with their obligations to respect and ensure the rights protected in the conventions they have ratified. While in domestic law the court is a neutral referee between contesting parties, each of whom is responsible for the conduct of the case, in the international arena, tribunals also draw upon the civil model of courts of inquiry or investigation.³⁸

9. Por ello, una vez que la demanda es interpuesta ante la Corte, es la Honorable Corte quien determina últimamente cuáles son las preguntas legales sobre las que debe pronunciarse y cuáles los hechos materia litis de la controversia a la base de éstas. Con el fin de formar su opinión sobre esos puntos la Honorable Corte recibe además de la demanda presentada a través de la Comisión tanto los argumentos del Estado como de la parte agraviada. Las preguntas centrales (objeto

³⁶ CtIADH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 26 de julio de 1988, párr. 163, citado en la página. 1 de las “Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de la representante de los familiares de las víctimas en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri contra la República del Perú”, op. cit.

³⁷ Ver página 3 de las “Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de la representante de los familiares de las víctimas en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri contra la República del Perú”, op. cit.

³⁸ D. Shelton, “Judicial Review of State Action by International Courts” 12 *Fordham Int’l J.* 361 (1989) en T. Buergenthal y D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, Fourth Edition, N.P. Engel, Publisher, p. 227.

litis) de la controversia es definido pues por la interacción de estas partes por medio de sus representaciones ante la Corte³⁹.

³⁹ Ver “Escrito de la representante de las víctimas en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri” de fecha 16 de Julio de 2002, párrs. 5-9. Archivo de la autora.

Con respecto a las diferencias específicas en relación al objeto de la demanda la representación de las víctimas en dicho caso señaló:

“11. Como la Ilustrada Comisión ha notado, existen diferencias entre la manera como la Comisión percibe los puntos jurídicos sobre los cuales la Corte debe pronunciarse y su apreciación de los hechos que han dado lugar a la presente controversia, y la manera como la parte agraviada los ve. En modo alguno está en discusión cuáles son los hechos centrales en esta controversia, pero sí la manera como, la Comisión percibe, estaría comprometida la responsabilidad del Estado Peruano. Así para la Comisión la pregunta central ante la Corte (objeto primordial de la demanda) es que ‘la Honorable Corte determine la responsabilidad internacional del Estado Peruano por la falta de una debida investigación sobre el paradero del autor intelectual del asesinato de los hermanos Gómez Paquiyauri, y consiguientemente, por la falta de enjuiciamiento y sanción a éste’. Así como que se determine que la condena a los autores materiales a pagar un monto ínfimo por concepto de reparación civil a los familiares de las víctimas que por demás ni siquiera ha sido recibido por los familiares, no exonera al estado peruano de su obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares cometidas a través de sus agentes.

12. Lo que está en cuestión ante la Corte es en qué momento es que el Estado peruano cometió el ilícito jurídico (la violación de la Convención) en detrimento de las víctimas. La aproximación de la Comisión es que fue desde el momento que no investigara apropiadamente y sancionara los hechos, la de las víctimas desde el momento que el Estado torturara y asesinara a Emilio y Rafael. Contradictoriamente al fundamento mismo que avalaría la aseveración de la Comisión por la cual considera que el Estado debe reparar lo que hicieron sus agentes, la Comisión señala que “no toda violación de derechos humanos cometida por sus agentes le acarrea responsabilidad internacional al Estado” [nota de pie de página omitida], que es igual a decir que no toda violación de la Convención Inter-americana por el Estado peruano constituye una violación de las obligaciones internacionales sustantivas del Estado peruano. En el caso en cuestión es claro además que los agentes del Estado torturaron y asesinaron a los menores en ejercicio de sus funciones como agentes del Estado y más aún siguiendo órdenes superiores. Más aún, a la base de su razonamiento jurídico, la Comisión esgrime conceptos de Responsabilidad de los Estados que considera específicos al sistema interamericano que se apartan totalmente de nociones fundamentales y bien establecidas en materia de Responsabilidad de los Estados en Derecho Internacional Público, sin por lo demás producir ninguna jurisprudencia del sistema interamericano que justifique tal conclusión. Es así que la Comisión indica: “El Estado incurre en responsabilidad internacional, *al menos en los que respecta al sistema interamericano de derechos humanos*, cuando a través de los recursos internos no se investiga adecuadamente y sanciona a todos los responsables por la violación, o cuando aun habiendo efectuado una investigación adecuada y sancionado eventualmente a los responsables, el Estado no ha restituido al lesionado con el goce de su derecho o libertad...”. [nota de pie de página omitida] (Nuestro énfasis). Estamos de acuerdo que el Estado incurre también en responsabilidad por la falta de investigación apropiada de violaciones de la Convención. Pero éste hubiera sido el caso aún si los actores hubieran sido agentes privados y no sus propios agentes. En el caso en concreto, el Estado peruano es responsable además y originalmente porque la comisión de las violaciones mismas de tortura y asesinato de los menores le son atribuibles de manera directa”. *Ibid.* párrs. 11-12.

Más aún, la Comisión Interamericana arguyó que las alegaciones de violaciones de artículos no invocados por ésta (los artículos 17, Protección a la Familia y 11, Protección de la Honra y de la Dignidad) pero invocados por la representación de la víctima esta[ban] basados en hechos nuevos que “trasc[endían] el objeto del [...] proceso” en cuestión⁴⁰. Con respecto a la posibilidad de invocar derechos que no habían sido invocados por la Comisión Interamericana en su escrito de demanda por parte de las víctimas, la representación de las víctimas en el caso bajo examen señaló que los aspectos de hecho y derecho invocados por ésta se encontraban dentro del objeto de dicho proceso y discrepaba por tanto con la observación de la Comisión *de que trascenderían dicho objeto*. “Es la Honorable Corte en todo caso quien

⁴⁰ Al respecto la representación de las víctimas señaló:

i. Que una lectura detenida de nuestros argumentos (ver párrafos 77–78 de nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas) permite ver que estas violaciones se derivarían de las violaciones centrales al objeto de esta demanda, es decir aquellas que se desprenden del asesinato y tortura de los menores Emilio y Rafael Gómez Paquiyauri. Como hemos señalado en nuestro escrito, es nuestra contención que,

“[...] *al privar de sus vidas a dos hermanos* y al hostigar y perseguir a sus familiares (quienes denunciaron los hechos) lejos de ‘proteger la institución de la familia’ como lo manda el artículo 17 de la Convención lo que hizo el Estado peruano fue todo lo contrario: eliminó a dos miembros de esa familia, dejó con ello huérfana a una niña (quien naciera de la relación entre el mayor de los jóvenes asesinados y su enamorada) y persiguió al resto.

Por otro lado *al propalar que los menores murieron en un ‘enfrentamiento terrorista’ contra la policía y presentarlos como delincuentes*, el Estado estigmatizó el nombre de ambos constituyendo éste un ataque ilegal contra su honra y reputación. Además al realizar injerencias abusivas en el hogar y en la vida privada de los Gómez Paquiyauri, [...], el Estado violó también el artículo 11.2. (Nuestro énfasis).

i. Por otro lado destacamos aquí que la intimidación, persecución de la familia y las interferencias con su hogar por parte del Estado Peruano aludidas en nuestro escrito (las cuales están ligadas directamente además con las violaciones de la garantías protegidas por los artículos 25 y 8 de la Convención Americana) no son en forma alguna hechos nuevos en la presente demanda –como la Comisión sugiere– sino que fueron de conocimiento de ésta desde un principio, como se desprende de su reporte de admisibilidad, de fecha marzo 5 del 2001 (Reporte No. 44/01). Es así que párrafo 9 de dicho reporte (que anexamos a este escrito para su referencia) lee:

“[...] the petitioners report that some days later, on June 25, 1991, the date on which the complaint surrounding these events was filed with Callao’s 5th Criminal Attorneys’ Office, the home of the victims’s parents was searched and the mother was summoned to the offices of the Anti-Terrorist Bureau to be deposed. All this was part of a campaign to harass the victims’ next on kin, who were seeking inquiry into the events and punishment of those guilty of murdering the above-name youths.”

Escrito de la representante de las víctimas en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri, de fecha 16 de Julio de 2002, Párr. 15. Archivo de la autora.

tendría que pronunciarse sobre si dichos elementos van más allá del proceso ante ésta o si por el contrario se encuentra dentro del ámbito de lo que debe determinar. El hecho de que la demanda de la Comisión no alegue la violación de algunos derechos conculcados no limita en modo alguno a que la Corte haga su propia apreciación de los hechos y el derecho conculcado” señaló⁴¹.

La Corte confirmó en dicho caso el principio que la representación de las víctimas podía alegar un entendimiento jurídico distinto al de la Comisión en relación al derecho en cuestión (alegar violaciones de derechos no invocados en la demanda de la Comisión) así como hacer su propia apreciación de los hechos. Como lo señalara el juez Cañado Trindade, “Anteriormente, también en el caso de los Cinco Pensionistas versus Perú (2003) los peticionarios y la Comisión siguieron líneas distintas de razonamiento sobre un determinado aspecto de sus respectivos alegatos. Esto es natural y alentador, pues contribuye a poner de relieve los distintos roles de los peticionarios (la verdadera parte sustantiva demandante ante la Corte) y la Comisión (como órgano auxiliar de la Corte en el contencioso bajo la Convención Americana, y defensora del interés público y guardiana de la Convención)”⁴².

En efecto, diferencias en las aproximaciones tomadas por la Comisión y las víctimas empezó a ser una constante en los primeros casos litigados bajo el nuevo reglamento. Como fuera notado por el juez Cañado Trindade en su Voto Concurrente en el caso Cinco Pensionistas⁴³, en el año y medio de la entrada en vigencia del nuevo reglamento de la Corte, los peticionarios habían reiteradamente referido a derechos otros no contenidos en la demanda presentada por la Comisión, los cuales argüían las víctimas habían sido también violados⁴⁴. Esta pregunta jurídica fundamental de definir el alcance del artículo 23.1 (prerrogativas conferidas sobre las víctimas al reconocerle el rol de *parte* en el proceso) fue respondida por la Corte

⁴¹ Escrito de la representante de las víctimas en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri, de fecha 16 de Julio de 2002, Párr. 16. Archivo de la autora.

⁴² Voto Razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri, op. cit., Párr. 26.

⁴³ CtIADH, Series C No 98, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003.

⁴⁴ El juez Cañado Trindade hizo referencia al caso Mirna Mack Chang versus Guatemala, Maritza Urrutia versus Guatemala, Centro de Reeducación del Menor Versus Paraguay, Ricardo Canese versus Paraguay, y Juan Sánchez versus Honduras además del caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú. Ver Voto Concurrente del juez A.A. Cañado Trindade en el caso Cinco Pensionistas, párr. 7.

en el caso Cinco Pensionistas (resuelto antes que el caso Hermanos Gómez Paquiyaauri). Siendo este el primer caso adjudicado enteramente bajo el nuevo reglamento de la Corte, también allí el Tribunal encaró diferencias entre las posturas de la representación de la víctima *vis a vis* la de Comisión Interamericana. Allí también la Comisión se había opuesto a que los representantes de las víctimas y sus familiares pudieran agregar en su escrito de argumentos, solicitudes y evidencia elementos relativos a los hechos o nuevos elementos jurídicos (derechos adicionales). En esta histórica decisión, la Corte se pronunció por tanto sobre si era o no posible para la víctima el hacer una apreciación de hechos distinta a la de la Comisión, o si podía invocar la violación de derechos no invocados por la Comisión de la siguiente manera:

152. Con motivo de esta controversia surgida entre la Comisión y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares, y por tratarse del primer caso tramitado en su totalidad con el Reglamento que entró en vigencia el 1 de junio de 2001, este Tribunal cree conveniente dilucidar la cuestión relacionada con la posibilidad de que se aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda.

En lo que respecta a los hechos objeto del proceso, este Tribunal considera que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien responder a las pretensiones del demandante.

Es distinto el caso de los hechos supervinientes. Estos se presentan después de que se ha planteado cualquiera de los siguientes escritos: demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda. En tal hipótesis, la información podrá ser remitida al Tribunal en cualquier estado del proceso antes del dictado de la sentencia.

155. En lo que se refiere a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la Comisión, la Corte considera que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se entiende que lo anterior, relativa a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda.

156. El Tribunal tiene la facultad de analizar la violación o no de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda;

solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda, con base en el principio *iura novit curia*, sólidamente respaldado con la jurisprudencia internacional, y “del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente”⁴⁵.

Como lo señalara el juez Cançado Trindade en su Voto Concurrente al pronunciarse sobre este punto jurídico en dicho caso, la Corte había tomado la oportunidad de clarificar y poner en perspectiva adecuada, los roles fundamentalmente distintos de los peticionarios y de la Comisión en el procedimiento ante el Tribunal⁴⁶. Al fallar sobre dicho asunto, la Corte tomó en cuenta la experiencia que había venido acumulando al respecto en el procesamiento de los diversos casos que se venían adjudicando en el año y medio que el nuevo reglamento había estado en vigencia, los imperativos concomitantes de la realización de justicia y la preservación de la igualdad y seguridad jurídico procesal bajo la Convención⁴⁷. Luego de constatar tanto que el principio de contradictorio era respetado bajo el nuevo reglamento así como el rol de la Comisión como guardiana de la Convención y defensora del interés público, el juez Cançado Trindade señalaba en su Voto Concurrente en dicho caso, que el fallo de la Corte con respecto a este punto jurídico del rol de la víctima en procedimientos contenciosos ante ésta reflejaba la “necesaria prevalencia de la titularidad de los individuos de todos los derechos protegidos por la Convención, como verdadera parte sustantiva demandante y como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁴⁸.

La discrepancia en los alegatos de la representación de las víctimas y la Comisión Interamericana en el caso Cinco Pensionistas no tuvo sin embargo mayores consecuencias prácticas, por cuanto la Corte no encontró elementos que justificaran pronunciamiento sobre una eventual violación adicional de la Convención. Distinto fue, sin embargo, el caso en el *affaire* Hermanos Gómez Paquiyauri. La base legal correcta de los alegatos y apreciación de los hechos de la

⁴⁵ Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, op. cit, Párr. 152-156.

⁴⁶ Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade en el caso Cinco Pensionistas, Párr. 8.

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 9.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 16.

representación de la víctima fueron asumidos por la decisión final de la Corte. El precedente *Hermanos Gómez Paquiyauri* agregó por lo demás que las diferencias de aproximaciones podían ir tan lejos como entender el objeto de la demanda de manera distinta. En dicho caso no sólo la Corte aceptó una aproximación distinta, sino que falló a favor de la argumentación propuesta por las víctimas en relación a la manera como la responsabilidad del Estado estaba comprometida en los hechos *materia litis* del caso. “Son los propios peticionarios quien, mejor que nadie, pueden evaluar que derechos han sido presumiblemente violados. Pretender limitarles esta facultad iría en contra del derecho de acceso a la justicia bajo la Convención Americana”, señalaría el Juez Cañado Trindade en su Voto Razonado en dicho caso⁴⁹. En palabras del mismo juez, el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* ha[bía] demostrado a cabalidad “que la plena participación de los individuos –la víctima o sus familiares y sus representantes legales– en dicho procedimiento ante la Corte contribuye efectivamente a mejor instruir el proceso, en cuestiones tanto de hecho como de derecho”⁵⁰.

La Corte al mismo tiempo había asertado sus poderes inherentes para examinar, *sponte sua*, cualquier violación adicional de la Convención aún si esta no había sido alegada en la demanda de la Comisión:

El principio *jura novit curia* (el cual ha sido estudiado en el ámbito de la mayoría de ramas de Derechos, incluido el derecho internacional) inspira el ejercicio de la función judicial, y da expresión al entendimiento que el Derecho está por sobre lo que las partes alegan y que es incumbente en la autoridad judicial el identificar y aplicar éste en el *cas d'espèce*, siendo completamente libre para ese fin. La autoridad judicial no está por tanto limitada por lo que es alegado por las partes, tampoco hay margen para una situación *non liquet*. La autoridad judicial debe saber decir el Derecho (*jurisdictio, jus dicere*) y dar aplicación a eso, y a ese efecto –en conformidad con su deber– es completamente libre.

[...] Por virtud del principio *jura novit curia*, la autoridad judicial, aunque circunscrita en su decisión a los hechos y evidencias presentadas en el proceso judicial, tiene, distintamente, como también en el derecho, la facultad y el deber de ir más allá de lo alegado

⁴⁹ Voto Razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, en el Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párr. 27.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 32.

por las partes. Se encuentra por tanto en la potestad de calificar autónomamente la situación factual frente a sí, y el buscar, el orden legal aplicable, las provisiones pertinentes, aun si estas no han sido invocadas por las partes; esto es, está facultada para buscar libremente las normas legales aplicables⁵¹.

1.4 El nuevo rostro de las víctimas hoy ante el sistema

Cabe resaltar por otro lado que este salto cualitativo de la posición de la víctima dentro del sistema interamericano en procesos contenciosos ante la Corte se da en un momento en que el rostro de la víctima que accede hoy al sistema viene cambiando. Dos son las tendencias claras que se perfilan. De un lado tenemos que las víctimas provenientes de los sectores más marginados y excluidos de nuestro hemisferio se ven cada vez más representadas dentro del grueso de casos adjudicados por la Corte. De otro lado tenemos que los casos que llegan hoy ante la Corte abarcan cada vez más multiplicidad de víctimas: la Corte hoy sostiene exitosamente el reto de adjudicar no sólo casos que tienen que ver con los derechos conculcados de un individuo o dos, sino la vulneración de derechos humanos de poblaciones enteras de los sectores más excluidos de Latinoamérica.

1.4.1 Hacia la universalización del derecho a la realización de la justicia en latinoamericana: La protección de los derechos de los marginados o excluidos ante la Corte Interamericana.

“[...] La conciencia humana ha alcanzado un grado de evolución que ha tornado posible hacer justicia mediante la protección de los derechos de los marginados o excluidos, a otorgarse a éstos, al igual que a todo ser humano, acceso directo a una instancia judicial internacional para hacer valer sus derechos, como verdadera parte demandante” señalaba el entonces Presidente de la Corte, Juez Caçado Trindade en el histórico caso Niños de la Calle vs. Guatemala⁵². Los casos que vienen procesándose ante la Corte en los últimos 5 años, bajo su nuevo reglamento avalan esta aserción. Los sujetos que han llegado al sistema a vindicar sus derechos comprenden menores sujetos a regímenes extremos y deshumanizantes de reclusión (Caso del Instituto

⁵¹ Voto Concurrente del Juez Caçado Trindade en el Caso Cinco Pensionistas, Párr. 14-15. Traducción libre de la autora.

⁵² Voto Razonado del Juez A.A. Caçado Trindade, en el Caso Villagrán Morales y Otros, Reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2001, op. cit., *supra* 2 Párr. 1.

de Reeducción del Menor vs. Paraguay⁵³), prisioneros sobrevivientes de masacres negadas y olvidadas y brutalización extrema (Caso de la masacre del Centro Penal Miguel Castro Castro)⁵⁴, poblaciones maya-achí, sobrevivientes de políticas de tierra arrasada (caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala)⁵⁵, comunidades indígenas reivindicando su derechos ancestrales a la tierra y su derecho a la vida (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa)⁵⁶, comunidades condenadas a vivir en el desarraigo y reivindicando su derecho al retorno (Caso de la Comunidad de Moiwana vs. Suriname),⁵⁷ cientos de trabajadores públicos denegados derechos laborales básicos en la más abierta arbitrariedad (Caso Acevedo Jaramillo et al vs. Perú)⁵⁸. Es precisamente lo que el Juez Cançado Trindade se permitiera observar en su Voto Razonado en el caso Niños de la Calle: “El ser humano aún en las condiciones más adversas, irrumpe como sujeto del Derecho Internacional de los derechos humanos dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional”⁵⁹. Allí se puso de manifiesto la centralidad de la posición de la víctima en la función restaurativa que tiene el proceso orientado a la realización de la justicia. Ciertamente, desde la posición de la víctima el derecho cumple esa función restaurativa –desde su proceso mismo–, re-estructuradora del psiquismo y reordenamiento de las relaciones humanas. El proceso mismo se erige a su vez como un elemento más de la reconstrucción de vida interior de la persona lesionada quien pese a lo adverso ejercita su derecho: la aserción de derechos rehabilita y humaniza a la víctima en contraste con su “deshumanización” en manos de sus victimarios. El acceso de este sujeto excluido –y de otra manera impedido de acceder a la justicia– de accionar en los hechos, ante el tribunal más alto en nuestra región, es en

⁵³ CtIADH., Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Serie C No. 112, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. (También referido como “Instituto de Reeducción del Menor Panchito López”).

⁵⁴ CtIADH., Caso Juárez Cruzatt y Otros vs. Perú (Caso 11.015) actualmente pendiente ante la Corte.

⁵⁵ CtIADH., Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Serie C. N 105, Sentencia de 29 de abril de 2004.

⁵⁶ CtIADH., Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Series C No 125, Sentencia de 17 de junio de 2005.

⁵⁷ CtIADH., Case of Moiwana Village vs. Suriname, Series C No 124, Judgement of June 15th, 2005. (En inglés solamente).

⁵⁸ CtIADH., Caso Acevedo Jaramillo et al vs. Perú, Series C No. 144, Sentencia de 7 de febrero de 2006.

⁵⁹ Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, en el Caso Villagrán Morales y Otros, Reparaciones, op. cit. Párr. 1.

mi opinión uno de los pasos más trascendentales de nuestro sistema de derecho en los últimos años. “El [...] caso de los Niños de la Calle en que los olvidados del mundo logran acudir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, da elocuente testimonio de esto. En el ámbito de aplicación de ese nuevo *corpus juris*, es indudablemente la víctima quien asume la posición central como le corresponde”, diría el Juez Cañado Trindade⁶⁰.

1.4.2 Hacia la universalización del derecho a la realización de la justicia en latinoamericana: La justicia para colectividades enteras

Ya desde el caso de Aloeboetoe⁶¹ en el pasado, la Corte tuvo el reto de adjudicar un caso que concernía múltiples víctimas teniendo incluso que pensar el derecho a la reparación desde el punto de vista de esa colectividad de víctimas. Como puede verse de los casos que venimos de citar, la Corte está resolviendo cada vez más casos que comprenden cientos de víctimas. El Caso Juárez Cruzatt y Otros fue interpuesto a nombre de casi 600 prisioneros sometidos a una masacre y a nombre de sus familiares; el caso de Plan Masacre de Sánchez significó para la Corte el adjudicar un caso de denegación de justicia originario en la masacre de 268 personas (que implicó el proveer reparación a cientos de personas)⁶², el caso del “Instituto de Reeducción del Menor” fue igualmente interpuesto a nombre de toda la población infantil privada de libertad que se encontró en dicho centro en el período comprendido en la *materia litis* de dicho proceso (sobre las 239 víctimas), el caso de Acevedo Jaramillo *et al* (*Sitramun*) tuvo que ver con los derechos de cientos de trabajadores despedidos. Dichos casos están teniendo un impacto colectivo muy importante en nuestro hemisferio: las medidas restauradoras de derechos en dichos casos permiten la corrección de los sistemas internos en áreas de importancia vital que afectan a las poblaciones más vulnerables en Latinoamérica. Las medidas requeridas a los Estados como consecuencias legales en dichos casos, han dado lugar a la prevalencia de derechos laborales básicos, a que se respete el

⁶⁰ Voto Razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, en el Caso Villagrán Morales y Otros, Reparaciones, op. cit. Párr. 16.

⁶¹ CtIADH., Caso Aloeboetoe *et al* vs. Suriname, Series C No 11, Sentencia de 4 de diciembre de 1991.

⁶² Ver también Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Serie C No 140, Sentencia de 31 de enero de 2006 y el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

derecho a la propiedad de tierras ancestrales (y derecho a la existencia) de comunidades indígenas, la posibilidad de modificar sistemas penitenciarios enteros para hacerlos conformar con normas mínimas de respeto de la persona humana, y la obligación por parte de los Estados de planificar programas de desarrollo que permitan la garantía de derechos básicos para poblaciones históricamente marginadas. Los retos procesales para la adjudicación de casos así son obvios, pero el sistema ha demostrado que la realización de la justicia no puede ser ya para una o dos personas con casos emblemáticos: toda víctima tiene el derecho a esa realización. Y el sistema que se ha ido consolidando con su *jurisprudencia constante* ha tomado adecuadamente el reto de proveerla.

En suma, la jurisprudencia de la Corte Interamericana refleja que se trata cada vez más no sólo del individuo que puede llegar a accionar los engranajes de la petición individual, o del caso que revuelve alrededor de una víctima o dos, sino también de la protección de los derechos de los sectores más marginados o excluidos de Latinoamérica (niños de la calle, los desplazados, refugiados, los sin tierra, los trabajadores despedidos, el indigente y el aborígen). La jurisprudencia de la Corte refleja que el sistema viene determinando de manera creciente derechos de comunidades o poblaciones enteras. A menudo un caso implica determinar el derecho de cientos de víctimas. Se trata pues no ya solamente del precedente individual sino más y más de la restauración de derechos de poblaciones enteras; más y más no sólo de la tortura individual de aquella persona en prisión sino de las condiciones de prisión de poblaciones penitenciarias enteras. ¿Los resultados? La producción de jurisprudencia que, en verdad se encuentra, como el Juez Cançado Trindade observara en el caso *Moiwana vs. Suriname*, “entre los casos más importantes en materia de protección de derechos humanos en el mundo”⁶³.

1.5 Algunas reflexiones sobre la *mise en oeuvre* del nuevo reglamento de la Corte desde el punto de vista de la víctima litigante

Al acceso directo de la víctima a la Corte debe sumarse otro aspecto también de suma importancia que ha venido como consecuencia del nuevo reglamento. Los casos hoy son adjudicados de manera más

⁶³ Separate Opinion of judge A.A. Cançado Trindade, Case of *Moiwana Village vs. Suriname*, op. cit, párr. 46.

eficaz y con mayor celeridad que en el pasado. El proceso promedio de un caso ante la Corte lleva no más de dos años⁶⁴. Desde el punto de vista de la eficacia del trabajo de un tribunal internacional esto es remarcable. Ello ha sido logrado gracias a que donde antes existían tres etapas en el proceso, hoy existe en principio una sola: el escrito de contestación de la demanda y el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la víctima contiene argumentos sobre el fondo y sobre las pretensiones de reparación. Así mismo, la Corte en principio sólo emite una sentencia única sobre el fondo y la reparación. Más aún, de existir excepciones preliminares a ser deducidas, éstas sólo pueden ser opuestas en el escrito de la contestación de la demanda⁶⁵, no suspendiéndose el procedimiento en cuanto al fondo ni los plazos ni los términos respectivos por la interposición de las mismas⁶⁶. Por tanto, donde antes el proceso se dilataba en excepciones preliminares interpuestas únicamente con el fin de posponer la adjudicación del fondo, hoy se tiene un proceso libre de ese abuso procesal del derecho: las incidencias de interposición de excepciones preliminares se han visto notablemente reducidas en la práctica a los casos en que la parte genuinamente cree fundamentado el hacerlo. Por otro lado, de conformidad con el Artículo 37.6 del nuevo reglamento, además, la Corte puede resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal. Un elemento más que ha contribuido a lo expeditivo del proceso hoy es que el Reglamento identifica etapas y oportunidades procesales claras para presentar argumentos o pruebas centrando la *materia*

⁶⁴ En la experiencia personal de la autora, el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* fue interpuesto ante la Corte en febrero 2002, (notificado inmediatamente a las partes); la audiencia sobre fondo y reparaciones tuvo lugar en mayo de 2004 y la sentencia final fue pasada el 8 de julio del mismo año. En dicho caso la Corte tuvo además que resolver el incidente imprevisto de la objeción de la representación de las víctimas al señalamiento de juez *Ad Hoc* por parte del Estado demandado en el caso. El Caso *Juárez Cruzatt y Otros* interpuesto el 8 de septiembre de 2004 ante la Corte y notificado a las partes el 4 de octubre de 2005, ha sido llamado a audiencia para la sesión de junio de 2006 con posible sentencia a ser pasada ese mismo año. En dicho caso, la notificación a las partes sufrió un retraso ante la falta de acuerdo entre las víctimas en el señalamiento de interviniente común y demora por parte de la Corte en la resolución de dicha situación. Tenemos por otro lado que el Caso *Cinco Pensionistas*, interpuesto el 4 de diciembre de 2001, fue resuelto el 28 de febrero de 2003 (en el tiempo record de poco más de un año) y en el Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (un caso concerniente a múltiples víctimas), la interposición de la demanda tuvo lugar el 20 de mayo de 2002 y la sentencia fue emitida el 2 de septiembre de 2004, por citar algunos ejemplos.

⁶⁵ Artículo 37.1 del nuevo Reglamento.

⁶⁶ Artículo 37.3 del nuevo Reglamento.

litis desde un inicio del proceso y permitiendo el esclarecimiento de la controversia en base a la actuación de las partes en contradictorio bajo términos procesales claros. Es así que notificada la demanda las partes tienen un plazo de dos meses (la representación de la víctima)⁶⁷ y cuatro meses (el Estado)⁶⁸ para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y contestación de la demanda respectivamente. En su versión original, el nuevo reglamento proveía un término menor (1 mes para la representación de las víctimas y dos meses para el Estado). Sin embargo a la luz de la constatación, en la práctica, que este término resultaba ajustado para la mayoría de casos dando lugar a solicitudes frecuentes de prórrogas en el término, la Corte hizo modificaciones a su reglamento optando por un tiempo más extendido (aunque ya improrrogable) a lo originalmente previsto⁶⁹. Desde el punto de vista de las partes en el proceso este espacio de dos y cuatro meses es fundamental para sentar los términos factuales y jurídicos de la controversia y es la oportunidad para promover pruebas⁷⁰. Es ahí que se ofrece tanto toda prueba documental que ampare la posición de la parte así como prueba testimonial a actuarse en una futura audiencia⁷¹. La identificación de peritos, testigos y material probatorio en este tiempo record, así como la elaboración de argumentos jurídicos que integren todo lo actuado es un reto para las partes litigantes. Sin embargo, al darse términos claros para la contestación de la demanda y presentación de solicitudes, argumentos y pruebas por parte de la víctima, se centra de esta manera la controversia jurídica en torno a los argumentos legales y la evidencia existente desde un inicio del proceso orientando el proceso a la resolución de dichos puntos. Ello exige que las partes dediquen el tiempo que tienen para preparar sus respectivos escritos estableciendo sus posiciones jurídicas y fundamentándolas, contribuyendo así a mejor instruir el proceso y no (como ocurría en

67 Artículo 36 del nuevo Reglamento.

68 Artículo 38 del nuevo Reglamento.

69 La Corte hizo reajustes al nuevo Reglamento en su LXI período ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

70 Ver el Artículo 44, incisos 1 y 3 del nuevo Reglamento.

71 Si bien el artículo 43 del Reglamento dispone que las pruebas rendidas ante la Comisión deben ser incorporadas al expediente siempre y cuando hubieran sido recibidas en procedimientos contradictorios, en la práctica, la Comisión no necesariamente viene cumpliendo con incorporar toda prueba rendida ante ella en esos términos como anexo a la demanda, o incorpora copias parcialmente incompletas o ilegibles pese a haber recibido copias originales. La subsanación de estos problemas no detiene el tiempo que la representación de la víctima tiene para presentar su caso.

el pasado) que se pierda importante tiempo del proceso en maniobras dilatorias o simplemente se postergue todo para la audiencia.

Cabe observar sin embargo que en casos de múltiples víctimas (y aquí nos estamos refiriendo a cientos de ellas) el plazo de dos meses para la presentación del escrito de la representación de las víctimas –el cual debe contener alegatos legales sobre el fondo y reparación– puede ser claramente estrecho. No sólo está la necesidad de hacer un recuento de los hechos que subsuma prueba que abarca cientos de anexos que van desde testimonios a documentos probatorio múltiples. Se trata además de la individualización del daño en cada víctima de conformidad con los requerimientos de individualización exigidas en un proceso de protección de derechos humanos. Esto requiere recabar información de cientos de personas y acumular la necesaria prueba que avale tal información, a más de sistematizar ello para poder hacer representaciones en ese respecto. Más aún, no se puede asumir que la demanda de la Comisión necesariamente semejará a la posición de las víctimas. Si bien hay casos en los que el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la representación de la víctima es meramente complementario al de la Comisión, hay también suficientes ejemplos de casos donde no es así: donde la víctima toma una posición fundamentalmente distinta. En experiencia de la autora, la representación de las víctimas bien puede terminar litigando contra posiciones provenientes tanto desde el Estado como de la Comisión Interamericana, al mismo tiempo, en materia de hechos y de derecho. Si bien es posible complementar las representaciones escritas con las representaciones orales ante la Corte y las representaciones finales escritas, lo óptimo es –por lo señalado arriba– el poder hacer una representación apropiada de la posición de la víctima en asuntos de hechos y derecho en el caso, en la oportunidad proveída para esos propósitos por el Reglamento: dentro del término para la presentación del escrito de solicitudes, alegatos y prueba una vez notificada la demanda. Particularmente, porque es allí cuando se sienta la controversia y deben aparecer claros todos los argumentos en torno a ésta: la identificación de los puntos sobre los que la Corte se pronunciará se asientan ya desde ese momento. En opinión de esta autora el Reglamento debió acaso proveer la posibilidad de permitir tiempo adicional a la representación de la víctima en casos de múltiples víctimas (sobre todo aquellas que van sobre las cien) para la presentación de su escrito de solicitudes, alegatos y pruebas. Tres meses en vez de dos sería acaso un tiempo más prudencial para permitir una adecuada representación en esos casos. Por más que la representación de la víctima intente anticipar la

preparación de dicho escrito, es imposible el poder anticipar todo, toda vez que la forma como se elaborará el escrito depende en gran parte de la manera como la Comisión Interamericana presente el caso. No se debe olvidar en ese sentido que quien tiene la carga de la prueba es la víctima y no el Estado.

La autonomía de la víctima como parte en el proceso está también reflejado en el hecho que el actual Reglamento le permite –a diferencia del pasado– interponer todas las acciones que considere necesaria para la defensa de sus derechos incluidas solicitudes de medidas provisionales en el proceso⁷². En los hechos esto ha ocurrido. Víctimas han interpuesto solicitud de medidas provisionales *propio motu* y la Corte ha resuelto favorablemente sobre ellas dentro del mismo día de su interposición⁷³. Por otro lado tenemos que esta participación activa de la víctima dentro del proceso ha traído como un efecto positivo la diversificación de representantes legales actuando hoy ante la Corte. Nuevos actores y perspectivas legales vienen participando ante la Corte contribuyendo a crear mejor derecho en el sistema. Sin embargo, es necesario notar que no es una obligación para la víctima el participar en la litigación. Puede darse el caso (y esto puede generarse principalmente en casos de múltiples víctimas) que no toda víctima en un caso en particular quiera accionar ese derecho (particularmente se trata aquí de víctimas que no peticionaron el caso)⁷⁴. A menudo es la víctima que ha impulsado la búsqueda de justicia en un caso quien continuará buscando esa justicia activamente como partícipe en el proceso ante la Corte. Es teniendo en mente a esa víctima, emancipada como sujeto de derecho, quien activamente busca justicia y reivindica sus derechos, que se ha modificado el Reglamento de la Corte permitiéndosele tener hoy la condición de parte en el proceso.

Cabe por último remarcar que un área pendiente de desarrollo dentro de las reglas procesales de litigación ante la Corte es el introducir provisiones que aseguren que el proceso no sea re-victimizante para la víctima. El caso de la Hermana Dianna Ortiz contra Guatemala⁷⁵, el

⁷² Artículo 25.3 del Reglamento.

⁷³ Ver por ejemplo Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004. Caso Gómez Paquiyauri vs. Perú, Medidas Provisionales.

⁷⁴ En el caso Juárez Cruzatt y Otros, se dio el caso aislado de un par de víctimas quienes prefirieron –bajo consejo de sus representantes legales– el “ser representados en el proceso por la Comisión Interamericana”.

⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No 31/96 Caso 10.526 Guatemala, 16 de octubre de 1996.

cual no fue referido a la Corte por cuanto se informó a la víctima que tendría que volver a declarar ante la Corte Interamericana en posible audiencia sometiéndose a interrogatorio por parte del Estado llevando a que la víctima en dicho caso prefiriera no continuar con su petición, es ilustrativo de esta necesidad. Como sobreviviente de tortura que incluyó violación sexual, quien ya había pasado varios interrogatorios semejantes, la hermana Ortiz no se encontraba espiritualmente apta para volver a vivir dicha repetición oral de los hechos⁷⁶. Provisiones expresas dentro del Reglamento que velen por la no-revictimización de aquellas personas quienes ya han testimoniado en una etapa distinta del proceso y acaso no deseen ser nuevamente sometidas a interrogatorio por las razones expresadas, haciendo valer el testimonio ya emitido, son necesarias en un proceso de un caso de protección derechos humanos. Así mismo acaso en el futuro el sistema interamericano sea capaz de contar con una Unidad de Apoyo a las Víctimas que trabaje directamente con la Corte durante los períodos de audiencias en caso para evitar que surjan problemas (*flashbacks* o obstrucciones de memoria, fallos cardíacos y otras expresiones de *Post Traumatic Stress Disorder* provocadas por revivir los hechos ante el Tribunal) con víctimas al presentar sus testimonios orales ante la Corte. Al presente es la representación de las víctimas quien vive de cerca el impacto que tiene procesos de la intensidad de estos en las víctimas que aparecen hoy ante la Corte y sus esfuerzos por minimizar dicho impacto puede ser apoyado por el sistema mismo.

2. Hacia la Igualdad de Armas en el proceso

La importancia de estos avances significativos que están teniendo lugar en el sistema, no debe sin embargo hacernos ignorar otros hechos insoslayables: estamos lejos de que exista igualdad de armas reales entre las partes aún.

El principio general de igualdad procesal de las partes intervinientes en un proceso refiere a la necesidad de que las partes concurren al proceso en régimen de igualdad de armas y medios procesales, y con posibilidad de contradicción. Así el principio de igualdad de armas (un concepto proveniente de sistemas legales acusatorios) ha sido referido en tribunales españoles de la siguiente manera: “[...] de

⁷⁶ Para una comprensión cabal del impacto re-victimizante que puede tener el ser sometidos a constantes interrogatorios sobre la victimización sufrida, ver Sister Dianna Ortiz, *The Blindfold's Eyes, My Journey from Torture to Truth*, Orbit Books, 2002.

acuerdo con la doctrina que ha sido continuamente seguida por este Tribunal, el *principio igualdad de armas* exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente [...] El *principio de igualdad de armas* exige, pues, que se conceda el mismo trato a las partes que intervienen en el proceso”⁷⁷.

Todo proceso parte de la ficción jurídica de que existe igualdad de trato de las partes litigantes: una igualdad procesal de armas. De hecho la situación de las partes a litigar en el caso del Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos no puede ser más disímil: nos encontramos ante un individuo (quien en la posición de victimizado usualmente no tendrá recursos propios para hacer valer sus derechos) y un Estado (con todos los recursos que como Estado tiene). Visto de esa manera, es una litigación entre desiguales. La función del derecho obviamente es por tanto la de tratar diferentemente al desigual y garantizar que en el proceso se garantice su posición igualitaria ante el derecho, corrigiéndose la desigualdad que en sí existe *de facto*. Nuestro sistema ha desarrollado dentro de sus reglas procesales formas de equilibrar el poder del Estado (quien tiene todas las pruebas en sus manos, bajo su jurisdicción) y la capacidad de la víctima de probar su caso⁷⁸. Sin embargo, identifico los siguientes aspectos que considero socavan la igualdad de las partes en el proceso bajo el actual sistema:

2.1 La falta de *Jus Standi* de la víctima ante la Corte: un tema pendiente

Es de notar en primer lugar, que las víctimas no tienen al momento la misma capacidad procesal que el Estado o la Comisión. De plano, la víctima no puede interponer una demanda ante la Corte *propio motu*. Esta “discapacidad” no es algo menor. Si bien idealmente, con los cambios en el Reglamento de la Comisión Interamericana, en principio todo caso cuyo examen bajo el Artículo 50 ha sido completado debe –a menos que exista una buena razón para que no sea así– ser referido a la Corte, en la práctica solo un puñado de casos (alrededor de 7) llegan

⁷⁷ Tribunal de Defensa de la Competencia Español, Expte. Resolución 240/97, Azucarera. 28 de octubre de 1997.

⁷⁸ Ya desde el caso Velásquez Rodríguez la Corte estableció que a diferencia del derecho interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no podía descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no puede obtenerse sin la cooperación del Estado. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Series C No 4, Sentencia de 29 de julio de 1988, Párr. 135-136.

cada año en efecto a ser referidos por la Comisión Interamericana a la Corte⁷⁹. El trasfondo de esto es que la mayoría de casos interpuestos ante la Comisión no llegan a ser procesados en su enteridad, existiendo numerosos casos que quedan en una especie de limbo sin resolución de admisibilidad y por tanto sin posibilidad real de poder llegar alguna vez a la Corte⁸⁰.

Existen por otro lado suficientes ejemplos de casos de violaciones graves de derechos humanos que simplemente no fueron referidos por la Comisión pese a que el Estado incumplió con recomendaciones de la Comisión Interamericana en el pasado. Pasado el tiempo límite para la interposición de la demanda y producido el reporte de la Comisión bajo el artículo 50 de su Reglamento, la víctima sólo puede quedar impotente, sin capacidad jurídico procesal para interponer demanda ella misma. Acaso el ejemplo más notorio en donde haya ocurrido algo así del que esta autora ha tenido conocimiento últimamente es el caso de las desapariciones forzadas en el Perú (165 casos acumulados)⁸¹. Es decir, un caso de violaciones graves de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad que simplemente no fue referido a la Corte pese a que el Estado peruano manifestó abiertamente que no iba a cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana señalada su responsabilidad bajo la Convención Americana en dichos hechos. Subsecuentes promesas del Estado bajo un nuevo régimen años más tarde de cumplimiento de las recomendaciones no varió la situación: la impunidad de dichos casos ha prevalecido al día de hoy y las víctimas fueron dejadas sin remedio al no contar ellas con capacidad procesal para poder interponer su caso *propio motu* ante la Corte.

⁷⁹ Ver Manuel E. Ventura Robles, "El acceso Directo de la Víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Ideal y una Lucha de Antonio A. Cançado Trindade", op. cit, p. 259.

⁸⁰ Por citar un ejemplo: la petición individual 11.769 interpuesta ante la Comisión Interamericana en 1997, pese a los cambios en el Reglamento de la Comisión, a la fecha continúa sin que la Comisión tome una decisión de admisibilidad al respecto o procese de otra manera dicho caso.

⁸¹ Diferentes casos de desapariciones forzadas en el Perú fueron acumulados en un sólo caso y procesados de esa manera por la Comisión Interamericana encontrando al Estado peruano responsable por la desaparición forzada de cientos de personas. El caso Martín Javier Roca Casas (caso No 11.233, informe 39/97) fue uno de tales casos.

2.2 La inexistencia de un esquema de Ayuda Legal ante la Corte

Al abordar el tema del acceso a la Corte por parte de la víctima en igualdad de armas es ineludible el abordar el tema de los gastos de litigación. Litigar ante un sistema internacional acarrea gastos. En 1999, la Secretaría de la Corte reconoció que los costos de litigación de un caso ante ésta en aquella época sobrepasaban los \$80,000 dólares americanos⁸². La justicia internacional en efecto es costosa. Más aún, el Artículo 46 del Reglamento provee que es la parte que propone la prueba quien cubrirá los gastos que ella ocasione. Siendo la víctima quien tiene el interés fundamental de probar su caso (y la carga de la prueba), es ella quien tendrá el reto de cubrir los gastos que acarrear el presentar su caso ante la Corte. En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, (un caso enteramente litigado independientemente por la representación de la víctima) el costo de litigación en el proceso ante la Corte fue de aproximadamente \$75,000 dólares sin considerar dentro de dicho monto pago alguno por honorarios. Al presente no existe provisión de ayuda legal para la víctima. En la práctica, esto significa que la víctima es puesta en una situación de gran desigualdad frente a las otras partes en el proceso ante la Corte. En el caso *Juárez Cruzatt y Otros* (otro caso de litigación independiente –es decir no subvencionada por Organización No Gubernamental alguna–), el costo de litigación recayó mayoritariamente en la víctima peticionaria teniendo ésta que recurrir a préstamos bancarios onerosos con el fin de poder litigar el caso por espacio de casi 8 años ante la Comisión Interamericana. Siendo el caso que el proceso contencioso ante la Comisión en los hechos es básicamente acusatorio teniendo la víctima que producir toda prueba que avala su caso ante la Comisión, la víctima que litiga su caso independientemente llega ante la Corte desgastada por años de litigación ante la Comisión, en una situación de clara desigualdad frente al Estado y a la Comisión Interamericana misma. ¿La solución para esto? En opinión de esta autora es necesario el desarrollar un esquema de ayuda legal (un fondo para víctimas) para litigación ante la Corte Interamericana, de la misma manera como existe en otros tribunales internacionales. Es así que existe un esquema de ayuda legal ante la Corte Europea, un Fondo para Víctimas en la Corte Penal Internacional de las Naciones Unidas y un esquema de ayuda legal para cubrir pagos de honorarios y costos de representación de representantes legales

⁸² Citado en Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, (1999) p. 319.

registrados ante el Tribunal Internacional Penal para la Ex-Yugoslavia. Cualquiera sea la modalidad que un posible esquema de Ayuda Legal en el sistema Interamericano pueda seguir, es necesario que éste se desarrolle para que la víctima pueda efectivamente estar en una posición de igualdad con las otras partes para ejercer su derecho procesal ante la Corte. Al presente –como lo señalara el Presidente Sergio García Ramírez en su ponencia en el marco de la Conferencia en el que este escrito fuera presentado⁸³, la participación de la víctima en el sistema está fundamentalmente basada en filantropía. La mayoría de casos han sido litigados por Organizaciones No Gubernamentales que cubren los gastos de litigación a través de fondos diversos que por lo demás nunca les son repuestos en la litigación misma. La pregunta es: ¿Puede un sistema de Derecho basarse meramente u operar a futuro sobre la base de filantropía? ¿Puede el derecho de la víctima hoy depender de que alguna ONG graciosamente asuma su representación? En la práctica vemos sin embargo que más víctimas cada vez actúan por esfuerzo propio. No puede por tanto ya el sistema operar bajo presupuestos no reales de que “alguien” asumirá el costo de litigación de la víctima. Y la presente progresiva emancipación del individuo como sujeto de derecho internacional requiere que pueda acceder a participar en el proceso de manera autosuficiente.

2.3 El tema de las costas procesales y honorarios

La situación descrita arriba se ve agravada al comprobarse que la aproximación de la Corte Interamericana al tema de costas al final del proceso no permite la recuperación de los gastos en que efectivamente se incurren en la litigación ante ésta en los casos en que de una manera u otra la víctima logra llegar al final del proceso. Los montos conferidos por la Corte por concepto de costas son mínimos e irreales no cubriendo ni el 50 por ciento de los gastos comprobadamente incurridos (menos aún suma alguna por concepto de honorarios) pese a que los gastos son avalados por recibos y en algunos casos incluso con auditoría de

⁸³ S.E. Sergio García Ramírez, “Actualidad y Perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Conferencia Magistral presentada en el Seminario “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a 25 años de su funcionamiento”, Universidad Nacional Autónoma de México, 25-26 de octubre de 2005.

éstos⁸⁴. La Corte hace referencia frecuente a la noción de “equidad” al determinar el asunto de costas y a la “naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos”. Sin embargo en opinión de esta autora no puede considerarse una solución equitativa (entendiéndose por “*equitable*” “justo, igualitario”)⁸⁵ el que no se cubra los costos reales demostrados en los que se ha incurrido efectivamente para el procesamiento de un caso y que mientras que todos los abogados partícipes en este proceso –sean oficiales a nombre de la Comisión, oficiales de la secretaría de la Corte, o abogado representante de la parte demandada– perciben un salario por su trabajo, la Corte considere justo que la representación de la víctima no perciba (en efecto) remuneración por su trabajo. Por lo demás la fijación de un monto en base al concepto de *equidad* debe operar en ausencia de pruebas que avalen el reclamo de gastos y no *ignorando* pruebas claras de gastos incurridos. Es de notar también que la razonabilidad del monto de pago por honorarios legales debe considerarse en base a un valor razonable por el tiempo invertido en la representación de un caso por parte del representante legal, más aún hoy que el trabajo de los representantes legales de las víctimas contribuyen de manera substancial al proceso. Después de todo, como cualquier abogado, el representante de la víctima tiene también derecho a la subsistencia. Como lo señala el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, el derecho al trabajo de toda persona incluye “la oportunidad de obtener los medios de llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada [...]” y dicho derecho “supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias [...]”⁸⁶.

84 Tal fue el caso por ejemplo en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* donde pese a presentarse toda la documentación que avalaba los gastos de litigación de \$ 75,000 así como información sobre el número de horas incurrido en trabajo de representación, la Corte ordenó el pago de \$30,000 por todo concepto de costas y pago de honorarios. Sólo la audiencia ante la Corte en dicho caso había costado a la representación de la víctima alrededor de \$23,000 dólares americanos. La representación de la víctima había trabajado por espacio de tres años sin percibir salario alguno por ninguna entidad en dicho caso y al final del proceso se encontró con que más bien quedaba con deudas en su detrimento. Las víctimas en dicho caso tampoco cumplieron con reponer las costas que quedaron impagas o hacer prestación alguna por honorarios pese a compromiso legal adquirido de su parte, una vez ya beneficiados cumplida la sentencia.

85 Enrique Alcaraz Varó y Brian Hughes, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Ediciones Ariel, segunda edición: Barcelona, 1994.

86 Artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador.

Compárese ello con la situación de la representación del Estado ante la Corte Interamericana. Los honorarios legales que los Estados por su parte pagan para la defensa de sus intereses a abogados actuando como sus representantes ante la Corte son la otra cara de la moneda. Por ejemplo, el Estado peruano consideró que para garantizar el oportuno desarrollo de las funciones encomendadas a un representante legal en un foro como el de la Corte Interamericana es razonable el pagar en honorarios legales \$182,900 dólares americanos para su representación⁸⁷. Dicho pago fue considerado razonable a una representación residente en el Perú que afronta costos de vida muy por debajo de aquellos existentes en los Estados Unidos (donde estaban basados los representantes de la víctima en el caso en cuestión) o en el Reino Unido (donde está basada la representante legal de las víctimas en otro caso contra el mismo Estado). Contrástese esto con la oposición por parte del mismo Estado a una remuneración a la representación de las víctimas en un caso paralelo al que se viene de citar por una suma muy por debajo de lo que el propio Estado estaba pagando a sus abogados. Lo que se está haciendo al no reconocer costos reales y pago de honorarios verdaderamente equitativos a la representación de la víctima, no es el beneficiar a la víctima sino únicamente al Estado pues éste como parte perdedora en el proceso tendría que cubrir dichos gastos en primer lugar. Si la Corte Interamericana considera que las víctimas tienen el derecho a participar en el proceso ante ella y en el seguimiento en la implementación de la sentencia y otras resoluciones de la Corte como hoy lo establece su Reglamento, tiene entonces que emitir fallos que permitan dicho acceso. El desconocimiento de costos reales de representación y de honorarios legales atentan contra el ejercicio de la participación de las víctimas en el proceso y su seguimiento de sentencia. Decisiones de la Corte al término del proceso desconociendo los costos incurridos comprobadamente por los representantes legales en casos ante ésta y desconociendo pago alguno por honorarios legales tornan materialmente imposible el poder llevar a cabo el necesario trabajo de representación a nombre de las víctimas. Es pertinente aquí el notar lo que la autora Dinah Shelton escribió hace algunos años en su celebrado libro *Remedios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*:

⁸⁷ Ver Periódico Oficial *El Peruano*, sábado 13 de julio de 2002 donde se publicó la designación de representación del Estado en el Caso Lori Berenson vs. Perú y se aprobó el pago para la representación legal del Estado peruano en ese caso.

Las víctimas necesitan sus propios abogados ante tribunales internacionales; en verdad, esto es necesario para que prevalezca el debido proceso. Procesos ante tales órganos no han sido creados para beneficio único de los Estados, sino con el fin de permitir el ejercicio de importantes derechos individuales. Si las víctimas y sus familiares son incapaces de recobrar costas y honorarios, el objeto del *restitutio in integrum* es traicionado porque las víctimas sufren pérdidas como directa consecuencia de la violación que no podrán recobrar. [...] Donde el Estado ha causado una violación, debería ser él quien pague por los procedimientos necesarios para lograr un remedio.

Es costoso el financiar litigación compleja y víctimas de violaciones de derechos humanos difícilmente pueden afrontar el instruir a abogados o pagar las sumas necesarias para probar las violaciones de las que fue objeto. Al presente la Secretaría de la Corte Interamericana estima que cuesta más de \$80,000 dólares americanos el llevar un caso a través del sistema Americano. Representantes legales entendiblemente se muestran reticentes a asumir dicha carga y devendrá peor si las costas y pagos de honorarios no son reembolsados⁸⁸.

2.4 La prerrogativa injustificada de señalar juez *ad hoc* de los Estados demandados en procesos seguidos en su contra

Ya en otro foro he tratado ampliamente la falta de base legal para el señalamiento de jueces *ad hoc* en casos ante la Corte que no envuelvan procedimientos contenciosos inter-estatales⁸⁹. En efecto, ni bajo la Convención Americana, ni bajo las Reglas de Procedimiento de la Corte Interamericana, ni bajo el Estatuto de la Corte es justificado el dar esa prerrogativa al Estado demandado en casos contenciosos planteados por individuos. El significado llano (*plain meaning*) del texto de la Convención Americana (e instrumentos relacionados con la práctica del tribunal) avalan por el contrario que esta figura fue concebida como una institución excepcional a existir únicamente en el contexto de litigación bajo la Convención Interamericana entre Estados. El objeto y propósito de dichos instrumentos igualmente es inconsistente

⁸⁸ Dinah Shelton, *Remedies In International Human Rights Law*, op. cit, pp. 318-319. Traducción libre de la autora.

⁸⁹ Ver Mónica FERIA TINTA, "Dinosaurs in Human Rights Litigation: The Use of Ad Hoc judges in Individual Complaints before the Inter-American Court of Human Rights", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 3: 79-112, 2004.

con la práctica del tribunal que permite a los Estados demandados señalar jueces *ad hoc* en casos de petición individual seguidos contra ellos mientras que la víctima parte en el caso no tiene ese derecho. En esta nueva etapa que las víctimas tienen acceso directo a la Corte se produjo por primera vez en la historia del tribunal la objeción por parte de la representación de las víctimas al señalamiento de juez *ad hoc* por parte del Estado en un caso de petición individual⁹⁰. El argumento señalaba, entre otras cosas, que dar al Estado demandado y no a la parte demandante el derecho a señalar juez *ad hoc* significaba investir de derechos procesales no previstos por la Convención (ni por instrumentos relativos a ella) a un Estado parte en detrimento de los detentores de derechos bajo la Convención: los individuos⁹¹. La objeción puso de manifiesto en el sistema la ilegalidad del uso de jueces *ad hoc* en casos de petición individual. El asunto ameritó que la Comisión Interamericana tomara posición jurídica sobre dicha objeción coincidiendo con la representación de la víctima que la práctica de permitir a Estados demandados el designar juez *ad hoc* en casos seguidos contra éstos por individuos era contraria a la Convención Americana, al Reglamento de la Corte y al Estatuto de la Corte. Más aun, era inconsistente con el objeto y propósito de dichos instrumentos. La práctica de la Corte al respecto no podía cambiar la letra clara de los instrumentos ni crear derechos que no existían en dichos instrumentos. La práctica inveterada de la Corte de permitir la designación de jueces *ad hoc* por parte de los Estados en procedimientos iniciados por víctimas individuales carecía pues de base legal en el sistema⁹². Si bien en el caso en cuestión la Corte ya había invitado al Estado demandado a señalar juez *ad hoc* y dicho juez ya se había incorporado a la Corte para fines de la adjudicación del caso, la objeción ha dejado abierto un asunto que tiene que ser resuelto en el sistema. Los argumentos legales para la improcedencia de incorporar jueces *ad hoc* en casos que no involucren litigios entre Estados quedaron plenamente avalados por la Comisión Interamericana en pronunciamiento desde el pleno de ella. En opinión de esta autora la retención de la figura de jueces *ad hoc* en procesos presentados por individuos rompe con el equilibrio procesal,

⁹⁰ El incidente se dio en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*.

⁹¹ Comunicación del 30 de marzo de 2002 de la representación de las víctimas en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* a la Corte Interamericana. Archivo de la autora.

⁹² Ver “Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Escrito de la Representante de los Familiares de las Víctimas de 30 de marzo de 2002, en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* contra la República del Perú”, 15 de julio de 2002. Archivo de la autora.

en favor de una de las partes. Es una figura “fósil” prestada de áreas de derecho internacional público donde los intereses de los Estados han jugado tradicionalmente un rol central que al ser transpuesta al contexto de la litigación de demandas individuales de derechos humanos (en beneficio del Estado demandado únicamente y no de la parte demandante) se encuentra desfasada con principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3. Hacia la igualdad ante la ley en el sistema interamericano: Del *Locus Standi in iudicio* al *Jus Standi*

Durante los primeros 25 años de existencia de la Corte Interamericana el sistema Interamericano de petición individual ha vivido una fase que podríamos llamar “de casos emblemáticos”. Un sistema para “los escogidos”, con el fin de sentar precedentes. El reto del sistema hoy es más bien, el de ser un sistema de igual acceso a todos, que trate a todo individuo con un derecho legítimo a presentar una querrela ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos de manera igualitaria, sin diferencias. Como lo señala el artículo 24 de la Convención Americana: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Toda persona bajo la jurisdicción de Estado partes de la Convención Americana tiene derecho a la protección del sistema internacional de protección de derechos humanos de manera igualitaria y a la realización de la justicia.

Preguntaba un entrevistador al ex-Comisionado Claudio Grossman lo siguiente:

–¿[...] cómo contesta la crítica [...] de que en la Comisión sólo salen los casos de Ivcher, de Petruzzi, pero no los de personas NN, los desconocidos?

–Eso no es cierto. Lo que pasa es que la prensa le da más importancia a ese tipo de casos; pero como usted sabe bien, hay muchísimos casos de otro tipo. Hay muchos, por ejemplo, sobre derechos de los grupos indígenas en países como Guatemala o Paraguay. La mayoría de los que tenemos se refieren a hombres y mujeres que no han entrado a la fama, pero no están en la prensa porque no los consideran noticias.

–Y el caso concreto de Petruzzi, ¿por qué éste avanzó y no ocurrió lo mismo con otros similares?

–Porque fue el caso que llegó a la Comisión Interamericana y porque habiéndose cumplido con los requisitos y las condiciones, fue sobre este caso que nos tocó adoptar una decisión⁹³.

En alguna otra parte de la entrevista, preguntado sobre por qué algunos casos eran referidos a la Corte mientras otros no, sin embargo, el entonces Presidente de la Comisión Interamericana Claudio Grossman contestó: “La escasez de recursos crea dilemas como el que ilustra la película *La decisión de Sofía*, en la que una madre tiene que elegir cuál hijo vivirá y cuál no. Es inevitable que nosotros tengamos que elegir entre casos, estableciendo prioridades, ya que no tenemos con qué ocuparnos de todo”⁹⁴.

¿Cómo explicarle a don Javier Roca Obregón, obrero retirado, que el caso que él persiguió y ganó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la desaparición de su hijo Martín Roca Casas⁹⁵ es uno de los casos que la Comisión Interamericana posiblemente decidió “debía morir”? ¿Cómo explicarle porqué la ejecución extrajudicial de su vecino sí es llevada a la Corte y el hecho que detuvieran, torturaran y quemaran a su hijo en un horno del Servicio de Inteligencia peruano no? El señor Roca estuvo en cada marcha contra la impunidad, a ver a tanto señor detrás de un escritorio fue necesario y visitó cuanto medio de prensa pudo para alzar su voz. ¿Cómo argüir contra su sensación de que la justicia internacional es una especie de “lotería”? ¿Cómo explicarle qué criterios sigue la Comisión Interamericana para decidir que su caso no es “paradigmático”? (“ya hubo un caso de un desaparecido peruano ante la Corte”, “casos de crímenes de lesa humanidad pueden también ser no paradigmáticos”). Ensaye alguna lógica. Simplemente no es posible.

En la misma entrevista arriba referida el ex-Comisionado Claudio Grossman respondía a las críticas de que el sistema era ineficiente por ser pocos los casos que finalmente prosperaban de la siguiente manera: “Son críticas válidas, con las que simpatizo. Estoy de acuerdo que

⁹³ Entrevista con Claudio Grosman en “Entrevista con Claudio Grossman y Carlos Ayala de la CIDH”. *Revista Ideel* No. 121, agosto 1999.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Caso *Martín Javier Roca Casas* (Caso No 11.233, informe 39/97) Ver *supra* nota 78. La Comisión no refirió dicho caso a la Corte Interamericana pese a que el Estado incumplió abiertamente con las recomendaciones.

como Comisión deberíamos poder –por ejemplo– enviar más casos a la Corte, pero se trata de un problema de recursos. ¿Sabe cuánto vale un caso enviado a la Corte? Está por encima de los 50,000 dólares. A la vez, y por la misma razón, la Corte tampoco tiene la capacidad de absorber muchos casos”⁹⁶.

Pero el asunto no se reduce a “enviar más casos a la Corte”. Lo que está en cuestionamiento en primer lugar es que los procedimientos ante la Comisión en la actualidad no cumplen con una norma fundamental de la Convención Americana de Derechos Humanos: la de ser escuchado en un tiempo razonable (Artículo 8). Es así que un caso puede estar ante la Comisión por sobre los 8 años sin que exista una decisión de admisibilidad siquiera; y que la tramitación del fondo de aquellos casos afortunados que pasan el período “de cuello de botella” de la Comisión puede tomar 6 años más. Que el proceso ante la Comisión para que un caso llegue a la Corte Interamericana puede llevar tranquilamente 12 años. Y aquí ya no hablamos simplemente de un problema jurídico sino también de un problema moral con respecto a las víctimas cuyos casos son procesados de esta manera. ¿Una Comisión atravesada por el síndrome de “La decisión de Sofía”?

Para el ex-Comisionado Carlos Ayala, se trata de un asunto de falta de recursos:

La ex-Comisión Europea tenía 80 abogados a su servicio, mientras que nosotros como Comisión sólo tenemos 15, a pesar en que en nuestra región hay el doble de habitantes. La Comisión Europea tenía un presupuesto de más de 13 millones de dólares para hacer sólo casos, mientras que la Comisión Interamericana no ha logrado superar un presupuesto de 3 millones de dólares⁹⁷.

[...] nosotros recibimos anualmente casi 800 comunicaciones, de las que entre 160 y 200 se convierten en nuevos casos; en la actualidad tenemos abiertos un promedio de mil casos por año. De dichos casos, la Comisión está decidiendo un promedio de 100 casos anuales, la mayoría a través de informes en los que, a veces acumulamos 30 o 40 casos, porque comparten elementos objetivos y subjetivos. Esto

⁹⁶ Entrevista con Claudio Grosman en “Entrevista con Claudio Grossman y Carlos Ayala de la CIDH”. *Revista Ideel* No. 121, agosto 1999.

⁹⁷ Entrevista con Carlos Ayala en “Entrevista con Claudio Grossman y Carlos Ayala de la CIDH”. *Revista Ideel* No. 121, agosto 1999.

quiere decir que la Comisión sólo envía a la corte unos cuatro casos por año⁹⁸.

La pregunta es por supuesto: si 160 a 200 comunicaciones se convierten en nuevos casos y si ciertamente los Reportes Anuales de la Comisión no dan cuenta de decisiones de inadmisibilidad de las 600 peticiones restantes, ¿qué pasan con esas 600 peticiones anuales?

En opinión del mismo ex-Comisionado, la Comisión operaría como una especie de filtro previo a la Corte que evitaría que la Corte de otra manera se viera copada con “mil comunicaciones anuales” teniendo que pronunciarse “formalmente sobre cada una de ellas”⁹⁹.

Aquellos opuestos al acceso directo de la víctima (*Jus Standi*) a la Corte consideran pues que la Comisión Interamericana funciona como un “filtro” de reclamos que de otra manera amenazarían con desestabilizar a la Corte bajo la capacidad actual que tiene hoy de operación. Es correcto que un sistema sea efectivo en la tarea de descartar peticiones que no cumplan con los requisitos de admisibilidad del sistema internacional, impidiendo que estos obstruyan el sistema. Y sin embargo no puede ser una función legítima de órgano alguno el funcionar como “filtro” de pedidos que sí cumplen con todo requisito de admisibilidad impidiendo el acceso de tales pedidos a ser adjudicados por la Corte Interamericana. Mayores restricciones de acceso a la justicia de aquellas existentes en la Convención Americana no pueden ser justificables.

El hecho que la Comisión Interamericana sea un órgano cuasi-político y al mismo tiempo cuasi-judicial acaso no le facilita la tarea de poder efectivamente lidiar con la etapa de admisibilidad de las peticiones individuales que llegan a su despacho todos los años. Y es claro que esto necesita alguna reforma. Ante la alegación que se acusaba al sistema de imprevisible del mismo periodista, contestaba el ex-Comisionado, “No es imprevisible. El Estado sabe muy bien que si desaparece, ejecuta o tortura a personas o las priva de su propiedad, va a ser condenado, mientras que el peticionario sabe que si hace un petición frívola será declarada inadmisibile”¹⁰⁰.

98 Ibid.

99 Ibid.

100 Entrevista con Claudio Grosman en “Entrevista con Claudio Grossman y Carlos Ayala de la CIDH”. *Revista Ideel* No. 121, agosto 1999.

Bajo los términos actuales en los que opera la Comisión Interamericana para casos individuales podemos decir que se da más bien lo inverso: peticiones frívolas pueden encontrarse entre las 600 peticiones que se mantienen en el sistema pero sobre las que la Comisión no se pronuncia y los Estados desaparecen a personas (como en el caso de Martín Roca Casas) y saben que hay una porcentaje mínimo que una denuncia en su contra por ello pueda prosperar en una sentencia judicial o en el cumplimiento de medidas orientadas a su remedio. No se puede exigir de otro lado a los Estados a que cumplan con los Artículos 8 (derecho a ser escuchado dentro de un tiempo razonable) y 24 (derecho a la igualdad ante la ley) de la Convención Americana en sus propias jurisdicciones mientras que un órgano guardián de dicha Convención simplemente no los observa.

Más aún, si bien la falta de recursos puede impedir a la Comisión el interponer más casos ante la Corte, ello no debe ser razón para que víctimas de casos que han pasado satisfactoriamente un proceso que ha llevado años ante ésta se vean impedidas de hacerlo por sí mismas. Negárseles esa posibilidad es una negación de su derecho a la realización de la justicia.

Los pasos dados desde el seno de la Corte Interamericana para el fortalecimiento del sistema hacia reformas fundamentales que lleven a que principios tales como el derecho de todos a igual protección de la ley sean efectivos son por lo dicho hoy cruciales. Señalaba el Presidente de la Corte Interamericana a 2001 en su exposición de las “Bases Para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección” ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA:

[...] El proceso de perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es dinámico, y no estático, y de carácter permanente. Debe ser llevado a cabo de forma continuada, pues las instituciones que resisten a la evolución de los tiempos tienden a estancarse.

Las instituciones (incluidas las de promoción y protección de los derechos humanos), –además de expresarse, en última instancia, por las personas físicas que actúan en su nombre–, operan en el tiempo, y tienen, pues, que renovarse, para atender a la nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano. Siendo así el nuevo reglamento de la Corte (sumado al de la Comisión) es parte de un proceso de perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema de

protección. El próximo paso de esta evolución debe, en mi entender, como vengo sosteniendo hace mucho tiempo, consistir en un Protocolo de reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos precedido por amplias consultas a los Estados Partes, a las entidades de la sociedad civil y a los beneficiarios del sistema en general¹⁰¹.

El sistema ha llegado a una edad madura y así como un niño crece y tiene nuevas necesidades, de la misma manera un sistema se renueva a sí mismo. A los 25 años no usamos las mismas ropas de cuando éramos chicos y si un niño puede ya caminar no se le obliga a continuar en andador. De la misma manera, un sistema desarrolla mecanismos más adecuados a su madurez. Lejana no está la fecha en que contemos con un Tribunal permanente en nuestra región y que una reforma del Artículo 61 (1) de la Convención Americana permita no sólo que los Estados Partes o la Comisión tengan el derecho a someter un caso a la decisión de la Corte sino que las víctimas a través de sus representantes legales también puedan hacerlo.

A modo de conclusión

Termino esta ponencia no sin poder evitar recordar a aquel personaje inefable del escritor peruano Manuel Scorza, *Garabombo el Invisible*, el cual, sentado en el juzgado al que había asistido para hacer una reclamación, y perennizado día tras día allí sin que nadie notara su presencia, se daba cuenta de un prodigio que se operaba en cuanto él pisaba pie en dicho juzgado: el prodigio de “su invisibilidad”. Acaso también como Garabombo muchas víctimas quienes hemos acudido ante el sistema para tener nuestros casos escuchados hemos estado en esa antesala oscura e imprevisible de la espera en un tiempo que se prolongaba más allá de lo razonable y que nos hacía –pasados 5, 6, 7, 8, años– percatarnos de nuestra “invisibilidad”. Y que no se piense que ésta era una espera pasiva: lejos de ella. Acaso haya sido esa una espera en la que hemos invertido todo lo que somos: tiempo, voluntad, continua búsqueda de evidencia, construcción día a día de los elementos

¹⁰¹ “Informe y Propuestas del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antonio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, en el Marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Para Fortalecer Su Mecanismo de Protección”, Washington D.C. 5 de abril de 2001, Párr. 53-54. Consejo Permanente de la OEA/Ser.G Organización de los Estados Americanos CP/CAJP-1781/01 10 abril 2001.

necesarios para remover esa pared terrible de la impunidad. Esa pared no es en verdad de una violencia abierta como muchos podemos suponer. Es más bien de una *violencia* callada, “civilizada” –si civilizado puede ser el conocer impasibles de atrocidades y no hacer nada. La idea –por otro lado– de que la víctima está sentada esperando a que alguien haga todo a nombre de ella es una idea falsa y que se ajusta a unos pocos casos. Hoy por hoy, el lograr justicia requiere de las víctimas muchas veces el abandono de todo otro proyecto y que su vida entera gire alrededor de un caso: ese es el costo de la justicia internacional. Muchos de los casos que han pasado por la Corte Interamericana son testimonio de eso: el Caso Castillo Páez¹⁰², el caso Bámaca Velásquez¹⁰³, y otros en actual proceso –el Caso Juárez Cruzatt y Otros, el Caso La Cantuta– por citar algunos ejemplos. ¿Alguien supo por ejemplo que los Castillo, de ser familia de clase media, vendió todo, dejó todo y se tornó en una unidad cuyo centro tuvo que ser la persecución de justicia para ese hijo que había sido desaparecido? Ha sido a través de esas luchas denodadas de individuos visitados por el sufrimiento y por su persistencia que las víctimas de nuestros sistemas se han tornado visibles ante la ley internacional con pedidos de otra manera no atendidos en sus propios países. El nuevo reglamento de la Corte es un claro reconocimiento de ese papel del individuo que en su posición de víctima ha venido contribuyendo al desarrollo de un sistema para el beneficio de toda persona en nuestro hemisferio.

El principio de igualdad ante la ley por otro lado posa hoy un desafío al sistema interamericano de protección de derechos humanos: el que no existan Garabombos Invisibles y que la carta de la Convención sea aplicada por igual entre víctima y víctima que acude al sistema con algún reclamo. Y es que “el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el

¹⁰² CIADH, Caso Castillo Páez vs. Perú, Series C No. 34. Sentencia de 3 de noviembre de 1997 y Castillo Páez–Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Series C No 43, Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Para un recuento de la lucha de la familia Castillo en la búsqueda de justicia en el caso del hijo desaparecido ver Cromwell Castillo, *¿Dónde está Ernesto?*, Argos editores, 2003.

¹⁰³ Para un recuento de la búsqueda de justicia por parte de Jennifer Harbury, viuda de Efraín Bámaca Velásquez, ver Jennifer K Harbury, *Searching for Everardo*, Warner Books, 1997.

medio social [...] el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo [...]"¹⁰⁴.

¹⁰⁴Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala) Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 26 de mayo de 2001; Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Párr. 22.

Temas en derechos humanos

From Forgotten through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights

*Auro Fraser**

All its indifference is a different rage.

Derek Walcott.

Introduction

Verónica Gómez wrote in 1998 that: “The incorporation of the Caribbean States within the OAS has been encouraged by their growing representation within the organs of the Organization, including those of the human rights system. However, the OAS is still largely a Latin American organization shaped by the problems and idiosyncrasies of that particular group of States.”¹

While the Inter-American System of Human Rights (hereinafter “the System”) has attracted a great deal of analytical attention and comment, especially since the conclusion of the landmark Velásquez Rodríguez case, the relationship between it and the Anglophone Caribbean states² has received little attention. The purpose of this study is firstly to trace the evolving relationship between the Caribbean states and the System, and secondly to present a snapshot of how the System currently perceives the Caribbean through its cases, all as a means to

* Auro Fraser is from Guyana. He graduated with first class honours in International Relations with Spanish from the University of Birmingham, England. He has worked in England, Spain, Egypt and elsewhere. Most recently, he was Human Rights Advisor to Human Rights Monitor, a leading NGO in Nigeria. At present he is completing an LL.M. in International Human Rights Law and England’s University of Essex before taking up a new position with the UN Office of the High Commissioner for Human Rights’ New Office in Guatemala.

¹ Gómez, Verónica, “The Interaction Between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court” in David Harris and Stephen Livingstone, (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998, at pp. 175.

² Hereinafter the term “the Caribbean” shall be used in reference only to the nations of the Anglophone Caribbean.

assessing how it can better respond to the human rights situation there given its mandate(s).³

The defining features of the Anglophone Caribbean

*Is more than knocking out a tune on a sunbeach/package/tour with
rum flowing like blood and the body calling for more.*

John Agard, *Codicil*.

The Anglophone Caribbean consists of the independent nations of Antigua and Barbuda (“Antigua”), the Commonwealth of the Bahamas (“Bahamas”), Barbados, Belize, the Commonwealth of Dominica (“Dominica”), Grenada, the Cooperative Republic of Guyana (“Guyana”), Jamaica, the Federation of St. Kitts and Nevis (“St. Kitts”), St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines (“St. Vincent”) and the Republic of Trinidad and Tobago (“Trinidad”). The non-self governing territories of Montserrat, the British Virgin Islands, the Cayman Islands, the Turks and Caicos Islands and Anguilla are not included as they do not fall within the System’s jurisdiction. Aruba, Bonaire, Curacao, Saba, Sint Eustatius are not considered here. Also not included are the independent but non-Anglophone nations in and around the Caribbean Sea, including Cuba, the Dominican Republic, Venezuela, Haiti and Suriname, for various reasons. They have different languages and histories and different colonizers, followed often by much longer periods of independence, repeated subjection to United States intervention, and generally a pattern of military authoritarianism unfamiliar to their Anglophone neighbours.⁴

The Caribbean is not homogenous yet its States do have many common factors that often stand in clear contrast to their neighbours. English is their common language accompanied by individual varieties of Creole. Culturally, cricket and home-grown music such as soca,

³ The scope of this study imposes a key limitation. The relationship is analyzed *from the perspective of the System* as a mechanism with specific aims and assumptions without questioning the precepts of international human rights theory. The study does not attempt to address the legitimate questions over the relevance of the human rights mechanism as a means for –or hindrance to– the foremost challenge Caribbean States identify themselves as facing: development.

⁴ As a result, and for the purposes of convenience alone, the term “Latin America” shall hereinafter refer to the Spanish, French and Dutch speaking countries of the region.

reggae, steel pan and calypso have formed some level of common cultural identity. The Caribbean nations achieved independence later than their 'Latin' neighbours, only a handful of decades ago and in a relatively short space of time.⁵ This resulted in their having a strong "sense of self and the sentiment of nationalism"⁶ and, after such prolonged colonial subjugation, a strong desire to keep themselves free of outside involvement in their affairs. Today this is manifested *inter alia* in long-awaited moves toward replacing the Judicial Committee of the Privy Council in the United Kingdom as the highest court for most of the sub-region⁷ with the establishment of the Caribbean Court of Justice (CCJ) and Barbados' current stirrings toward becoming a republic.⁸ The Caribbean nations all have small populations and territories relative to their mainland neighbours, which has led to economic fragility and significant challenges with regard to corruption and crime,⁹ generalized vulnerability and difficulties in making parliamentary democracy function adequately to their needs.¹⁰ Nonetheless, with the exceptions of Guyana, which suffered a 'fraudulent democracy'¹¹ between 1966 and 1992, and Grenada between 1979 and 1983, parliamentary democracy has continued functioning virtually uninterrupted throughout the region since independence and, unlike in neighbouring States, the military have not played a prominent role in politics.

The Inter-American system of human rights

The Organization of American States (Hereinafter "the OAS"), a political, social and economic organization made up of the independent States of the Americas, was founded in 1948 at the 9th Pan-American Conference in Bogotá in 1948. In 1959, the Inter-American Commission of Human Rights (Hereinafter "the Commission" or "IACHR") was

⁵ Independence from Britain: Jamaica and Trinidad, 1962; Barbados and Guyana, 1966; the Bahamas, 1973; Grenada, 1974; Dominica, 1978; St. Lucia and St. Vincent, 1979; Belize and Antigua, 1981; St. Kitts, 1983.

⁶ Knight, Franklin, *The Caribbean: Genesis of a Fragmented Nationalism* (2nd Edition), Oxford University Press, New York, 1990, pp. 303.

⁷ Guyana ended the right of appeal to the Privy Council in 1980.

⁸ Associated Press article: *PM Announces Plans to Make Barbados a Republic*, 25 January 2005

⁹ Griffith, Ivelaw, *The Quest for Security in the Caribbean*, Westview Press, London, 1993; Inter Press Service, "Violence takes its toll: Rising crime statistics cast long shadow over Caribbean", 9 June 2005.

¹⁰ *Supra*, n. 6.

¹¹ Latin American Bureau, *Guyana: Fraudulent Revolution*, LAB, London, 1984.

created within the OAS. It became an organ of the OAS in 1967¹², with the function of promoting “the observance and protection of human rights” and serving “as a consultative organ of the Organization in these matters.”¹³ Since being revised and expanded in 1967, the Commission’s statute has charged the IACHR with three main tasks: processing individual petitions, conducting on-site visits and preparing and publishing special studies and reports.¹⁴ All member States of the OAS fall within the Commission’s mandate.

In 1978, the American Convention on Human Rights (hereinafter “the Convention”) came into force, creating the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter “the Court”) which is regulated by its Statute and Rules of Procedure and has both a contentious and an advisory jurisdiction. The Commission and Court, within the rules and limitations governing their functioning, have jurisdiction to make use of a range of instruments: The American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) (hereinafter “the Declaration”); the Convention; the Protocol of San Salvador (1988) on economic, social and cultural rights; the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985); the Inter-American Convention on Forced Disappearances of Persons (1994); the Inter-American Belém do Pará Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (1994), the Inter-American Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Persons with Disabilities and the Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty (1990).¹⁵ A regional instrument on Indigenous rights is being developed, although this is taking some time.

¹² Charter of the Organization of American States as amended, 1967, article 51.

¹³ *Id.* article 112; *Charter of the Organization of American States* as amended at 2005, article 106 (Hereinafter: “OAS Charter”).

¹⁴ Statute of the Inter-American Commission on Human Rights as amended 1967, Arts. 9 and 9 bis; Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, approved by Resolution N° 447 taken by the General Assembly of the OAS at its ninth regular session, held in La Paz, Bolivia, October 1979, Arts. 18, 19 (Hereinafter: “*Commission Statute*”).

¹⁵ See annexed table of ratifications for each Caribbean State. The low level of Caribbean ratification of Inter-American human rights instruments is immediately apparent and has not gone unnoticed by the System. The President of the Inter-American Court of Human Rights, Dr. Sergio Garcia Ramirez, specifically recognised again the challenge this poses in his presentation “La Corte Interamericana de Derechos Humanos” at the “III Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos de Guatemala: Globalización y Derechos Humanos” at the San Carlos University, Guatemala City, Guatemala, 23 August 2005.

While there are other bodies within the OAS system that impact on the application of the standards of the normative human rights system, such as the Inter-American Indian Institute, the Inter-American Children's Institute and the Inter-American Commission on Women, the Commission and Court form the Inter-American System of Human Rights (the System) *stricto sensu*¹⁶ and only those two bodies shall be considered here.

Caribbean involvement with the system

The relationship between the Caribbean and the System can be divided into three phases.

Phase 1: Forgotten, 1967-1980

The OAS Charter gave no specific criteria for membership beyond statehood¹⁷ and colonial territories within the Americas were, as such, excluded.

Unlike the UN, the OAS did not identify "self-determination"¹⁸ through de-colonization within the hemisphere as a fundamental purpose. As a result, and despite the Organization's stated vision that "the historic mission of America is to offer to man a land of liberty, and a favorable environment for the development of his personality and the realization of his just aspirations" where "American peoples... live together... in peace" "within the framework of democratic institutions,"¹⁹ the OAS did not become involved in the British colonies' struggles for self-government and had no real contact with them until after their relatively late achievement of independence.²⁰ In the case of Guyana and Belize, for a number of years after independence they were barred from joining the OAS due to Charter stipulations that blocked membership for states that had border disputes with existing

¹⁶ Sandoval, Clara, "A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17(1), 2005, pp. 49.

¹⁷ OAS Charter, 1948, article 2; OAS Charter as amended 1967, Article 4.

¹⁸ UN Charter, article 1(2).

¹⁹ 1948 OAS Charter, preamble.

²⁰ Assumption of membership of the OAS: Trinidad - March 1967; Barbados - October 1967; Jamaica June 1969; Grenada - May 1975; Saint Lucia - May 1979; Dominica - May 1979; Antigua and Barbuda - December 1981; Saint Vincent - December 1981; Bahamas - March 1982; St. Kitts - March 1984; Belize - 1991; Guyana - January 1991.

members.²¹ The Charter amendment of 1985 enabled both countries to join the Organization in 1991.²²

While the IACHR had begun functioning in 1960, the arrival of new English speaking members from 1967 seemingly failed to have any impact. At its creation, it had seen fit to inform member states of its existence and functions and request their cooperation.²³ It did not see fit –or at least it did not report that it had seen fit– to do the same with new member states. In addition, the IACHR’s sessional and annual reports ceased to be translated from Spanish between 1968 –the year after the first Caribbean members joined– and 1976, and translation was not carried out again in 1977 and 1982, despite translation being an obvious necessity for achieving its goals.

Despite the general dynamism exhibited by the Commission in its early years, it showed no real recognition of the involvement of the new States in the purview of the System, nor even *mentioned* them in its annual and sessional reports until 1972.²⁴ In that year, the Commission made brief note of some Trinidadian and Barbadian legislation which it considered relevant under articles XIV, XVI, XX and XXVI of the Declaration, relating to the rights to work and fair remuneration, social security, to vote and to due process of law respectively.²⁵ It made similar monitoring in 1975, 1977 and 1979 with regard to one or other of the Caribbean member states at the time but there were no further references.

1977 witnessed the first apparent attempt by a Caribbean nation to engage in dialogue directly with the Commission, when Grenada informed the Commission of some of the human rights aspects of its Constitution, adding that any national provisions inconsistent with human rights were there for good reason.²⁶ In the same year, the Commission went so far as to highlight the fact that Jamaica and

²¹ Atkins, G Pope, *Latin America and the Caribbean in the International System* (3rd Edition), Westview Press, London, 1999, pp. 221.

²² *Id.*

²³ IACHR, “Report on the Work Accomplished During its First Session: October 3 to 28, 1960”, OEA/Ser.L/V/II.1, Doc. 32, March 14, 1961, Part VI.

²⁴ Although, interestingly, Guyana, still not a member of the OAS, observed the Inter-American Specialized Conference on Human Rights in 1969.

²⁵ *IACHR Annual Report 1972.*

²⁶ *IACHR Annual Report 1977.*

Grenada were among the first eleven member states of the OAS to ratify the Convention.²⁷

However, despite the mandate given to it by the OAS in 1965 to “conduct a continuing survey of the observance of fundamental human rights in *each of the member states* of the Organisation” with particular reference to articles I, II, III, IV, XVIII, XXV and XXVI of the Declaration²⁸, there is little evidence that it took that mandate seriously with regard to the Caribbean States between 1967 and 1981. There were no onsite visits to the region and there were no specialized reports. No Commissioners from the Caribbean were appointed despite the representative concept explicit in the Statute’s stipulation that “The members of the Commission shall represent all the members of the Organisation of American States and act in its name.”²⁹ Neither were any petitions against Caribbean countries *published* during that period.

IACHR’s annual reports during 1967-1981 highlighted the need to consider or take measures regarding, *inter alia*, racial discrimination, equal pay for men and women, inhumane treatment, the right to education and arbitrary detention. There were, for example, reports on trade union freedom and the right to petition in 1970.³⁰ All of these were issues that feasibly merited attention at the time in the Caribbean as well but didn’t receive it to nearly the same extent as neighbouring States.³¹

In addition, the Work Program of the Commission from 1968 concentrated on the right to vote, the right to petition, human rights and the state of siege and fundamental human rights.³² The decision to focus on these issues was clearly informed more by the situation in Latin America than the democratic states of the Caribbean with their

²⁷ IACHR Annual Report 1979.

²⁸ Resolution XXII: “Expanded Functions of the Inter-American Commission on Human Rights”, The Second Special Inter-American Conference (Rio de Janeiro, 1965) (Emphasis added). These articles of the Declaration relate to the rights to life, liberty and personal security, to equality before law, to religious freedom and worship, to freedom of investigation, opinion, expression and dissemination, to a fair trial, and to protection from arbitrary arrest.

²⁹ Commission Statute, article 3(b).

³⁰ IACHR Inter-American Yearbook on Human Rights, 1969-70, General Secretariat of OAS, Washington DC, 1976.

³¹ *Id.*

³² IACHR Yearbook on Human Rights, 1968, General Secretariat of the OAS, Washington D.C., 1973.

militaries subjugated to the executives. This emphasis in the Work Plan is understandable given the gravity of the contemporaneous situation in Latin America and the budgetary and other restrictions the Commission faced, but the fact that an emerging Commission report on the right to education specifically focused *only* on Latin America suggests a failure by the Commission to include the Caribbean where it could and should have, and an incapacity to recognize, other than through legislation-watching, that seven new nations had come under its jurisdiction and were to be included in its mandated activities.

Events may not have been so dramatic in the Caribbean as in Latin America but that is not to say the human rights situations were perfect. In actual fact, in Grenada, what has been characterized as a “veritable reign of terror”³³ led by the country’s democrat-hero turned pro-Pinochet and Duvalier “ruthless dictator”³⁴, Prime Minister Eric Gairy –whose police and army received training in ‘counter-insurgency’ from Pinochet’s Chile– was taking place for several years until 1979 and arguably warranted some *comment* at least. The Commission’s claim, in 1980-1981, that it had “carefully observed the situation of human rights *in all the member states of the Organization*”³⁵, at least in retrospect, rings somewhat hollow given the lack of any real attention to the human rights situation in the Caribbean whatsoever for thirteen years.

Phase 2: Peripheral vision, 1980-1993

In its 1980-81 report, for the first time the Commission did show some real interest in human rights developments in a Caribbean country, but only insomuch as the human rights issues involved resembled –in name although not necessarily in fact– the civil and political abuses occurring in Latin America. The Commission questioned the ongoing suspension (since 1979) of the constitution, accompanied by legislation permitting detentions without due process by Maurice Bishop’s Jewel Movement in Grenada. It is interesting that Bishop’s government, much despised by the United States, should gain such attention when Gairy’s had not previously. Whether the attention was the result of political

³³ 1978 State Department report quoted on <http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/COLDgrenada.htm>; Padilla/Houppert, “The OAS and Human Rights in the Caribbean”, in Ivelaw Griffith and Betty Sedoc-Dahlerg, (eds.), *Democracy and Human Rights in the Caribbean*, Westview Press, Colorado 1997, at pp. 31-50.

³⁴ Encyclopaedia Britannica Online: Gairy, Eric.

³⁵ *IACHR Annual Report 1980-1981*, (Emphasis added).

strong-arming at the OAS, the System was exhibiting automatic US-like antipathy to progressive left-wing regimes or simply represented a sign that the Commission was at last seeking to look at the Caribbean and had found the type of human rights challenges it recognized and felt able to act upon is unclear. Nonetheless, the mention does mark something of a watershed. The Caribbean was, to some very limited extent, on the Commission's agenda for the first time.

1982 saw a seminar on national, regional and international human rights considerations, co-hosted by the Commission, take place in Kingston, Jamaica with a range of actors from Caribbean countries.³⁶ Also, for the first time, the Commission reported two individual petitions from the Caribbean, both against Jamaica and both relating to the imposition of the mandatory death penalty after unsatisfactory investigative and judicial processes including ill-treatment at the hands of the police.³⁷ The Commission also noted Barbados ratification of the American Convention. Unfortunately, the annual report of the Commission, including the cases, was again not translated into English that year. There were to be one or two cases published each year for most of the rest of the decade, all but one involving police brutality and lack of due process leading to the imposition of the death penalty in Jamaica.

In 1982-1983 the Commission intervened "as an agent for peaceful solution" in some cases of suppression of press freedom in Grenada "in order to reach a solution to this case based on respect for human rights, taking into account that the parties in dispute have accepted its participation," while also making note of the government's intention to hold a plebiscite over a new constitution to be followed by elections.³⁸ The Commission also stated its intention to carry out an on-site visit to the island at the earliest opportunity. This would have been the Commission's first visit ever to the Caribbean but it was postponed in 1984-5 and never actually took place.³⁹ The Commission's annual reports never give any explanation for this.

In 1983-1984, the Commission included a new theme in its list of human rights issues that needed to be addressed, and specifically mentioned the Caribbean, presumably mindful of the petitions it

³⁶ *IACHR Annual Report 1981-1982.*

³⁷ Jamaica (Case 3102) 25/81; 27 Jamaica (Case 3115) 24/81.

³⁸ *IACHR Annual Report 1982-1983.*

³⁹ *IACHR Annual Report 1984-5.*

had received from Jamaican citizens: the need to “strengthen” the judiciary.⁴⁰

1986 saw the first Caribbean national elected to the Commission.⁴¹ Since then, there have been five others⁴², leaving only a few sessions where at least one of the Commission members has not been from the region. This development impacted immediately on the level of attention that the Commission gave the Caribbean as 1986 saw the first ‘visit’ to the Caribbean by the Commission, carried out jointly with the Court. The members visited Jamaica, Trinidad, St. Vincent and Barbados with the stated objectives to:

1. Seek additional ratifications of the American Convention on Human Rights by those states which have yet to ratify it;
2. Seek the acceptance of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, and
3. Engage in a discussion with governmental authorities and private human rights organizations regarding the inter-American human rights system.⁴³

The visit was a long-overdue first step toward engaging its duties in the Caribbean and the Commissioners claimed to have gained some assurances relevant to their stated goals, although none of these were carried out in the near future. However, much about the visit evinces a lack of Commission commitment to taking the sub-region seriously.

Firstly, while the purposes of the visit were seemingly ‘promotional’ rather than for monitoring, it is not clear where the visit stands *vis a vis* the Commission’s mandate: it wasn’t called an *on-site visit*, and is absent from the list of on-site visits on the Commission’s website. In the relevant Annual Report, it was ignominiously fitted in the “Activities” section under “Other Activities”. The dates of the visit are not stated there and it seems to bear no relation to the sessions –the continuing and cumulative work– of the Commission. On-site visits to Haiti, El Salvador and Suriname in the same year were treated with

⁴⁰ *IACHR Annual Report 1984-1985*, Chapter V.

⁴¹ Oliver Jackman (Barbados) 1986-1993.

⁴² IACHR Commissioners from the Caribbean to date: Patrick Lipton Robinson (Jamaica) 1988-1995; John S. Donaldson (Trinidad and Tobago) 1994-1997; Henry Forde (Barbados) 1998-1999; Peter Laurie (Barbados) 1999-2001; Clare Roberts (Antigua) 2002-present.

⁴³ *IACHR Annual Report 1986-1987*.

significantly more seriousness and detail in the same report, with planning, justification, detailed analysis and clear intentions for follow-up included.⁴⁴

Secondly, by 1986, ten Caribbean countries were members of the OAS, a significant portion of the OAS membership that had not yet had any meaningful contact with the Commission. No reason was given as to why the visit was not arranged to include those other members even though it would have seemed the ideal opportunity.⁴⁵

As such, there is something deeply disappointing about the visit. No momentum was created. Even the one human rights issue in the Caribbean that the Commission must have recognised given the petitions it had received –the mandatory death penalty related to due process and fair trial– appears not to have been a theme of the visit. In fact, the visit was dropped from history –whether by design or not– when it even failed to be mentioned in the Commission Yearbook⁴⁶ and a visit to Jamaica a decade later was called the first by the Commission itself.⁴⁷

1989-1990 saw Oliver Jackman elected President of the Commission but there was no reference to the region in the Annual Report. The 1991 report failed to mention the fact that Guyana and Belize both joined the OAS in 1991 and thus now fell under the Commission's remit. That year, the Commission held its 22nd regular session in the Bahamas and received an invitation to visit from the Dominican Government. That visit, from 14-16 February 1993, with IACHR represented by Oliver Jackman and a staff attorney is again cited under the "Other Matters: Miscellaneous Activities" section of the report but this time there is no information *whatsoever* beyond the fact that it took place. No report was issued, and again, the visit is not included on the website list of on-site visits.⁴⁸

The seeming lack of attention to the situation of human rights in the Caribbean states in this period is even more perturbing given the fact that the Commission was again highlighting specific rights

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *IACHR Inter-American Yearbook on Human Rights 1986*, Martinus Nijhoff, the Netherlands, 1988.

⁴⁷ *IACHR Annual Report 1994*.

⁴⁸ *IACHR Annual Report 1992-1993*.

issues that could have given rise to inclusion, dialogue, comment or engagement in the “Areas in Which Steps Need to be Taken towards Full Observance of the Human Rights Set Forth in the American Declaration... and the American Convention” section of its annual reports. For example, the 1986-1987 report gave an extensive analysis of the need to push for abolition of the death penalty, and children’s rights gained increasing coverage by the Commission after 1988, with its 1992-1993 report going into some depth. The adoption of the Protocol of San Salvador in 1988 should have given opportunities for dialogue at the very least. Alternatively, if it had wanted to take a more positive step at engagement, the Commission could have commented on the progressive economic, social and cultural rights provisions already incorporated in the 1980 Guyana Constitution as a starting point.⁴⁹ Also, both Guyana and Belize, and arguably other Caribbean states, have indigenous populations facing long standing challenges to their rights,⁵⁰ yet in the continuous process of addressing indigenous rights and drafting a regional instrument, the Commission never referred to those nations. The Commission’s enactment of its duties toward the Caribbean remained disappointing. Those nations may not have responded to requests for information but the Commission should not have depended on cooperation to observe its mandate.

No further Caribbean cases were published by the Commission between 1989 and 1995.

In its 1994 annual report the Commission recognized that, in the context of the 1993 Vienna World Conference on Human Rights, the “foremost repercussion for the Inter-American system stems from the realization that, while progress has been realized in certain areas of human rights, the challenge is not diminishing. In fact, mandates for action in human rights must be expanded at all levels.” Whether this critical self-evaluation also reflected an internal recognition of the need for expansion of geographical –as well as thematic– activities by the Commission is unclear but for the first time, two members of the Commission were from the Caribbean and events in 1994 seem to suggest that they may well have been pushing the Commission’s policy to address the region, or alternatively were able to convince Caribbean nations to engage with the Commission by virtue of their being Caribbean themselves.

⁴⁹ See Ivelaw Griffiths, “Democracy and Human Rights in Guyana” in Griffiths/Sedoc-Dahlberg, 1997 on inter alia the right to education, see *supra* at n. 33.

⁵⁰ See *e.g. infra*, n.109.

Phase 3: Engagement with confrontation, 1994 - present

The Commission requested and received an invitation to carry out its first specifically designated “*on-site visit*” to a Caribbean State –the Bahamas– from May 22nd to 27th, 1994. The motivation for the visit was to consider the situation of Haitian refugees there. In a press release by the Commission at the end of the visit, IACHR highlighted human rights issues including the lack of effective and fair refugee status determination procedures, questions of citizenships for the children of Haitian refugees in Bahamas, the issuance of work permits and social and other discrimination against and stereotyping of Haitians in the Bahamas. The Commission also recognised the efforts made by the Bahamas toward the refugees and noted the need for international assistance to supplement its stretched resources.⁵¹

Although the Commission had intended to write a specific report on the visit, including recommendations for the Government of Bahamas⁵², the findings were not in the end published as a report on the Bahamas, but as a very small section of a 1995 Country Report on Haiti.⁵³ The crisis had passed by that time so the implied criticisms of the Bahamas in the earlier press release were not included or acted upon.⁵⁴ The civil society organisations that the Commission had met with during its visit to the Bahamas were defined specifically as those “who interact with the Haitian refugee population in the Bahamas on a daily basis,”⁵⁵ and there is no indication in the documentation that the opportunity of the visit was taken to discuss human rights issues in the country more broadly with them or government. As such, the visit seems to represent more an extension of the Commission’s long-standing –although understandable– attention to the situation in Haiti rather than a policy shift toward including the Caribbean in its considerations and activities. It is, however, difficult to know what went on away from the public spotlight. Perhaps the Commission was seeking to initiate dialogue with the Bahamas by taking the opportunity

⁵¹ IACHR Press Communiqué 13/94.

⁵² *Id.*

⁵³ IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in Haiti*, 1995.

⁵⁴ The failure to address the Bahamas obligations to refugees at this point is not insignificant. With recurring crises in Haiti, refugees have faced similar problems repeatedly. See *infra* n. 106.

⁵⁵ *Supra* n. 51.

of a slightly less ‘personal’ theme –that of refugees. Further events that year suggest that this may indeed have been the case.

Early in its 1994 report, the Commission stated that the Solicitor General of Jamaica, Dr. Kenneth Rattray, “met with the Commission and presented matters of mutual interest”. It also declared its intention to prepare a comparative document on the situation of prisons in the OAS member states. Then, from the 7th to the 9th of December, 1994, with the stated purpose of examining conditions in prisons and detention centers, the Commission went to Jamaica for the first time since 1986, this time on a fully-fledged “on-site visit”. The IACHR itself said that it was the “first visit by the Commission to Jamaica,”⁵⁶ an inaccuracy that reflected its lack of a cohesive, evolving policy to that nation and the sub-region up to that point. It met with political leaders, prison officials, juvenile justice officials and members of the legal profession as well as with civil society.⁵⁷

This visit, together with that to the Bahamas, seemed to be sign of a belated but positive ‘beginning’ to the relationship between the States of the Anglophone Caribbean and the IACHR. It seemed that the Commission was at last displaying commitment to carrying out its mandated duties there, and was seeking to establish sustainable relationships, build trust and cooperation through specific on-site visits in spite of those nations’ relatively small sizes and mild human rights situations. It appeared to have realized that in order to promote and protect human rights in the region, more was needed than just protection in the form of the processing of individual petitions. The fact that the Jamaica visit took place as a fundamental and early component in the investigation into prison conditions suggested that the human rights situation in the region might at last be seen to be not just an irritating duty beside more important matters but as an integral part even of the hemispheric work of the Commission.

Such positive attempts at engagement were to continue. The 1996 *Progress Report on the Situation of Migrant Workers and their Families in the Hemisphere* promised (although they haven’t been forthcoming) more on-site visits to Jamaica, Belize and the Bahamas.⁵⁸ The 1998 *Report on the Rights of Women* had the Caribbean well integrated in its coverage. In the same year, the Commission and the

⁵⁶ IACHR Press Communiqué 28/94.

⁵⁷ *IACHR Annual Report 1994*.

⁵⁸ *IACHR Annual Report 1996*.

Caribbean Community (CARICOM) held a seminar in Antigua to familiarize *ombudsmen* of the English-speaking Caribbean with the System.⁵⁹ In 2001, the Commission convened two two-day seminars in Grenada and Belize respectively to promote the System, attended by Commissioners, government ministers and officials, judges and representatives from the region and beyond in collaboration with Caribbean Human Rights Network, the Inter-American Institute for Human Rights, and the Commonwealth Secretariat.⁶⁰ In the same year, Grenada deposited its instrument of ratification of the Convention of Belém Do Pará on women's rights.⁶¹ In addition, as part of a series of training sessions throughout the Americas in 2003, the Commission's Special Rapporteur on the Rights of the Child held training seminars on the promotion and defense of the rights of children and adolescents in the System in Jamaica and Trinidad.⁶² Most recently in 2005, Clare Roberts, Commissioner from Antigua and Barbuda was elected as President of the Commission and Special Rapporteur on the Rights of Persons of African Descent, and Racial Discrimination.⁶³

However, the promotional and inclusive momentum and determination evinced by the Commission with regard to the Caribbean since 1994 has been tempered –to say the least– by parallel developments over the death penalty.

The number of individual petitions *published* with regard to the death penalty jumped after 1996. Where the Commission seemed to have decided that promotion was going to be the best way forward in the Caribbean –in accordance with OAS directive after 1997⁶⁴– in actual fact, protection, through the processing of cases, came to dominate System -Caribbean relations and brought them to loggerheads. A series of negotiations started, including a meeting between the Commission and senior representatives of Trinidad in February 1998 where Trinidad made clear its position that the Commission would be acting *ultra*

⁵⁹ IACHR Annual Report 1997.

⁶⁰ IACHR Press releases 1/01, 6/01, 15/01.

⁶¹ IACHR Annual Report 2001.

⁶² IACHR Annual Report 2003.

⁶³ IACHR Press Release 3/05.

⁶⁴ In its Annual Report 1997, the IACHR stated that point 1 of OAS Resolution 1489 on the "International Promotion of Human Rights in the Inter-American System" (AG/RES. 1489 (XXVII-O/97), June 5, 1997) was to be taken to mean, *inter alia*, that the IACHR should seek a "more intense push for and proper handling of the job of promotion, without decreasing protection activities..."

vires if it attempted to alter by its recommendations the domestic law of a State in respect of sentencing, or continued to seek to review the decisions of its courts, and therefore Trinidad could and would go ahead with executions even while petitions were before the system.⁶⁵ Trinidad then went on to withdraw from the Convention in May 1998 (effective one year later) and even executed prisoners with their cases before the System as did other States.⁶⁶ From 2001, when the Commission started including tables of compliance in its Annual Reports, it was clear that the Caribbean was not responding as desired. All the cases had “partial compliance” or were “pending compliance”. None had full compliance.⁶⁷

The resistance of the Caribbean States clearly shook the Commission. It held two internal telephone conferences to decide whether it should continue to approve cases involving the death penalty in Caribbean countries. At the same time, Caribbean States showed commitment to maintaining dialogue. The Heads of Government of CARICOM requested that the OAS Secretary General convene a meeting with the Commission. This took place in October 2000, where there was an “exchange of views on the procedures and jurisprudence of the Commission in relation to the system of petitions, as well as on methods of strengthening understanding and cooperation between CARICOM member States and the Commission.”⁶⁸ Follow-up meetings took place at two sessions in 2003.⁶⁹

The Commission decided to take a firm stand on the death penalty after 1998 including, for the first time, referring Caribbean cases to the Court. Three were forwarded containing a total of thirty-one alleged victims, all related to the death penalty in Trinidad.⁷⁰

The 122nd session of the Commission in 2005 showed some signs that the death penalty issue was turning a corner as Jamaica was noted

⁶⁵ See Report N° 43/98 Haniff Hilaire, Case 11.816.

⁶⁶ See e.g. Naresh Boodram and Joey Ramiah (Trinidad, case 12.129), Anthony Briggs (Trinidad, Case 11.815); Wenceslaus James (Trinidad, Case 11.814); Trevor Fisher (Bahamas, Case 11.463) and Richard Woods (Bahamas, Case unpublished; see Report 123/99).

⁶⁷ *IACHR Annual Reports 2001*.

⁶⁸ *IACHR Annual Report 2000*.

⁶⁹ *IACHR Annual Report 2003*.

⁷⁰ Hilaire, Constantine and Benjamin et al. vs. Trinidad and Tobago Case, Judgement on the Merits of 21 June 2002, Inter-American Court of Human Rights Ser. C No. 94 (2002).

to be considering significant legislative changes regarding it.⁷¹ The battle, however, continues to be hotly and inconclusively fought at national and international levels in the region.⁷² Nonetheless, as one of the law firms that regularly petition the System on behalf of death row inmates was cited as stating, any real progress on the issue has not been due to the efforts or findings of the System but others elsewhere.⁷³

Notwithstanding, since 2000 there has been a clear new development in the strategy of the Commission with regards to the Caribbean cases it is publishing. It appears to be publishing cases on issues *other* than the death penalty virtually for the first time. Whether it has been enabled to do this by a change in the type of petitions it receives from the Caribbean or by *choosing* to publish other cases is uncertain, given the fact that most petitions received never come into the public domain.⁷⁴ Nonetheless, this development has two advantages. Firstly, it will help defuse the death penalty stand-off by creating dialogue on challenges the States and the System have similar desires to address, such as the efficiency of the judicial system. Secondly, it is a belated attempt by the Commission to fulfil its own mandate by moving on from its virtually mono-thematic relationship with the Caribbean since 1981 to address the broader range of human rights issues that exist in the Caribbean.

The death penalty cases

Even a brief review of the literature available on the human rights situation in the Caribbean shows that what has, at least until now, absolutely dominated discussion and analysis has been the issue of the death penalty. The regional developments with regard to capital punishment itself do not need to be specifically reviewed here because what is clear from the vast literature on the subject is that what has created the most notable controversy and change has been the rulings of the Privy Council in cases such as *Pratt and Morgan vs. Jamaica* (1993), *Reyes vs. the Queen* (2002), *Lambert vs. the Queen* (2004), *Roodal vs. The State* (2004) and others rather than the jurisprudence of the Inter-American System. However, it is worth considering the

⁷¹ IACHR Press release N° 8/05.

⁷² See e.g. *Trinidad Guardian*, "State forced to hold on hanging... Mercy Committee's meeting postponed," 14 June 2005; United Nations Press Release: "UN Expert on Arbitrary Killings Appeals to Barbados to Stop Execution," 12 February 2005.

⁷³ See *IACHR Annual Report 2002*.

⁷⁴ It is estimated that the Commission receives over a thousand petitions a year and publishes fewer than a hundred.

developing approach of the System to the cases in order to understand its newer approaches.

During the 1980s, all except one of the cases published regarded the death penalty and Jamaica, and it is clear that there were further such cases that were not put into the public domain.⁷⁵ Those petitions were all very similar, appear to have been carried out without legal assistance and consequently were lacking in information, evidence and references to specific articles of the Convention. They alleged innocence, unfair trial and wrongful conviction but did not focus on the application of the death penalty itself.⁷⁶ The Commission's response was nothing more than to request transcripts from the State and publish respective reports which found no violations, demonstrating considerable inertia. It found no violations –deciding on the *merits*– without actually making any real effort to elicit the required information from the unassisted petitioners or understand the circumstances of what was alleged to have been occurring.

In hindsight at least, given that the claims were remarkably similar to those that were to come later in the late 1990s, if the Commission felt unable to tackle the problem, it should have ruled negatively on *admissibility* on technical grounds of lack of a *prima facie* case rather than deny the substance of the allegations altogether in reports that bundled admissibility and merits incomprehensibly into one. Alternatively, it could have 'sat on' the cases, and bided its time as what it should have recognized as a pattern developed. The only death penalty case where a violation was found in the 1980s was the only (apparent) one where the victim had legal representation file the petition.⁷⁷ In that case, however, the Commission shied away from considering all the violations at hand –which feasibly included, based on the articulation of the facts in the petition, articles 4(1), 4(2), 4(6), 5(1), 5(2), 7, 8, 10, and 24 of the Convention⁷⁸– stating that its function was “not... to act as a quasi-judicial fourth instance and to review the holdings of the

⁷⁵ The Commission stated in Resolution N° 60/82 over Case 3552 regarding Davlin Morris (Jamaica) on 23 November 1982, that the case “is illustrative of a number of virtually identical resolutions adopted by the IACHR this year,” and lists seven others that were not published.

⁷⁶ See e.g. Jamaica (Case 3102) 25/81, Jamaica (Case 3115) 24/81, Jamaica (Case 3552) 60/82; Jamaica (Case 7604) 60/62, Jamaica (Case 9054) 13/84; Jamaica (Case 7505) 27/86; etc.

⁷⁷ See Jamaica (Case 9190) 28/86 Clifton Wright.

⁷⁸ These relate to the rights to life, to humane treatment, to personal liberty, to fair trial, to compensation, and to equal protection of the law.

domestic courts of the OAS member states.” From the late 1990s, it was eventually to take the opposite approach⁷⁹ and interestingly, at least two of the petitioners from the 1980s cases, assisted by legal counsel, were later to have cases reviewed by the Privy Council and/or the UN Human Rights Committee who did find substance in their claims.⁸⁰

In the later series of death penalty cases, the Commission found various combinations of violations of the rights to life, to humane treatment, to fair trial, to equal protection, to protection for mothers and children, to residence and movement, to health and to protection from arbitrary arrest.⁸¹ As a result, what the Commission can be seen to be observing in the Caribbean States are: failure to bring suspects swiftly before a judge, detention conditions that do not meet international standards and represent inhuman and cruel treatment, lack of access to legal counsel, lack of due process, lack of fair trial, indiscriminate sentencing, lack of effective remedies, lack of access to justice, lack of access to legal aid for the indigent, all rendering remedies ineffective. The 31-victim consolidated case decided by the Court, Hilaire, Constantine and Benjamin *et al*, made similar findings.

Snapshot: the Caribbean through the lens of the Inter-American system cases

*Wad some power the Giftie gie us.
To see ourselves as others see us.*

Robert Burns, quoted by Val T McComie (Barbados),
Then Deputy Secretary General of the OAS

Parenthesis: Early non-death penalty cases

Between 1981, the year of the first published Caribbean case, and 2000, there were only two *public* cases that did not involve the death penalty, both involving Grenada.⁸²

⁷⁹ See e.g. the Commission’s extended arguments to overcome the ‘fourth instance formula’ accusation in Report 38/00, Case 11.743 (“Heightened Scrutiny Test”, at parag. 64) and Report 41/00 (“Standard of Review”, at parag. 169).

⁸⁰ See e.g. Jamaica (Case 9054) 13/84 Earl Pratt; Jamaica (Case 7505) 27/86 Lynden Champagnie.

⁸¹ Articles I, II, XVII, XVIII, XI, XXV, and XXVI of the Declaration or Articles 1, 4, 5, 8, and 25 of the Convention.

⁸² Grenada-Einstein Louison (Case 9597) 35/88; Grenada 2/96 10.325 Steve Clark.

The first, published in 1999, involved the seizure of the passport of an ex-minister of the Bishop Government by the new government. In a report of a few paragraphs, the Commission reported the facts, did *not* outline the alleged violations and then concluded that the matter had been resolved domestically. If the Commission played any role in the settlement is unstated. As no cases with similar facts were published, it seems unlikely that the Commission chose the case as representative of a pattern of abuses in the country or region, and the reason for publishing it at all remains a mystery given the Commission's limited time and resources.

The second case involved the seizure by the State of a set of left-wing political books sent by US-based *Pathfinder* publishers to a local activist. Grenada's response to the allegations was limited to stating its right to impound seditious materials. Based on a six year delay while the case was before the Grenada High Court, the Commission found that domestic remedies had been exhausted, presumably in accordance with Article 46(2)c, and a violation of Article 13 of the Convention.⁸³ It found against a violation of Article 2, however.⁸⁴

A third case, relating to the 1980s but resolved in 1999, is worth mentioning here although the respondent was not a Caribbean State but the United States. US intervention in the Americas has a long history and the present era of "regime change" as a US foreign policy tool in the context of the so-called "war on terror" makes the finding of the case noteworthy. In *Coard et al vs. United States*, involving the detention of Grenadian political leaders and civilians in Grenada by United States forces during and after the 1983 invasion of Grenada, the Commission found that the American Declaration can be applicable extra-territorially.⁸⁵

⁸³ The right to freedom of thought and expression.

⁸⁴ Domestic legal effects.

⁸⁵ The Commission found that, "under certain circumstances, the exercise of its (the Commission's) jurisdiction over acts with an extraterritorial locus will not only be consistent with but required by the norms which pertain. The fundamental rights of the individual are proclaimed in the Americas on the basis of the principles of equality and non-discrimination –without distinction as to race, nationality, creed or sex." Given that individual rights inhere simply by virtue of a person's humanity, each American State is obliged to uphold the protected rights of any person subject to its jurisdiction. While this most commonly refers to persons within a state's territory, it may, under given circumstances, refer to conduct with an extraterritorial locus where the person concerned is present in the territory of one state, but subject to the control of another state— usually through the acts of the latter's agents abroad. In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under

The Commission found violations of articles I, XVII and XXV of the Declaration due to the failure of the US forces to ensure adequate judicial review of the treatment of those it had detained during its military intervention in *Grenada*.

The new Caribbean cases in the system

As noted, until 2000 the System had failed –with the relatively unimportant exceptions of the Grenada cases just discussed– in its public casework to address human rights issues in the Caribbean apart from in relation to the death penalty. Whether there was more going on ‘behind the scenes’ or not, whether there was simply a lack of other petitions being filed or whether the Commission simply took no interest in non-death penalty would take further investigation to clarify. However, since 2000 a noticeable change has occurred. The relevant cases are discussed briefly here.

Judicial processes and access to remedies

Arguably, the 1990s and current death penalty cases centred around an almost moral –although increasingly legally well argued by the Commission– debate on capital punishment itself, with other issues taking a relatively secondary role. In this decade, the Commission has chosen to again address the ‘secondary’ issues involved by publishing three cases,⁸⁶ including one at the merits stage, regarding individuals not facing the death penalty but rather incarceration. In the case of *Whitley Myrie*, the Commission found violations of Articles 1(1), 5(1), 5(1), 8 and 25 of the Convention with regard to conditions of detention, the trial judge’s failure to direct the trial appropriately, the failure to provide him with competent and effective counsel and the failure to provide effective access to bring a Constitutional Motion.⁸⁷ The key recommendation of the Commission was a retrial with due safeguards. More such findings and recommendations –and their diffusion by the

the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control.”

⁸⁶ Report 72/03 *Whitley Myrie* Petition 729/2001 (Jamaica) 2003 Admissible; Report 753/02 *Fabian Moses* (Jamaica) 2004, Admissible; Report 518/01-*Derrick Tracey* (Jamaica) 2004, Admissible; Report 41/04 *Whitley Myrie* Case 12.417 Merits (Jamaica) October 12, 2004.

⁸⁷ See *id.* Report 41/04 –the obligation to respect rights and specifically the rights to humane treatment, to fair trial and to judicial protection–.

media– will go a long way to overcoming resistance to the System in the Caribbean and the very widespread criticism that “human rights are criminals rights.”

Corporal punishment

The case of Winston Caesar involves the issues such as conditions of incarceration, and delays in trial of the death penalty cases but also highlights a ‘new’ issue before the System in the Caribbean: the application of corporal punishment (in this case flogging), alleged to represent a violation of article 5(1) and 5(2) –the right to humane treatment– of the Convention. Progress on this case is not revealed in the recent documents of the Commission but if it does reach the merits stage, it might have an impact well beyond the criminal justice system in the area of children’s rights as such practices are widely accepted, although increasingly hotly debated in the region.⁸⁸

Violence against women

One key case worth noting in this section despite its central issue being that of the death penalty is that of *Indravani Pamela Ramjattan*.⁸⁹ It presented a wide range of potential implications that never reached the merits stage because the alleged victim’s sentence was commuted. Ms. Ramjattan, a mother of six, had faced intense abuse –characterised as “a reign of terror”– at the hands of her common-law husband, having been forced to live with him since the age of seventeen by her parents.⁹⁰ She and two males were found responsible for his murder despite the fact that she was six months pregnant at the time and was allegedly in another room when the fatal blows were struck. All three were given the mandatory death sentence in Trinidad. The petition on behalf of Ms. Ramjattan before the Commission alleged similar violations of the Convention as other death penalty cases (Articles 4, 5 and 8 –life, humane treatment and fair trial), due to common procedural problems including delay in being brought to trial, not being informed of the

⁸⁸ For example, UNICEF Barbados finds that “Children living in both single parent, as well as nuclear family households are subject to corporal punishment as the main form of discipline, as it is considered as a cultural norm in the region.” See <http://www.unicef.org/barbados/overview.html>.

⁸⁹ Report 92/98, Case 11.837 (Trinidad and Tobago) 1998, Admissibility.

⁹⁰ *Id.*

charges and the lack of transparency of access to mercy. However, it was the first time that *violence against women*, and specifically *domestic violence*, had been an issue in a Caribbean case before the System. This in a region that, like others, suffers a “persistent scourge of violence against women,”⁹¹ and recognises the problem as being grave.⁹² The fact that Ms. Ramjattan was prevented from seeing her young children while awaiting trial and during conviction also raises other issues about the criminal justice system. A further regional innovation in this petition was the allegation of a violation of Article 11 of the Convention⁹³ although on what grounds exactly was not revealed in the report. In addition, a regional precedent was set with the alleged violations of the Belém do Pará Convention on women’s rights contained in the petition, again unspecified in the report. The merit of those allegations will never be known and, as a result, serious gender-related issues that the commutation of sentence did not resolve either for the alleged victim or the wider society will not *for now* be addressed despite their importance.

Disappearances

While politically motivated disappearances and extra-judicial killings have not been a characteristic of the Caribbean, in recent years, a few allegations have been made in Guyana regarding them.⁹⁴ A case declared admissible in 2001 involves a person taken into custody by police never to be seen again and alleges violations of Articles II, XI, XVIII, XXV, and XXVI of the Declaration.⁹⁵ It is the first published case against that Caribbean state.⁹⁶ The Commission reacted rapidly to this case, familiar as it was with disappearances, issuing precautionary measures. However, the merits have not been published and the alleged victim has not reappeared. In an era where the security forces are

91 CARICOM Press release 62/2005, 7 March 2005.

92 See e.g. <http://www.caricom.org/womenlegislation.htm>.

93 The right to privacy.

94 Ronald Gajraj, Guyanese Home Minister, was recently linked with the activities of a ‘death squad’ although cleared of any charges by an inquiry. See also United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Technical Cooperation Project, Guyana, *Quarterly Report* (Period covered: July-October 2004).

95 The rights to equality before the law, to health and well-being, to fair trial, protection from arbitrary arrest, and due process.

96 Report 80/01, Franz Britton aka Collie Wills, Case 12.264 (Guyana).

feeling so frustrated in their fight against crime, particularly in Jamaica, Guyana and Trinidad, this case may become more relevant as time goes on.

Freedom of expression

Inevitably, there may be some concerns regarding freedom of expression in the Caribbean,⁹⁷ and in 2001 the Commission declared admissible a case regarding the issue in St. Lucia. The victim alleged violations of Articles I, II, IV, V, XIII, XIV, XVII, XVIII, XXIII and XXIV of the Declaration⁹⁸ and the Commission found all allegations admissible except those regarding articles I, II and IV. Unfortunately, no explanation for the excluded allegations was given which somewhat weakens the case of the Commission if it aims to establish its credibility in its new-found engagement in Caribbean human rights.

A second case, filed by System familiar Claudio Grossman, on behalf of a newspaper proprietor in Jamaica with regard to excessive libel fines imposed by the Government of Jamaica for publication of allegations of corruption against an ex-Government minister was declared admissible in 2004.⁹⁹ The admissible allegations concerned violations of Articles 1, 2 and 13 of the Convention. The case is set to be a prominent one given the petitioner's legal counsel, the number of amicus briefs submitted from a variety of leading organizations and the subject matter.¹⁰⁰

Security force abuses

Jamaica has become infamous for alleged abuses and excesses by its security forces and its failure to address the problem.¹⁰¹ A recent study

⁹⁷ See e.g. the case of the Trinidadian journalist arrested for photographing police handcuffing children or the current dispute between the Guyanese Government and a broadcaster that criticised it at <http://www.hardbeatnews.com/newsdetails.php?aaad=3120> and <http://www.hardbeatnews.com/newsdetails.php?aaad=3135>.

⁹⁸ The rights to life, liberty and security, to equality before the law, to freedom of investigation, opinion, expression and dissemination, to protection of honour, personal reputation, and private and family life, to residence and movement, to work and fair remuneration, to recognition of juridical personality and civil rights, to fair trial, to property, and of petition.

⁹⁹ Report 65/04, Petition P28/04 Dudley Stokes (Jamaica).

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ See for example, Jamaicans for Justice, *Pattern of impunity: A report on Jamaica's investigation and prosecution of deaths at the hands of agents of the state*, 2004.

of Guyana links the colonial history of violence to current security force excesses.¹⁰² Violations by the police are also a pertinent issue in other Caribbean States. This situation is unlikely to improve in the short term due to the immense challenges crime is posing across the region, leading the Governments to take ever more extreme internal security measures.¹⁰³

In System death penalty cases from the Caribbean since 1981, police abuses have been a recurring aspect of the facts, yet have never been addressed as a separate issue from prison conditions as inhuman treatment under Convention article 5, despite the System's extensive use of the *iura novia cuna* principle elsewhere that could have allowed the Commission to develop the petition in such a direction given the correct facts here.¹⁰⁴ In 2003, for the first time, the Commission declared admissible a case alleging violations of Articles 4, 5, 8 and 25 specifically on this issue.¹⁰⁵ Given the situation, this could represent an important case that may be significant in reinforcing Caribbean efforts to address the problem.

Refugees

As noted above, refugee rights issues have been a recurring problem. While events in the Bahamas made this most visible to the System, it is also an issue elsewhere. The Commission backed away from addressing the issue after its 1994 visit to that State, which was clearly an error given the recurring nature of the problem as a result of ongoing instability in Haiti and Cuba. In 2002, the Commission declared admissible a case involving Haitian and Cuban nationals claiming refugee status detained in the Bahamas.¹⁰⁶ The Commission decided to consider the alleged violations of articles I, II, V, VI, VII,

¹⁰²Mars, Joan R., *Deadly Force, Colonialism and the Rule of Law: Police Violence in Guyana*, Westport, Connecticut. Greenwood Press, 2003.

¹⁰³In Jamaica, for example, the government in March 2005 decided to use the army for internal security operations against gang violence. See *Jamaica Observer* article, "We are at war", 18 March 2005.

¹⁰⁴See e.g. IACHR Report 125/99, Case 12.086.

¹⁰⁵Report 8/03, Petition 191/02 Michael Gayle (Jamaica). These articles refer to the rights to life, humane treatment, fair trial and judicial protection.

¹⁰⁶Report 6/02, Petition 12.071 (Bahamas).

XVII, XVIII, XXV, and XXVII of the Declaration.¹⁰⁷ As the problems are clearly ongoing,¹⁰⁸ and the situation of Haiti and Cuba remain unstable, the Commission's recommendations could play an important part in protecting refugee rights in the future.

Indigenous rights

Of the Caribbean States, Guyana and Belize in particular share with their Latin American neighbours populations that include significant numbers of indigenous peoples facing ongoing marginalization, poverty and a range of related human rights abuses.¹⁰⁹ An important Commission case was decided in 2004 relating to the rights of Mayans in Belize.¹¹⁰ The Commission found triple violations of the right to property enshrined in Article XXIII of the Declaration. It found that by granting logging and oil concessions to third parties in the absence of effective consultations and consent of the Maya people and by failing to provide them with the protections necessary to exercise their property rights fully and equally with other members of the Belizean population, the State had failed to take effective measures to recognize the Mayans' communal title right to the lands that they traditionally occupy. It also found that Belize had violated Declaration article XVIII by rendering domestic judicial proceedings ineffective through unreasonable delay.¹¹¹ After centuries of marginalisation, and facing ever-increasing encroachment by foreign companies and other challenges, this decision has a potentially huge impact. Guyana is in the process of legislating on 'Amerindian' rights and the Commission should engage in constructive, effective monitoring of this process.

¹⁰⁷ Rights to life, liberty and personal security, to equality before the law, to protection of honour, personal reputation, and private and family life, to a family and to protection thereof, to protection for mothers and children, to recognition of juridical personality and civil rights, to fair trial, to protection from arbitrary arrest, and of asylum.

¹⁰⁸ See e.g. Reuters, "20 hurt in Bahamas prison riot-report", 9 December 2004.

¹⁰⁹ See e.g. Guyana National Development Strategy, Chapter 22. (<http://www.guyana.org/NDS/chap22.htm#Top>); Susan Noe, "Land Rights of the Garifuna of Belize: A Preliminary Analysis Under Domestic and International Law", November 2001, available at <http://www.du.edu/intl/humanrights/garifuna.pdf>.

¹¹⁰ Report 40/04; Case 12.053 (Belize) Merits.

¹¹¹ *Id.*

Other challenges

From the above, we can see that the Caribbean cases before the System project a far broader picture of human rights challenges in the Caribbean than even five years ago. To have cases involving judicial and criminal process, prison conditions, freedom of expression, police abuses, disappearances, indigenous rights, refugee rights, corporal punishment and of course the mandatory death penalty represents a strong move forward by the Commission with regard to its duties toward the peoples of the Caribbean.

It is, of course, beyond the scope of this study to map comprehensively the other human rights issues of the region that the System is not addressing. A few specific issues do, however, warrant mention.

HIV/AIDS is recognized as a serious challenge in the Caribbean,¹¹² probably more so than in the rest of the hemisphere,¹¹³ and implies a range of human rights issues including the right to freedom from discrimination and the right to health. It will be interesting to see if the Commission, having begun to address the issue elsewhere,¹¹⁴ can find a role to play on it in the Caribbean. Certainly, in its monitoring function if not through its petitions, it ought to. Inter-related with this is another area yet to be addressed; that of homophobia (which is in turn connected to attacks on human rights defenders) which, given the sensitivity of Caribbean people to the issue, may be a matter on which the Commission could play a role.¹¹⁵

A recent OAS conference highlighted the challenge of human trafficking in the Caribbean region, a phenomenon that is also yet to receive attention by the System.¹¹⁶

¹¹² See e.g. CARICOM: *Regional Issues* at <http://www.caricom.org/>.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Report 29/01, Case 12.249, 2001.

¹¹⁵ See e.g. Human Rights Watch: *Hated to Death: Homophobia, Violence, and Jamaica's HIV/AIDS Epidemic*, 2004. The sensitivity of the issue of sexual orientation is illustrated, for example, by the fact that the Guyanese Parliament refused to pass *Constitution (Amendment) (No. 2) Bill 2003* (known as Act 10) until all references to sexual orientation under non-discrimination were removed. For details on this, see Arif Bulkan, "Democracy in Disguise: Assessing the Reforms to the Fundamental Rights Provisions in Guyana," *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 32 Ga. J. Int'l & Comp. L. 613, 2004.

¹¹⁶ OAS press release: "Human Trafficking in Caribbean Countries the Focus of OAS Meeting," 14 March 2005.

The Caribbean nations are in the process of throwing off the last vestiges of colonialism by seeking to replace the Privy Council with the Caribbean Court of Justice as the court of last resort for the region. This development, while clearly positive, poses a range of potential challenges for human rights in the region¹¹⁷ and the System may well seek to assert a monitoring role for itself given the implied obligation of article 2 of the Convention that States should not adopt legislation or take measures that might result in a *weakening* of the rights and freedoms contained in the Convention.

An interesting aspect of some of the death penalty cases before the Court was that the victims had been convicted of crimes such as murder “in the furtherance of terrorism.” The System has never questioned this definition but in the post-9/11 era when the States of the OAS –including Caribbean States– are taking legislative and other steps against ‘terrorism’, such a phrase takes on new meaning and proposes a range of human rights issues that are another area that the System should be cognizant of.¹¹⁸

A brief word should also be said about the 2005 appointment of Clare Roberts as *Special Rapporteur on the Rights of Persons of African Descent and Racial Discrimination* by the System.¹¹⁹ In the context of Latin America, this is a long-awaited and much needed step in addressing the gross marginalization of citizens of African descent. For Belize too, which has seen the increasing marginalisation of the Afro-Belizean population with the growing dominance of *mestizos* and increasing socio-economic challenges,¹²⁰ and Jamaica where there is a marked parallel between colour and class, the appointment is a positive sign. However, for much of the Caribbean there is a complication. People of East Indian descent make up a substantial part of some of the populations there. In Guyana and Trinidad, tensions between African descendants and East Indian descendants have been long-running issues and have, since 2002, contributed to an unprecedented level of activity by the UN that begun in 2001, including a visit by the UN Special

¹¹⁷ See e.g. Jamaicans for Justice, Brochure on the Privy Council and the Proposed Caribbean Court of Justice,” at “<http://www.jamaicansforjustice.org/court2.htm>.”

¹¹⁸ See e.g. Caribbean Net News: “Trinidad and Tobago Passes Anti-Terror Bill,” 21 February 2005, available at <http://www.caribbeanetnews.com/2005/02/21/passes.shtml>

¹¹⁹ OAS Press Release, “IACHR Creates Special Rapporteurship on the Rights of Persons of African Descent and Racial Discrimination,” 25 February 2005.

¹²⁰ Minority Rights Group (Ed.), *No Longer Invisible: Afro-Latin Americans Today*, Minority Rights Publications, London 1995, pp. 225-234.

Rapporteur on Racism¹²¹ and the appointment of a Human Rights Advisor to work with UNDP in Guyana from June 2004. However, unlike the case of Latin America, the problem is not so simply one of racism being directed against Afro-Caribbeans –although this is often the case– but of *mutual* suspicion and animosity.¹²² There are also other minorities throughout the region. Guyana, for example, prides itself on being the home of six distinct races. As such, the idea implicit in the new Rapporteurship that racism is co-equivalent to discrimination against *Afro-descendants* may be over-simplistic, not entirely appropriate beyond *Latin America* and may well fuel mistrust or worse unless adequate care is taken. Thought must be given to the complex social, political and economic inter-relationships that make up Caribbean life.

Conclusion: to the future

We have seen that at first the relationship between the Inter-American System of Human Rights and the Anglophone Caribbean was non-existent, with the System concentrating on the Latin American and Suriname situations. Initial attempts at developing relations by the System were half-hearted and ineffective. Then came an era of engagement that immediately caused confrontation due to the concentration of the System on the sensitive and complex death penalty issue. In the last five years, the System has shown considerable commitment to establishing a broader relationship with the Caribbean in accordance with its mandate to “promote the observance and protection of human rights” in *all* the States of the OAS. However, much remains to be done. The Caribbean is still signally absent from the monitoring sections of the Commission’s annual reports and the current policy for selecting States for attention will continue to exclude Caribbean States unless changed.¹²³ Caribbean compliance with the System is also extremely low.

¹²¹ E/CN.4/2004/18/Add.1, 8 January 2004.

¹²² For example, some Indo-Guyanese express concern at the fact that none of the judges of the CCJ are of non-Afro-Caribbean background: Stabroek News (Guyana): There is no Judge of Indian Origin in the Caribbean Court of Justice,” Friday, 11 “February 2005.

¹²³ *IACHR Annual Report 1997*, “First: States ruled by governments that did not reach power by means of popular elections using secret, honest, regular and free vote, in accordance with internationally accepted rules of law; second: States where the free exercise of the rights embodied in the American Convention or in the American Declaration have been suspended in full or in part, by means of imposition of exceptional measures such as state of emergency, state of siege

The System must continue to broaden its actions on petitions with regard to the Caribbean but more importantly, it must establish its own credibility in the sub-region by promoting co-operation, promotion and monitoring and overcoming impressions such as the one that human rights are “criminals’ rights”. This at a time when the demand for effective action to combat rising crime is making violations more likely.

Despite the positive sign that increasing numbers of Caribbean petitions are filed by Caribbean –as opposed to foreign– individuals and organisations, due to small populations and limited resources, Caribbean civil society has a limited capacity to monitor and promote human rights or access the System’s remedies. The Commission must be *unprecedentedly* pro-active in both considering the Caribbean separately, through monitoring, public information, on-site visits, diplomacy and any other tools at its disposal, and integrating it into all its regional activities such as special studies and Rapporteur reporting, all in order to maximise the impact of national efforts. At the same time, the System must comprehend that the Caribbean is a very different place to Latin America and be responsive to that fact. The people of the Caribbean deserve that the activities of the System, both with regard to human rights in general and in choosing specific areas for attention, cease to be shaped almost entirely by the situations and perspectives of the Spanish, French and Dutch-speaking States of the hemisphere, as Verónica Gómez noted it still was in 1998.

or other; third: States against which there is proof that they have committed widespread and grave violations of rights secured in the American Convention, in the American Declaration, or in other applicable instruments, that have suspended rights whose effect may not be interrupted, and have committed summary executions, tortures and forced disappearances of persons; and fourth: States that are in a process of transition with respect to any of the three aforementioned situations. Based on these criteria, the Commission included in Chapter V of its most recent annual report a section on the status of human rights in several member states.”

**Annex: Table of Ratifications of Inter-American Human Rights Instruments
by Anglophone Caribbean States**

	American Convention (1969)	Protocol of San Salvador (ESCs) (1988)	Inter-American Convention on F o r c e d Disappearances (1994)	Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985)	Convention Belém do Pará (Women's Rights) (1990)	Protocol to the American Convention to Abolish the Death Penalty
Antigua and Barbuda	X	X	X	X	1998	X
Bahamas	X	X	X	X	1995	X
Barbados	1982	X	X	X	1995	X
Belize	X	X	X	X	1996	X
Dominica	1993	X	X	X	1995	X
Grenada	1978	X	X	X	2001	X
Guyana	X	X	X	X	1996	X
Jamaica	1978	X	X	X	2005	X
St. Kitts and Nevis	X	X	X	X	1995	X
St. Lucia	X	X	X	X	1995	X
St. Vincent and the Grenadines	X	X	X	X	1996	X
Trinidad and Tobago	1991. Denounced 1998	X	X	X	1996	X

X = Not ratified (As of July 17th, 2005).

Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno

*Felipe González Morales**

Introducción

Históricamente, en el contexto de numerosos regímenes dictatoriales, imperaba en muchos países de América Latina la censura administrativa, esto es, aquella emanada de órganos dependientes del Poder Ejecutivo. Esto afectaba tanto a publicaciones escritas como a medios audiovisuales y subsistía, bajo distintas modalidades, tanto en Estados de Excepción como en situaciones en que regían las regulaciones permanentes. Sin embargo, en la medida en que se transita hacia regímenes democráticos, dicha forma de censura tiende a desaparecer (aunque no necesariamente de manera automática, como lo demuestra el caso chileno). En cambio, y con distinta intensidad según los países (considerando, incluso, que en una serie de ellos no existen casos registrados en los últimos años), los tribunales emiten prohibiciones de exhibición de películas, de comercialización de libros y de otras formas de expresión.

En este trabajo se analiza esta última cuestión, es decir, la prohibición judicial de las expresiones, analizando si constituye o no una forma de censura. Para tales efectos se estudia el tratamiento del asunto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (y se hacen referencias a los otros sistemas internacionales de protección de tales derechos), así como a la evolución y estado actual de esta materia en Chile.

Otro aspecto que resulta relevante de determinar es hasta qué momento es procedente hablar de censura previa. En una serie de episodios acontecidos en Chile y otros países de Latinoamérica en los

* Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Investigador y Director del Programa de Derechos Humanos y Acciones de Interés Público en la misma Facultad. Agradezco a la Universidad Carlos III de Madrid y a su Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, donde, en el contexto de una estadía académica, llevé a cabo la mayor parte de esta investigación, así como a los miembros del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales (CIJ), por sus observaciones a un borrador previo de este trabajo. or, por cierto, no los comprometo con mis aseveraciones.

últimos años, se han emitido prohibiciones judiciales de expresiones una vez que tales expresiones ya han comenzado a ser difundidas (vgr., un libro es incautado por orden judicial cuando ya se encuentra en venta en librerías). ¿Cabe hablar en casos así de censura previa? ¿O se está ya dentro del ámbito del establecimiento de responsabilidades ulteriores?

El tema se revisará aquí únicamente en relación con situaciones de normalidad constitucional, dado que su regulación bajo Estados de Excepción sigue una lógica diferente. No obstante, al revisarse la situación en el Derecho Comparado, se harán algunas referencias a dichos estados cuando ello resulte pertinente para el análisis de la cuestión principal. Desde luego, y como se explica en este trabajo, el hecho de que el mismo se centre en la cuestión de la censura previa no significa desconocer la relevancia central que posee asimismo una regulación adecuada de las responsabilidades ulteriores. Sin embargo, por las razones que se expondrán, la censura previa y en particular la censura previa judicial requiere de un enfoque diferenciado al de las responsabilidades ulteriores.

El sistema interamericano y la censura judicial

En materia de censura, el sistema interamericano de derechos humanos ha lidiado históricamente de manera principal con la de tipo administrativo. Esta es una consecuencia obvia del hecho de que durante por lo menos sus tres primeras décadas de funcionamiento (las de los sesenta, setenta y ochenta)¹, dicho sistema concentró sus tareas fundamentalmente en los regímenes dictatoriales, que utilizaban de manera cotidiana ese mecanismo. Así, puede observarse que numerosos Informes Sobre Países preparados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esa época revisaban críticamente los instrumentos de censura administrativa imperantes, calificándolos de vulneratorios de la libertad de expresión.

Sin embargo, el instrumento central del sistema interamericano en materia de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica) no se refiere de manera específica a la censura administrativa,

¹ Hablo aquí de las tres primeras décadas a partir de 1960, porque fue en esa fecha que comenzó propiamente a operar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la puesta en marcha de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; si bien la OEA había sido creada en 1948, antes del establecimiento de la Comisión, la OEA carecía de órganos de protección de derechos.

sino que contempla una prohibición general de la censura previa. A este respecto, la Convención dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En su numeral 4, el mismo artículo añade que “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

Internándose más allá de la censura administrativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó las bases para un abordaje general del problema de la censura en una de sus primeras Opiniones Consultivas en 1985². Luego de calificar a la libertad de expresión como un pilar de una sociedad democrática, la Corte sostuvo que constituye censura previa cualquier forma de medida preventiva (esto es, no sólo las de carácter administrativo) que impida el ejercicio de dicha libertad, señalando que “[e]l artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por este medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia *toda medida preventiva* significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención” (el destacado en cursivas es mío)³.

Estas ideas han sido posteriormente reiteradas por la Comisión y la Corte en una serie de ocasiones, entre ellas en dos casos seguidos contra el Estado de Chile: el de la censura del libro *Impunidad Diplomática* (decidido por la Comisión) y de la película *La Última Tentación de Cristo* (en el que la Corte dictó sentencia en 2001). Cabe hacer notar que en estos dos casos la censura había emanado de sede judicial y no de órganos administrativos. Por ejemplo, en el caso del libro *Impunidad Diplomática*, la Comisión sostuvo: “La interdicción de la

² Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5.

³ Ídem, párrafo 38.

censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares”⁴. En el caso de la película *La Última Tentación de Cristo*, la Corte señaló que “[e]s importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”⁵.

La Corte (y la Comisión, basándose en la doctrina de aquella) también se ha adentrado en la cuestión de las responsabilidades ulteriores. Este análisis también resulta de suma pertinencia para delimitar el concepto de censura previa. Como se ha señalado, la propia Convención Americana plantea explícitamente una bipolaridad, conforme a la cual existen dos mecanismos restrictivos de la libertad de expresión. El primero, ilegítimo de acuerdo a la Convención, es la censura previa. El segundo, legítimo en la medida en que se ajuste a ciertos parámetros, el establecimiento de responsabilidades ulteriores. No hay, sobre este particular, una “tercera vía”⁶.

Lo anterior resulta de crucial importancia para determinar hasta qué momento es procedente hablar de censura previa. Retomando las preguntas formuladas al comienzo de este trabajo, ¿se trata sólo de aquellas prohibiciones que recaen sobre expresiones aún no emitidas o difundidas? ¿O se extiende el concepto de censura previa hasta el dictado de una sentencia judicial firme que establezca las responsabilidades ulteriores? Lo central será determinar desde qué momento cabe decir que se encuentran establecidas las responsabilidades ulteriores.

En la Opinión Consultiva mencionada más arriba, en el que, como hemos dicho, la Corte Interamericana sentó las bases en materia de libertad de expresión conforme al Pacto de San José, ella desarrolla el tema de las responsabilidades ulteriores. Al respecto, la Corte señaló que para su determinación es necesario “que se reúnan varios requisitos,

4 Comisión IDH., Informe N° 11/96, Caso 11.230 (Chile), 3 de mayo de 1996, párrafo 56.

5 Corte IDH., Caso *La Última Tentación de Cristo*, sentencia del 5 de febrero del 2001, párrafo 70.

6 Esta bipolaridad aparece asimismo de manifiesto en el fallo más reciente de la Corte Interamericana en materia de libertad de expresión. Véase, Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia del 2 de julio del 2004.

a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean ‘necesarias para asegurar’ los mencionados fines”⁷.

Ahora bien, cuando se plantea en sede judicial por vía de una medida cautelar la prohibición de difundir ciertas expresiones, como ocurre en Chile a través de los recursos de protección o de medidas cautelares solicitadas en procesos penales, no se están satisfaciendo los requisitos recién reseñados. Más aún, tratándose de un recurso de protección no es sólo la medida cautelar dictada al comienzo o durante la tramitación del mismo la que es contraria a la Convención Americana, sino que ni siquiera una sentencia firme recaída en un recurso de esa naturaleza pasaría el *test* de la Convención. Esto porque, por su carácter de cautelar, la sentencia pronunciada en un recurso de protección no reúne los requisitos como para que pueda sostenerse que sea idónea para el establecimiento de responsabilidades ulteriores. En efecto, mal podría sostenerse que la regulación del recurso de protección en Chile establezca en propiedad en forma previa causales de responsabilidad –como lo exige la letra a) de la cita recién hecha de la sentencia de la Corte–, ni, en consecuencia, contiene tampoco una regulación que defina expresa y taxativamente esas causales, según lo exige la letra b) del párrafo citado. Sobre este último punto cabe añadir que en Chile nunca ha sido dictada una ley regulatoria del recurso de protección, por lo que el mismo se rige en buena medida (ya que hay muchos aspectos no cubiertos por la Constitución) por un Auto Acordado de la Corte Suprema.

El tratamiento dado por la Comisión Interamericana a la censura del libro *Cecilia, la vida en llamas* en el año 2003 es ilustrativo en este aspecto. El libro, una biografía no autorizada por la persona de la que trata, la cantante popular chilena Cecilia Pantoja, estuvo en venta en librerías durante casi dos meses. Sin embargo, en diciembre de 2002, un tribunal del crimen ordenó la incautación de todos los ejemplares del libro cuando el proceso penal se encontraba en sus inicios. Lo hizo como una medida preventiva, para la protección de la honra de la presunta víctima y para asegurar los medios de comisión del supuesto delito (el caso se analiza con mayor detalle más adelante en este trabajo). La Clínica de Interés Público y Derechos Humanos

⁷ Corte IDH., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (cit.), párrafo 39.

de la Universidad Diego Portales, además de impugnar a nivel judicial interno dicha incautación, presentó un pedido de medidas cautelares a la Comisión Interamericana, habida cuenta de la situación de censura previa, dado que se trataba de una incautación dispuesta sin que mediara una sentencia firme en el proceso judicial. La Comisión acogió el pedido y solicitó a Chile la adopción de medidas cautelares (de las establecidas en el Reglamento de la Comisión en su artículo 25) destinadas a levantar la prohibición del libro⁸.

Con el mismo criterio ha venido operando el Relator Especial Para la Libertad de Expresión de la Comisión, quien ha manifestado su preocupación por la afectación de tal libertad, no sólo cuando la prohibición ha tenido lugar antes de su difusión inicial sino en general cuando ella ha ocurrido como medida judicial una vez que la obra ya ha comenzado a ser difundida.

Por eso, Fernando Toller (que ha dedicado un estudio exhaustivo a la cuestión de las medidas cautelares en materia de libertad de expresión, de cuyos puntos de vista en general discrepo y que voy confrontando a lo largo de este trabajo⁹) yerra el punto cuando señala que “si en el caso Martorell los tribunales chilenos hubiesen dejado que el libro estuviese a la venta un día o dos y luego hubiesen dictado un secuestro judicial y una prohibición de venta y distribución, podría sostenerse, con sólidos argumentos, que se trata de una consecuencia ulterior de los actos, de algo que debe englobarse dentro de las responsabilidades ulteriores a la difusión, y no de una censura previa”¹⁰. No se trata solamente de que los actos ya hayan tenido consecuencias ulteriores, sino de que las responsabilidades que ellos pueden involucrar hayan sido *establecidas* apropiadamente. Y esto sólo se logra, de acuerdo a los

8 Nota dirigida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Gobierno de Chile en relación con medidas cautelares solicitadas respecto del libro *Cecilia, la vida en llamas*, 7 de marzo de 2003. El Art. 25 del Reglamento de la Comisión dispone que “[e]n caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas”. En este sentido, la Comisión no ha establecido una distinción –porque, conforme a la Convención Americana no cabía hacerla– entre una situación como la de *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, que fue prohibido e incautado por orden judicial en 1999 sin que hubiera alcanzado a ser difundido, y la de *Cecilia, la vida en llamas*, que, como hemos dicho, estuvo en venta durante algún tiempo.

9 Fernando M. Toller, *Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.

10 Toller, cit., nota 264 del capítulo VIII, al pie de página 545.

estándares interamericanos, cuando se ha dictado una sentencia firme en un proceso idóneo para ello.

En sus presentaciones ante la Comisión y la Corte en los casos mencionados, el Estado de Chile ha planteado el problema de la censura previa de un modo diferente. De parecido tenor es la visión que proporciona Toller.

Dicho argumento discurre en torno a una serie de disposiciones de la Convención Americana, intentando interpretar a la luz de ellos el artículo 13 –que regula la libertad de expresión. Una de las disposiciones invocadas en tal dirección es la del artículo 11 de la Convención, que consagra el derecho a la honra. En realidad, cuando el estado chileno invocaba esta disposición, reproducía el debate que se había producido previamente a nivel interno, puesto que había sido precisamente sobre la base de una supuesta protección del derecho a la honra que los tribunales habían prohibido el libro *Impunidad Diplomática* y la película *La Última Tentación de Cristo*.

Otra disposición mencionada es la del artículo 32 de la Convención, que se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo que “[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” (numeral 1) y agregando en su numeral 2 que “[l]os 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”.

Toller también se adentra en otro ámbito, referido al derecho a la protección judicial, que la Convención reconoce en el Art. 25.1. Esta disposición establece que “[t]oda persona tiene derecho a un juicio sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Toller señala que “este artículo no puede ser entendido restrictivamente, confinándolo a la tutela reparatoria o retributiva. Por el contrario, la norma confiere también –y especialmente– el derecho a impetrar una tutela judicial preventiva ante una amenaza de violación a esos derechos –amenaza que es en sí misma, una forma de violación–, puesto que tal tutela en ciertos casos es el único modo de ‘amparar’ al demandante”¹¹.

¹¹ Toller, cit., p. 545.

Lo cierto es que en la jurisprudencia del sistema interamericano el desarrollo de la garantía de la protección judicial ha jugado un papel sumamente relevante. Ella ha sido usada, sin ir más lejos, como una de los parámetros para determinar la incompatibilidad de las normas internas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos con la Convención Americana¹². Tal es su importancia que la Corte Interamericana ha señalado desde sus primeras Opiniones Consultivas que la protección judicial se encuentra dentro de los derechos no suspendibles durante la vigencia de Estados de Excepción¹³.

Sin embargo, comparado con los tres aspectos mencionados anteriormente, el artículo 13 de la Convención ofrece una regulación más específica. Nótese que la protección de la reputación no sólo aparece en el Art. 11 citado, sino que es reconocida expresamente en el Art. 13 como un límite a la libertad de expresión. No obstante, el propio Art. 13 se encarga de señalar expresamente que la censura previa es un mecanismo prohibido, añadiendo que las vías de salvaguarda para la reputación deben ser otras, a saber, el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

En relación con la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el Art. 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos (y los derechos ajenos le acarrearán a uno deberes de respeto) consiste en ponderarlos adecuadamente. Como ha señalado la Corte Interamericana, el artículo 32.2 “[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado”. La Corte añade que “[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas”¹⁴. Pero en el

¹² Véase la jurisprudencia desarrollada por la Comisión IDH. a partir de los casos sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay: Informe N°28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e Informe N° 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992. Véase Corte IDH., Caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001.

¹³ Corte IDH., *El hábeas corpus bajo la suspensión de garantías*, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987; Corte IDH., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987.

¹⁴ Ambas citas son de Corte IDH., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (cit.), párrafo 65.

caso de la libertad de expresión sí se indican estas restricciones por la Convención y además se establece que existe un mecanismo prohibido, que es la censura previa.

Para ilustrar el asunto podemos recurrir a otro derecho: argumentar del modo como lo ha hecho el Estado chileno sería análogo a señalar que, dado que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias contempla limitaciones expresas (la protección de “la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”, según dispone el Art. 12.3 de la Convención), ello justificaría pasar por alto que existe disposición específica y expresa de que se trata de un derecho no suspendible bajo Estados de Excepción (Art. 27.2 de la Convención). En otros términos, los potenciales conflictos de derechos, incluso cuando ellos aparecen explícitos en la Convención bajo la forma de limitaciones de unos a otros, no pueden resolverse a través de mecanismos expresamente prohibidos, como serían la suspensión de derechos no suspendibles de acuerdo a la Convención, o el recurso a la censura previa, prohibida por ella para épocas de normalidad constitucional.

Lo propio cabe sostener en relación con el derecho a la protección judicial. Ya hemos señalado la importancia reconocida por el sistema interamericano a este derecho. También hemos observado la centralidad que posee el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no se trata en este punto de determinar cuál de estos derechos posee una mayor peso en el caso específico (ni menos de determinar *in abstracto* cuál derecho posee una mayor jerarquía, como se han aventurado a hacer los tribunales chilenos¹⁵, apartándose de lo desarrollado en la Teoría del Derecho y la jurisprudencia modernas¹⁶). Se trata de que la

15 Se trata de una aproximación a este tipo de problemas muy corriente en la jurisprudencia chilena, que fue llevada al extremo en el caso Martorell, donde se construyó una “teoría numerológica” de la Constitución, conforme a la cual tendrían una jerarquía descendiente los derechos según el numeral del artículo 19 en que se encuentren consagrados. La tesis más habitual, que no invoca la “teoría numerológica” pero que recurre a una jerarquía de derechos, ha aparecido reiterada recientemente en materia de libertad de expresión en la sentencia de la Corte Suprema en el caso de la obra de teatro *Prat*, en la que se señala que el derecho a la honra es superior en jerarquía a aquella libertad. Este caso se analizará más adelante en este artículo.

16 Véanse, por ejemplo, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), pp. 89 ss., con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona (1999), pp. 72 ss. Cabe hacer notar que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tampoco ha intentado jerarquizar *in abstracto* los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones.

regulación de la libertad de expresión incluye un mecanismo prohibido, la censura previa.

El punto puede ilustrarse recurriendo a un potencial conflicto entre otros derechos. Supongamos que existen serios antecedentes de que una persona detenida posee información acerca de un atentado con consecuencias mortales pronto a llevarse a cabo pero esa persona se niega a proporcionar información al respecto. ¿Sería legítimo torturar a esa persona para salvar vidas ajenas? La respuesta sería claramente negativa desde el punto de vista del Derecho Internacional. Pero el fundamento de dicha respuesta no sería que el derecho a la integridad personal es de mayor peso en el caso específico ni menos que es de una jerarquía superior al derecho a la vida, sino que la tortura es un “mecanismo” expresamente prohibido. *Mutatis mutandi*, este razonamiento es aplicable al tema que nos viene ocupando.

En abono de la tesis sostenida por los órganos del sistema interamericano, es posible recurrir también a la distinción que realiza Dworkin entre principios y normas, observando que los primeros “tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. En tanto –añade–, “[l]as normas no tienen esta dimensión (...) cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso”¹⁷. Aplicado esto a la materia que nos ocupa, si bien la libertad de expresión en general sería, en la terminología de Dworkin, un principio, cuyo peso relativo correspondería ponderar con el de otros principios (como el de la protección de la honra), en lo que se refiere a la prohibición de la censura previa estaríamos enfrente de una norma, que impone un deber específico, no susceptible de ser ponderado con otros estándares. En consecuencia, la ponderación entre libertad de expresión y honra a la que aludíamos hace un momento tendría lugar en el momento de establecer responsabilidades ulteriores, pero no se extendería a las etapas previas a ese momento.

También se ha argumentado que, en su versión inglesa, la Convención, al referirse a la censura previa, emplea las palabras “*prior censorship*” y no “*prior restraint*” y que la primera sería más circunscrita en sus alcances, refiriéndose la segunda, en cambio, a las medidas restrictivas de carácter general. Sin embargo, de la exposición que antes hemos hecho del Derecho Comparado en la

¹⁷ Ronald Dworkin, cit., pp. 77-78.

materia resulta que la distinción no es necesariamente tan clara. Si bien la expresión “*prior censorship*” ha sido ocupada en ocasiones para aludir a la censura administrativa, también lo ha sido para referirse a las restricciones previas en general, como lo demuestra abundante jurisprudencia de EE.UU. sobre este punto.

Pero más allá de eso, un análisis sistemático del artículo 13 de la Convención conduce a entender el “*prior restraint*” como inclusivo de cualquier tipo de restricciones previas, especialmente al regularse el asunto de manera bipolar (censura previa vs. establecimiento de responsabilidades ulteriores), tal como lo hemos explicado anteriormente. En esta misma dirección se ha pronunciado Serna, al indicar sobre este punto que “lo decisivo no es la expresión utilizada [*prior censorship* o *prior restraint*], sino la admisión con carácter exclusivo de responsabilidades ulteriores. En esto, más allá del rechazo de la censura administrativa, consiste la aludida doctrina”¹⁸.

Existe otro aspecto potencialmente conflictivo que no ha sido abordado en los casos contenciosos que venimos mencionando en el sistema interamericano debido a que no versaban sobre él. Me refiero al asunto del que trata el numeral 5 del artículo 13 de la Convención. Este establece lo siguiente: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

La Convención ha dedicado un tratamiento especial a esta situación habida cuenta de su gravedad. Algunos han argumentado que esta disposición autorizaría la censura previa de las expresiones a las que ella se refiere.

Un análisis cuidadoso de la Convención, sin embargo, conduce a una conclusión diferente: lo que hace el Art. 13.5 es señalar que los Estados deberán sancionar las referidas expresiones. El texto en inglés de la Convención es más claro en este sentido, al disponer que tales incitaciones “*shall be considered as offenses punishable by law*”. De cualquier modo, la cuestión central no es la literalidad del texto, sino

¹⁸ Pedro Serna, “La llamada ‘censura previa judicial’ y el Derecho Constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en Héctor Fix-Zamudio, *Liber Amicorum*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 1415-1436.

el sistema de abordaje de la libertad de expresión y la censura previa en la Convención.

En efecto, como anotáramos más arriba, el artículo 13 inciso 2° prohíbe la censura previa de las expresiones. En la única hipótesis en que la Convención autoriza la censura previa (para la protección de la infancia y la adolescencia, cosa que lleva a cabo el inciso 4° de la misma disposición), no sólo lo hace expresamente, sino que además señala que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2°. Ninguna referencia o remisión de este tipo contiene el inciso 5° del Art. 13.

Aunque ni la Comisión ni la Corte Interamericana han decidido casos contenciosos en que hayan abordado explícitamente este tema, lo cierto es que de la manera en que la Corte ha tratado la cuestión de la censura previa desde la Opinión Consultiva 5, se desprende que ella no ha interpretado el inciso 5° referido como autorizando la censura previa. Es así como tanto en esa Opinión Consultiva como en el caso de *La Última Tentación de Cristo*, la Corte ha señalado perentoriamente que, conforme a la Convención Americana, todas las medidas preventivas de las expresiones quedan prohibidas, indicando como única excepción la protección de la infancia y la adolescencia. En consecuencia, no procede la censura previa para las incitaciones que menciona el Art. 5°.

El hecho de que, ni aun bajo las graves circunstancias caracterizadas en el inciso 5° la Convención permita la censura previa, refuerza el argumento de que ella no es procedente respecto de otro tipo de afectaciones a derechos, como la honra o la intimidad de las personas, que han sido los más frecuentemente invocados para perseguir la censura de expresiones en Chile y otros países de Latinoamérica en los últimos años. Si ni para cuestiones de tanta gravedad como las mencionadas incitaciones la Convención reconoce la legitimidad de la censura previa, mal podría entenderse que ella la autoriza para esas otras infracciones, que, pudiendo llegar también a ser graves, son usualmente de menor entidad que aquellas.

Por último, Toller ha planteado que la situación de las prohibiciones judiciales podrían corresponder a una laguna de la Convención; en sus propias palabras, “se veda la censura previa administrativa y se permite las responsabilidades ulteriores que tengan determinados fines, pero el tratado no se pronuncia sobre medidas judiciales que no penalizan

sino que previenen el agravio a esos bienes cuya tutela hasta justifica una condena penal”¹⁹.

La tesis recién mencionada es insostenible, conforme a los argumentos que he venido desarrollando en las páginas anteriores. La Convención regula esta materia de manera bipolar, y no existe un tercer camino entre la censura previa y el establecimiento de responsabilidades ulteriores. Una decisión judicial constituirá o no una forma adecuada de establecer estas responsabilidades –y, en consecuencia, será legítima de acuerdo al sistema de la Convención– dependiendo de la fase en que sea dictada –debe tratarse de una sentencia firme– y de que el tipo de proceso sea idóneo –esto es, no puede tratarse de un procedimiento cautelar.

La Corte ha asumido expresamente que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos es más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, observando que “[l]a comparación hecha entre el artículo 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas”, añadiendo que “el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa”²⁰. En consecuencia, una diferencia fundamental de la Convención Americana respecto de los dos otros tratados internacionales recién mencionados es que aquélla establece una prohibición de la censura previa para tiempos de normalidad constitucional. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Convenio Europeo contienen una prohibición tan perentoria al respecto.

El Pacto Internacional establece en su Art. 19, y luego de consagrar la garantía de la libertad de expresión, que su ejercicio “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente –añade–, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar

¹⁹ Toller, cit., p. 543.

²⁰ Corte IDH., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., párrafos 50 y 45, respectivamente.

expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”. Cabe observar que la redacción antedicha es idéntica a las de las letras a) y b) del inciso 2º del Art. 13 de la Convención Americana, que más arriba hemos citado. La diferencia radica en que esta última, adoptada tres años después que el Pacto Internacional, distingue expresamente entre censura previa y responsabilidades ulteriores, en la forma en que lo hemos descrito anteriormente.

Por su parte, el Convenio Europeo (muy anterior, adoptado en 1950) también establece en su artículo 10 que el ejercicio de la libertad de expresión importa deberes y responsabilidades y que dicho derecho “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Según se advierte, el Convenio Europeo no contiene una prohibición de la censura previa.

Siempre en lo relativo a la libertad de expresión, siendo como son exactamente similares ciertos pasajes de la Convención Americana y el Pacto Internacional y difiriendo significativamente en otros pasajes sobre la misma materia, es evidente que el énfasis de la Convención Americana en la cuestión de la censura no es secundario, y que todo conduce a entender que ella prohíbe no solamente la censura administrativa sino también la judicial²¹.

La lógica del contexto

Preguntándose por la razón de ser de las perentorias disposiciones de la Convención Americana respecto de la censura, Toller plantea la posibilidad de que ello obedezca a “que la norma, adoptada en un

²¹ El voto separado del juez Piza Escalante en la OC-5 así lo señala expresamente: “el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al Art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que substituyó, de modo expreso, la posibilidad de ‘ciertas restricciones’ del primero, por la de ‘responsabilidades ulteriores’, sustitución que no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo”. Corte IDH., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (cit.), párrafo 8 del mencionado voto separado.

contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, so capa de proteger los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inc. 2 [del artículo 13] como merecedores de tutela *a posteriori*, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política”²². Este argumento le sirve de base para interpretar la Convención de un modo tal que no prohibiría las restricciones judiciales a las expresiones.

Sin embargo, no se divisa por qué el peligro que se intentaba prevenir a través de la regulación de la libertad de expresión en la mencionada Convención no se extendería también a las prohibiciones judiciales.

En efecto, si se observa de manera general la Convención Americana, se apreciará que, a pesar de haber sido adoptada en un contexto en que muchos países del Continente Americano estaban dominados por regímenes autoritarios, muchas de sus disposiciones representaron en su momento avances significativos comparadas con las regulaciones internas de los Estados e, incluso, respecto de algunos puntos, en relación con la normativa internacional de la época. En otro trabajo me he detenido con mayor detalle a revisar las razones de que ello aconteciera²³, pero de manera sintética podría señalarse que ello se inscribiría dentro de la tendencia latinoamericana a aprobar garantías que nunca llegaban a ser operativas (lo cual era –y continúa siendo, aunque en menor medida– típico en el caso de las establecidas a nivel constitucional); además, muchos de los gobiernos de la época se limitaron a aprobar la Convención sin ratificarla para que entrara en vigor respecto de ellos, lo que, en la mayoría de los casos, solo se vino a realizar una vez que se emprendieron procesos de transición a la democracia.

En este sentido, la Convención Americana se mueve inequívocamente dentro de la lógica de un régimen democrático y, por lo mismo, mal pueden ser interpretadas sus disposiciones –a la manera como lo viene haciendo Toller– de un modo restrictivo, como si se tratase de meros paliativos a los excesos de regímenes autoritarios. Tanto las disposiciones sustantivas como las orgánicas y procesales (acerca de

²² Toller, cit., p. 542.

²³ Véase, Felipe González, “La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas”, en: Felipe González (ed.), *Derechos humanos e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico Serie Publicaciones Especiales N° 11, Facultad de Derechos Universidad Diego Portales (2001), pp.147-249, especialmente pp. 154 ss.

los roles de la Comisión y la Corte Interamericana) del Pacto de San José están dirigidas de manera principal a contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos en el contexto de sistemas democráticos. Los regímenes autoritarios, en cambio, corresponden a situaciones anómalas dentro de la lógica de la Convención, que deben ser superadas para que este instrumento internacional alcance plenos efectos²⁴.

Más bien, y en una nota sobre el contexto en abono de la interpretación que la Comisión y la Corte Interamericana han hecho del Pacto de San José de Costa Rica, cabría apuntar que las limitaciones históricas, tanto políticas como culturales, impuestas al debate público en nuestros países justifican de sobra una protección amplia de la libertad de expresión, de modo de fortalecer dicho debate y facilitar las condiciones para el desarrollo de un escrutinio ciudadano vigoroso respecto del quehacer de las autoridades y de los actores públicos. En sociedades en que la transparencia del quehacer público no ha sido precisamente la nota predominante, en que la sociedad civil es débil y en que los mecanismos de participación son limitados, una protección significativa de la libertad de expresión resulta central.

Además, no ya en lo referido a la dimensión política de la libertad de expresión, sino a sus alcances en otras esferas, como la autonomía personal en materia religiosa y moral, así como en el ámbito de la creación artística, una protección fuerte de la libertad de expresión también es requerida en un contexto como el latinoamericano. Se trata, en efecto, de sociedades jerarquizadas, en las que históricamente se ha intentado imponer una homogeneidad cultural “desde arriba”, lo cual ha afectado a disidentes religiosos, pueblos indígenas, minorías sexuales y grupos discriminados en general, así como a muchas iniciativas innovadoras en el terreno de las artes.

Que esta protección fuerte de la libertad de expresión incluya la prohibición de la censura judicial por parte del Sistema Interamericano no es extraño, si se considera que los sistemas judiciales de la región

²⁴ En el fondo, se trata de la misma discusión que ha tenido lugar respecto de los roles de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de si su objetivo central es la confrontación de violaciones masivas y sistemáticas cometidas por dictaduras o bien la protección de los derechos humanos en un sistema democrático. Esta última postura es la que –con razón– se ha terminado imponiendo. Véase, Tom Farer, “The future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure”, en Francisco Cox y Juan Méndez, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1998), pp. 515-536; y Felipe González, “Informes sobre países, protección y promoción”, en Cox y Méndez (cit.), pp. 493-513.

han tradicionalmente contribuido a perpetuar este estado de cosas en los ámbitos indicados en los dos párrafos anteriores²⁵, brindando especial reconocimiento a las autoridades estatales y, en general, a los actores públicos, así como a las tendencias culturales hegemónicas. A tanto ha llegado el asunto que, como lo demuestra paradigmáticamente el tratamiento dado en Chile a la película *La Última Tentación de Cristo*, en determinadas circunstancias han sido los propios tribunales los que le han enmendado la plana a órganos administrativos de censura, prohibiendo lo que éstos permitían²⁶.

Qué tan preventivas son las responsabilidades ulteriores o de lo superfluo o no de las medidas de censura previa

Como hemos visto a lo largo de este estudio, uno de los ejes de la discusión acerca de lo que constituya censura previa está dado por la delimitación de las responsabilidades ulteriores. Más aún, hemos sostenido que en el Sistema Interamericano rige una situación nítida de bipolaridad, de acuerdo con la cual no existe un tercer ámbito distinto de la censura previa y las responsabilidades ulteriores.

A veces se objeta, sin embargo, que este énfasis en la mencionada distinción oscurece el hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores también posee un efecto preventivo. En efecto, un sistema tal, especialmente si posee carácter penal, pero aun si sólo es de naturaleza civil, persigue prevenir la comisión de determinadas conductas.

Esta objeción ya fue planteada por Roscoe Pound, cuando apuntara que la distinción entre las medidas de censura “y la declaración de un tribunal de que una amenazada publicación envuelve una violación gruesa y palpable de derechos privados para los cuales una acción de daños y perjuicios no sería solución, seguida por un proceso por

²⁵ En este sentido, Serna, que considera que las interdicciones judiciales de las expresiones (a las que no llama “censura judicial”) pueden justificarse en determinados contextos, señala que en el ámbito interamericano su prohibición posee lógica, teniendo “presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis –añade– talvez sea ese dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión a priori de las interdicciones judiciales”. Serna, cit., p. 1427.

²⁶ En este caso, en los años finales de la dictadura militar el Consejo de Calificación Cinematográfica –un órgano administrativo de censura que se mantuvo en vigor en la Constitución Política de Chile hasta 2002– prohibió la película. Posteriormente, ya durante la transición a la democracia, ante un nuevo requerimiento en tal sentido (y con una nueva integración), el Consejo levantó la prohibición. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, revocaron la decisión del Consejo y mantuvieron la censura de la película.

contempt en caso de violación, no es muy sustancial. No puede negarse de que para la mayoría esas limitaciones pueden reconciliarse con la doctrina de que está prohibida toda interferencia preventiva con la publicación. Pero esta doctrina hace que la garantía [de la libertad de expresión] sea meramente formal (...)”²⁷.

Desde luego, desde el punto de vista del sistema internacional de derechos humanos en general y del sistema interamericano en particular, no ha sido pasada por alto la relevancia de regular adecuadamente las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Como ya hemos visto, la propia Corte Interamericana ha acometido la tarea de precisar en qué consisten esas responsabilidades ulteriores. Además, en lo relativo a la Comisión Interamericana, ella se ha abocado a la revisión de diversas normativas referentes a dichas responsabilidades, especialmente las denominadas “normas de desacato”, a las cuales ya se ha hecho mención. El estudio y crítica de las normas de desacato en una serie de estados del Continente Americano lo viene realizando la Comisión desde hace una década, a partir de un documento de carácter general que elaborara en la materia estableciendo la incompatibilidad de dichas normas con los estándares interamericanos²⁸. Además, el trabajo desarrollado por la Relatoría Para la Libertad de Expresión de la CIDH ha incluido también numerosos análisis referidos a las responsabilidades ulteriores²⁹. Asimismo, los referidos órganos interamericanos de derechos humanos han revisado otras normativas que establecen responsabilidades ulteriores en materia de expresión y opinión. De hecho, la Comisión ha planteado la necesidad de sacar estas materias del ámbito penal, por lo desmedida que resulta esta herramienta para lidiar con esos asuntos. La única excepción que ha reconocido la Comisión se funda en el numeral 5 del artículo 13 de la Convención, que, como hemos señalado, establece la necesidad de prohibir la propaganda a favor de la guerra y ciertas incitaciones a la violencia basadas en consideraciones discriminatorias. Por otra parte, regulaciones civiles desproporcionadas, que, por ejemplo, establezcan

²⁷ Roscoe Pound, “Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality”, *Harvard Law Review* 29 (1916), pp. 640-682; la referencia es de pp. 653-55; citado por Toller (cit.), p. 584.

²⁸ Comisión IDH., “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. www.cidh.org/annualrep/94spa/chap.5.htm

²⁹ Consúltese *Libertad de Expresión en las Américas: los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.

indemnizaciones multimillonarias y sin distinción para medios de comunicación grandes o pequeños financieramente pueden producir también un efecto muy gravoso sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

Como se ha desarrollado altamente en la jurisprudencia de EE.UU., las responsabilidades ulteriores, cuando son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen un “*chilling effect*”, es decir, un efecto de “enfriamiento” de las expresiones y del debate público. Bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones, por temor a las sanciones que ello les acarrearía.

A ello cabe añadir que un sistema de responsabilidades ulteriores que comprenda normas vagas, como, por ejemplo, las que incluyan tipos penales en blanco (pero no sólo ellas), pueden resultar igualmente lesivas para la libertad de expresión, impidiendo en la práctica una libre formulación de las ideas. Tal ha sido el caso en Chile de muchas normas contenidas en la Ley de Seguridad del Estado.

Habidas las consideraciones recién expuestas, ¿no será ocioso, entonces, continuar poniendo énfasis en el problema de la censura previa y en su distinción con las responsabilidades ulteriores? ¿No se tratará, además, de un fenómeno marginal en la actualidad, que, por lo mismo, no merece mayor atención?

Hay que tener en cuenta que lo que aquí se plantea no es poner énfasis en la cuestión de la censura previa *en desmedro* de la atención que se preste a la forma en que se halle regulado el sistema de responsabilidades ulteriores. No se trata, por cierto, de poner énfasis en la censura previa y al mismo tiempo entregar una suerte de “cheque en blanco” a los Estados en lo referido a dichas responsabilidades. Sin embargo, la distinción conceptual entre censura previa y responsabilidades ulteriores, así como la relevancia autónoma que la cuestión de la censura previa posee subsisten por las razones que paso a explicar.

El hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores posea también un efecto disuasivo no significa que sea conceptualmente asimilable a la censura previa, cuyo núcleo, por definición, consiste en su carácter preventivo. Los sistemas jurídicos comprenden numerosos tipos de medidas cautelares, que no son conceptualmente asimilables a las sanciones a posteriori. Como señala Bickel, “una restricción previa, por contraste [con las responsabilidades ulteriores] y por definición,

da una sanción inmediata e irreversible. Si puede decirse que una amenaza de sanciones penales o civiles después de la publicación ‘enfriá’ la expresión, una restricción previa la ‘congela’, al menos por un tiempo”³⁰.

Además, en el caso de las responsabilidades ulteriores la decisión última de ponerse o no en una posición de riesgo y emitir o no la expresión, recae en el (potencial) emisor y no en un órgano estatal.

Aunque el efecto disuasivo que puede llegar a producir el sistema de responsabilidades ulteriores sea enorme, no puede disolverse en un “caldo” común con la censura previa. Esto sólo generaría confusión y desprotección para la libertad de expresión. En efecto, mientras tratándose de la censura previa su prohibición en tiempos de normalidad constitucional es absoluta bajo el sistema interamericano, lo propio no acontece respecto de las responsabilidades ulteriores, respecto de las cuales lo que impone la normativa interamericana es ceñirlas a ciertos parámetros. Situar a estas últimas como parte de un *continuum* con la censura previa significaría restarle importancia y perentoriedad a la prohibición de esta última y haría desaparecer el parámetro más claro en la materia.

Pero además, desechar esta distinción tendría efectos perjudiciales para el propio sistema de responsabilidades ulteriores. Dejar de lado la prohibición perentoria de la censura muy probablemente conduciría también a una relajación del escrutinio y revisión crítica de las sanciones a posteriori. Eliminado el parámetro más elemental, la fuerza de los demás parámetros tendería a diluirse.

La censura judicial durante la transición chilena

Desde el inicio de la transición a la democracia en Chile en 1990, han existido tanto casos de prohibición de libros como de películas. Salvo los casos de películas cuya difusión fue prohibida por el Consejo de Calificación Cinematográfica (un órgano de carácter administrativo) que operó hasta que entró en vigor la derogación de la censura en 2002,

³⁰ Alexander Bickel, *The Morality of Consent*, Yale University Press (1975), p. 61; citado por Toller (cit.), p. 585.

los demás episodios se han originado como resultado de decisiones judiciales³¹.

Cinco de estos casos han correspondido a prohibición de libros. Debido a que la Constitución, ni siquiera antes de su reforma en 2002 autoriza la censura de libros, los jueces han dictado las prohibiciones de éstos basándose en la doctrina de que tales medidas no constituyen propiamente actos de censura (lo que ocurriría sólo cuando un órgano administrativo prohíbe una obra), utilizando para ellos diversas disposiciones legales.

El primero de los libros prohibidos durante la transición fue una investigación de la periodista María Irene Soto titulada *Los Secretos de Fra-Fra*. Este libro estuvo prohibido entre 1992 y 1999 en virtud de una orden judicial. El libro poseía un claro interés público, ya que se refería al supuesto aprovechamiento de su posición política privilegiada para efectos de sus negocios por parte del conocido empresario Francisco Javier Errázuriz, quien acababa de ser candidato a la Presidencia de la República y luego sería elegido Senador. La decisión de prohibirlo se basó en una disposición del Código de Procedimiento Penal dirigida a asegurar el éxito de la investigación judicial³².

El segundo libro prohibido fue *Ética y Servicios de Inteligencia* de Humberto Palamara, un ex miembro de la Marina chilena, en el cual se desarrollan ciertos estándares para el trabajo de dichos organismos, pero sin hacer referencia a la experiencia de las agencias de inteligencia chilenas³³. El libro fue prohibido por orden de un

³¹ Desde el inicio de la transición, el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió 28 películas –entre las que resaltan *Pepi, Lucy, Bom y Otras Chicas del Montón* de Pedro Almodóvar, *Bilbao* de Bigas Luna y *El Portero de Noche* de Liliana Cavani– y más de 250 videos –incluyendo *Casanova* de Fellini, *Llueve Sobre Santiago* de Helvio Soto, *Las Edades de Lulú* de Bigas Luna, *Sinfonía Diuksoniana* de Rick Wakeman y *La Historia de O* de Just Jaeckin–. Consúltese Daniel Olave y Marco Antonio de la Parra, *Pantalla Prohibida: La censura cinematográfica en Chile*, Grijalbo (2001), pp. 276 ss. Los autores señalan que la lista –que ellos reproducen– fue hecha pública en marzo de 2001 por el Ministerio de Educación (aquí sólo nos hemos referido a los años de la transición; la lista es, por cierto, muy extensa, ya que comprende las películas y videos prohibidos entre 1972 y 2000).

³² Se trata del Art. 7º, que señala: “Considéranse como primeras diligencias dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delincuentes (...)”.

³³ De hecho, los primeros peritos encargados por el tribunal para establecer acaso la publicación del libro constituía un peligro para los intereses de la Marina determinaron que no lo había, y fue recién una segunda pareja de peritos los que consideraron que existía tal peligro.

Juez Naval, basándose en el Código de Justicia Militar y al momento del allanamiento de la casa del autor le fue borrado el disco duro de su computador que contenía el libro. El libro permanece prohibido hasta la fecha y Humberto Palamara recibió dos condenas penales por parte de los tribunales navales, las que fueron confirmadas por la Corte Suprema. Respecto de este caso se interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que en 2004 presentó una demanda ante la Corte Interamericana contra el Estado de Chile, por considerar vulnerada la libertad de expresión. Hasta agosto del 2005, el caso se hallaba pendiente en dicha Corte.

Un tercer libro prohibido fue *Impunidad Diplomática* del periodista Francisco Martorell, que se refería a supuestas orgías y otras conductas de una serie de personajes públicos, incluidos diplomáticos, empresarios y políticos. El libro fue prohibido primero por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego por la Corte Suprema en el contexto de un recurso de protección³⁴. Se sostuvo por los tribunales que dicha prohibición era imprescindible para proteger el derecho a la honra de los afectados, que dicho derecho es superior al derecho a la libertad de expresión (basándose, entre otros, en el curioso argumento de que en la Constitución chilena el numeral que consagra el derecho a la honra antecede a aquel que reconoce la libertad de expresión), y que esta actuación judicial no representaba un acto de censura, ya que solo cabría hablar de ésta cuando sea un órgano administrativo en un régimen autoritario el que adopta tal decisión. El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que condenó al Estado de Chile por violación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. La Comisión se hizo cargo de determinar acaso se trataba o no de un caso de censura, estableciendo que sí lo constituía, ya que era irrelevante para ello el que la prohibición emanara de un órgano administrativo o de un órgano judicial, de un régimen dictatorial o de uno democrático. No obstante, dicha resolución, del año 1996, no ha sido cumplida, permaneciendo el libro censurado hasta la fecha.

La cuarta publicación prohibida durante la transición fue *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, que permaneció censurado entre 1999 y 2001. El libro, de la periodista Alejandra Matus, describía la situación del sistema judicial chileno desde los años sesenta, formulando acusaciones de desidia en materia de protección de los derechos humanos (las que ya habían planteadas por la Comisión de Verdad) y de

³⁴ Equivalente al Amparo en los sistemas jurídicos de otros países.

corrupción. Un Ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, a quien se aludía en el libro (y contra quien se había interpuesto una acusación constitucional por notable abandono de deberes), interpuso una querrela y pidió la prohibición, la que fue acogida. La censura de este libro produjo gran revuelo en la opinión pública y en la clase política que no había ocurrido en los casos anteriores. Este caso condujo a la reforma de la Ley de Seguridad del Estado en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones³⁵. A raíz de esta reforma la censura de *El Libro Negro de la Justicia Chilena* fue levantada. Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la LSE, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el tribunal se fundó en que se encontraba determinando acaso existirían otros delitos cometidos además del de la LSE, por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la LSE.

El quinto episodio de censura de libros se produjo en diciembre de 2002, cuando una jueza del crimen ordenó la incautación de todos los ejemplares del libro *Cecilia, la vida en llamas* del periodista Cristóbal Peña. Ello tuvo lugar en el contexto de una querrela por injurias interpuesta por la cantante popular Cecilia Pantoja. La orden de incautación no hacía referencia a disposición legal alguna. Cuando la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales (que representaba al autor del libro) solicitó la revocación de dicha medida, el tribunal, para denegar tal solicitud, invocó los artículos 7 y 114 del Código de Procedimiento Penal. La prohibición fue confirmada por la Corte de Apelaciones (con voto de mayoría de Sergio Valenzuela Patiño y Humberto Provoste y voto disidente de Sergio Muñoz, quien estuvo por levantar la prohibición). Sin embargo, dicha medida fue levantada por razones procesales posteriormente, luego de que se comprobara la inacción del querellante durante más de un mes. Cabe resaltar que en este caso nunca llegó a ser dictado siquiera un auto de procesamiento respecto del autor del libro, por lo que, además de vulnerarse su derecho a la libertad de expresión, se transgredió su derecho a la presunción de inocencia. En relación con este caso, y como se ha descrito antes en este trabajo, la Comisión Interamericana dispuso la adopción de medidas cautelares destinadas al levantamiento de la censura.

³⁵ Los artículos 16 y 30 de la Ley de Seguridad del Estado, derogados en 2001 y 2002, respectivamente.

En materia de obras audiovisuales, durante los primeros años de la transición el Consejo de Calificación Cinematográfica mantuvo –como se anotó antes– su política de censurar determinadas obras. Más tarde la composición del Consejo fue modificada y, promediando la década de los noventa, el Consejo levantó la prohibición que había impuesto en la época de la dictadura para exhibir la película *La Última Tentación de Cristo*³⁶. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, pronunciándose a propósito de un recurso de protección, resolvieron mantener la censura por considerar que la película es lesiva para la honra de un grupo de católicos, de la Iglesia católica y del mismo Jesucristo, señalando, además, que el Consejo carecía de la facultad de levantar la prohibición de películas que hubiera sido dispuesta por los tribunales. En los años ochenta, la prohibición de *La Última Tentación de Cristo* había sido apelada ante los tribunales y estos habían confirmado la censura de esta película. El caso fue entonces presentado ante la Comisión Interamericana, la que estableció una violación de la Convención Americana, siendo posteriormente enviado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que resolvió de igual manera en enero de 2001. Estas resoluciones no vinieron sino a reafirmar la reiterada doctrina del sistema interamericano según la cual constituye censura cualquier tipo de medida preventiva dirigida a prohibir la circulación o exhibición de una obra. En la sentencia de la Corte Interamericana sobre *La Última Tentación* se ordenó al Estado de Chile la derogación de la censura y se señaló además que el Estado debería rendir cuenta cada seis meses acerca de los avances al respecto. Casi dos años después ello se concretó al entrar en vigor una reforma constitucional orientada a tal efecto.

Tanto la reforma en curso de la Constitución aboliendo la censura cinematográfica como la que tuvo lugar respecto de la Ley de Seguridad del Estado tuvieron como desencadenante principal decisiones judiciales (la prohibición, respectivamente, de *La Última Tentación de Cristo* y de *El Libro Negro de la Justicia Chilena*). De allí que la finalidad de las reformas de la Constitución y de la Ley de Seguridad del Estado antes mencionadas haya sido la de terminar con la práctica de la censura de una manera general y debiera implicar que en lo sucesivo no solo no existan órganos administrativos con el poder de censurar obras, sino también el término de las prohibiciones judiciales. Sin embargo, esta no ha sido la tónica de las resoluciones judiciales subsecuentes.

³⁶ Se trata, como es sabido, de una película del reconocido director Martin Scorsese, basada en un libro de Nikos Kazantzakis, que circula libremente en Chile.

Otro caso que concitó la atención pública a partir de mediados de 2002 y cuyo debate en estrados judiciales se extendió durante casi un año, fue el de la obra de teatro *Prat*. Varias acciones judiciales fueron interpuestas para intentar prohibir la obra, debido a la visión heterodoxa que ella presentaba sobre el máximo héroe chileno de la Guerra del Pacífico que tuvo lugar hace más de un siglo con Perú y Bolivia. En la obra –cuya autora y directora son Manuela Infante y María José Parga, respectivamente– aparece un adolescente llamado Prat al mando de un barco, que estaría caracterizado como un hijo sobreprotegido por su madre, que acaricia y se deja acariciar el pelo por otro hombre y que se encuentra bebido³⁷. Asociado a la polémica generada en torno a esta obra, que había contado con un financiamiento estatal de dos millones de pesos (equivalentes aproximadamente a unos tres mil dólares de Estados Unidos de la época), renunció la coordinadora del Fondo de la Artes y la Cultura (FONDART), dependiente del Ministerio de Educación, Nivia Palma³⁸.

Las iniciativas para impedir el estreno de la obra comenzaron con una querrela interpuesta por la presidenta de la Corporación 11 de septiembre (de inspiración pinochetista) bajo la Ley de Seguridad del Estado. La querrela fue declarada inadmisibile por estar restringida la presentación de querrelas conforme a esa ley a determinadas autoridades, excluyéndose a los particulares. Posteriormente, un ciudadano, a título personal, interpuso un recurso de protección destinado al mismo fin, por considerar la obra ofensiva contra Prat. Pero en lo que es más grave por su proveniencia, cinco parlamentarios

³⁷ Mientras tanto, y sin ninguna polémica, se reestrenaba otra obra vinculada a Prat, llamada *Arturo y el ángel*, en que un grupo de niños representa el Combate Naval de Iquique en un pueblo campesino. “Otro montaje vinculado a la figura de Arturo Prat se estrena en octubre”, *El Mercurio*, Chile, 5 de octubre de 2002.

³⁸ La renuncia se produjo ante lo que la directora del FONDART constató como una falta de apoyo a la obra de parte de la Ministra de Educación, Mariana Aylwin, indicando que esta última le había prohibido asistir al estreno de la obra y realizar cualquier declaración pública al respecto. El jefe de la División de Cultura del Ministerio de Educación ofreció una versión distinta, señalando que, por su intermedio, la Ministra solo le había pedido prudencia a la coordinadora. No obstante, reconoció que en torno a la obra se había producido un “clima beligerante”, sin desmentir a Nivia Palma acerca de la existencia de fuertes presiones. Cabe señalar que el apoyo financiero brindado por el Estado a la obra, el mismo se concretó a través de una selección de ella en un concurso, cuyo jurado fue encabezado por Fernando González, un reconocido especialista que dirige una prestigiosa Escuela de Teatro.

de bancadas de Gobierno y de Oposición, solicitaron a la Ministra de Educación suspender el estreno de la obra³⁹.

Estos intentos estuvieron precedidos y acompañados de una campaña llevada a cabo desde distintos sectores, en especial por parte de ex miembros de la Marina, cuestionando la obra y el financiamiento estatal que ésta había obtenido. Además, de acuerdo a lo que señalara la coordinadora del FONDART, la dramaturga y la directora de la obra recibieron graves amenazas para impedir el estreno de su obra.

Posteriormente, descendientes de Arturo Prat y el Instituto Histórico que lleva el nombre del personaje presentaron recursos de protección para que la obra fuera prohibida. Además, en el contexto de tales recursos, solicitaron en varias ocasiones, como medida para no innovar, su prohibición inmediata. Estas solicitudes fueron rechazadas en decisiones divididas por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Al conocer el fondo del asunto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo unánime de los Ministros Juan Guzmán y Jorge Zepeda y del abogado integrante Domingo Hernández, rechazó las acciones planteadas. Se trata, además, de una de las primeras sentencias en Chile que sigue de manera explícita los estándares del sistema interamericano. En efecto, en este fallo los estándares interamericanos no son citados de manera meramente retórica como ha sido la usanza en nuestro país, sino que constituyen el núcleo de la decisión, al sostenerse en su considerando 18 que:

El citado inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental vigoriza la norma constitucional que asegura a todas las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, y por cualquier medio y hace, además, obligatoria la aplicación de los tratados internacionales en materia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. La Convención señalada [se refiere a la Convención Americana] reitera, como se aprecia en el citado artículo 13, que el mencionado derecho puede ejercerse: oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a censura previa;

Agregándose en el considerando 19 que:

³⁹ “Diputados proponen suspensión temporal de Fondart y de obra *Prat*”, *La Segunda*, Chile, 11 de octubre de 2002. Se trató de los parlamentarios Maximiano Errázuriz (Renovación Nacional) –quien lideró la iniciativa–, Rosauro Martínez (independiente), Samuel Venegas (Partido Radical Social Demócrata), Leopoldo Sánchez (Partido por la Democracia) y Eugenio Bauer (Unión Demócrata Independiente).

está fuera de toda discusión que lo que se pretender mediante la presente acción [de protección] es, precisamente, censurar la pieza teatral denominada Prat por contener referencias que se estiman contrarias a la honor y dignidad del héroe Arturo Prat, de su familia y en general de los chilenos. De aceptarse tal planteamiento mediante la sentencia que se pronuncie respecto a esa acción, se estaría limitando la libertad de expresión y se estaría contraviniendo el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, como se señaló, prohíbe toda censura.

Cabe resaltar que en el caso en cuestión la obra de teatro ya había sido exhibida en numerosas oportunidades cuando se dictó la sentencia citada. Los recurrentes argumentaron que en tales circunstancias no podía hablarse de censura previa. Sin embargo, el tribunal deja en claro que la sede de protección no es la idónea para establecer las eventuales responsabilidades ulteriores, al señalar que

[p]ara el caso que la referida libertad de expresión, en atención a la amplitud de su protección, llegara a afectar el honor o dignidad de las personas, derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución y 11 de la Convención, el perjudicado tendría derechos a la protección ante el exceso *ex post factum*, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° [del artículo 13] del nombrado Pacto de San José, que (...) dispone categóricamente que las responsabilidades posteriores que puedan producirse, deben ser resueltas mediante la decisión de tribunal competente; norma esta coincidente por lo demás, con el artículo 19 N° 12 de la Constitución (...).

En otras palabras, la Corte de Apelaciones no se consideró a sí misma actuando por vía de un recurso de protección tribunal competente para determinar eventuales responsabilidades ulteriores⁴⁰.

Sin embargo, apelado el fallo ante la Corte Suprema, aunque ésta permitió en decisión dividida (de tres votos contra dos) la exhibición de la obra (por considerar que el protagonista de la misma no podía ser asimilado al personaje histórico Arturo Prat Chacón y no existir,

⁴⁰ De todos modos, el asunto resulta casi borgiano, si se tiene en cuenta que durante sus reiteradas representaciones, la obra de teatro *Prat* iba siendo objeto de constantes cambios. ¿Qué era entonces lo que se buscaba prohibir? Para intentar fundamentar que lo que perseguían no era la censura “previa” de la pieza teatral, los recurrentes sostuvieron en estrados judiciales que a lo que aspiraban era a la prohibición del guión y de la puesta en escena de ese guión. Pero en estricto rigor, ya no era el guión como tal el que estaba siendo puesto en escena. Esto demuestra también lo absurdo de pretender imponer restricciones de esta naturaleza a obras en permanente construcción.

por lo mismo, acto ilegal o arbitrario, según exige la Constitución para acoger una acción de protección), retomó la senda de que la honra tendría preeminencia jerárquica sobre la libertad de expresión, señalándolo así en forma expresa: “no cabe duda de que el derecho al honor es un atributo de la personalidad de la mayor importancia y de carácter especialísimo, por lo que *debe gozar de preeminencia sobre otros derechos*”.

Un nuevo caso tuvo lugar en 2003, cuando se anunciaba la exhibición de una nueva temporada del programa de televisión *Enigma*, referido a la investigación de casos o sucesos policiales no resueltos y que han despertado interés público. Para el primer capítulo del ciclo, en el mes de julio, estaba contemplado un reportaje sobre el asesinato del abogado Patricio Torres, quien, de acuerdo a la información recabada por el programa televisivo (que incluía información recogida de la investigación judicial), fue asesinado durante una fiesta que se llevaba a cabo en su oficina en compañía de prostitutas. El caso atrajo la atención pública porque el asesinato se produjo en el contexto de un incendio en la oficina, ubicada en pleno Centro de Santiago.

El día antes de que el programa fuera exhibido, la mujer y los hijos del abogado presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Televisión Nacional de Chile, del conductor del programa y de la productora del mismo, pidiendo que se prohibiera la emisión del capítulo respectivo, por estimarlo atentatorio contra el derecho a la honra y a la vida privada de todos ellos. La Corte acogió esta petición vía orden de no innovar, es decir, antes de que se viera el fondo del asunto. Ello se hizo sin proporcionar fundamento alguno. Recién dos meses después, en septiembre, al dictarse sentencia definitiva, se rechazó el recurso interpuesto y se levantó la censura del mencionado programa de televisión.

Es necesario añadir que las incautaciones ordenadas por los tribunales chilenos han solido ser dispuestas como si su procedencia fuese discrecional, en circunstancias que las medidas cautelares son de derecho estricto, especialmente cuando afectan derechos fundamentales. En este sentido, los tribunales no se hacen cargo de aspectos indispensables, tales como la plausibilidad de la acción (esto es, que la acción posea la apariencia de un buen derecho), la idoneidad de la medida cautelar (que, en varios casos de los mencionados claramente no concurría puesto que las obras eran difundidas

profusamente por Internet y a través de ejemplares “piratas” en la calle) y la proporcionalidad de la misma⁴¹.

La situación descrita anteriormente pone al Estado de Chile en una situación de responsabilidad internacional. Si bien, como efecto de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la película *La Última Tentación de Cristo*, la censura administrativa fue abolida de la Constitución Política, la práctica de censura judicial persiste –y no debe olvidarse que el caso mencionado surgió a propósito de una censura judicial, no de una administrativa.

Más aún, como hemos señalado, en lo que se refiere al libro *Impunidad Diplomática*, el mismo continúa prohibido hasta la fecha, a pesar de que existe una resolución de la Comisión Interamericana disponiendo el alzamiento de su prohibición desde hace muchos años (la decisión de la Comisión es de 1996). Lo propio ocurre con el libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, que se encuentra prohibido desde hace más de una década.

La Comisión y la Corte Interamericana son los órganos encargados, conforme a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de proporcionar una interpretación auténtica de este tratado. El Estado de Chile, como los demás Estados que son partes de la Convención, se encuentra obligado internacionalmente a cumplir de buena fe el tratado. El hecho de no hacerlo genera responsabilidad internacional.

La práctica judicial chilena entra en abierto conflicto con lo estatuido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y con la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana, conforme a la cual toda forma de medida preventiva de la difusión de expresiones se encuentra prohibida en contextos de normalidad constitucional.

A este respecto todavía parece existir escasa conciencia entre los jueces chilenos, como lo demuestra el hecho de que sean muy aisladas las decisiones judiciales en que los estándares interamericanos en la

⁴¹ Como señalara el Ministro Muñoz en su voto disidente sobre el caso del libro *Cecilia, la vida en llamas*: “cuando un magistrado dispone una medida dentro del procedimiento debe estar inspirado por el principio de la racionalidad, que le obliga a ponderar especialmente su necesidad, utilidad, proporcionalidad y eficacia. Subyace la concepción de última *ratio* del proceso penal, como de las medidas dispuestas en él, dado que resulta impensado que en la actualidad se impida la circulación de una publicación, en atención a las múltiples formas en que se puede dar a conocer y los medios no convencionales de impresión y distribución, como por el hecho que la decisión no puede afectar la libertad de expresión e información, puesto que, cumpliendo las exigencias legales, el imputado o terceros podrán referirse públicamente al impreso y llegar a reproducir nuevamente todo o parte del libro, como de hecho ha ocurrido”.

materia son utilizados como base para ellas. En este sentido, destaca notablemente la sentencia mencionada de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso de la obra de teatro *Prat*, la que, sin embargo, y como hemos señalado, fue sustancialmente modificada (aun cuando no revocada) por la Corte Suprema, eliminándose de la decisión los pasajes pertinentes en relación a este punto.

El derecho de generación interna chilena

A continuación analizaremos esta materia a partir de las normas jurídicas de generación interna chilena. Empleo esta denominación para poner de manifiesto que las normas de generación interna son sólo una parte del Derecho chileno, siendo la otra las normas de generación internacional recepcionadas en Chile. Esto nos llevará a considerar tanto el Art. 5º inciso 2º de la Constitución como disposiciones procesales penales y de varias leyes especiales.

El Art. 5º inciso 2º de la Constitución, a partir de la reforma de 1989, establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. La gran mayoría de la doctrina sostiene que ya sean los tratados a que se refiere esta disposición o los derechos que ellos reconocen poseen rango constitucional. En el primer sentido se cuentan Cumplido, Díaz Albónico, Nogueira, Troncoso y Vial, y otros⁴². La segunda tesis, esto es, la de que no son los tratados de derechos humanos como tales sino los derechos a la manera en que aparecen recogidos en tratados internacionales los que poseen jerarquía constitucional, ha sido desarrollada por Cecilia Medina⁴³. Una minoría de la doctrina

⁴² Francisco Cumplido, “Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos”, en *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Santiago, 1991, pp. 191-197; Rodrigo Díaz Albónico, “La reforma al artículo 5º de la Constitución Política”, en ídem, pp. 199-208; Humberto Nogueira, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Tomo II, Vol. 20 N° 2 y 3, 1993, pp. 881-895; Claudio Troncoso y Tomás Vial, “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 1993, pp. 695-704.

⁴³ Cecilia Medina, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Cecilia Medina y Jorge Mera (eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1996, pp. 27-84; el punto se trata en pp. 59 ss.

se ha pronunciado en el sentido de que no habría tratados con rango constitucional⁴⁴. Sin embargo, este sector de la doctrina no se ha hecho cargo de los argumentos de la tesis de Cecilia Medina recién señalada⁴⁵.

A nivel de la jurisprudencia en materia de libertad de expresión, las referencias al Art. 5° inciso 2° de la Constitución son muy escasas. Más bien, lo que se constata de vez en cuando es que los fallos reproducen algunas normas generales sobre libertad de expresión contenidas en tratados, pero sin que ellas influyan en lo sustantivo de la decisión que se adopta. O sea, la invocación de tales normas suele ser más retórica que tener consecuencias efectivas. De cualquier modo, no ha habido un pronunciamiento de carácter general y explícito de la Corte Suprema acerca del rango de los tratados que consagran derechos humanos o de los derechos contenidos en tratados internacionales. No obstante, en alguna materia específica, como la caución en el giro doloso de cheques, que según la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques debe ser igual al monto del capital, intereses y costas, la Corte ha establecido, en una jurisprudencia no uniforme, que procede decretar la libertad provisional sin exigir esa caución, por ser ella constitutiva de prisión por deudas, prohibida por la Convención Americana.

El que sí se pronunció de manera general y explícita sobre los alcances del Art. 5° inciso 2° fue el Tribunal Constitucional. En 2002, a propósito del debate parlamentario acerca de la ratificación del Tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional sostuvo que dado que dicho tratado modificaba la Constitución, una reforma de la misma se hacía indispensable, sin

⁴⁴ Gastón Gómez, “Constitución, derechos esenciales y tratados” en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 27, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, pp. 71-100; Miguel Ángel Fernández, “La Reforma al Artículo 5° de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 16 N° 3, 1989, pp. 809-825.

⁴⁵ Por ejemplo, el texto de Gastón Gómez antes citado es anterior al mencionado trabajo de Cecilia Medina y, por lo mismo, sólo se hace cargo de las ideas desarrolladas por ella hasta 1993, que correspondían más bien a la línea principal de la doctrina y no todavía a la tesis de los derechos contenidos en los tratados. Otro texto, más reciente, y que contiene una crítica al fallo del Tribunal Constitucional referido al Estatuto de Roma (que crea la Corte Penal Internacional), también plantea el problema en términos de la determinación del rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque no se pronuncia al respecto, ya que sus observaciones discurren sobre la base de otros argumentos. Véase Rodrigo Correa G. y Antonio Bascañán R., “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2002, pp. 129-160.

reconocerle *status* constitucional al Tratado de Roma ni a las normas sobre derechos humanos contempladas en él.

Sin embargo, a pesar de que esta decisión del Tribunal Constitucional acarreó obvias consecuencias en relación con la situación de Chile respecto de la Corte Penal Internacional (el tratado no ha podido ser ratificado hasta la fecha), ella no ha tenido un mayor impacto en el resto de la jurisprudencia. En general y no solo en materia de libertad de expresión, los tribunales chilenos tienden a seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema (de la cual, por lo demás, dependen por jerarquía) y sólo aisladamente, la del Tribunal Constitucional. Además, este tribunal se encuentra seriamente cuestionado, especialmente en relación con su forma de generación, en la que participan incluso miembros de las Fuerzas Armadas. De hecho, han existido múltiples iniciativas durante la transición por reformar la forma de generación del Tribunal Constitucional.

Dicho todo lo anterior como una manera de presentar el problema en términos generales, sostengo, sin embargo, que *no es indispensable pronunciarse a favor de alguna de las tesis mencionadas sobre el artículo 5º inciso 2º para abordar la cuestión de la censura judicial en Chile*. Ello porque luego de la reforma constitucional que entró en vigor a fines del 2002, toda forma de censura ha quedado abolida. Y para entender los alcances de la abolición de la censura, es suficiente realizar una interpretación armónica de la Constitución y los tratados internacionales, en particular del artículo 13 de la Convención Americana, referido a la libertad de expresión.

En efecto, y como antes se ha dicho, la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso de *La Última Tentación de Cristo*, condenando al Estado de Chile, dispuso la necesidad de abolir la censura en nuestro país. Para dar cumplimiento a la sentencia, se reformó el artículo 19 N° 12 de la Constitución, derogándose la censura cinematográfica, única que permitía explícitamente la Constitución. Sin embargo, de la sentencia de la Corte Interamericana (que se refería a la necesidad de abolir la censura en general y no sólo la censura administrativa, lo cual era de toda lógica, si se considera que la película había sido objeto de censura judicial), así como de la discusión en el Parlamento durante la tramitación de la reforma, se desprende que la reforma constitucional perseguía el objetivo de derogar la censura en general, esto es, tanto la censura administrativa como la judicial. Esto se trasunta tanto de la discusión general del Proyecto de reforma como del hecho de que, encontrándose el mismo en el Senado, fue retirada

por su autor una moción que perseguía declarar expresamente que los jueces no podrían prohibir películas fundándose en que ellas atentarían contra la moral o las buenas costumbres; la razón para retirar la moción fue que ello podría ser entendido como una indicación tácita de que sería legítimo que los jueces prohibieran películas basándose en otras consideraciones, lo cual el Proyecto de reforma precisamente perseguía evitar⁴⁶.

A lo anterior cabe añadir que al momento en que la censura previa fue abolida de la Constitución, ella fue además reformada en su numeral 25 del artículo 19, reconociéndose la libertad de creación artística. Si bien no cabe sino estimar que anteriormente dichas creaciones ya que se encontraban subsumidas dentro de la protección más general de la libertad de expresión, el hecho de que ahora se las proteja de manera específica y separada significa un reconocimiento de sus características peculiares y, en general, un fortalecimiento de su importancia. Esta reforma también refuerza la necesidad de una interpretación armónica, conectando la protección específica de la libertad de creación artística con la protección de la libertad de expresión por la Constitución y por la Convención Americana, así como con la prohibición de la censura de cualquier tipo.

El que las normas jurídicas internas deban ser interpretadas de una manera que resulte armónica con los tratados internacionales no es en absoluto un criterio novedoso. En este sentido, escribía Benadava hace ya más de cuatro décadas que

[S]e presentan a veces ante un juez nacional casos en que existe una contradicción *aparente* entre las normas de derecho internacional aplicables (consideradas como “incorporadas” en el derecho interno) y la legislación nacional. Los tribunales de todos los países se han inclinado en estos casos a evitar la existencia de un conflicto dando para ello a la ley interna un alcance o interpretación que la concilie con el derecho internacional. Esta actitud tiene una base –añade Benadava– que no es dable presumir que la intención del Legislador haya sido infringir las obligaciones internacionales de su Estado⁴⁷.

⁴⁶ La moción era del Senador José Antonio Viera-Gallo.

⁴⁷ Santiago Benadava, “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Tomo LIX, enero-abril 1962, Núms. 1 y 2, pp. 1-28; la cita es de p. 13.

Si bien la jurisprudencia chilena no ha mantenido un criterio uniforme en este sentido⁴⁸, es evidente que una adecuación en tal dirección resulta perfectamente posible y colocaría a Chile en una situación de cumplimiento tanto de los tratados internacionales de derechos humanos (en el ejercicio de cuya interpretación, como se ha visto, la Comisión y la Corte Interamericana se han pronunciado específicamente sobre casos de censura judicial en Chile) como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece, consagrando un antiguo principio del Derecho Internacional, que las normas internas no pueden servir de excusa legítima para eximirse de satisfacer obligaciones internacionales⁴⁹.

Lo interesante del argumento que se viene desarrollando es que permite resolver el asunto de la censura judicial con independencia del rango que se les reconozca a los tratados internacionales por los tribunales chilenos.

En lo concerniente al derecho a la libertad de expresión, y especialmente luego de las reformas recientes a la Constitución Política, una interpretación armónica que sostenga que la censura judicial se encuentra prohibida por la Constitución, a partir de una lectura sistemática de los artículos 5º inciso 2º, 19 N° 12 y 25 de la Constitución y del artículo 13 de la Convención resulta claramente plausible –más allá de cuál sea la tesis que se sostenga respecto de la jerarquía de los tratados o de los derechos consagrados en los tratados– y además dejaría a salvo la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Hecha esta revisión de los estándares constitucionales, veamos ahora las normas internas de rango legal pertinentes. Algunas normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal –y que el nuevo Código Procesal Penal sigue de cerca– han sido utilizadas para la censura de libros (casos del libro *Los Secretos de Fra-Fra* de María Irene Soto y de *Cecilia, la vida en llamas* de Cristóbal Peña). También fue empleado con el mismo propósito la disposición del Art. 16 de la Ley de Seguridad del Estado (Ley 12.927, en adelante LSE), en el caso de *El Libro Negro de la Justicia Chilena* de Alejandra Matus, pero esta norma fue derogada en 2001; de todos modos, es importante revisar otros aspectos de la LSE potencialmente aplicables en la

⁴⁸ Véase John A. Detzner, *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos y el Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, 1988, especialmente pp. 99-131.

⁴⁹ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

materia. Además, ha sido empleada la norma del artículo 128 del Código de Justicia Militar, que establece que los Fiscales [militares] se hallan “obligados a evacuar las primeras diligencias a que se refiere el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal” (el Art. 128 del CJM fue aplicado para incautar la totalidad de los ejemplares del libro *Ética y Servicios de Inteligencia* de Humberto Palamara). Interesa revisar además las regulaciones contenidas en la llamada Ley de Prensa (Ley 19.733, cuyo nombre oficial es Ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, publicada en junio de 2001), que reemplazó a la antigua Ley de Abusos de Publicidad. Como veremos, algunas de estas disposiciones efectúan remisiones recíprocas y, en cualquier caso, se encuentran relacionadas entre sí, por lo que un análisis sistemático de ellas resulta imprescindible.

Iniciando esta revisión, por lo que se refiere a las normas procesales penales, las principales disposiciones utilizadas han sido las de los Arts. 7 y 114 del Código de Procedimiento Penal (CPP). La primera de ellas señalaba que, como primeras diligencias, el juez del crimen debía “dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente” además de adoptar otras diligencias relativas a la libertad personal. Por su parte, el Art. 114 del CPP establecía la necesidad de recoger y conservar los instrumentos empleados para la comisión del delito. Estas disposiciones han sido empleadas en ciertos casos con el objetivo declarado de proteger a la presunta víctima y/o de resguardar los medios a través de los cuales se cometió el presunto delito. Ninguna de estas normas autoriza de modo expreso a incautar la totalidad de los ejemplares de una obra, como se hiciera en los casos de *Los Secretos de Fra-Fra* y de *Cecilia, la vida en llamas*. En el nuevo Código Procesal Penal, el Art. 6 dispone que “[e]l ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento”. Por su parte, los artículos 215 y siguientes regulan las incautaciones de objetos y documentos. Al igual que en el antiguo código, en el nuevo nada se dice expresamente acerca de la incautación de la totalidad de los ejemplares de una obra. En consecuencia, dado que las normas del nuevo Código Procesal Penal son análogas a las del antiguo Código de Procedimiento Penal en esta materia, el análisis que se hace a continuación –en el que se contienen referencias a este último–, es asimismo válido respecto del nuevo código.

Por su parte, la LSE, en su Art. 16 (que, como hemos dicho, ya fue derogado, pero cuyo análisis continúa resultando pertinente por la razón que expondremos en seguida), establecía que “en casos graves, podrá el tribunal ordenar el requisamiento inmediato de *toda edición* (el destacado en cursivas es mío) en que aparezca de manifiesto algún abuso de publicidad penado por esta ley”. Por su lado, el Art. 30 del mismo cuerpo legal, también derogado⁵⁰, señalaba que “[e]n todo proceso que se incurre de acuerdo con esta ley, el juez deberá ordenar, como primera diligencia, sin perjuicio de las previstas en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, se recojan y pongan a disposición del Tribunal, los impresos, libros, panfletos, discos, películas, cintas magnéticas y todo otro objeto que parezca haber servido para cometer el delito”. Según se advierte, sólo el Art. 30 hacía referencia al Art. 7° del CPP; el Art. 16, en cambio, no la realizaba⁵¹.

Ahora bien, a diferencia del derogado Art. 16 de la LSE, el Art. 30 de la misma Ley no contemplaba expresamente la posibilidad de incautar la totalidad de los ejemplares de una obra. Interpretarlo como autorizando dicha incautación total, además de los potenciales problemas de constitucionalidad –a los que no me referiré en este momento–, hubiera resultado absurdo, puesto que o bien hubiera significado entender al Art. 30 básicamente como una reiteración del Art. 16, o bien implicaría que la regulación del Art. 30 sería aun más gravosa que la del Art. 16, debido a que mientras éste contemplaba un mecanismo de impugnación ése no lo contenía (el Art. 16, además de prever la posibilidad de la incautación total de una obra, establecía un mecanismo de impugnación, el cual fue utilizado, por ejemplo, aunque sin éxito, para intentar levantar la prohibición de *El Libro Negro de la Justicia Chilena*). Dadas las restricciones impuestas por la LSE al régimen de recursos –se ciñe por las normas del Código de Justicia Militar para tiempos de paz–, si se hubiera entendido el Art. 30 de

⁵⁰ Por la Ley 19.806, de 31 de mayo de 2002.

⁵¹ También resultaba posible argumentar que el Art. 16 de la LSE había sido modificado tácitamente por el Art. 41 de la antigua Ley de Abusos de Publicidad, que autorizaba la incautación de sólo 4 ejemplares, salvo cuando se afectaran las buenas costumbres o la seguridad *exterior* del Estado (no el orden público o la seguridad interior del Estado), en que la incautación podía alcanzar a la totalidad de ellos, el Art. 16 había sido modificado (la Ley de Abusos de Publicidad fue dictada en 1967, esto es, con posterioridad a la LSE, que lo fue en 1958). Así lo sostuvo, por ejemplo, el voto de minoría del abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, Domingo Hernández, disintiendo del fallo que mantuvo la prohibición de *El Libro Negro de la Justicia Chilena*. Véase *Recurso de Reclamación*, Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 1999. Sobre este punto vuelvo en seguida.

la LSE como autorizando una incautación total y un tribunal así la hubiera dispuesto, dicha medida hubiera resultado inexpugnable, lo cual resultaba a todas luces absurdo.

Estos alcances acerca del Art. 30 de la LSE son importantes también para ilustrar el sentido del Art. 7 del CPP, al cual hace referencia, así como de las normas equivalentes en el nuevo Código Procesal Penal. Y la pregunta obvia que surge es la siguiente: si el Art. 30 de la LSE, que se refería a cuestiones de tanta relevancia como la seguridad del estado, no contemplaba la posibilidad de incautar la totalidad de los ejemplares de una obra, ¿cómo es que el Art. 7 del CPP –al cual ésa norma se remite– o las normas equivalentes del nuevo Código Procesal podrían ser interpretadas de un modo que autorizara una incautación con tales características? Ello resultaría un contrasentido. Además de estas cuestiones de orden lógico, los propósitos que persigue esta norma pueden alcanzarse por medios menos onerosos para el ejercicio de la libertad de expresión y debe ser interpretada de una forma que conduzca a ese resultado⁵².

Respecto del Art. 114 del CPP, el artículo 41 de la antigua Ley de Abusos de Publicidad hacía una referencia a aquel. El Art. 41 disponía que “en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, el juez podrá ordenar que se recojan no más de cuatro ejemplares de los escritos, impresos (...) que hayan servido para cometer el delito. Pero esa medida podrá hacerse extensiva a todos los ejemplares de la obra abusiva, si se tratare de delitos contra las buenas costumbres o contra la seguridad exterior del Estado”. Como he sostenido en otro trabajo, escrito en la época en que la Ley de Abusos

⁵² Como apunta Serna, “[e]l ordenamiento jurídico, cualquiera que sea, es absolutamente incapaz de tutelar preventivamente cualquier derecho con una eficacia completa, del cien por cien, porque eso sólo sería posible cercenando la libertad de todos y cada uno de los posibles delincuentes, es decir, de cualquier persona normal, lo cual además de injusto no es posible. El Derecho previene con frecuencia los daños a los derechos de las personas y a los bienes públicos castigando las conductas que los lesionan y estableciendo un sistema de prevención general, pero la eficacia no es, ni debe aspirarse a que sea, completa, caso por caso”. Serna, cit., pp. 1428-29. O, como razona el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Sergio Muñoz, en su voto disidente en el caso del libro *Cecilia, la vida en llamas* (en el fallo que mantuvo la prohibición, la cual, como hemos dicho, fue levantada por consideraciones procesales más adelante en el proceso), “en una sociedad democrática, en que rigen plenamente las libertades y se asegura la dignidad de todos los individuos, en un debate libre y sin censura previa (...) se dispone por el Estado de los mecanismos pertinentes de reparación y represión de tales excesos en forma posterior, en lo cual, sin embargo, debe preferirse siempre aquellos medios que no limiten los derechos de terceros e incluso del mismo imputado”.

de Publicidad todavía se hallaba vigente⁵³, esto llevaba a la conclusión lógica de no poder interpretarse el Art. 114 del CPP en el sentido de autorizar la incautación total de una obra.

Pues bien, cuando en 2001 la Ley de Abusos de Publicidad fue reemplazada por la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (Ley 19.733, más conocida como Ley de Prensa), salvo una disposición específica referida a la difusión de pornografía (que se revisa algo más abajo), no se incorporó a este cuerpo legal ninguna disposición referida a la incautación de publicaciones. Esta misma ley fue la que se encargó de derogar el artículo 16 de la Ley de Seguridad del Estado, disposición que, como hemos anotado, se usaba por los tribunales para incautar la totalidad de los ejemplares de algunas publicaciones. Considerando que la Ley 19.733 tiene por objeto específico la regulación del ejercicio de la libertad de expresión, la interpretación más razonable de este nuevo contexto –y la más armónica con los instrumentos internacionales de los que Chile es parte– es que no previéndose en ella la posibilidad de la incautación total de obras, mal podrían interpretarse como autorizándola las disposiciones de otros textos legales (como el CPP o el CJM), que no contemplan expresamente tal posibilidad.

Por lo demás, en el único caso en que la Ley de Prensa se refiere a incautaciones totales, lo dice expresamente. Así, en su Art. 45, añadió un nuevo inciso al Art. 504 del CPP, el que ahora dispone que, en el caso de la comisión de los delitos contemplados en el Art. 374 del Código Penal (difusión de diversos materiales contrarios a las buenas costumbres y que, en general, se ha entendido como difusión de pornografía), la sentencia condenatoria “ordenará la destrucción total o parcial, según proceda, de los impresos o grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo que se hayan decomisado durante el proceso”.

En este sentido, resulta muy interesante el análisis desarrollado por el Ministro Sergio Muñoz en el fallo sobre el libro *Cecilia, la vida en llamas* al que antes hemos hecho referencia, cuando señala que:

La legislación interna constituida actualmente en la Ley 19.733, no obstante que no comprende al libro entre los medios de comunicación

⁵³ Felipe González, “Leyes de Desacato y Libertad de Expresión” en Felipe González y Felipe Viveros (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuadernos de Análisis Jurídico Serie Publicaciones Especiales N° 10, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2000, pp. 219-263, especialmente pp. 259 ss.

social atendidas las exigencias de estabilidad y periodicidad en la transmisión de textos, resulta útil para ilustrar la materia que nos ocupa, pues por medio del artículo 1 ha dispuesto en términos generales que la libertad de opinión y la de informar, sin censura previa, constituye un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley, de modo que tanto por la interpretación restrictiva de las limitaciones de las garantías fundamentales, que su ejercicio no puede ser afectado en su esencia, como por la aplicación de los principios de las leyes penales en el tiempo, en la actualidad no resulta procedente adoptar decisiones en contrario de dicha difusión, siempre sin perjuicio de responder por la conducta en conformidad a la ley, si ello procediere de acuerdo al mérito de los antecedentes que rodean el caso concreto, *permitiéndose, sólo en el contexto de procesos en que se investiguen ilícitos contemplados en la normativa del artículo 374 del Código Penal, disponer el decomiso de impresos y grabaciones, de acuerdo a los términos de la reforma al artículo 504 del Código de Procedimiento Penal* (el destacado en cursivas es mío).

Esta reforma fue efectuada, como hemos dicho, por la Ley de Prensa.

El análisis realizado en las páginas anteriores permite concluir que la interpretación sistemática de las normas de rango legal expuestas no autoriza la incautación total de los ejemplares de una obra escrita, audiovisual o de otra naturaleza. En consecuencia, ni siquiera sería necesario entrar a un análisis de la constitucionalidad de dichas normas. La interpretación recién expuesta sería coherente con lo dispuesto por la Constitución y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin necesidad de pronunciarse acerca de los alcances del Art. 5º inciso 2º de la Constitución.

Únicamente en lo que se refiere al Art. 374 del Código Penal podría quizás ser necesaria una confrontación con la Constitución y la Convención Americana. Aun los alcances de esta disposición podrían ser discutidos, puesto que la referencia a la “destrucción total” podría ser interpretada como referida a la totalidad de los ejemplares incautados y no a la totalidad de los ejemplares. Además, también sería necesario hacer una lectura del Art. 374 del CPP a la luz de la Ley 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, del 4 de

enero del 2003, que autoriza la exhibición de películas pornográficas, ya que se trata de una ley posterior a la Ley de Prensa.

Por último, cabe señalar que se encuentra pendiente en el Congreso (aunque sin visos de avanzar en su tramitación) un Proyecto de Ley destinado a restringir las prohibiciones judiciales de publicaciones en el contexto de casos penales. Este Proyecto fue presentado por el Ejecutivo en conjunto con algunos parlamentarios en 2003 como reacción ante la censura al libro *Cecilia, la vida en llamas* y establece que dichas prohibiciones serán levantadas por los tribunales cuando el autor de la obra efectúe una caución para garantizar eventuales daños.

El problema de fondo del Proyecto de Ley mencionado es que implica un reconocimiento de la legalidad de las prohibiciones judiciales, en circunstancias que, como antes se ha señalado, son vulneratorias de la Constitución y de las normas internacionales sobre derechos humanos que obligan a Chile. Además, ello podría imponer un obstáculo especialmente gravoso para los periodistas que realizan investigaciones de manera independiente, como ha sido el caso de todos los autores de libros prohibidos desde que se iniciara la transición a la democracia.

Por lo demás, el remedio que proporcionaría la aprobación de una iniciativa como la mencionada solo produciría un efecto parcial, ya que las vías a las que recurren los tribunales para prohibir obras no se limitan únicamente a la dictación de medidas preventivas en el contexto de procesos penales, sino que se extienden también a otros mecanismos, siendo el más recurrente de ellos la supuesta salvaguarda de la honra en el marco de recursos de protección.

Corolario: los peligros de la censura judicial

Si bien es cierto que la censura judicial de las expresiones presenta diferencias respecto de la censura administrativa, su impacto puede llegar a ser significativo y de hecho lo es en no pocos países. Algunos autores han contrastado ambos tipos de censura de un modo que parecería volver casi inocua la censura judicial. Por ejemplo, se ha señalado que “la censura [administrativa] conlleva un control del ejercicio incluso normal de la libertad de expresión. Por eso es muy distinto admitir algunas interdicciones –con condiciones restrictivas precisas y, esencialmente, con la garantía de la intervención judicial– que un régimen inspirado en el principio de la restricción previa: en el primer caso la libertad no se subordina a la anuencia de otro, sino que

sigue siendo la regla y puede ser ejercida, con la excepción de que se interponga una prohibición judicial concreta”⁵⁴.

Pero, de nuevo, como se ha intentado hacer reiteradamente en este trabajo, debe situarse el problema dentro de un contexto. En la práctica, para períodos de normalidad constitucional, la contrastación entre censura administrativa y judicial se ha vuelto poco relevante. Señalo esto porque además de estar prohibida toda forma de censura administrativa en la mayoría de los sistemas jurídicos democráticos, en la actualidad casi nadie defiende esa clase de censura y quienes lo hacen generalmente se refieren únicamente a la censura cinematográfica y de otros soportes audiovisuales. ¿Pero qué sucede con los libros, los diarios y revistas, las obras de teatro y las diversas manifestaciones de las artes plásticas? Respecto de estos, argumentar en favor de la censura judicial fundándose en las ventajas que presenta en comparación con la censura administrativa resulta falaz en el contexto actual. Al no existir en los sistemas democráticos vigentes mecanismos de censura administrativa en relación con estos canales de expresión, la cuestión realmente significativa es si acaso estamos dispuestos a que los tribunales eventualmente los censuren.

En otras palabras, y refiriéndonos a los libros, el problema pertinente no es si acaso la censura judicial de ellos es más o menos gravosa que su censura administrativa (quién discutiría que la segunda hipótesis es generalmente más gravosa), sino confrontar el hecho de que en muchos países, incluyendo Chile, los tribunales se sienten en posesión del poder de censurarlos.

Derogada la censura administrativa en diversas esferas, tiende a producirse una reacción, consistente en que se presentan acciones judiciales para que los tribunales intervengan y censuren. El problema, entonces, se traslada desde el ámbito administrativo al judicial. Mientras la dictadura militar chilena mantuvo la censura administrativa de libros (entre 1973 y 1983), a nadie le parecía necesario recurrir a los tribunales en procura de una prohibición en la materia. Luego del término de la censura administrativa de libros –y, en rigor, hasta la fecha, esto es, bien avanzada la transición a la democracia– ello se vuelve una herramienta a la mano.

Además, es necesario reiterar lo que ya hemos venido sosteniendo, en el sentido de que en esta materia las intervenciones de los jueces en

⁵⁴ Toller, cit., p. 572 (se han eliminado las referencias que la cita hace a notas a pie de página).

América Latina van, en la gran mayoría de los casos, en la dirección de proteger a los poderosos y de vedar espacios a los que procuran levantar nuevas voces o voces independientes, así como de refrendar el predominio de las tendencias culturales tradicionales y hegemónicas. Esto conduce a que dejar un instrumento como la censura en manos de los jueces no sea una cuestión menor, sino que produzca serios perjuicios a la convivencia democrática y la autonomía de las personas.

La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina*

Humberto Henderson**

Introducción

El presente artículo no pretende abordar las distintas violaciones al derecho a la vida, ni la diferencia que existe entre las denominadas ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones análogas, tales como la ejecución sumaria, las masacres o las ejecuciones que se enmarcan dentro de los crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidio. De igual manera, este trabajo no analizará, los principios, las recomendaciones o las directivas para prevenir, investigar o judicializar las ejecuciones extrajudiciales. Tampoco se ingresará al análisis de la importancia de los mecanismos convencionales¹ o extraconvencionales

* El presente artículo forma parte de un capítulo de un libro que el autor está escribiendo sobre las ejecuciones extrajudiciales.

** El autor es uruguayo, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ha sido docente universitario en Uruguay y es visitante en otras universidades en América Latina. Autor de libros y artículos publicados en varios países de Ibero América. Trabajó para las Naciones Unidas y actualmente se desempeña como *Senior Technical Advisor for Latin America Programs* por la organización norteamericana de derechos humanos *Freedom House*.

¹ El mecanismo convencional de las Naciones Unidas para entender acerca del derecho a la vida es el Comité de Derechos Humanos, establecido en el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), compuesto de dieciocho expertos internacionales que analizan los informes quinquenales y realizan observaciones y recomendaciones de los Estados que han ratificado el Pacto. Recibe comunicaciones por casos individuales en tanto se haya ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Respecto de la competencia y el procedimiento ante el Comité de Derechos Humanos conviene leer: Villán Durán, Carlos, “La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados” en Los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2004, p. 51-63.

de las Naciones Unidas², o los del sistema interamericano de protección a los derechos humanos³, ni a sus informes, observaciones, recomendaciones o jurisprudencia⁴ sobre esta temática.

El objetivo que se persigue en este breve ensayo es dejar planteado un cuestionamiento y una reflexión general, acerca de si la tipificación del homicidio simple, del homicidio agravado o calificado, son suficientes o adecuados para encuadrar las violaciones que se conocen comúnmente como ejecuciones extrajudiciales, o si en cambio, debería pensarse en una tipificación especial de estas conductas en los códigos penales, como parecería estar recomendado en algunos instrumentos internacionales.

2 Como mecanismo extraconvencional de las Naciones Unidas y con un mandato desde 1982, modificado en 1992, el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias entiende en casos e informaciones de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, muertes en detenciones preventivas, uso excesivo de la fuerza de los agentes, diversos temas cerca del derecho a la vida, tales como represiones en manifestaciones públicas, minorías como refugiados y desplazados, amenazas de muerte contra periodistas, abogados, defensores de derechos humanos, conflictos armados, niños, el derecho a la vida de las mujeres en “cuestiones de honor” y vigila la aplicación de la pena de muerte. Actualmente el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias es el Sr. Philip Alston (Australia). Respecto de la protección extraconvencional de derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, los Relatores y procedimientos temáticos y geográficos, sus competencias y el procedimientos, conviene leer: Villán Durán, Carlos, “La protección internacional de los derechos humanos en...”, cit. p. 90-112.

3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington D.C., Estados Unidos), recibe peticiones, realiza diversos tipos de informes de alcance general o particular, visitas, adopta medidas cautelares, brinda asesoría, promueve soluciones amistosas y puede someter casos a la Corte. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica) dispone medidas provisionales, emite opiniones consultivas y dicta sentencias en casos individuales.

4 Un trabajo reciente sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que incluye a ejecuciones extrajudiciales puede verse en: Saavedra Alessandri, Pablo, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” p. 293-298, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzon y José A. Guevara, Compiladores. Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, México 2004. Un extenso análisis teórico y jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos y en particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del derecho a la vida puede verse en: Medina Quiroga, Cecilia; *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Diciembre 2003, p. 59-123.

La ejecución extrajudicial en los instrumentos internacionales de derechos humanos

De modo general, cabe recordar que existen diversos tratados e instrumentos internacionales de alcance universal o regional americano, que consagran expresamente el *derecho a la vida* o lo que es lo mismo, las garantías para la protección del goce a la vida. En efecto, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵, el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶, el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷, y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, garantizan expresamente el derecho a la vida de manera amplia y general. La protección del derecho a la vida no puede ser suspendido en ningún caso o circunstancia, tal como lo establecen los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la aplicación de la pena de muerte está estrictamente regulada en los tratados internacionales, con una implícita preferencia hacia su paulatina abolición y una expresa prohibición respecto a su restablecimiento en aquellos Estados que ya se ha abolido. Finalmente, y por imperio jurisprudencial, algunas violaciones del derecho a la vida son consideradas como graves violaciones a los derechos humanos, por lo que no deben ser objeto de amnistías y otros excluyentes de responsabilidad⁹.

5 Artículo 3. “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

6 Artículo 6.1. “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

7 Artículo 1. “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

8 Artículo 4.1. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

9 “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, *las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias* y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 14 de marzo del 2001 en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) párrafo 41. El resaltado en cursiva es del autor.

Si bien existe un incuestionable reconocimiento al derecho a la vida¹⁰ en los principales tratados internacionales, a diferencia de otras violaciones graves a los derechos humanos, como podría ser la tortura, la ejecución extrajudicial no está conceptualizada ni regulada específicamente en un tratado o convención internacional de alcance universal, ni regional. No obstante, y sin perjuicio de la inexistencia de un tratado particular sobre la materia, sí existen una serie de normas denominadas o conocidas como de “*soft law*”¹¹ o “*persuasive law*”, tales como “Los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, el Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias o incluso ciertas regulaciones metodológicas derivadas del Mandato del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias¹² que incursionan cuidadosamente en la prevención, la investigación judicial, la investigación médico-legal, los medios probatorios y los procedimientos judiciales en las ejecuciones extrajudiciales.

Ninguno de los instrumentos internacionales define expresamente que se entiende por ejecuciones extrajudiciales, por lo que el concepto se ha venido formando paulatinamente, a partir de la costumbre o bien de referencias, estudios o análisis doctrinarios¹³. En ese sentido, cabría afirmar muy preliminarmente que se reconoce conceptualmente como una ejecución extrajudicial cuando se consuma *la privación*

¹⁰ Para abordar el importante tema del reconocimiento del derecho a la vida como categoría del *ius cogens* puede verse el reciente y excelente trabajo: Ollarves Irazabal, Jesús, *Ius Cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 293 y siguientes.

¹¹ Sobre el *soft law* y las diversas violaciones a los derechos humanos puede verse: Ambos, Kai; “Deberes de penalización en casos de graves violaciones a los derechos humanos”, *Retos a la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, Perú, 2003, p. 215-220.

¹² Existen otros instrumentos internacionales claramente relacionados con la temática de las ejecuciones extrajudiciales y que forman parte de las llamadas garantías al derecho a la vida, especialmente, el “Código de Conducta para funcionarios encargados de cumplir la ley” (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169 de 17 de diciembre de 1979); “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (8vo. Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes de 1990).

¹³ Independiente de ciertas observaciones doctrinarias que pudieran hacerse, para los efectos metodológicos de este trabajo, los conceptos de ejecución extrajudicial, ejecución extralegal y ejecución arbitraria se consideran como sinónimos.

*arbitraria*¹⁴ de la vida por parte de agentes del Estado, o con la complicidad, tolerancia o aquiescencia de éstos, sin un proceso judicial o legal que lo disponga.

La ejecución extrajudicial es una violación que puede consumarse, en el ejercicio del poder del cargo del agente estatal, de manera aislada, con o sin motivación política, o más grave aún, como una acción derivada de un patrón de índole institucional. Usualmente se entiende que la ejecución se deriva de una *acción intencional* para privar arbitrariamente de la vida de una o más personas, de parte de los agentes del Estado o bien de particulares bajo su orden, complicidad o aquiescencia, sin embargo, tanto en doctrina como en alguna legislación, se aceptan *diversos grados de intencionalidad* cuando los responsables son miembros de los cuerpos de seguridad del Estado.

Esto último es importante porque existen otros casos que tienen como consecuencia final la muerte, pero donde los grados de intencionalidad pueden variar significativamente, y con ello, su consideración acerca de si se constituye o no en un caso de ejecución extrajudicial. Casos como cuando se tortura o se aplican malos tratos durante la detención o prisión con consecuencia muerte; cuando se hace un uso excesivo o indiscriminando de la fuerza por parte de policías o militares al momento de efectuar detenciones, durante manifestaciones públicas; casos de muertes por negligencia de los agentes; muertes en circunstancias poco claras cuando la víctima se encuentra en poder de sus aprehensores o bajo responsabilidad estatal; algunas muertes productos de abuso de poder, hay diferentes grados de intencionalidad

¹⁴ Siguiendo los principios generales del derecho, así como disposiciones derivadas de los Códigos Penales, se acepta que la *privación de la vida no arbitraria* es la que podría estar autorizada por la fuerza pública o cuerpos de seguridad del Estado mediando legítima defensa, o en defensa de terceras personas, o bajo el denominado estado de necesidad y en todos los casos, en tanto se use la fuerza con una intensidad proporcional a la agresión. Por otra parte, en un reciente trabajo de alcance general sobre el derecho a la vida, se ha considerado la necesidad de tener en cuenta cinco elementos esenciales interrelacionados que resumirían el tratamiento jurídico de lo “no arbitrario”, a saber: existencia de *una legalidad adecuada* que proteja el derecho a la vida con adecuadas sanciones administrativas, disciplinarias y tipos penales, reparaciones, etc.; *necesidad o excepcionalidad* del uso de la fuerza y en particular de la fuerza letal, o sea, sólo cuando no sea posible el uso de medios no letales; *proporcionalidad*, uso de la fuerza proporcional a la fuerza agresora que la motiva; *no omisión injustificada*, en tanto el derecho a la vida puede ser violado tanto por acción como por omisión, por lo que el Estado debe no sólo abstenerse sino que tiene el deber de proteger; *justiciabilidad*, en tanto la arbitrariedad puede darse en el funcionamiento de los órganos encargados de administrar justicia y al respeto del debido proceso. Ver *Derecho a la Vida. Marco Teórico-Metodológico Básico*. PROVEA. Serie Aportes 11, Caracas, 2005, p. 34-37.

y sin embargo, la consecuencia es la misma; la muerte. En todos estos casos, donde usualmente estarían involucrados agentes de los cuerpos de seguridad del Estado y se produce la muerte sin una evidente intención de matar, se podría llegar a concluir que constituyen casos ejecuciones extrajudiciales, al menos para algunos derechos que así lo han previsto.

Finalmente, y para intentar conceptualizar preliminarmente esta violación, debe decirse que las ejecuciones extrajudiciales se distinguen de otras violaciones al derecho a la vida tales como de las denominadas ejecuciones sumarias, los casos de ejecuciones extrajudiciales múltiples conocidos como masacres, o bien de las más graves de las violaciones a los derechos humanos como los *crímenes de guerra*, los *crímenes lesa humanidad o el genocidio*¹⁵.

¹⁵ Si bien no existiría una definición precisa, se puede entender que la *ejecución sumaria* es aquella privación arbitraria de la vida resultado de una sentencia de procedimiento sumario donde se limitaron, desvirtuaron u omitieron las debidas garantías procesales. Normalmente tiene relevancia significativa en casos donde se pretende aplicar la pena de muerte. De igual manera, sin que exista un concepto normativo universal o regional uniforme, se puede considerar que existe una *masacre*, cuando se consuman una serie de ejecuciones extrajudiciales múltiples. La *Comisión de Esclarecimiento Histórico* (CEH) en Guatemala, definió una masacre como “la ejecución arbitraria de más de cinco personas, realizada en un mismo lugar y como parte de un mismo operativo, cuando las víctimas se encontraban en un estado de indefensión absoluta o relativa”. Comisión de Esclarecimiento Histórico, Capítulo II, Tomo 2, Guatemala 1999, ps. 325-402. De manera análoga, la Comisión de la Verdad de Perú (CVR), consideró que en caso de ejecuciones de 5 o más víctimas al mismo tiempo, se estaba ante una masacre. *Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe Final*. Tomo VI, Lima, 2003, ps. 142, 143 y 153. Ambas Comisiones indican además, que las denominadas masacres conllevan un elemento de “gran crueldad” que se manifiesta generalmente por medio de acciones violentas indiscriminadas, no sólo dirigidas a los enemigos directos, sino también contra su entorno de simpatizantes y colaboradores o personas indefensas; además, aparejan una acumulación de otras graves violaciones a los derechos humanos tales como la tortura, los tratos crueles, la desaparición forzada de personas, violaciones sexuales, actos aberrantes o bárbaros, destrucción de bienes que preceden, acompañan o siguen a las ejecuciones múltiples. Finalmente, en los casos de ejecuciones inmersas en *crímenes internacionales tales como los de guerra, de lesa humanidad o el genocidio*, se requiere que formen parte de un plan o una política en gran escala; como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque o perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Ver definiciones de estos crímenes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, artículos 5, 6, 7 y 8.

Aproximación al concepto de la ejecución extrajudicial

Enunciadas sucintamente algunas de las referencias directas o indirectas en los instrumentos internacionales respecto de las ejecuciones extrajudiciales, conviene intentar una aproximación a un concepto adecuado y aceptable para delimitar esta grave violación a los derechos humanos.

Se podría decir que se está ante una ejecución extrajudicial, cuando un agente perteneciente a los cuerpos de seguridad del Estado, de manera individual y en ejercicio de su cargo, priva arbitrariamente de la vida de una o más personas. Aunque no hubiera una incidencia institucional previa, producido el hecho, ese agente podría intentar servirse del manto protector de relaciones estatales, a efectos de encubrir la verdad, o bien, para impedir u obstaculizar que se inicien investigaciones o acusaciones penales en su contra. Si bien este hecho puede carecer de una expresa intencionalidad política, luego de acaecido, el agente estatal se podría aprovechar de las facilidades que pudiera otorgarle el estar trabajando en un cuerpo de seguridad estatal, algo que, en principio se presenta como teóricamente inalcanzable para un particular que ha cometido un homicidio.

No existe duda que se configura una ejecución extrajudicial, cuando cualquier agente estatal priva arbitrariamente de la vida de una o más personas, motivado por un objetivo o finalidad política, y donde normalmente cuenta con la orden, autorización expresa o la colaboración de la institucionalidad estatal para la que sirve. En estos casos, el responsable cuenta con el cobijo y la colaboración institucional, tanto para consumir el delito, como para procurarse la impunidad posterior. Huelga analizar las diferencias de situación con aquel particular que comete un homicidio sin contar con la tolerancia, complicidad o aquiescencia del Estado.

Existen otros casos particularmente graves, que se dan especialmente –pero no exclusivamente– en situaciones de conflicto interno, momentos de agitación política, insurgencia política o armada, fragilidad democrática y en general, en situaciones de debilidad del Estado de Derecho, donde se pueden dar patrones de ejecuciones extrajudiciales motivadas en actividades políticas y/o sociales de las víctimas, en acciones de limpieza social o análogas. En este tipo de ejecuciones extrajudiciales, la participación estatal previa, durante y posterior a la ejecución, –sea en contexto de acciones generalizadas, sistemáticas o selectivas–, se organiza de tal manera, que implica

la utilización de todas las “facilidades” que detenta el Estado, para consumir la o las ejecuciones. Posteriormente, se procura la impunidad por todos los medios disponibles, amenazando víctimas y familiares, amenazando y/o ejecutando testigos para obstaculizar o impedir que se realice cualquier investigación autónoma, o cualquier acción penal que pudiera responsabilizar a los agentes intelectuales y materiales o a sus cómplices.

Normalmente, estos casos de ejecuciones extrajudiciales responden a patrones o modos operandis determinados para consumir la ejecución sin dejar rastros, y que con leves variaciones se inician con la cuidadosa selección de la o las víctimas, su seguimiento y vigilancia, su premeditada ejecución, y la inmediata eliminación de cualquier evidencia del hecho. Para ello, los agentes se pueden servir de la maquinaria estatal compuesta de hombres trabajando coordinadamente, oficiales de inteligencia, de las comunicaciones de radios, utilización de motos y automóviles, del uso de diversos tipos de armas, ocultamiento de documentos, falsificación de horarios de entradas y salidas del personal y de los vehículos, además de la utilización de una larga cadena de actores estratégicos y encubridores que facilitan estas operaciones. Al igual que en los casos anteriores, resulta innecesario intentar hacer un mínimo análisis de las diferencias de situación y de utilización del poder, con el particular que comete un homicidio sin la orden, tolerancia, complicidad o aquiescencia del Estado.

En suma, la realidad revela que existen ejecuciones extrajudiciales aisladas, incluso, con o sin motivación política cometidas principalmente por quienes pertenecen a los cuerpos de seguridad del Estado, y existen otros casos particularmente delicados, donde las ejecuciones extrajudiciales selectivas, sistemáticas o generalizadas, responden a operativos o patrones diseñados por el Estado.

Parece adecuado preguntarse si, conceptualizada esta grave violación a los derechos humanos, está debidamente regulada o prevista en las legislaciones internas, ya sea con ese nombre, con un nombre similar o bien, se encuadraría en otras figuras o tipos delictivos tales como el homicidio en cualquiera de sus manifestaciones.

La tipificación del delito de homicidio en Latinoamérica

Si se analiza sumariamente la legislación penal de veinte países latinoamericanos y del Caribe como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile,

Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Republica Dominicana, Uruguay y Venezuela, en lo relativo a la tipificación del delito de homicidio¹⁶, sus agravantes y calificaciones especiales, cabrían hacer unas brevísimas consideraciones que son pertinentes a los efectos del objetivo de este trabajo.

De modo general puede afirmarse que los veinte países tipifican el homicidio simple con una gama muy amplia y diversa de penas con máximos que van desde 12 años como en Panamá, Ecuador, Uruguay, 14 años en Nicaragua, 15 años en Cuba, y máximos de hasta 40 años como en los Códigos Penales de Guatemala y Colombia.

Asimismo, con mayor o menor grado de precisión, todos los países también tipifican el homicidio agravado y/o calificado, con penas mucho más altas, cuando se producen mediando un elenco de diversas circunstancias, de las cuales cabe resaltar dos que están cercanas a esta temática: “cuando se comete por precio o recompensa”, o cuando el homicidio se comete para “preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o asegurar sus resultados o procurar la impunidad para si o para otro”. Sobra decir que no existe uniformidad alguna en cuanto a las causales que agravan los delitos en general y el homicidio en particular, más allá de que hay cuatro o cinco causales que comúnmente se repiten pero que no tendrían relación directa con la temática que se aborda en este trabajo.

Independientemente de las causales o razones que hagan más grave un delito, a los efectos de este breve estudio importa subrayar que dentro de estas circunstancias que agravan o califican el delito de homicidio,

¹⁶ En los Códigos Penales de estos países, la tipificación de homicidios que interesan a los efectos de este trabajo están regulados en los siguientes artículos: Argentina, artículos 79 y 80; Bolivia, artículos 251 y 252; Brasil, artículos 121 y ss; Chile, artículos 391 y ss; Colombia, artículos 323 y 324; Costa Rica, artículos 111 y 112; Cuba, artículos 261 y 263; Ecuador, artículos 449 y 450; El Salvador, artículos 128 y 129; Haití, artículos 240 y 241; Honduras, artículos 116 y 117; México, artículos 307 y 315; Guatemala, artículos 123, 132; Nicaragua, artículos 128 y 134; Panamá, artículos 131 y 132; Paraguay, artículos 105 y ss; Perú, artículos 106 y 108; Republica Dominicana, artículos 295 y 296; Uruguay, artículos 310 y 312; Venezuela, artículos 407 y ss.

sólo en diez¹⁷ de estos países se establece de manera relativamente clara –aunque con diferentes alcances–, el que los responsables o presuntos responsables del delito sean servidores públicos, agentes encargados del orden público, autoridades civiles o militares, etc. En estos diez países la calidad especial del agente del Estado constituye un motivo para que un homicidio sea agravado, particularmente agravado o calificado.

Al igual que en el caso del homicidio simple, también en los homicidios agravados o calificados existen diferencias muy significativas entre las penas impuestas por los Códigos Penales de los países analizados. Las penas máximas impuestas en los Códigos Penales van entre 16 años, como en el caso de Ecuador, hasta 60 años, como en los casos de México y Colombia.

Es indudable que las sensibles políticas punitivas adoptadas por los Estados difieren mucho de país en país en América Latina, y a veces, hasta responden a coyunturas políticas o sociales, y en ese sentido resulta importante indicar que de los veinte analizados, sólo hay uno que ha tipificado la ejecución extrajudicial como un delito autónomo y diferente al homicidio, que es el caso de la legislación penal de Guatemala.

En resumidas cuentas, en principio habrían diez países en donde una privación arbitraria de la vida por parte de un particular y de un agente del Estado tendrían el mismo valor y por ende, la misma pena por tipificarse como homicidio simple, y en otros habría una pena agravada por ser un homicidio especial; mientras que sólo en uno existe la tipificación específica de la ejecución extrajudicial como se indicó precedentemente.

A partir de lo anterior cabe preguntarse si es adecuado, razonable, justo o práctico, que cuando la muerte ilícita es producida por la acción de un agente del Estado, ésta sea tipificada como homicidio simple, o en el mejor de los casos como homicidio calificado, o si sería necesaria la tipificación de un delito ultra agravado como la ejecución extrajudicial.

¹⁷ En los Códigos Penales: Argentina, artículo 80.9; Brasil, artículo 61.g; Chile, artículo 12.8; Colombia, artículo 66.11; El Salvador, artículo 129; Honduras, artículo 9; Guatemala, artículo 28; Panamá, artículo 67.6; Perú, artículo 46 y Uruguay, artículo 47.8. Importa señalar aún que en varios Códigos Penales se podrían llegar a análogas conclusiones, sin embargo, no contienen claras previsiones de agravamiento o calificación especial por el accionar ilícito de agentes del Estado.

Antes de seguir avanzando y para intentar tener una visión algo más amplia, se analizará brevemente la tipificación de la ejecución extrajudicial en el Código Penal de Guatemala.

La tipificación de la ejecución extrajudicial en Guatemala

Con el respaldo técnico de las Naciones Unidas¹⁸, Guatemala¹⁹ tiene tipificada a la ejecución extrajudicial como un delito inserto en el Código Penal y como una figura independiente del delito de homicidio. En efecto, el Decreto 48-1995 del 14 de julio de 1995, introdujo algunas reformas al Código Penal tipificando como delitos la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada y que incluyó otras reformas relativas a las violaciones a los derechos de autor, a la propiedad industrial, etc. El artículo 1 del Decreto 48-1995 adiciona el artículo 132 bis que dispone lo siguiente:

Artículo 132 Bis. Ejecución Extrajudicial. Comete el delito de ejecución extrajudicial, quien por orden, con autorización, apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, privare, en cualquier forma, de la vida a una o más personas, por motivos políticos; en igual forma comete dicho delito el funcionario o empleado público, perteneciente o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o de la aquiescencia para la comisión de tales acciones.

Constituye delito de ejecución extrajudicial, la privación de la vida de una o más personas, aún cuando no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o

¹⁸ En efecto, el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, suscrito en México el 29 de marzo de 1994 entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, donde se ratificó y dio inicio al acompañamiento y verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, incluyó el Compromiso III (Compromiso contra la Impunidad) por el que el Gobierno se comprometió a promover ante el Organismo Legislativo, una serie de reformas al Código Penal para la tipificación y sanción como delitos de especial gravedad, las desapariciones forzadas y las *ejecuciones sumarias o extrajudiciales*.

¹⁹ Sobre el delito de ejecución extrajudicial en Guatemala puede verse un breve análisis en: Rodríguez, Alejandro, *Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del período 1994-1998*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (ICCPG), Guatemala, 1999, p. 81-87. Sobre la protección del derecho a la vida y una breve reseña de la situación de las ejecuciones extrajudiciales en Guatemala puede verse: Rodríguez, Alejandro, "La protección del derecho a la vida". I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos, ASIES, IDHUSAC, IJ/URL, PNUD, Guatemala, 2002, p. 654-656.

actúen con abuso o exceso de fuerza. Igualmente cometen delito de ejecución extrajudicial, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando como resultado de su accionar resultare la muerte de una o más personas.

El reo de ejecución extrajudicial será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años. Se impondrá la pena de muerte en lugar de máximo de prisión, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando la víctima sea menor de doce años de edad o persona mayor de sesenta años. b) Cuando por circunstancias del hecho o de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente.

Independientemente de cualquier análisis, cuestionamiento o juicio valorativo que pudiera hacerse respecto de la aplicación de la pena de muerte, que resulta ajeno al objeto del presente trabajo, conviene hacer unos breves comentarios acerca del artículo 132 bis del Código Penal de Guatemala.

En primer lugar, el Código Penal guatemalteco tipifica el homicidio simple en el artículo 123 con penas de quince a cuarenta años, el asesinato como homicidio calificado en el artículo 132, con penas de entre veinticinco a cincuenta años, y finalmente, en el artículo 132 BIS, a la ejecución extrajudicial con penas de veinticinco a treinta años, más la previsión de la aplicación de la pena de muerte²⁰.

En segundo lugar, de acuerdo al Código Penal de Guatemala, la ejecución extrajudicial se configura en diversos casos y con la participación material o intelectual de diversos responsables, sea que la privación de la vida esté motivada por móviles políticos o sin ellos.

Mediando un móvil político se configura una ejecución extrajudicial cuando:

- a) La privación de la vida es cometida por cualquier persona que actúe bajo orden, con autorización, apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado. En este caso, el responsable material, directo e inmediato puede ser tanto un particular como cualquier funcionario del Estado, independientemente de que el Estado siempre será responsable inmediato o mediato del hecho.

²⁰ Sin perjuicio de que en este breve artículo no nos detengamos en este aspecto, indudablemente cabrían diversos cuestionamientos a los máximos de las penas dispuestos por el Código Penal guatemalteco comparando estos tres tipos de privaciones de la vida.

- b) El funcionario o empleado público, perteneciente o no a los cuerpos de seguridad del Estado ordena, autoriza, apoya o da la aquiescencia para que se prive en cualquier forma la vida de una persona. Aquí sólo se configura la ejecución extrajudicial, cuando el funcionario público haya participado directamente en la intelectualidad del delito, sea o no, miembro de los cuerpos de seguridad del Estado. Esta participación institucional que constituye ejecución extrajudicial no es aplicable a los particulares.

Existe ejecución extrajudicial sin que haya mediado un móvil político cuando:

- a) La privación de la vida es cometida por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente, con abuso o exceso de la fuerza. En este caso, el responsable material, directo e inmediato siempre es un agente de Estado calificado por pertenecer a los cuerpos de seguridad pública. Se amplifica el delito de ejecución extrajudicial, en tanto se incluyen casos de muertes producida por los cuerpos de seguridad que conllevaron menor intencionalidad de matar y que pudieron ser producto de actuaciones arbitrarias o con abuso o exceso de poder, por lo que cualquier proceder arbitrario de los cuerpos de seguridad del Estado con consecuencia muerte, constituye una ejecución extrajudicial. No es de aplicación para particulares ni para otros servidores públicos.
- b) La privación de la vida es cometida por miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, subversivos o con cualquier otro fin delictivo. En esta hipótesis no se exige que haya una orden o complicidad estatal manifiesta, mas allá de que finalmente siempre es el Estado el que tiene el deber de prevenir, investigar y sancionar tales conductas.

En resumen, existiendo un móvil político que haya motivado la privación de la vida, se configura la ejecución extrajudicial con autoría material por la acción de cualquier persona, funcionario público o particular, siempre que exista “una conexión” con el Estado y una clara intención de matar. Existirá ejecución extrajudicial por autoría intelectual, cuando la misma ha sido ordenada o apoyada por cualquier funcionario público, ya sea que trabaje en los cuerpos de seguridad o en cualquier repartición de la institucionalidad estatal.

De no existir un móvil político, sólo la muerte ocasionada por los elementos de los cuerpos de seguridad del Estado configura la

ejecución extrajudicial o bien, cuando grupos o bandas organizadas con fines delictivos privan de la vida a otras personas. De no existir móvil político, por un lado se reduce la tipificación del delito al accionar de determinados agentes estatales, aunque al mismo tiempo se amplía considerablemente su alcance, al abarcar casos donde la intencionalidad de matar no es manifiesta en los agentes responsables pero que finalmente ocasionan la muerte producto de arbitrariedades, abusos o excesos. El incluir a la participación de las bandas organizadas amplificaría las posibilidades de consumación, lo que podría llevar a desfigurar peligrosamente el concepto. En principio esto se puede leer como un desacierto del legislador.

Finalmente, y mas allá de la tipificación del Código Penal en Guatemala, en los Estados Unidos de América, existe una normativa sobre la “Protección a Víctimas de Tortura” para promover *acciones civiles* por hechos de tortura producidos en el extranjero, donde se define la ejecución extrajudicial de la siguiente manera: “A los propósitos de esta Acta, el término “ejecución extrajudicial” significa un homicidio premeditado no autorizado por previo juicio pronunciado por un tribunal regularmente constituido proporcionando todas las garantías jurídicas que son reconocidas como indispensables por gente civilizada. Tal término, no obstante, no incluye cualquier tipo de homicidio que, bajo el derecho internacional, es legalmente llevado a cabo bajo la autoridad de una nación extranjera”²¹. Esta norma que, se insiste, no tiene naturaleza penal y no es aplicable dentro de los Estados Unidos, conceptualiza a las ejecuciones extrajudiciales cuando la muerte se derive de acciones intencionales y sin un juicio previo.

¿La tipificación de la ejecución extrajudicial como un delito independiente del homicidio?

Siguiendo las directivas de los *Principios relativos a una eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarios o Sumarias* de las Naciones Unidas, y en particular, lo

²¹ Section 3 (Definitions) (a) Extrajudicial Killing: “For the purposes of this Act, the term ‘extrajudicial killing’ means a deliberate killing not authorized by a previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. Such term, however, does not include any such killing that, under international law, is lawfully carried out under the authority of a foreign nation”. v. Torture Victim Protection Act of 1991.

dispuesto en el Principio I, que dispone que los gobiernos deberían prohibir por ley las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y deberían velar "...porque todas estas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos (...)", surgiría una manifiesta recomendación de tipificar la ejecución extrajudicial por las legislaciones penales internas.

Enunciada esta recomendación, la pregunta que vale hacerse una vez más es, si resulta suficiente con la mera tipificación del delito de homicidio simple, agravado o calificado –como lo hacen en la inmensa mayoría de los países latinoamericanos–, para prevenir, sancionar y reparar adecuadamente hechos que se conocen en derecho internacional de los derechos humanos como ejecuciones extrajudiciales. Dicho de otro modo, debe responderse si es suficiente con que el homicidio previsto para particulares y un agravante o calificación especial por haberlo cometido un agente estatal, (algo que no está previsto en todos los países) incluya las ejecuciones extrajudiciales. Otra interrogante es analizar si debería legislarse expresamente para consagrar el delito de ejecución extrajudicial, con una pena diferencial. Estas son algunas de las interrogantes que parecería prudente hacer, y que al menos se pretenden dejar planteadas en este breve artículo.

Si bien pudiera ser objeto de posiciones doctrinarias y políticas encontradas, varias legislaciones regulan de manera expresa y particularmente severa, cuando cualquier persona mata a un miembro de las fuerzas de seguridad pública por su función o en el ejercicio de su cargo. En todos los casos, el objetivo parecería ser proteger a los agentes del Estado que guardan el orden, cada vez más expuestos a la calle y a elevados niveles de violencia en sociedades con fuertes desigualdades, debilidades económicas y de desarrollo. Ahora bien, si se establecen agravantes o disposiciones particularmente rígidas contra quienes privan de la vida a agentes de seguridad del Estado, no cabría preguntarse si no serían plausibles tipificaciones claras e igualmente severas para castigar a aquellos agentes del Estado, que en vez de

proteger a los ciudadanos, utilizan el cargo y los privilegios por usar la fuerza, privando arbitrariamente de la vida de las personas²².

Independientemente de la existencia de una maquinaria estatal que puede ser previa, durante y/o posterior a los hechos, además de la existencia o no de una finalidad política, existe una razón que particulariza aún más a las ejecuciones y es que los agentes del Estado, sobre todos quienes forman parte de los cuerpos de seguridad del Estado, tienen un rol institucional meridianamente opuesto al violar impunemente el derecho a la vida. Los agentes del Estado en general, y los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado en particular, tienen como primordial función, la de proteger a las personas, prevenir el delito y resguardar la paz social que permita una convivencia democrática dentro de una sociedad respetuosa del Estado de Derecho.

No hay nada más lejano y contrario a la función de un servidor público, y en particular de los cuerpos de seguridad, que privar arbitrariamente de la vida de las personas y además, servirse de las redes institucionales que amparan y otorgan impunidad. Resulta extremadamente grave, que quien debe proteger, prive de la vida, y en ocasiones, abusando del poder que le confiere utilizar armas de fuego e incluso aprovechándose de la confianza que en primera instancia despiertan por usar el uniforme. Ésa no es una particularidad que se pueda desconocer u obviarla al momento de analizar, proponer o modificar cualquier política pública de seguridad ciudadana.

Sin tener que llegar a los extremos de las muertes violentas con fines políticos, lamentablemente, muchas de las fuerzas de seguridad de varios países de América Latina, adolecen de la formación y disciplina necesaria para usar la fuerza letal en cumplimiento de los elementales criterios de gradualidad, proporcionalidad y excepcionalidad. Esto hace que muchos casos de “enfrentamientos” terminen siendo casos de *gatillo fácil*, que luego se encubren o sencillamente se “contaminan” para que no se conozca la verdad, prevaleciendo la impunidad de los

²² A ese respecto resulta claro que muchas veces es la misma policía la que motiva o incide en la violencia ciudadana por usos desmedidos o abusivos de la fuerza letal, y donde surge la necesidad de que establezcan claras directivas internas de los departamentos de policía, conjuntamente con revisiones periódicas y procedimientos internos de control efectivos de cómo deben utilizarse las armas de fuego. Normalmente son las directivas internas de los cuerpos de seguridad, mucho más efectivas que disposiciones que pudieran consagrarse en la legislación ordinaria, en cuanto dichas reglamentaciones internas policiales dispongan pautas muy claras y estrictas sobre la *gradualidad, proporcionalidad y excepcionalidad* en el uso de la fuerza y, en particular, en el uso de las armas de fuego.

autores. No es necesario analizar aquellos casos donde la ejecución extrajudicial es uno de los instrumentos de miedo, criminalidad y dominación colectivos, que responde a patrones diseñados por el Estado para eliminar a quienes son un peligro o sencillamente un obstáculo para los intereses que persiguen.

Parecería que de menos a más, como mínimo habría que establecer agravantes expresas en la ley penal con penas suficientemente disuasivas para aquellos casos en que los agentes del Estado son los responsables de privaciones arbitrarias de la vida. Como un paso adelante y sobre todo en algunas sociedades, se podría considerar la tipificación del delito de ejecución extrajudicial con sanciones suficientemente severas, mayores que para homicidios simples y agravados y por supuesto, todo ello sin perder de vista la adopción de reglas administrativas internas de los cuerpos de seguridad que sean severas y capaces como para desanimar cualquier desvío o abuso de los agentes que utilizan la fuerza letal. Lo que en principio no parece adecuado, es que las privaciones arbitrarias de la vida perpetradas por parte de los agentes estatales en general y en especial, de aquellos que integran los cuerpos de seguridad del Estado, sigan siendo reguladas bajo el delito de homicidio simple como aún sucede en muchos países.

En momentos en que algunas violaciones a los derechos humanos como la tortura y más recientemente, la desaparición forzada, están siendo tipificadas en varias de las legislaciones latinoamericanas, parece razonable profundizar las discusiones acerca de la pertinencia de si la ejecución extrajudicial tiene autonomía suficiente para no poder ser adecuadamente regulada por el delito de homicidio, aun el de homicidio agravado. Ello requiere de un constante esfuerzo para conceptualizar primero y definir después a la ejecución extrajudicial, para finalmente determinar cuidadosamente las sanciones aplicables a tales conductas.

En ese trabajo de delimitar el concepto, una opción sería que sólo se entiendan como ejecuciones extrajudiciales aquellas privaciones arbitrarias de la vida donde se manifieste claramente la intención de matar por parte de los responsables intelectuales y materiales, conservando el concepto de ejecución arbitraria u otro, para todos aquellos casos donde se produce la muerte por la arbitrariedad o exceso de los agentes, sin que haya existido una clara intención de matar, como podría darse en determinados casos de muertes en manifestaciones públicas, por uso excesivo de la fuerza, falta de atención médica estando bajo detención o reclusión, etc. Otra opción es seguir

parcialmente la lógica del Código Penal guatemalteco e incluir que el accionar de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado que culminen en una privación arbitraria de la vida, aun en casos donde la intencionalidad no es absolutamente manifiesta, sea considerado como una ejecución extrajudicial. Cabría hacer varios razonamientos que exceden largamente el objetivo de este trabajo, acerca de similitudes y diferencias con el homicidio agravado, así como diversas observaciones a la misma tipificación y todos aquellos relativos a las ventajas y/o dificultades probatorias para ambas opciones.

Es indudable que el trabajo de análisis para delimitar conceptualmente esta violación resulta tan controversial como complejo, al igual que una discusión acerca de la necesidad o no de legislar tipificando la ejecución extrajudicial como un delito o sus consecuencias en cuanto a las exigencias probatorias o que sea utilizado como una eventual herramienta de política pública. Lo que importa es que cada vez más, aun en estos convulsionados tiempos donde se cuestionan algunas garantías de los derechos humanos, existen más de mil motivos para seguir avanzando y pensando en alcanzar una mejor protección a los derechos fundamentales del ser humano. La cuestión de la tipificación de la ejecución extrajudicial queda planteada.

The Humanity of Urbanity: Human rights between the streets and citizens of Latin America

La humanidad de lo urbano: Derechos humanos entre las calles y los ciudadanos de América Latina

*Erin B. Koenig**

*La ciudad enorme que cabe en un cuarto de tres metros cuadrados inacabable
como una galaxia, la ciudad que nos sueña a todos y que todos hacemos y
deshacemos y rehacemos mientras soñamos,
la ciudad que todos soñamos y que cambia sin cesar mientras la soñamos,
la ciudad que despierta cada cien años y se mira en el espejo de una palabra y no
se reconoce y otra vez se echa a dormir [...] hablo de la ciudad, pastora de siglos,
madre que nos engendra y nos devora, nos inventa y nos olvida.*

*The enormous city that fits in a room three yards square, and endless as a galaxy,
the city that dreams us all, that all of us build and unbuild and rebuild as we
dream, the city we all dream, that restlessly changes while we dream it, the city
that wakes every hundred years and looks at itself in the mirror of a word and
doesn't recognize itself and goes back to sleep [...] I speak of the city, shepherd of
the centuries, mother that creates us and devours us, invents us and forgets us.*

*Hablo de la ciudad,
I Speak of The City,
Octavio Paz.*

* Erin B. Koenig, E.M.A., is a human rights consultant currently working for the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) at their headquarters in Paris, France. She also works as a contract translator for the Information and Editorial Unit of IIHR.

Introducción¹

Como Octavio Paz poéticamente señala, la ciudad es un organismo complejo que define un territorio geográfico y espacio social en el que viven 3.500 millones de personas en todo el mundo. Esto hace que un ambiente urbano pueda ser un foro muy poderoso para la promoción de los derechos humanos, la tolerancia, la equidad y la paz. Pero, paradójicamente, no es nada raro que la pobreza, la violencia y la segregación florezcan en esos espacios urbanos. Ciudades como Bogotá o Buenos Aires, entre las más urbanizadas del mundo en desarrollo, claramente validan la teoría de cómo una concentración de gente y de poder en las ciudades puede llevar a una distribución asimétrica de recursos y de provisiones. Claramente, la urbanización exponencial en América Latina ha llevado a una situación de ciudades que no pueden proveer o mediar las necesidades de sus habitantes. Las estadísticas muestran que en casi la mitad de las ciudades de la región existen áreas consideradas inaccesibles o peligrosas para la policía y que casi 40 por ciento de la población urbana en algunas ciudades vive en asentamientos ilegales².

Porque los derechos humanos se aplican a los humanos, por pura deducción, su marco debe aplicarse de manera proporcional en los lugares donde los humanos se encuentran. En un mundo que se urbaniza rápidamente, el acceso a los recursos y a los derechos se hace cada vez más contencioso; y los temas socioeconómicos se hacen cada vez más importantes, al lado de los temas vinculados a la democracia y derechos. Con esta aserción como punto de partida, este trabajo procura identificar a los derechos humanos no sólo como instrumento legal pero también como una estructura y vehículo para organizar una distribución equitativa del espacio urbano y su sociedad. Basándose en los asentamientos fortificados coloniales y su equivalente contemporáneo de comunidades encerradas en ciudades como México o Sao Paulo, este artículo demuestra como algunos espacios erradican el capital social, promueven la intolerancia e inhiben la realización de derechos. Mediante la reducción de espacios compartidos, los derechos humanos en sí son comprometidos; cuando algunas personas ven su acceso prohibido a ciertas áreas y no comparten espacio común, los principios de igualdad y libertad se transforman en pura ficción.

¹ Many thanks to Marcello Scarone Azzi, Program Specialist in UNESCO's Fight against Discrimination and Racism Section, for his translation assistance and support.

² UN Habitat. *Habitat Debate: Cities at Risk*. Vol. 7 (4), December 2001.

Considerando que la segregación urbana contraviene al objetivo y carácter de la provisión universal, la discusión intentará explorar como los derechos humanos pueden ayudar, y en algunos casos ya se aplican, para promover y “proteger” un espacio para su correcta aplicación.

Como una región que lucha por institucionalizar la democracia y los derechos humanos, al mismo tiempo que asimila una rápida urbanización, la manera en que América Latina asuma esto puede traer grandes consecuencias. Por supuesto, un ambiente construido no puede definir un comportamiento por sí mismo o independientemente ejecutar los derechos humanos, pero puede ser configurado de tal manera que facilite ciertas relaciones y mejor satisfaga necesidades universales. Ergo, ciudades democráticas e incluyentes pueden mantenerse y enriquecerse por la inyección de derechos humanos en sus calles y entre sus ciudadanos.

Introduction

As Octavio Paz poetically elucidates, the city is a complex organism that defines geographic territory and social space for 3.5 billion of the world's inhabitants. This renders urban environments powerful for promoting human rights, tolerance, equality and peace. Yet paradoxically, it is not uncommon for poverty, violence and segregation to thrive within urban spaces. Cities such as Bogotá and Buenos Aires, located in the most urbanized region of the developing world, clearly validate how the concentration of people and wealth in cities can lead to asymmetrical distribution of resources and entitlements. Indeed, Latin America's exponential urbanization has built a legacy of cities unable to meet or mediate the needs of their inhabitants. Current statistics show that almost half of the region's cities have areas considered inaccessible or dangerous to the police while over forty percent of the urban population in some cities is housed illegally.³

As human rights apply to humans, by extension such a framework should focus proportionately on where humans gather. In a rapidly urbanizing world, access to resources and rights becomes increasingly

³ UN Habitat. *Habitat Debate: Cities at Risk*. Vol. 7 (4), December 2001. According to the Canadian Federal Government Department of Foreign Affairs, Human Security and Cities Program, 48% of cities in Latin America and the Caribbean have areas considered as inaccessible or dangerous to the police. UNHabitat cites statistics which place the percentage of household living in extra-legal arrangements at 59 percent in Bogotá, 50 percent in Caracas, Sao Paulo and Quito and 40 percent in Mexico City and Lima.

contentious; socio-economic issues come to the fore, alongside those of democracy and entitlement. With this as a point of departure, this paper seeks to identify human rights not only as legal instruments but also as a structure and means of organizing equitable urban space and society. Drawing on fortified colonial settlements and the contemporary prevalence of gated communities in cities like São Paulo and Mexico City, this article demonstrates how certain spaces erode social capital, encourage intolerance and inhibit the realization of rights. By reducing shared spaces, human rights themselves are challenged; when some people are denied access to certain areas and do not share common space, principles of equality and freedom become no more than an illusion. Considering that urban segregation contravenes the object and purpose of universal entitlements, further discussion will explore how human rights can be and, in some cases, are already applied to promote and protect 'space' for their application.

As a region struggling to institutionalize democracy and human rights while coping with rapid urbanization, the shape that Latin American cities assume has broad consequences. Of course, the built environment cannot directly define behavior nor independently realize human rights but it can be configured to facilitate certain relations and better satisfy universal needs. Ergo, democratic, united and inclusive cities will be best maintained and enriched by infusing human rights into both their streets and citizens.

* * *

An important preface to any discussion of Latin America is the acknowledgment that, far from homogeneous, it is a region that encompasses great variation in national, cultural and politico-historical development. Nevertheless, it also holds true that certain patterns and social challenges are common amongst its constituent nations, especially in the case of urbanization.

1. Mapping inequality

1.1 Foundation

Cities have long been present in the Americas, as demonstrated by the Aztec capital of Tenochtitlán (Mexico) and the Inca capital of Cuzco (Peru), which offer archaeological proof of the complex urban networks and social relations that thrived during the pre-Columbian period. Already populated by approximately 100,000 people in A.D.

500, Tenochtitlán was the largest pre-Columbian city and reached 300,000 by the time it was destroyed by Cortés in 1521.⁴ Maya sites such as Copan and Tikal were also densely populated administrative and social centers.

European contact with the Americas yielded immediate and grave effects and, as political and economic control rested on spatial dominance, the reconfiguration of urban settlements was almost immediate. Within the ‘Law of the Indies’, imposed in 1573 by King Philip II of Spain, was a set of ordinances mandating urban design for newly conquered territories: “The plan of the place, with its squares, streets, and building lots is to be outlined by means of measuring by cord and rule, beginning with the main square from which streets are to run to the gates and principal roads and leaving sufficient open space so that even if the town grows it can always spread out in a symmetrical manner.”⁵

In imposing this grid system, the main plaza was often juxtaposed onto the religious and culturally meaningful sites of indigenous populations. Such acts colonized the territory alongside the people, asserting European spatial dominance and further obliterating any indigenous territorial claims. The main plaza became a locus of power, where administrative, religious and judicial buildings were situated, alongside the homes of Spanish colonizers. As Griffin and Ford (1980) identify, it was “almost by decree [that] increased distance from the plaza, the core of urban activity, meant decreased social and economic status for residents.” To be sure, those who controlled space, controlled society.

Areas of concentrated settlement no longer existed to address the needs of Americans but acted rather as points of relay and defense, walled cities conceived across the Atlantic and exported to the ‘new world’ for the purpose of exploration and exploitation. Fortified, divided cities characterized Hispanic-American urban settlements and behind their walls “gathered a group of armed men who had to make war in order to occupy the land and extract the riches they assumed were hidden within it.”⁶ Through constructing a built environment in this

⁴ RetaNET. *Resources for Teaching About the Americas*. University of New Mexico, available at <http://retanet.unm.edu/> [accessed 6 April 2006]. 2006.

⁵ Sennett: 49.

⁶ Romero, Jose Luis. *Latin American, its cities and ideas*. Inter-American Agency for Cooperation and Development. Organization of American States. 1999. Originally published as *Latinoamérica, las ciudades y las ideas* (1976).

manner, there was little chance of social or spatial convergence between colonizers and colonized. This chasm, however, served a distinct purpose as physical distance removes or, at the very least, diminishes the possibility of personal contact. In its absence, colonialization could march forward without the interference of empathy.

Transportation, commerce and administrative infrastructure supporting raw material extraction and slavery permeated the continent. By 1580, Spaniards presided over 225 populated settlements and by 1620, Mexico City boasted 100,000 inhabitants; Salvador da Bahia in Brazil, 21,000; Lima, 9,500; and in Recife, 8,000. The economic anchor of the Americas, Bolivia's mining center of Potosí, grew to 160,000 people by 1650, making it the largest city in South America.⁷

This spatial engineering was coupled with calculated immigration policies, which brought women, missionaries and experienced bureaucrats to the New World to ensure, among other things, "stable families who would lead a normal life, just as they would in any city in Spain, following their customs, dealing with the problems of daily life, observing and celebrating their holidays."⁸

However, despite these efforts, there remained an insufficient number of Spanish women in the Americas and the unavoidable reality of racial integration materialized in a *mestizo* population. This demographic swiftly surpassed the European population and complicated previously straightforward spatial segregation. *Mestizos* began to claim space through establishing settlements, termed '*Villas de Vecinos Libres*', whereby they competed for political and economic power.⁹ Despite being constructed independent of the Spanish, the shape that their *villas* took nevertheless adopted a similar urban configuration to that imposed by the Europeans.

Thus, socially and spatially, the historical foundation of divided, unequal urban space was laid through an exploitative process imposed by colonial rule. In the centuries that followed, this framework was solidly embedded through practice and reproduced by local elites.

⁷ Ward, Peter M. "Cities and Urbanization." In *Encyclopedia of Latin American History and Culture*. Barbara A. Tenenbaum, ed. New York: Charles Scribner's Sons. Volume II. p. 165. 1996.

⁸ Romero, Jose Luis. *Latin American, its cities and ideas...* 1999.

⁹ In Colombia, the city of Medellín is an outstanding example of a *mestizo* settlement that displaced its Spanish counterpart, Santa Fé de Antioquia (Gaventa and Valderrama, 1999).

1.2 Segregation

Although the growth of cities progressed across the hemisphere, it wasn't until the economic crisis of the early twentieth century that urbanization began its exponential rise. Migration and high birth rates combined to trigger the quantitative growth of cities and, by mid-century, eight capitals passed the one million mark, thereby joining ranks with the largest cities of the world.¹⁰

Growth was astronomical and unavoidably altered the composition of urban environments unprepared to absorb the human influx. In his book, *Lima, la horrible*, Peruvian Sebastián Salazar Bondy compiled his observations on this process of urban 'disfiguration':

[Lima] has become a world of two million people, pushing and shoving amid the din of honking horns, uncivilized radios, human congestion, and other forms of modern-day madness in order to survive. Two million inhabitants forcing their way through the beasts that massive underdevelopment makes of men... The bottleneck of vehicles in the city center and on its avenues, the rude competition of peddlers and beggars, the tiresome lines for the inadequate transportation services, the housing crisis, the disasters caused by pipes that break, the imperfect telephone system.¹¹

Lacking the infrastructure, resources or foresight to cope, cities increasingly succumbed to social and spatial deterioration as Bondy's observations accurately document. However, what he fails to mention is that all inhabitants did not experience the consequences of rapid urbanization in the same manner. With the advent of motorized transport, the upper classes were able to flee the city center in mass exodus, thus evading the effects of crumbling or non-existent infrastructure, lack of housing, increasing crime and pollution. Those pouring into cities were instantly funneled into certain areas, marginalized from established urban society and excluded from municipal infrastructure. In this process, the Latin American slum settlement was born.

¹⁰ Mexico City and Buenos Aires, had over 8.5 million inhabitants while four capitals—Santiago, Lima, Bogotá, and Caracas—experienced a dizzying rate of growth. Santiago, which was close to one million in 1940, had a population of 2,600,000 thirty years later; but in that same space of time, Lima went from 600,000 to 2,900,000; Bogotá from 360,000 to 2,540,000, and Caracas from 250,000 to 2,118,000 (Romero, 1999).

¹¹ Cited in Romero, 1999.

By the 1950s, a definite pattern was taking shape in most Latin American cities, in which the rich lived in the most environmentally attractive areas of the city with the poor relegated elsewhere.¹² In São Paulo in 1970, “over three quarters of families in the top income bracket... lived in seven districts within a radius of approximately 7 kilometers to the south and west of the city.”¹³ As a point of articulation for relationships, the city was literally being built to maintain barriers between different socio-economic and racial groups, just as in the colonial past.

However, the pattern of segregation was not entirely straightforward, a situation geographer Alan Gilbert (1996) attributes to three key dynamics. Firstly, an expanding urban population and area have necessitated contact between affluent and lower-income areas, once separated by undeveloped land. This is illustrated in Bogotá, where the affluent north now brushes against the low-income settlements of the periphery, clustered around the quarries of Usaquén (see Annex I). In reference to these maps, there is an interesting consolidation of higher income property as contact with lower-income areas increases. Whereas separate neighborhoods may have existed in the former map, the latter demonstrates a clear preference toward expanding affluent areas into a larger homogeneous sector.

The second complicating factor cited is the growing middle class, which could not afford land in wealthier areas and hence, settled on land close to low-income areas. Middle class suburbs were built, for example, in the west and southwest of Bogotá during the 1970s¹⁴, a contemporary location that would have been inconceivable in the past. Their presence acts as a buffer between other socio-economic extremes.

¹² In Rio, exclusive enclaves such as Copacabana, Ipanema, Leblón, Gavea, and Tijuca took shape; in Santiago, Providencia and Tobalaba; in Caracas, Sabana Grande, and Chacaito; in Bogotá, Chapinero and Chicó; in Montevideo, Pocitos and Carrasco; in Buenos Aires, the Barrio Norte and San Isidro; in Lima, Miraflores and Monte Rico; in Mexico City, San Angel and Pedregal (Romero, 1999). Gilbert, A. (ed.). *The Mega-City in Latin America*. Tokyo, United Nations University Press. 1996.

¹³ Batley, R. *Power through bureaucracy: Urban political analysis in Brazil*. Hampshire, Gower Publishing. 1983, p. 102.

¹⁴ Gilbert, A. and P. Ward. *Housing, the state and the poor: Policy and practice in three Latin American cities*. Cambridge, Cambridge University Press. 1985, p. 116.

Thirdly, variegated topography has also contributed to blurring the precise pattern of segregation; as Gilbert¹⁵ articulates “hilly cities are arguably less clearly polarized than flat cities.” Caracas and Rio de Janeiro are ideal examples of this process, where an abundance of steep slopes in urban areas have traditionally held little commercial value. Accordingly, such ‘undesirable’ spaces remained under municipal control until urbanization took hold. Then, city administrations increasingly came under pressure from low-income groups for land and housing, which resulted in the establishment of *barrios* and *favelas* in close proximity to, but segregated from, high-income and middle-income areas. In Caracas, this process has occurred in the topographically accentuated terrain of the south and southeast of the city where a ‘functional symbiosis’ has developed –wealthy communities provide work for maids and manual laborers while the barrio provides the cheap labor.¹⁶

1.3 Apartheid

As this brief historical swath conveys, urban segregation is woven tightly through much of Latin America’s colonial past. Current patterns simply embed and exaggerate urban divisions further, as the sustained local movement toward middle and upper-class neighborhoods of fences, iron bars and walls suggests.

Teresa Caldeira has done extensive research on gated communities in Brazil, and numerates office complexes, shopping centers, schools and hospitals as some of the amenities within the prototypical fortified enclave. The residential component is the *condomínio fechado*, closed condominium, which can be oriented in a vertical or horizontal manner –luxury apartments and enclosed security suburbs respectively.¹⁷

As crime rates in Brazil have amplified, citizens are increasingly turning to the fortified enclave as a housing option. Psychologically, fortified enclaves entice inhabitants by playing on security concerns. Considerable research exists on the connection between fear of crime and the physical environment, perhaps best represented by the work

¹⁵ Gilbert, A. (ed.). *The Mega-City in Latin America*. Tokyo, United Nations University Press. 1996.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Caldeira, Teresa P.R. *City of Walls: Crime, Segregation, and Citizenship in São Paulo*. Berkeley, University of California Press. 2000.

of American architect Oscar Newman. In his publication *Defensible Space*,¹⁸ Newman contends that crime can be controlled and mitigated through the built environment by addressing four factors: *territoriality*, the idea that one's home is sacred; *natural surveillance*, the link between an area's physical characteristics and the residents' ability to see what is happening; *image*, the capacity of the physical design to impart a sense of security; and *milieu*, features affecting security, such as proximity to a police substation or busy commercial area.

Although crime is a tangible social problem in Latin America, in most cases segregation responds not to the crime itself but rather fear. Thus, Newman's theory is not without merit but statistics show that spatial exclusion can also correlate to the precipitation of violence,¹⁹ when compounded by social, economic and cultural factors. Moreover, ethnographic research has shown that crime prevention and security are but one motivating factor for the establishment of segregated spaces.

Based on long-term field research, Giglia compared five different forms of walled neighborhoods in Mexico City, within the context of a stratified society experiencing severe urban issues. She discovered that segregated urban spaces did not only result from fear of crime; they simultaneously provided a method for escaping urban disorder, establishing homogeneity and elevating social status. "These are valuable places because they are different from the rest of the city, where streets are full of heterogeneity [and] huge inequalities."²⁰

Through the increased popularity of gated communities, the 'outside' world also changes, as certain groups no longer engage in public space. As Landeman and Schönsteich²¹ identify, these spaces are now "abandoned to the poor, the homeless and street children, who are left vulnerable to violence and abuse by various control groups, including criminals and the security forces." Furthermore, social boundaries become rigid and residents of all social groups have a sense of exclusion and restriction. "For some, the feeling of exclusion is obvious, as they are denied access to various areas and

¹⁸ Newman, Oscar. *Defensible Space*. London, Architectural Press. 1973.

¹⁹ Moser, C. and McIlwaine, C. "Latin American Urban Violence as a Development Concern: Towards a Framework for Violence Reduction", *World Development*, (34) 1, 2006. p. 90.

²⁰ Giglia, Angela. Gated communities in Mexico City. *Gated Communities: Building Social Division or Safer Communities?* Glasgow, September 18-19, 2003. p. 10.

²¹ Landeman, K. and Schönsteich, M. "Urban Fortresses: Gated Communities as a reaction to crime". *African Security Review*. 11(4). 2002. p. 8.

are restricted to others. Affluent people who inhabit exclusive enclaves also feel restricted; their feelings of fear keep them away from regions and people that their mental maps of the city identify as dangerous.”²² In this way, fear becomes the psychological barrier that parallels the physical divisions in the city.

Contemporary urban issues are deeply rooted in the historical legacy of the past. Just as the conquistadors built their settlements to reinforce a power structure and defend a specific way of life, fortified enclaves do the same. In highly stratified societies, where resources and entitlements are poorly distributed, walls allow for disparity to be ignored and human rights issues to remain unresolved. As such, Latin America’s current challenge is to understand rights and democratization concerns from a spatial perspective.

According to cultural theorist Paul Virilio,²³ if a solution is possible, it lies in reorganizing the place of communal life so as to regain contact. As human rights themselves seek to build a more compassionate and just world, and democracy necessitates the participation of all citizens, the topic of spatial dynamics and exclusion must be broached. If the shape of Latin American cities continues to be relegated to the contingent, solutions to urban problems will continue to elude the region.

2. Building parity

2.1 Space for rights

In their barest codified form, human rights are an inventory of that which governments cannot do to their citizens and that which they are under obligation to provide. Although they are taken to be universal, indivisible, interdependent and interrelated,²⁴ human rights are commonly categorized within the following areas: civil, political, economic, social and cultural. Numerous international and regional instruments exist for the protection of individual and group entitlements, which subsequently provide the fundamental anchor for rights-based discourse and the establishment of related jurisprudence.

²² Caldeira, Teresa P.R. *City of Walls: Crime, Segregation, and Citizenship in São Paulo*. Berkeley, University of California Press. 2000. p. 324.

²³ Virilio, Paul. *Politics of the Very Worst*. Cambridge, MIT Press. 1999.

²⁴ Vienna Declaration and Programme of Action 1993, Sec. I, Par. V.

In terms of implementation, human rights are enacted in society and it is through this empirical application of legal principles that equality and freedom are given life. In other words, “law is, as it were, produced... in spaces; those spaces in turn are partly constituted by legal norms.”²⁵ Thus, rights are an essential tool in producing space for their own realization.

As a region, Latin America is actively engaging in democratization and the implementation of human rights, with varying degrees of success. Certainly voting rights are now widely accepted and elections take place at regular intervals under comparatively peaceful conditions. Nevertheless, poverty is pervasive and economic, social and cultural rights remain largely unrealized. Analyzing these contemporary challenges from a spatial perspective offers fresh insight as why this might be the case.

According to Lefebvre²⁶ “a revolution that does not produce a new space has not realized its full potential; indeed it has failed in that it has not changed life itself, but has merely changed ideological superstructures, institutions or political apparatuses.” For human rights to be successfully introduced in the region as a legal and ideological framework, spatial and social structures must also change accordingly. Exposing the geography of injustice is essential in developing social structures that are more just.²⁷

Indeed, it is the actuality of life and lived experience in which equality and discrimination are experienced. Therefore, even if legal norms are adopted, unless the social context for their implementation is also modified, change remains unlikely.

It comes as no surprise that grave spatial violations frequently occurred under the watchful eye of Latin American military regimes. Between 1979 and 1985 during Pinochet’s rule in Chile, some 28,700 families in Santiago were forcibly moved from central areas and affluent eastern suburbs into the communes of the far south and the northwest of the city.²⁸ However, in many Latin American countries such violations still occur today. Amnesty International recently drew

²⁵ Blomley in Mitchell, Don. *The Right to the City*. New York, Guilford Press. 2003.

²⁶ Lefebvre, Henry. *Key Writings*. Oxford: Blackwell Publishers. 2003. (1991, p. 54).

²⁷ Mitchell, Don. *The Right to the City*. New York, Guilford Press. 2003. p. 30.

²⁸ Gilbert, A. (ed.). *The Mega-City in Latin America*.

attention to forced evictions taking place in São Paulo, a city well known for its chronic shortage of housing for the poor. With the help of local NGOs, some low-income families have begun squatting in empty buildings, to which municipal authorities have responded with riot police using batons, CS gas, pepper spray and rubber bullets.²⁹ On March 30, 2006, municipal authorities in São Paulo were preparing to forcibly evict 468 families from a derelict building in the center of the city that they have occupied for over two years, in order to clear the site for commercial development.³⁰

Brazil is a party to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), and thus obliged to ensure all citizens have adequate housing, and that no one is made homeless as the result of an eviction. It is also a party to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), in which Article 12 (1) guarantees to everyone lawfully within the territory of a State the right to liberty of movement and choice of residence.

The prevalence of segregation and inequitable distribution and access to space in Latin America is a fundamental human rights issue. As Caldeira rightly asserts, “when some people are denied access to certain areas and when different groups are not exposed to interact in public space, references to a universal principle of equality and freedom in social life are no longer possible, even as fiction.”³¹

2.2 Spatial Rights

Currently, no specific legal provisions exist wherein spatial rights are explicitly identified. However, this is not to say that related entitlements are not provided for under international law.

²⁹ According to Amnesty International, in August 2005, 79 families occupying a five-story building on Rua Plínio Ramos, in the centre of town, were confronted by riot police. During the eviction, the police ordered all women and small children to leave, and then entered the building and beat several of the men and boys, some as young as 14. This was one of five violent evictions carried out by the municipal government during 2005.

³⁰ Amnesty International, 19/013/2006.

³¹ Caldeira, Teresa P.R. “Fortified Enclaves: The New Urban Segregation”... p. 325.

For example, a *claim to space* is enabled under Article 11³² of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), which guarantees the right to adequate housing. This provision manifestly grants individuals a certain living space and, moreover, mandates that it be of an adequate standard. It provides a platform for challenging segregated cities, where a sizeable majority lives on the literal, symbolic and inadequate ‘outside’.

Along this vein, *access to space* is implicitly guaranteed under Article 22³³ of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 15³⁴ of the American Convention on Human Rights (ACHR). To read these provisions spatially, one must concede that public space is essential for this right to be realized. Indeed, as it cannot be denied that humans inhabit physical space, one must then consider the following implication: “no one is free to perform and action unless there is somewhere [they] are free to perform it.”³⁵ Universal association cannot exist unless all people are universally able to engage in spaces.

Further, one must consider the concept of meaningful speech and action as a method of *defining space*. According to Hannah Arendt,³⁶ the marginalized are often stripped of the ‘right to have rights’, which she defines as “the deprivation of a place in the world which makes opinions significant and actions effective.” Enshrined in Articles 18 and 19 of the ICCPR and Article 13 of the ACHR, the freedoms of thought and expression can only be consequential insofar as they are heard and respected by others. It is not enough for urban residents to simply have access to space alone, as this space must necessarily embody

³² ICESCR, Article 11, Para. 1: The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, *including adequate food, clothing and housing*, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

³³ ICCPR, Article 22, Para. 1: Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.

³⁴ ACHR, Article 15: The right of peaceful assembly, without arms, is recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights or freedom of others.

³⁵ Waldron in Mitchell, Don. *The Right to the City...* p. 27.

³⁶ Cited in Parekh, Serena. “A meaningful place in the world: Hannah Arendt on the nature of human rights”. *Journal of Human Rights*. 3 (1). March 2004, p. 45.

social relations. Without the ability to engage in meaningful public communication and interaction, the individual is torn from the fabric of society and human rights are undermined through segregation.

A further inventory of legal instruments could be undertaken but the point is simply to illustrate that existing human rights instruments provide a basis on which spatial claims and entitlements can be defended. The discourse need only embrace this flexibility and then apply it.

3. Charting the Future

3.1 Placing difference

The ability to raise issues and determine the shape of institutional and social relations crucially depends on the existence of spaces and forums to which everyone has access.³⁷ Citizenship is very much constructed on a daily basis, in society, rather than the periodic casting of electoral ballots. Shared public spaces are vital for the realization of universal rights and establishment of functional democracy, as well as the establishment of a flexible and representative community.

Such spaces traditionally play host to the essential dialectic of “inclusion and exclusion, order and disorder, rationality and irrationality, violence and peaceful dissent.”³⁸ As the physical embodiment of the public sphere, shared spaces facilitate access to political power, representation and communication. To be sure, public spaces very rarely grant free access to everyone; their importance lies rather in providing a potential forum for groups to demand access.³⁹

Public space is also essential in the sense that it embodies heterogeneity; as Aristotle noted “a city is composed of different kind of men; similar people cannot bring a city into existence”⁴⁰. Encountering difference serves a crucial purpose –as difference among

³⁷ Young, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, Princeton University Press. 1990. p. 240.

³⁸ Mitchell, Don. *The Right to the City...* p. 51.

³⁹ Marginalized groups in Latin America have a long history of ‘taking to the streets’ in protest, demanding the right to participate and be represented. Recent examples include the Madres de Plaza de Mayo in Argentina, the anti-privatization ‘Water Wars’ in Cochabamba, Bolivia in 2000, and indigenous movements such as the Zapatistas in Chiapas, Mexico.

⁴⁰ Sennett, Richard. *Flesh and Bone*. New York, W.W. Norton & Company. 1994. p. 13

the undifferentiated allows for identification between men and women, children and adults, healthy and differently-abled, facilitating the assumption of individual identities. With this in mind, the claim can be made that “social distinctions are extremely valuable, quite apart from being unavoidable; there is no way to negotiate an undifferentiated world.”⁴¹ It must be kept in mind, however, that heterogeneity is not without its complications. Difference can easily mutate into exclusion, whereby disproportionate amounts of power and space are conceded to certain groups.

Human rights are an attempt to balance different claims and identities through providing a framework for conflict resolution between citizens. It is this reciprocal nature of rights which makes them social, thereby committing societies to deliberation.⁴² With this in mind, it is important to note that human rights principles do not necessitate the prohibition of segregated communities. In fact, multiple human rights documents instrumentalize a right to privacy⁴³, rendering the choice of wealthy citizens to live in compounds as valid as the decision of a poor rural farmer to move to the city. Only when society and settlements are built so that not all members have meaningful access to the full range of activities and services that encompass public and private spheres are human rights principles contradicted. When this occurs, and human rights are left unrealized, they simultaneously become useful tools with which to challenge inequality.

3.2 Right to the City

Although it is not explicitly included in any international human rights instruments, the ‘right to the city’ is gaining attention as a powerful rights-based entitlement for urban dwellers. French Marxist Henri Lefebvre originally developed the concept in his publication *Le droit a la ville*, as a method for defending the right of inhabitants

⁴¹ Hastrup, Kirsten. “Toleration: Making Room for Difference”. In Kirsten Hastrup and George Ulrich (eds.) *Discrimination and Toleration*. London, Kluwer Law International. 2002. p. 78.

⁴² Ignatieff, Michael. *The Rights Revolution*. Toronto, House of Anansi Press, Inc. 2000. p. 32.

⁴³ The right to private life can be found within Article 11 of the American Convention on Human Rights as the ‘right to privacy’, Article 8 in the European Convention on Human Rights as the ‘right to private life’ and the International Covenant on Civil and Political Rights in Article 17, Para. 1 as “1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honor and reputation.”

to their spaces. Lefebvre argued that contemporary individuals are a synthesis of many influences and must therefore be acknowledged in the context of distinct social practices and habitat, among other things. In response to this reality, as well as the critical urban challenges that accompany it, Brazil has enacted a groundbreaking legal instrument, "The City Statute,"⁴⁴ which acknowledges the obligation of urban municipalities in the realization of their inhabitants' human rights.

The City Statute has four main dimensions, which together enable a reinterpretation of the relationship between urban property and residents. According to this law, municipal governments are invested with the task of controlling urban development through territorial and land use policies. These, in turn, mandate the coexistence of individual property owners, general social and cultural interests, as well as the city as a whole.⁴⁵ Ultimately, municipal administrations are invested with more power to determine and, if necessary interfere in urban land use patterns based on their connection to social exclusion and spatial segregation in Brazil. Alongside the increased powers of municipalities, the City Statute also emphasizes the need for municipalities to integrate urban planning, legislation and management so as to democratize local decision-making and enable broad-based community participation.

Of course, as this paper contends, the effective materialization of legal policy rests on modified social practice. Nevertheless, municipal reform has already occurred in several municipalities,⁴⁶ where laws, plans and programs have been formulated in order to combine land, housing, urban, tax and socio-economic policies seek to promote social and spatial integration.⁴⁷ Moreover, in April 2004 the National Council of Cities was established in Brasilia, invested with power on matters related to national urban and housing policy.

In applying human rights in this manner, spatial practices are democratized and a new platform is created on which inhabitants can determine the urban spaces that best meet their needs. Individuals are legally empowered to challenge corporate actors and these businesses are made accountable to the community to which they belong. This affords each urban inhabitant the opportunity to participate in and

⁴⁴ Brazilian Federal Law No. 10.257, enacted on 10 July 2001.

⁴⁵ Fernandes, 2005.

⁴⁶ This has been reported in the following Brazilian municipalities: Porto Alegre, Diadema, Santo Andre, Sao Paulo, Belo Horizonte and Recife.

⁴⁷ Fernandes, 2005.

influence their surroundings, thus reducing conflict while increasing respect for human rights, granting dignity and fostering a culture of peace.

3.3 Cities Against Racism

In the same way that building practices and urban spaces can be proscribed *vis-à-vis* legal instruments, they can also be promoted through the provision of best practices. Such is the intent of UNESCO's International Coalition of Cities Against Racism, which seeks to establish a worldwide network of municipalities for the exchange of experiences, expertise and good practices relating to urban anti-discrimination policy. As cities have a unique autonomy, they are empowered with great potential for inventing "new forms of urban citizenship and new ways of living together."⁴⁸ Based on this foundation, representatives from more than 140 European cities gathered to unanimously approve a Regional Coalition of Cities Against Racism in 2004; Canada has since achieved the same in principle. As of April 2006, Montevideo (Uruguay), has signed on as lead city for Latin America and work is currently underway to develop a regional network.

The basis of the universal doctrine of rights, which designates humans as both bearers and recipients of tolerance, is shared by the Coalition initiative. At its base is a ten-point plan of action that seeks to "strengthen vigilance against racism, encourage programs of equality with regard to employment, to provide better support to victims of racism and for policy evaluation."⁴⁹ Each region can independently adapt the plan to its own specificities; Canada has chosen to highlight the need to "promote respect, understanding and appreciation of cultural diversity and the inclusion of Aboriginal and racialized communities into the cultural fabric of the municipalities." As Latin America launches their regional initiative, perhaps the challenge of urban segregation might find its way into discussion.

This has already occurred with establishment of the *Belfast-Jerusalem Civil Society Partnership*, a network based at the University of Ulster in Northern Ireland which seeks to address the effects of urban intolerance. According to Thomas Fraser, Provost of the University, it

⁴⁸ UNESCO, 2005.

⁴⁹ Ibid.

is intended so that cities coming together, or moving apart, can learn from each other's mistakes through examining best practices that have evolved in 'divided cities.'⁵⁰ The closer that one is emotionally and spatially, the more difficult it is to build walls. Based on their work, Fraser suggests, "it actually becomes more difficult to fight and to hate someone if you are actually able to recognize them. If you literally don't see the enemy, then... it becomes easier to fear them and hate them."⁵¹ It seems there is a very spatial character to toleration that must be acknowledged in the construction of a just public sphere.

Conclusion

As the city is both a social and spatial locus for humans, urbanity must be analyzed in relation to humanity. In this respect, this paper contends that the fragmented and violent urban spaces of Latin American cities represent an inescapable barrier to the implementation of democracy and human rights.

Indeed, spaces of representation emerge from spaces of universal dignity, where a "new understanding of the human condition imparts a radically new meaning to an old principle."⁵² In this way, by applying human rights principles and spatial perspectives to contemporary urban challenges, cities can be constructed to encourage certain relations and better meet the needs of inhabitants.

The built environment neither circumscribes behavior nor realizes human rights directly but it is too often the case that power and powerlessness share the same human-made boundary, preventing society from democratic governance. Space must therefore be organized and structures built so as to acknowledge all citizens share the same entitlements. Open and safe public spaces breed tolerance and act as a venue for the realization of rights whereas the prevalence of gated communities is part of a continued architectural obstacle to democratization in Latin America. Bearing this in mind, the cities of the region must reconsider their configuration, so as to promote and convey democratic, united and inclusive citizenship. This is absolutely

⁵⁰ Fraser, Thomas. Interview with Ana Maria Tremonti. "Divided Cities", on *The Current*. Radio One. Canadian Broadcasting Corporation. 25 March, 2005. Toronto, Canada.

⁵¹ Ibid.

⁵² Taylor, Charles. *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton, Princeton University Press. 1992.

essential because, as Richard Sennett⁵³ reminds us, “the city is not just a place to live... it is a space that implicates how one derives one’s ethics, how one develops a sense of justice, how one learns to talk with and learn from people who are unlike oneself, which is *how a human being becomes human* [emphasis added].”

References

- Amnesty International. *Urgent Action: Brazil Forced eviction and use of excessive force*. AMR 19/013/2006. 30 March 2006.
- Batley, R. *Power through bureaucracy: Urban political analysis in Brazil*. Hampshire, Gower Publishing. 1983.
- Caldeira, Teresa P.R. “Fortified Enclaves: The New Urban Segregation”. *Public Culture*, (8), p. 303-328. 1996.
- Caldeira, Teresa P.R. *City of Walls: Crime, Segregation, and Citizenship in São Paulo*. Berkeley, University of California Press. 2000.
- Fernandes, Edesio. “Updating the Declaration of the Rights of Citizens in Latin America: Constructing the ‘Right to the City’ in Brazil”. *Urban Policies and the Right to the City*. Paris, September 15-16, 2006.
- Fraser, Thomas. Interview with Ana Maria Tremonti. “Divided Cities”, on *The Current*. Radio One. Canadian Broadcasting Corporation. 25 Mar, 2005. Toronto, Canada.
- Gaventa, J. and C. Valderrama. “Participation, Citizenship and Local Governance.” *Strengthening participation in local governance*. Institute of Development Studies, June 21-24, 1999.
- Giglia, Angela. Gated communities in Mexico City. *Gated Communities: Building Social Division or Safer Communities?* Glasgow, September 18-19, 2003.
- Gilbert, A. (ed.). *The Mega-City in Latin America*. Tokyo, United Nations University Press. 1996.
- Gilbert, A. and P. Ward. *Housing, the state and the poor: Policy and practice in three Latin American cities*. Cambridge, Cambridge University Press. 1985.
- Griffin, E. and L. Ford. “A Model of Latin American City Structure.” *Geographical Review*, (70)4, p. 397-422. 1980.

⁵³ Sennett, Richard “The Civitas of Seeing”, *Places*. 5 (4). 1989.

Hastrup, Kirsten. "Toleration: Making Room for Difference". In Kirsten Hastrup and George Ulrich (eds.), *Discrimination and Toleration*. London, Kluwer Law International. P. 73-87. 2002.

Ignatieff, Michael. *The Rights Revolution*. Toronto, House of Anansi Press, Inc. 2000.

Landeman, K. and Schönteich, M. "Urban Fortresses: Gated Communities as a reaction to crime". *African Security Review*. 11(4). 2002.

Lefebvre, Henry. *Key Writings*. Oxford: Blackwell Publishers. 2003.

Low, Setha. "The Edge and the Center: Gated Communities and the Discourse of Urban Fear." *American Anthropologist*. 103 (1), pp. 45-58. 2001.

Mitchell, Don. *The Right to the City*. New York, Guilford Press. 2003.

Moser, C. and McIlwaine, C. "Latin American Urban Violence as a Development Concern: Towards a Framework for Violence Reduction", *World Development*, (34) 1, p. 89-112. 2006.

Newman, Oscar. *Defensible Space*. London, Architectural Press. 1973.

Paz, Octavio. "I Speak of the City", *A Tree Within*. New York, New Directions Publishing Corporation. 1998.

Parekh, Serena. "A meaningful place in the world: Hannah Arendt on the nature of human rights". *Journal of Human Rights*. 3(1). March 2004, p. 41-53. 2004.

RetaNET. *Resources for Teaching About the Americas*. University of New Mexico, available at <http://retanet.unm.edu/> [accessed 6 April 2006]. 2006.

Romero, Jose Luis. *Latin American, its cities and ideas*. Inter-American Agency for Cooperation and Development. Organization of American States. 1999. Originally published as *Latinoamérica, las ciudades y las ideas* (1976).

Sennett, Richard "The Civitas of Seeing", *Places*. 5(4). 1989.

Sennett, Richard. *The Conscience of the Eye*. New York, Alfred A. Knopf, Inc. 1990.

Sennett, Richard. *Flesh and Bone*. New York, W.W. Norton & Company. 1994.

Taylor, Charles. *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton, Princeton University Press. 1992.

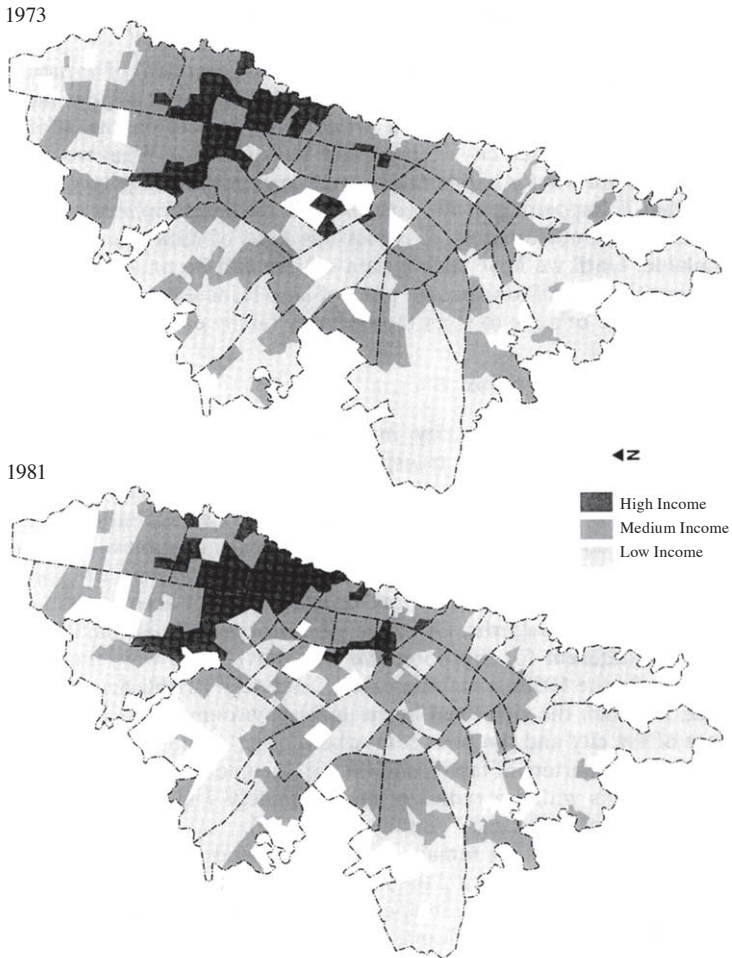
UNESCO. *Social and Human Sciences Newsletter* No. 12. March - May 2006.

UN Habitat. *Habitat Debate: Cities at Risk*. Vol. 7(4), December 2001.

Virilio, Paul. *Politics of the Very Worst*. Cambridge, MIT Press. 1999.

Ward, Peter M. "Cities and Urbanization." In *Encyclopedia of Latin American History and Culture*. Barbara A. Tenenbaum, ed. New York: Charles Scribner's Sons. Volume II. p. 164-169. 1996.

Young, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, Princeton University Press. 1990.

Annex**Bogotá, Colombia: Residential segregation, 1973 and 1981⁵⁴**

These maps convey the consolidation of higher income property as contact with lower-income areas increased. Whereas a pattern of separate neighborhoods existed in the former map, the latter demonstrates a clear preference toward combining affluent areas into a larger homogeneous sector.

⁵⁴ Map originally included in Alan Gilbert (ed.), *The Mega-City in Latin America*. Tokyo, United Nations. University Press. 1996.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos*

*Julissa Mantilla Falcón***

Antecedentes

La Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) fue creada en el año 2001¹, en un difícil contexto político, luego de que el Presidente Alberto Fujimori abandonara el país rumbo al Japón y durante el gobierno transicional de Valentín Paniagua. El objetivo principal de la CVR era investigar los crímenes y violaciones de derechos humanos ocurridos entre mayo de 1980 y noviembre del 2000, a cargo de los actores del conflicto armado interno, esto es, el Estado peruano y los grupos subversivos Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). El nuevo gobierno de Alejandro Toledo reafirmó la vigencia de la CVR, amplió el número de comisionados a doce y cambió su denominación añadiendo el término “reconciliación”².

El 28 de agosto del 2003, el Informe Final de la CVR³ fue presentado en Palacio de Gobierno. Ante el Presidente Alejandro Toledo, Salomón Lerner Febres, Presidente de la CVR, dio a conocer los dramáticos resultados de casi dos años de trabajo. Lo propio se hizo un par de días después en Ayacucho, ciudad donde se inició el conflicto armado.

* A Cecilia Reynoso, Melissa Bustamante, Carla Lecaros y Diana Portal, integrantes de la Línea de Género de la CVR. Asimismo, una dedicación especial y un agradecimiento permanente al Dr. José Burneo, Jefe del Equipo Jurídico de la CVR, así como a la Dra. Norma Rojas, Coordinadora del Área.

Otra versión de este trabajo se puede consultar en Anne Pérotin-Dumon (dir.), “Historizar el pasado vivo en América Latina”, publicación electrónica de próxima aparición en www.historizarelpasadovivo.edu.pe

** Abogada. Fue Responsable de la Línea de Género y Abogada del Equipo Jurídico de la CVR, encargada de la investigación de los casos de violencia sexual contra las mujeres.

1 Decreto Supremo N° 065/2001/PCM del 4 de Junio del 2001.

2 Decreto Supremo N° 101/2001/PCM del 31 de agosto del 2001.

3 <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> visitada en agosto del 2004.

Los hallazgos de la CVR son impactantes y en los nueve voluminosos tomos del informe se dio cuenta del desarrollo del proceso de violencia, de los actores del conflicto, de los crímenes y violaciones de derechos humanos, así como de las secuelas de la violencia. Asimismo, se incluyó una serie de recomendaciones orientadas al compromiso final de la reconciliación, las cuales estaban referidas al desarrollo de reformas institucionales, al Programa Integral de Reparaciones (PIR) y el Plan Nacional de Intervención Antropológico-Forense. Finalmente, se estableció una serie de mecanismos de seguimiento de las recomendaciones de la CVR.

Además de estos importantes hallazgos y aportes, el Informe de la CVR marcó un hito significativo al incorporar un análisis del impacto diferenciado de la violencia por razones de género, además de incluir un capítulo específico sobre violencia sexual contra las mujeres.

De esta manera, y a diferencia de experiencias previas, la CVR se constituyó en la primera comisión de la verdad en el mundo en contemplar una perspectiva de género desde el inicio de su trabajo, convirtiéndose así en un significativo precedente para el establecimiento y trabajo de futuras entidades de este tipo.

Escuchar el discurso del Presidente de la CVR en la presentación del Informe Final, señalando claramente que entre los casos de violaciones masivas de derechos humanos acaecidas en el conflicto armado peruano debía incluirse los casos de violencia sexual contra las mujeres, fue quizás uno de los aspectos más importantes⁴. Lo que hacía no mucho era visto como normal y cotidiano, en ese momento era reconocido como una violación de derechos humanos que, debido a su carácter generalizado, puede plantearse además como un crimen de lesa humanidad.

En este documento, se intenta dar una dimensión de la experiencia vivida, combinando los hallazgos profesionales y jurídicos del trabajo

⁴ “Como peruanos, nos sentimos abochornados por decir esto, pero es la verdad y tenemos la obligación de hacerla conocer. Durante años, las fuerzas del orden olvidaron que ese orden tiene como fin supremo a la persona y adoptaron una estrategia de atropello masivo de los derechos de los peruanos, incluyendo el derecho a la vida. Ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, torturas, masacres, violencia sexual contra las mujeres y otros delitos igualmente condenables conforman, por su carácter recurrente y por su amplia difusión, un patrón de violaciones de los derechos humanos que el Estado peruano y sus agentes deben reconocer para subsanar”. Discurso de presentación del Informe Final de la CVR http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/informe_final/discurso_lerner.htm, visitada setiembre 2004.

realizado con una visión personal del proceso para, finalmente, esbozar algunas sugerencias para futuras entidades de este tipo.

El impacto diferenciado de la violencia: La desigualdad de género⁵

El Informe Final de la CVR reconoció que la violencia durante el conflicto armado interno afectó a los hombres y a las mujeres de manera diferente, según sus posiciones sociales y los roles de género que ostentaban. Debe entenderse que las situaciones de desigualdad y discriminación, que existían previamente al conflicto, se encuentran presentes en los crímenes y violaciones a los derechos humanos que se produjeron. Asimismo, el Informe reconoce la existencia de violencia de género contra la mujer, esto es, violencia dirigida específicamente contra las mujeres y/o que las afectan en forma desproporcionada⁶, situación que no recibió la atención necesaria por parte de las autoridades ni de la sociedad en general. En este sentido, el Informe de la CVR tiene el mérito de destacar la situación de invisibilidad de la experiencia femenina en el conflicto y de dar cuenta de la respuesta de las mujeres ante la violencia, explicando las estrategias de sobrevivencia que desarrollaron, tanto a nivel individual como en las organizaciones locales, tal como se verá posteriormente.

Durante el conflicto, la persecución de los varones con base en la idea estereotipada del hombre/guerrero tuvo efectos en las mujeres quienes fueron agredidas, en muchas circunstancias, por sus vínculos familiares y de afinidad con dichos varones. Asimismo, las afectaciones a los derechos de las mujeres se dieron durante los procesos de búsqueda de los varones desaparecidos y en la denuncia de los hechos de violencia.

En cuanto a la información estadística, el Informe señala que los hombres entre 20 y 49 años conforman el grueso de las víctimas fatales reportadas a la CVR (más del 55%), mientras que las mujeres

⁵ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VIII Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la Violencia, Capítulo 2: El Impacto diferenciado de la Violencia, 2.1 Violencia y Desigualdad de Género <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

⁶ “La violencia contra la mujer, Recomendación General 19”, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 30 de enero de 1992.

de todas las edades suman aproximadamente el 20% de las víctimas⁷. Asimismo, se establece que las mujeres y los niños aparecen entre las víctimas fatales con mayor frecuencia en situaciones de violencia indiscriminada, como fueron las masacres o arrasamientos de comunidades⁸.

Las mujeres se vieron afectadas, en primer lugar, por los asesinatos y ejecuciones extrajudiciales (50%), las detenciones (27%) y la tortura (23%). Asimismo, existieron casos de secuestro (17%), desapariciones forzadas (16%) y violaciones sexuales (10%)⁹. En cuanto a este último punto –y tal como se verá más adelante– debe tenerse en cuenta que esta subrepresentación estadística es un hecho común en las investigaciones sobre hechos de violencia sexual.

A lo largo del Informe de la CVR se encuentran elementos interesantes para el análisis de género. Así, se observa que las relaciones de género se van transformando en la medida en que los hombres y las mujeres van asumiendo nuevos roles durante el conflicto armado interno. Ante la falta de los varones, las mujeres deben salir al espacio público y asumir la lucha por la supervivencia de la familia. El desplazamiento de las familias es organizado por las mujeres en la mayor parte de los casos quienes deben abandonar sus viviendas por miedo a la violencia desatada y liderar el asentamiento en nuevos lugares. En este caso, las mujeres sufrieron una triple discriminación: como desplazadas, como mujeres y como indígenas¹⁰.

Por otro lado, es interesante analizar el rol y desarrollo de los actores del conflicto armado interno desde una perspectiva de género.

Así por ejemplo, al momento de estudiar el comportamiento de SL, el Informe da cuenta de las reglas que este grupo establecía para

⁷ Tomo I, Primera Parte: El Proceso, los hechos, las víctimas, Sección Primera: Exposición general del proceso, Capítulo 3: Los rostros y perfiles de las víctimas, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre 2004.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VIII Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la Violencia, Capítulo 2: El Impacto diferenciado de la Violencia, 2.1 Violencia y Desigualdad de Género <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

¹⁰ Al respecto, se recomienda revisar el Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, “Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión de derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas. Los desplazados internos”, Comisión de derechos humanos-ECOSOC, 52° período de sesiones, E/CN.4/1996/52/Add.1.

controlar la vida privada de la población, dictándose una serie de normas relativas a los roles de género, a las relaciones entre varones y mujeres, a la sexualidad, la familia y los hijos que se caracterizaban por el autoritarismo, la jerarquía y la obediencia irrestricta a los líderes. Mujeres y varones eran castigados o asesinados cuando no cumplían los mandatos asignados. Así por ejemplo, SL sancionaba a las mujeres que se relacionaban afectivamente con los soldados¹¹.

La relevancia del liderazgo femenino durante la expansión de SL es analizada en el informe, explicándose que este grupo utilizó la condición de subordinación y necesidad de reconocimiento de las mujeres para reclutar militantes para su proyecto armado. La CVR demostró que SL no intentaba construir un discurso sobre los derechos de la mujer, el cual consideraba como un elemento para la desunión. Al respecto, debe decirse que las mujeres militantes de SL fueron también responsables de crímenes contra la población civil y participaron activamente en la organización subversiva, dejándose de lado el estereotipo de las mujeres desarrollando exclusivamente labores de cuidado y de mediación para la paz¹².

El informe demuestra cómo SL convocaba a mujeres profesionales cuyas expectativas de desarrollo se habían visto frustradas debido a la discriminación racial y de género que debían afrontar. En el ámbito de las universidades, SL ofreció un discurso clasista que dejaba de lado el énfasis en la discriminación racial, étnica y de género, la cual subordinaba a la lucha de clases¹³.

Una vez incorporadas a la organización, se pedía a las mujeres dedicación exclusiva y ellas renunciaban a su vida personal y familiar, se incorporaban a la militancia, logrando adquirir cierto poder y haciéndose conocidas por su dureza. El Informe analiza cómo si bien SL asignaba a las mujeres nuevos roles como mujeres combatientes,

11 *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VIII Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la Violencia, Capítulo 2: El Impacto diferenciado de la Violencia, 2.1 Violencia y Desigualdad de Género <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

12 Ibidem.

13 *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo III Capítulo 3: Las organizaciones sociales, 3.6 Las universidades, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

se les seguía manteniendo en otras tareas como la cocina y el cuidado de la salud¹⁴.

Otro ámbito de estudio que el Informe de la CVR recoge con precisión es el importante rol de las organizaciones de mujeres durante el conflicto armado y su labor en la defensa de la paz y la democracia¹⁵.

El Informe destaca la evolución de estas organizaciones que hacia los años ochenta surgen como clubes de madres, vaso de leche y comedores populares para contrarrestar la crisis económica que afectaba a sus familias. En estos espacios, aparecen destacadas dirigentes que luego asumirían roles activos en la esfera pública.

Durante el conflicto, las organizaciones de mujeres se ubicaron como un espacio de resistencia contra el discurso violento del senderismo, lo que motivó que SL amenazara a las principales dirigentes y, en muchos casos, las asesinara¹⁶. Uno de los casos más recordados fue la muerte de María Elena Moyano en 1992¹⁷, dirigente de la Federación Mujeres de Villa El Salvador (FEPOMUVES) y teniente alcaldesa de dicha comunidad, quien organizara la “Marcha por la Paz” el mismo día que SL decretaba un paro armado.

Asimismo, el Informe recoge el asesinato de Pascuala Rosado¹⁸, Secretaria General de la Comunidad Urbana Autogestionaria Huaycán, por parte de Sendero Luminoso, en represalia a su participación en la instalación de la primera Comisaría en la zona.

14 *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VIII Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la Violencia, Capítulo 2: El Impacto diferenciado de la Violencia, 2.1 Violencia y Desigualdad de Género <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

15 *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo III Capítulo 3: Las organizaciones sociales, 3.2 Los sindicatos, los gremios empresariales y las organizaciones de mujeres <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

16 Según el Informe de la CVR, en 1991, las dirigentes de organizaciones de base comenzaron a recibir amenazas y fueron objeto de atentados por parte del PCP-SL. En noviembre, se realizó la Marcha “Contra el hambre y el terror” liderada por María Elena Moyano y Emma Hilario, entre otras. En diciembre del mismo año se produjo el atentado contra Emma Hilario y, en febrero de 1992, el asesinato de María Elena Moyano luego de su protesta en Villa El Salvador contra el paro armado decretado por el PCP-SL.

17 *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VII Capítulo 2: Los casos investigados por la CVR 2.57 Los asesinatos de María Elena Moyano (1992) y Pascuala Rosado (1996) <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

18 *Ibidem*.

En este contexto se ubica el trabajo de las mujeres que asumieron la Secretaría Ejecutiva de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), entidad que agrupa desde 1984 a las ONG que trabajan el tema¹⁹. Es interesante referirse al análisis que el Informe desarrolla sobre la presencia de las mujeres en una posición tan difícil, argumentándose que probablemente se pensaba que recibirían mejor trato de parte de los actores del conflicto²⁰.

Asimismo, el Informe presenta el caso de la salida de las mujeres al espacio público, desde su rol tradicional de madres, esposas e hijas, que reclamaban justicia para sus familiares, tanto a nivel individual como de las organizaciones vinculadas a la búsqueda de los desaparecidos. Efectivamente, en 1983 un grupo de mujeres familiares de desaparecidos decidieron crear la Asociación Nacional de Familiares Detenidos y Desaparecidos en las Zonas de Emergencia (ANFASEP) con sede en Ayacucho, entidad que inicialmente sólo estuvo integrada por mujeres para no seguir exponiendo a los varones. Asimismo, puede mencionarse la Federación Provincial de Clubes de Madres (FEDECMA) de Huamanga en Ayacucho²¹.

Otro de los actores del conflicto que la CVR analiza está constituido por los comités de autodefensa (CAD) o rondas contrasubversivas. El Informe da cuenta de las percepciones que los ronderos tienen sobre el rol de las mujeres en las rondas, a quienes se les asignaron funciones limitadas a la vigilancia y al pastero de los animales. Sin embargo, la CVR verificó una realidad algo diferente en la zona de la sierra de Ayacucho y de Junín, donde las viudas y las mujeres solteras estaban obligadas a participar en las rondas y, a veces, acompañaban a las patrullas a sitios cercanos. Muchas de ellas tuvieron una participación activa en los enfrentamientos con SL y recibieron entrenamiento en el manejo de las armas, por parte de los mismos ronderos o de los militares.

19 Durante el período estudiado por la CVR, estuvieron a cargo de la Secretaría Ejecutiva de la Coordinadora de Derechos Humanos, Pilar Coll, Susana Villarán, Rosa Mujica y Sofía Macher.

20 *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo III Capítulo 3: Las organizaciones sociales, 3.2 Los sindicatos, los gremios empresariales y las organizaciones de mujeres <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

21 *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VIII Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la Violencia, Capítulo 2: El Impacto diferenciado de la Violencia, 2.1 Violencia y Desigualdad de Género <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

Si bien se trató de casos excepcionales que se dieron en los noventa, en algunas oportunidades las mujeres llegaron a comandar los CAD, debido tanto a la ausencia de los varones como a una nueva estrategia del Ejército de una mayor apertura hacia la sociedad civil local. Debe decirse, además, que el Informe destaca que la participación de las mujeres en las rondas constituyó una carga adicional a sus tareas tradicionales relacionadas con la reproducción y el cuidado de los hijos²².

La participación de los agentes del Estado también es estudiada en el Informe Final, como los principales responsables de los actos de violencia sexual contra las mujeres durante el conflicto. El Informe brinda importante información al momento de analizar las explicaciones que el personal del Estado brinda en relación a estos actos. Así, algunos efectivos policiales declararon a la CVR que las violaciones sexuales eran una consecuencia de “la irracionalidad de los varones y la lejanía de sus parejas, así como la soledad de los lugares en los que tenían que llevar a cabo sus labores cotidianas”²³. Asimismo, los oficiales demuestran claramente su desconocimiento de la violación sexual como un acto de tortura, el cual consideran como un hecho totalmente diferente²⁴.

El informe da cuenta de las relaciones de las fuerzas policiales con las diferentes comunidades, señalándose la existencia de desafíos y enfrentamientos por las mujeres de la población civil. De otro lado, el Informe narra la presencia de las mujeres entre las fuerzas policiales, aproximadamente desde 1985. Es importante mencionar que algunos agentes afirmaron ante la CVR que la presencia de las mujeres estaba destinada a custodiar a las detenidas y a evitar que se produjeran abusos contra ellas. Sin embargo, el grueso de los testimonios obtenidos por

²² *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo II Sección Segunda: Los actores del conflicto. Capítulo 1: Los actores armados, 1.5 Los Comités de Autodefensa <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

²³ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo II Sección Segunda: Los actores del conflicto. Capítulo 1: Los actores armados, 1.2 Las Fuerzas Policiales <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

²⁴ Como señala un testimonio recogido por la CVR de parte de un agente estatal: “El hombre es un animal y en esas épocas es irracional, y lo toman como parte, pero hasta donde yo sé, [la violación] no figura [como tortura]. La tortura es otra cosa, la tortura es para sacarle información, esa es la finalidad y no creo que violando a una persona lo van a conseguir. Hay otras maneras de tortura, como sacarle una oreja. La finalidad de la tortura es sacarle información, no es otra”. *Ibidem*.

la CVR, que dan cuenta de abusos y maltratos contra las mujeres en detención, contradicen estas versiones²⁵.

Otro ámbito de relación de las mujeres con las fuerzas policiales se dio en el rol de las informantes entre las militantes de SL, quienes a cambio de sus servicios recibían víveres y ayuda para sustentar a sus familias. La mayoría eran madres solteras que no recibían apoyo de SL para la manutención de sus hijos y, por tanto, decidieron colaborar con la DIRCOTE²⁶. Nuevamente, la maternidad determina las posibilidades de acción de las mujeres.

La CVR analiza el tema de la salud sexual y reproductiva de las mujeres destacando el daño sufrido a consecuencia de las violaciones, torturas, abusos sexuales y otros maltratos a los que fueron sometidas por los diferentes actores del conflicto. En este ámbito se ubica la maternidad la cual se vio afectada por la violencia y la falta de condiciones de seguridad, así como por la manera en que se ejerció la violencia contra los niños y niñas. De manera específica, el informe se refiere a la situación de las madres encarceladas²⁷ y a las dificultades por las que atravesaron en la relación con sus hijos y familiares.

Con base a los hechos recogidos por el Informe, en el apartado correspondiente a las Recomendaciones orientadas al desarrollo de un Compromiso Nacional por la Reconciliación, la CVR reconoce la existencia de una situación de discriminación a todo nivel, resaltando el caso de la mujer rural, doblemente discriminada en su condición de campesina y por razones de género. Por ello, el Informe hace hincapié en el reconocimiento y respeto de las diferencias y la incorporación de una perspectiva de género en el proceso de construcción de la ciudadanía²⁸.

Por otro lado, al momento de plantear las reformas institucionales necesarias para garantizar la no repetición de los hechos de violencia vividos, el Informe realiza aportes interesantes. Así por ejemplo, al

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VIII Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la Violencia, Capítulo 2: El Impacto diferenciado de la Violencia, 2.1 Violencia y Desigualdad de Género <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

²⁸ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo IX Cuarta Parte: Recomendaciones de la CVR. Hacia un compromiso nacional por la Reconciliación. <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

hablar de la mejora de las condiciones de la población penal, el Informe recomienda enfatizar la preocupación por la salud de las mujeres ya que la CVR comprobó que se usó como método de tortura la desatención de sus necesidades básicas de salud durante el período pre y post natal, el descuido de las necesidades fisiológicas propias de las mujeres, la negligencia ante las enfermedades ginecológicas, etc.

En materia de educación, el Informe recomienda impulsar un plan de alfabetización con prioridad para la mujer adolescente y adulta de las zonas rurales, considerando, por un lado, el efecto multiplicador para el desarrollo que la educación de la mujer tiene y, por otro lado, que la porción de la población analfabeta femenina es significativamente más alta que la masculina. Asimismo, la CVR pudo constatar que la deserción de las niñas es también mayor, lo que trae como consecuencia un mayor índice de analfabetismo funcional en las adolescentes²⁹.

En cuanto al Programa Integral de Reparaciones (PIR), la CVR reconoce la importancia del enfoque de equidad de género, considerando las desigualdades existentes entre hombres y mujeres en los distintos procesos sociales, económicos y políticos. Por ello, el PIR impulsa una perspectiva de equidad de género basada en la generación de procesos que involucran tanto a hombres como a mujeres. El enfoque de equidad de género desarrolla el propósito de incrementar la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones y para asegurar que las mujeres obtengan mayor voz sobre las condiciones generales de su situación. Al mismo tiempo, se busca generar conciencia entre los distintos miembros de la sociedad sobre las diferencias e inequidades estructurales de género existentes al interior de las comunidades.

Al momento de reseñar los gestos públicos hacia las víctimas del conflicto armado, el Informe recomienda pedidos de disculpa al país de parte de los más altos responsables del Estado, cartas a las víctimas o a sus familiares firmadas por el Presidente de la República y ceremonias públicas de explicación de la verdad. Con base en sus hallazgos, la CVR señala claramente que en todos los mensajes, audiencias o actos antes señalados, deberá dedicarse un momento significativo a la explicación de los hechos y abusos ocurridos en sus casas o comunidades, en

²⁹ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo IX Cuarta Parte: Recomendaciones de la CVR. Hacia un compromiso nacional por la Reconciliación. Capítulo 2: Recomendaciones. 2.1 Reformas Institucionales <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004.

los cuarteles o en los penales, que atentaron directamente contra la sexualidad, el honor y la dignidad de las mujeres³⁰.

Al establecer la importancia del reconocimiento de líderes sociales y autoridades civiles, el Informe define la necesidad de incorporar en las listas a las mujeres que asumieron roles de dirigencia durante el período del conflicto armado. Asimismo, al reseñar los lineamientos del PIR en materia de salud, la CVR recomienda que se identifiquen las especificidades de la problemática de la salud mental de las mujeres y que se valore su rol en el proceso de recuperación en el ámbito personal y comunitario. En este sentido, se sugiere que se identifiquen los efectos de la violencia en las familias y en los vínculos interpersonales, así como en las relaciones de género, enfatizando los cambios que se hayan producido o la presencia de nuevos problemas en las familias a partir de la violencia vivida.

Finalmente, en cuanto a las medidas de reparación económica establecidas en forma de pensiones y/o indemnización, se incluye específicamente a las víctimas de violación sexual. Asimismo, para el caso de los hijos nacidos a consecuencia de la violación sexual, la CVR recomienda se otorgue una pensión hasta los 18 años³¹.

La violencia sexual contra las mujeres como una violación a los derechos humanos

Es importante resaltar que adicionalmente al apartado de género, el Informe Final de la CVR contiene un capítulo específico sobre violencia sexual contra las mujeres, ubicado en el ámbito de la investigación de los crímenes y violaciones a los derechos humanos establecidos en el mandato de la comisión.

Este mandato implicaba que se debían investigar los asesinatos y secuestros, las desapariciones forzadas, las torturas y otras lesiones graves y las violaciones a los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país. Finalmente, se incluía “otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas”³².

³⁰ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo IX Cuarta Parte: Recomendaciones de la CVR. Hacia un compromiso nacional por la Reconciliación. Capítulo 2: Recomendaciones. 2.2 Programa Integral de Reparaciones <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, visitada en noviembre del 2004

³¹ *Ibidem*.

³² Decreto Supremo N° 065/2001/PCM del 4 de Junio del 2001.

Como se ve, no estaba establecido expresamente el análisis jurídico de los hechos de violencia sexual cometidos contra las mujeres peruanas durante los años del conflicto. Sin embargo, el último acápite fue interpretado de modo tal que se pudiera incluir estos hechos, en una decisión difícil pero importante y cuyo proceso merece ser narrado con detalle.

Uno de los temas que se planteó en las discusiones internas fue por qué se había especificado el sexo de las víctimas en la denominación del capítulo, lo cual no había sucedido con otro tipo de violaciones de derechos humanos. Asimismo, se sostenía que los hombres también habían sido víctimas de violencia sexual y que la denominación del apartado desconocía estos hechos. Esta es una discusión importante ya que –efectivamente– se dieron casos de violencia sexual contra varones, los cuales merecen una condena absoluta.

Sin embargo, el objetivo de especificar desde la denominación que el capítulo de violencia sexual recogía lo sucedido contra las mujeres, contribuía, en primer lugar, a la visibilización de lo sucedido como una violación de derechos humanos. Asimismo, esta decisión implicaba reconocer que la violencia sexual es violencia de género, esto es, que afecta mayoritariamente a un sector de la población –las mujeres– tanto en relación al número de víctimas como en cuanto a las consecuencias específicas tal como el embarazo³³.

El trabajo para la elaboración del capítulo sobre violencia sexual implicó realizar un estado de la cuestión, revisando los informes existentes en la materia, la normatividad y la jurisprudencia tanto a nivel nacional como internacional, a fin de determinar la manera en que se había tratado el tema. Esta tarea implicó una revisión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, en los cuales se fundamentaba el trabajo de la CVR.

La primera conclusión a la que se arribó fue que los avances e informes nacionales desarrollados previamente a la CVR no habían profundizado con detalle en el tema de la violencia sexual contra las mujeres. Ello no debe sorprender si se tiene en cuenta que, a

³³ Al respecto se recomienda revisar el Informe de Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, “Integración de los derechos humanos de la mujer la perspectiva de género. La violencia contra la mujer. La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)”. Comisión de Derechos Humanos, 57 período de sesiones, E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001.

nivel internacional, es recién en 1993 cuando en la Declaración de Viena³⁴ se reconoce expresamente los derechos de la mujer y de la niña como derechos humanos, resaltando la importancia de eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada. Se sostuvo entonces que las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituían violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En este contexto se dio la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas de 1993³⁵ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para) de 1994³⁶.

En 1995, en la Plataforma y Declaración de Acción de la IV Conferencia Internacional de la Mujer realizada en Beijing, se dedicó un acápite especial a la situación de la mujer durante los conflictos armados, estableciéndose que las mujeres se ven especialmente afectadas en estas situaciones, siendo sometidas a violaciones sexuales por las partes involucradas en los conflictos, las cuales utilizan la violación sistemática como táctica de guerra y de terrorismo³⁷.

En este contexto se enmarca el establecimiento de los tribunales penales internacionales para la Ex Yugoslavia en 1993³⁸ y para Rwanda en 1994³⁹, cuyas sentencias consolidaron el contenido de los crímenes de violencia sexual, que afectaron mayoritariamente a mujeres. En el primer caso, los fallos establecieron que la violación y el abuso sexual podían considerarse como parte de una campaña generalizada o sistemática de terror contra la población civil, que podían constituir actos de tortura, teniendo como fundamento la discriminación por

³⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.

³⁵ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/104, 23 de febrero de 1994.

³⁶ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, XXIV período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, Belem do Pará, Brasil, junio 6-10 1994.

³⁷ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

³⁸ <http://www.un.org/icty/> visitada en agosto del 2004.

³⁹ <http://www.ictt.org/> visitada en agosto del 2004.

razones de género y que la violación sexual masiva y la esclavitud sexual podían ser crímenes contra la humanidad⁴⁰.

En el caso de Rwanda, el tribunal consideró la violación sexual como un crimen de lesa humanidad, así como un atentado a la seguridad de la mujer, incluyendo en su definición el concepto del desnudo forzado. Asimismo, a partir de la sentencia Akayesu, se amplió la definición de violación sexual y se estableció que la violencia sexual no se limitaba sólo a la invasión física del cuerpo humano ya que se podían incluir actos que no involucraran la penetración o incluso el contacto físico⁴¹. Además, se señaló que la violación sexual podía configurarse como un elemento constitutivo del genocidio. Es a raíz de esta jurisprudencia que la comunidad internacional empezó a elaborar normas jurídicas precisas para fundamentar que la violencia sexual podía constituir crimen de guerra, crimen de lesa humanidad y ser componente del crimen de genocidio, entre otros aspectos⁴².

Posteriormente, en 1998 el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)⁴³ calificó como crímenes contra la humanidad “la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable” (artículo 7). Asimismo, este documento tipifica como crimen de guerra cometer “actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra” (artículo 8).

La situación de las mujeres en los conflictos armados fue estudiada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el cual identificó ciertos elementos y situaciones vinculados a las afectaciones a los derechos de las mujeres. Al respecto, se debe mencionar los casos de desplazamiento, situación que aumenta la falta de seguridad y el peligro de las mujeres que deben asumir su sobrevivencia y la de sus familias; la búsqueda de los familiares desaparecidos y el impacto de la detención de sus esposos y compañeros. Asimismo, el informe del CICR destaca la frecuencia de los casos de violencia sexual en todas

⁴⁰ Revisar al respecto los casos Tadic, Celebici y Foca. <http://www.un.org/icty/> visitada en agosto del 2004.

⁴¹ <http://www.onu.org/CINU/sep2000/pillay-disc.htm> Visitada en mayo del 2004.

⁴² “Informe Relatora, 57 período”, en *Derechos de la Mujer*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, diciembre 2002, p. 92.

⁴³ <http://www.un.org/spanish/law/icc/> visitada en mayo 2004.

sus formas, la cual afecta a las mujeres y niñas “como forma de tortura para degradar, intimidar y finalmente derrotar a grupos específicos de la población y provocar su huida”⁴⁴.

En el mismo sentido se ubica la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas que en el año 2000 reconoce que las mujeres se ubican entre los grupos mayoritariamente afectados durante las situaciones de conflictos armados y que, por lo tanto, es necesario implementar las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que las protejan en estas circunstancias. En este sentido, la Resolución invoca a las partes en un conflicto armado para que tomen medidas especiales para proteger a las mujeres y a las niñas de la violencia de género, particularmente de la violación sexual y otras formas de abuso sexual. Asimismo, este documento enfatiza la responsabilidad de todos los Estados de poner un fin a la impunidad y juzgar a las personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, incluyendo la violencia sexual contra las mujeres y las niñas⁴⁵.

Como se ve, los avances internacionales consagraban, por un lado, la necesidad de la perspectiva de género y, por otro, un énfasis en las situaciones y hechos violatorios que afectan a las mujeres de manera específica. Sin embargo, debe tenerse presente que estamos hablando de sólo una década atrás, mientras que el conflicto peruano se inició en los años 80.

Con base a esta perspectiva internacional, la CVR elaboró las definiciones operativas con las que trabajaría, utilizándose para ello tanto el Estatuto de Roma como el Documento sobre los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional⁴⁶, así como los diferentes tratados internacionales aplicables al tema.

La CVR utilizó la siguiente definición operativa de violencia sexual:

⁴⁴ Lindsey, Charlotte, “Los efectos de los conflictos armados en las mujeres”, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList138/5C7D31B23D9287F2C1256DE100637323>, visitada en junio del 2004.

⁴⁵ Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/Res/1325, 31 de octubre del 2000, http://www.un.org/events/res_1325e.pdf

⁴⁶ <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/S-iccelementsofcrime.html> visitada en agosto 2004.

La realización de un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o cuando se hace que esa(s) personas realicen un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa(s) personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa(s) personas de dar su libre consentimiento.

Entre las formas de violencia sexual, se incluyó los casos de prostitución forzada, unión forzada, esclavitud sexual, aborto forzado, embarazo forzado y violación sexual. Como se ve, la definición no se restringió a los casos de violación sexual, lo cual significó un avance importante sobre otras investigaciones que sólo habían analizado estos casos.

Entre las principales conclusiones del capítulo de violencia sexual se puede señalar, en primer lugar, que la mayoría de las víctimas eran mujeres analfabetas o que sólo habían llegado a cursar la educación primaria, es decir, mujeres tradicionalmente consideradas como de mayor vulnerabilidad. En relación a los perpetradores, se identificó a los agentes del Estado como responsables de un 83% de estos casos mientras que aproximadamente un 11% corresponden a los grupos subversivos. Los años de mayor incidencia de los casos de violencia sexual fueron 1984 y 1990. Asimismo, la CVR identificó casos de violencia sexual ocurridos aproximadamente en quince departamentos del Perú⁴⁷.

Un aporte importante de este capítulo es el reconocimiento de la subrepresentación de los casos de violencia sexual en cuanto a las estadísticas totales y el número de testimonios recibidos por la CVR. Esta subrepresentación –que podía ser vista como una dificultad al momento de decidir que se incluyera los casos de violencia sexual contra las mujeres en el informe final– fue entendida como una realidad, analizándose sus causas.

Así, una primera explicación tiene que ver con el sentimiento de culpa y vergüenza que acompaña a la víctima quien recibe la condena de su familia y de su comunidad. Por otra parte, se encuentra la falta

⁴⁷ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VI, Sección cuarta: Los crímenes y violaciones de los derechos humanos, Capítulo 1: Patronos en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos, 1.5 La violencia sexual contra la mujer <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> visitada en noviembre del 2004.

de reconocimiento de la violencia sexual como una violación de los derechos humanos. Como se ha visto, el trabajo internacional en la materia data de aproximadamente una década atrás y, en este sentido, las normas internas peruanas del momento respondían a esta situación, desestimando la denuncia por parte de las víctimas⁴⁸.

Una siguiente explicación se relaciona con el rol en que las mujeres acudían a la CVR, esto es, en calidad de testigo de las violaciones a los

⁴⁸ Al respecto, debe decirse que el Código Penal Peruano de 1924, vigente durante el conflicto armado peruano, incluía la siguiente definición de violación sexual:

“Artículo 196°.- Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio”.

En 1991, se promulgó un nuevo Código Penal que establecía la siguiente definición:

“Artículo 170°.- El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de cuatro ni mayor de doce años”.

El 14 de febrero de 1994, mediante la ley N° 26293 se modifica este artículo de la siguiente manera:

“Artículo 170.- El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años”.

Como se ve, las definiciones vigentes durante el conflicto armado se refieren al “acto sexual u otro análogo”, dejando fuera de la tipificación otras formas de violencia sexual.

El 08 de junio del 2004, casi un año después de la entrega del Informe Final de la CVR, la Ley N° 28251 modificó el Código Penal Peruano, adaptándolo a las definiciones establecidas en la jurisprudencia internacional y en el Estatuto de Roma:

“Artículo 170.- Violación sexual. El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años. 5. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave”.

derechos humanos de otras personas y no como víctimas directas. Así, sus historias pasaban a segundo plano.

De otro lado, debe tenerse en cuenta la manera como se registró la información en la Base de Datos de la CVR, la cual sólo consignaba los casos de víctimas de violación sexual, dejándose de lado otras formas de violencia sexual. Asimismo, las personas debían ser “identificadas” para ser incluidas en la base estadística, es decir, debía conocerse el nombre y el apellido de la víctima, aspecto que dificultaba que se registraran todas las situaciones de violación sexual, por ejemplo, en el caso de las mujeres agredidas sexualmente antes de su desaparición y cuyas historias no podían recuperarse⁴⁹.

Ante esta situación, se optó por utilizar la información estadística pero, a la vez, se desarrolló un análisis cualitativo del contenido de los relatos recogidos por las y los entrevistadores de la CVR así como los testimonios provenientes de las audiencias públicas. Combinándose estas estrategias de trabajo, se pudo recoger una mayor cantidad de información.

Otra razón que explica la subrepresentación fue que los casos de violencia sexual se produjeron en el marco de otras violaciones de derechos humanos tales como las detenciones arbitrarias, ejecuciones arbitrarias y tortura, principalmente. Esta realidad propiciaba que no se recuperaran necesariamente los hechos de violencia sexual, ya que sólo se registraba la violación de derechos humanos considerada como “principal” o más importante.

Al momento de analizar los objetivos de los actos de violencia sexual, la CVR concluyó que éstos se dieron para castigar, intimidar, presionar, humillar y degradar a la población. De esta forma se buscaba presionar a las mujeres detenidas para que se autoinculparan en relación a determinados hechos, para que brindaran información y, en muchos casos, la CVR detectó situaciones de violencia sexual sin un vínculo aparente con el conflicto armado. Como se ve, en todos los casos se trató de un ejercicio de poder sobre las mujeres por parte de los actores del conflicto.

⁴⁹ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Tomo VI, Sección cuarta: Los crímenes y violaciones de los derechos humanos, Capítulo 1: Patronos en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos, 1.5 La violencia sexual contra la mujer <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> visitada en noviembre del 2004.

Al analizar las circunstancias en las que los casos de violencia sexual se presentaron, la CVR distinguió entre las situaciones en que el agente era un representante del Estado o cuando se trató de los grupos subversivos.

En relación a los agentes del Estado, uno de los espacios donde se dio el mayor número de casos fue el de ciertas bases militares, tanto al instalarse como durante el tiempo de su funcionamiento. Se detectaron casos de violencia sexual durante las incursiones militares realizadas para ubicar y detener a los integrantes de los grupos subversivos. Otro espacio fueron ciertos cuarteles, comisarías y dependencias policiales a las que eran conducidas las mujeres luego de ser detenidas y donde se les interrogaba. Lo propio se verificó en los establecimientos penitenciarios en los que la violencia sexual fue utilizada como forma de presión contra las mujeres, a quienes en muchas ocasiones se ofrecía situaciones ventajosas y mejores condiciones de vida en la prisión, si cedían a los requerimientos de ciertos funcionarios⁵⁰.

Cabe decir que la violencia sexual estuvo presente desde la detención inicial de las mujeres y durante los traslados entre las instituciones públicas a las que eran llevadas como parte de la investigación. Las amenazas de violación sexual, las humillaciones sexuales, los manoseos y las ofensas con connotación sexual fueron recurrentes en todo momento.

En el caso de los grupos subversivos, los casos de violencia sexual se presentaron durante los enfrentamientos entre actores, durante la captación de nuevos integrantes y en el marco de la vida cotidiana de la población. Al respecto, SL estableció campamentos –denominados “retiradas”– a los cuales se trasladaba a poblaciones enteras cuya vida cotidiana era controlada totalmente. Así, a las mujeres se las sometía a uniones forzadas, en cuyo contexto se dieron violaciones sexuales y embarazos forzados. Asimismo, los jefes de SL disponían que las adolescentes formaran parte de su “seguridad”, lo cual implicaba que fueran sometidas a continuas violaciones sexuales y, en muchas ocasiones, a abortos forzados. Durante mucho tiempo se creyó que los integrantes de SL tenían prohibida la violación sexual contra la población civil; sin embargo, los testimonios de la CVR demuestran que estos actos eran permitidos hasta en tres oportunidades y que sólo eran sancionados en la cuarta oportunidad en que se cometían⁵¹.

50 Ibidem.

51 Ibidem.

Si la impunidad rodea en general las violaciones de derechos humanos, aquella es aún mayor en el caso de la violencia sexual. La CVR comprobó que, en muchos casos, las mujeres víctimas de estos hechos fueron discriminadas y maltratadas por la comunidad y por sus propias familias, lo cual contribuía a que prefirieran callar y no denunciar los hechos. En otras ocasiones, los varones no consentían que las mujeres denunciaran las violaciones sexuales de que habían sido víctimas para evitar la vergüenza y condena social. De otro lado, en aquellos casos que las mujeres decidieron denunciar, no hubo mayor respuesta de parte de las autoridades públicas. Así, la CVR no encontró información sobre procesos judiciales por violación sexual seguidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas o Policiales ni de investigaciones efectivas al interior de las dependencias estatales.

El proceso desarrollado en la CVR

Como se ha visto, los aportes de la CVR en materia de género y del estudio de las violaciones específicas a los derechos humanos de las mujeres, establecen un precedente importante para el trabajo de futuras comisiones de la verdad.

Por ello, adicionalmente a la presentación de la información reseñada y de las conclusiones, resulta interesante narrar el proceso de trabajo desarrollado en la CVR, el cual se inició con una consultoría en género a partir de la cual se fueron identificando las dificultades y desafíos que había que asumir en el tema, como se verá a continuación.

La falta de experiencias previas

Una de las primeras dificultades al empezar un trabajo como el de la CVR era entender adecuadamente la importancia del análisis de género en una investigación de derechos humanos y, específicamente, en este proceso de recuperación de la verdad y reconstrucción de la memoria.

Reparemos en que nos encontrábamos en una institución con una gran responsabilidad a cuestas, con un mandato intenso y –como suele suceder con esta clase de entidades– con una tarea difícil y nueva, con poco tiempo y menos recursos. No era una organización con vocación de permanencia y, dadas las singularidades de cada proceso, existían muchos temas y situaciones que sobrevenían de manera inesperada, con lo cual las dificultades y complicaciones aumentaban diariamente. Más

aún, debe tomarse en cuenta el contexto político que se vivía en el Perú en ese momento, en el cual muchos sectores no estaban de acuerdo con el establecimiento de la CVR.

Hubo además una segunda constatación: al no tenerse claro qué implica una perspectiva de género, es imposible entender su importancia y la necesidad de su incorporación en un trabajo como el de la CVR, por lo que se le termina viendo como una carga adicional de trabajo, el cual de por sí es bastante duro, y/o como una imposición y exigencia antes que como una herramienta de trabajo.

Las experiencias previas tampoco ayudaban mucho: Más de veinte comisiones de la verdad en el mundo y sólo unas pocas habían planteado el análisis de género y/o de las violaciones específicas a los derechos humanos de las mujeres en la recopilación de la información y en el Informe Final que editaron. En casi la totalidad de casos, el mandato había sido establecido en términos neutrales, sin determinar una preocupación específica y diferenciada hacia lo sucedido con las mujeres, no sólo en cuanto al registro de los hechos sino además en las propuestas finales de reparación y reforma institucional. La CVR resultaba, entonces, pionera en el trabajo con perspectiva de género.

Al respecto, debe mencionarse dos casos que sirvieron como precedentes para el trabajo de la CVR.

En primer lugar, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala (CEH), cuyo informe final editado en 1994, incluyó un capítulo sobre la violación sexual contra las mujeres. En este reporte, la CEH comprobó que la violación fue una práctica común dirigida a destruir la dignidad de la persona en uno de sus aspectos más íntimos y vulnerables. La mayoría de las víctimas pertenecía a la comunidad maya y quienes sobrevivieron al crimen todavía enfrentan dificultades por los traumas derivados de la agresión. La CEH señaló que los hechos de violencia sexual en la memoria social de las comunidades, se convirtió en motivo de vergüenza colectiva⁵².

Otro caso importante fue la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, la cual fue creada en 1995 para investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen del Apartheid establecido entre 1960 y 1994. En este caso, se hizo una reflexión sobre la perspectiva de género a partir del documento de trabajo elaborado

⁵² *Guatemala: Memoria del silencio*, Cap. II Las violaciones de derechos humanos y los hechos de violencia, Cap. III Violencia sexual contra la mujer <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/>, visitada octubre 2004.

por el *Centre for Applied Legal Studies (CALs)* de la Universidad de Witwatersrand⁵³, que sirvió de base para la organización de las audiencias públicas para las mujeres de Ciudad del Cabo, Durban y Johannesburgo.

De esta manera, se desarrolló un análisis de género de los testimonios que se brindaron en dichas audiencias, dejando de lado el trabajo neutral de investigación que privilegia la mirada masculina. No obstante el hecho de contar con poca información, el informe sudafricano concluyó afirmando que las mujeres tuvieron un rol activo tanto como perpetradoras o como víctimas. Asimismo, se hizo hincapié en que la manera en que fueron perjudicadas por el conflicto, fue diferente a la de los varones. Al respecto, es importante resaltar que el informe reconoce que la manera como habían sido definidas las graves violaciones a los derechos humanos en el mandato de la comisión sudafricana, era el resultado de una falta de visión sobre los abusos sufridos mayoritariamente por las mujeres⁵⁴.

La CVR pudo entender que la falta de incorporación de un enfoque de género en experiencias previas, a la larga, resultaba contradictoria con los objetivos que una comisión de este tipo se plantea, esto es, recuperar la verdad y la memoria histórica. Sin la voz tanto de los hombres como de las mujeres, ninguna verdad puede estar completa, sino que sólo se tendrán visiones limitadas de los hechos. Más aún, si de lo que se trata es de la reconciliación en una sociedad, dejando de lado a las y los tradicionalmente excluidos, este nuevo orden de cosas tiene que pasar por la eliminación de criterios discriminatorios.

Si bien la doctrina internacional contiene importantes avances al analizar la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación, no existía mayor material sobre la manera de trabajar con un enfoque de género en el desarrollo práctico de las investigaciones de derechos humanos desarrolladas en entidades como las comisiones de la verdad⁵⁵.

⁵³ Goldblatt, Beth y Meintjes, Shiela. *Gender and the Truth and Reconciliation Commission. A submission to the Truth and Reconciliation Commission*, 1996. En <http://www.doj.gov.za/trc/submit/gender.htm> visitada en julio 2003.

⁵⁴ *Reporte final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Volumen cuatro, capítulo diez, en <http://www.goshen.edu/library/EMBARGO/>, visitada el 10 de junio del 2004.

⁵⁵ Al respecto, se recomienda revisar Bridge, "Gender and Armed Conflict. Overview Report", Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, Reino Unido, agosto 2003 http://www.bridge.ids.ac.uk/reports_gend_CEP.html#Conflict, visitada en octubre 2004.

Eran escasos los informes de las organizaciones de derechos humanos que habían diferenciado los hechos acaecidos a hombres y mujeres durante el conflicto armado peruano. Lo propio puede decirse en relación a documentos que enfatizaran la violencia sexual contra las mujeres como violencia de género. Al respecto, debe mencionarse los reportes de Amnistía Internacional⁵⁶ y Americas Watch⁵⁷, los cuales fueron importantes antecedentes para el trabajo de la CVR, así como los reportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los cuales habían concluido que la violación sexual equivale a una forma de tortura, al enmarcarse en la definición de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura⁵⁸.

Los reportes de las diferentes organizaciones de derechos humanos nacionales no presentaban el mismo énfasis en la investigación de las violaciones específicas de los derechos humanos contra las mujeres que el que se daba para la investigación de otros hechos. Por otro lado, en casos como la tortura o la desaparición forzada, por ejemplo, la información existía pero no incluía un análisis de género. El trabajo de las organizaciones de mujeres se había vinculado a la lucha por el reconocimiento y el goce efectivo de determinados derechos (trabajo, salud, educación, participación política, etc.) y no necesariamente a la situación de las mujeres en conflictos armados o en graves contextos de violaciones de derechos humanos.

Como se sostuvo anteriormente, esta falta de información responde al incipiente desarrollo internacional en materia de derechos de las mujeres durante el tiempo que duró el conflicto armado así como al desconocimiento de la riqueza de información que la perspectiva de género permite obtener en las investigaciones de derechos humanos.

El silencio de las mujeres

Otro obstáculo en este proceso de recuperación de las historias y voces de las mujeres, era el silencio de las afectadas quienes no acostumbraban a contar su historia e, incluso, no identificaban las violaciones a sus derechos humanos como tales.

⁵⁶ *Women in the Front Line: Human Rights Violations against Women*, Amnistía Internacional, marzo 1991.

⁵⁷ *Terror no contado: Violencia contra las mujeres en el conflicto armado interno*, Human Rights Watch, diciembre 1992.

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte N° 5/96, Caso 10.970, Raquel Martín de Mejía, Perú, Marzo, 1996.

Al respecto, si se analizan los testimonios de las audiencias públicas que la CVR organizó durante su investigación, se comprueba que mientras los hombres contaban lo sucedido en primera persona, las mujeres recordaban principalmente la historia de sus esposos e hijos antes que la suya propia, asumiendo un rol de testigos antes que de protagonistas principales. Incluso, sus reclamos de verdad y justicia tenían que ver principalmente con conocer el paradero de sus familiares y allegados. Los pedidos de reparación se relacionaban con mejores condiciones de vida para sus hijos y/o esposos, relativos a educación, vivienda, salud, etc. Al no considerar que habían sufrido una violación de derechos humanos, fueron pocos los casos en que pidieran una reparación que las beneficiara exclusivamente.

Un caso que ejemplifica lo anterior se encuentra en la manera en que las mujeres narraban la búsqueda de sus familiares detenidos o desaparecidos. Los abusos sexuales, humillaciones y demás maltratos a los que se vieron expuestas en este proceso no eran reconocidos por las mujeres como hechos denunciables, sino como consecuencias de algo que debían hacer, esto es, de su obligación como madres y esposas. Lo propio sucede al momento de narrar las nuevas formas de vida que debieron asumir, con una carga adicional de trabajo ante la ausencia del esposo, por ejemplo. Por lo general, las mujeres lamentaban la ausencia de sus maridos, porque consideraban que esta situación había impedido que sus hijos tuvieran mejores oportunidades de vida.

En muchos casos, las mujeres les decían a sus esposos que escaparan porque ellos eran los que estaban siendo buscados y que ellas estarían a salvo, sin pensar que esos serían los espacios para los maltratos y vejaciones.

En el caso específico de violencia sexual, fueron muy pocas las ocasiones en que las mujeres contaron lo sucedido al acercarse a la CVR. Muchas veces, las referencias no las daban las víctimas sino otras personas que fueron testigo de los hechos. En otras circunstancias, las mujeres llegaban a contar los hechos en una segunda o tercera entrevista, cuando ya habían establecido cierta relación de confianza con las personas a cargo de la investigación.

Al respecto, en muchas ocasiones las mujeres hablaban de los abusos sexuales como si las afectadas fueran otras mujeres y, en otros casos, utilizaban frases “propias” para referirse a los hechos (“afectaron mi dignidad de mujer”, “mi condición de mujer”, “me abusaron”). Ante

esto, era fundamental lograr que su voz se hiciera presente de manera directa y que se reconociera y recuperara su propia historia.

En este contexto se ubicaba la importancia de desarrollar una investigación jurídica de las violaciones a los derechos humanos que recuperara la historia de hombres y mujeres y que no generalizara los hechos. Para ello, debía desarrollarse una preocupación específica por la violencia sexual, considerando que afectaba mayoritariamente a las mujeres, que tiene consecuencias graves en la integridad de las personas y que, entre otras consecuencias, implica la existencia de numerosos niños y niñas que nacieron a consecuencia de estos hechos. Las afectaciones a la salud sexual y reproductiva de las mujeres era un aspecto grave que debía recuperarse.

Como se ve, el reto que asumía la CVR era importante: Si, por un lado, las mujeres no contaban su historia y, por otro lado, las personas a cargo de las entrevistas no formulaban preguntas diseñadas con el objetivo de recuperar esa historia, las posibilidades de recoger una versión completa de los hechos eran mínimas, afectándose todo el proceso de recuperación de verdad, justicia y memoria que la CVR pretendía desarrollar.

¿Por qué hablar de perspectiva de género en una Comisión de la Verdad?

Para responder esta pregunta, es importante entender que el concepto de género, que ayuda a entender las desigualdades y la realidad de subordinación de las mujeres, también va vinculado al tema de los derechos humanos y explica el hecho que las violaciones a sus derechos no hayan sido incluidas directamente en el discurso de los derechos humanos sino hasta una época relativamente reciente.

En primer lugar, el análisis de género ayuda en el estudio de las causas y consecuencias de las violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de los conflictos armados, permite entender que a las mujeres se las ataca no sólo por su participación directa sino además por ser esposas o familiares de los actores del conflicto. En cuanto a las consecuencias, el ejemplo más claro es el de la maternidad forzada: hombres y mujeres pueden ser violados sexualmente; sin embargo, sólo las mujeres resultan embarazadas. Un análisis sin perspectiva de género, suele obviar estos aspectos.

Ilustremos lo dicho analizando, por ejemplo, los casos de desapariciones forzadas en el Perú, donde numéricamente está comprobado que fueron más hombres que mujeres las víctimas de estos hechos. El enfoque de género permite reconocer que es el varón quien es considerado el combatiente, ya que actúa en el ámbito público y por ello es perseguido. Un estudio neutral sólo recogería la mayoría numérica de varones afectados. Sin embargo, el análisis de género nos obliga a preguntarnos cómo estas desapariciones afectaron la vida de las mujeres, los nuevos roles que tuvieron que encarar –relativos a la sobrevivencia y continuidad de la familia–, su salida al espacio público derivada de la denuncia de los hechos ante las entidades judiciales, entre otros aspectos.

Otro ejemplo puede encontrarse en el análisis de la huida de la población ante la arremetida de alguno de los actores en conflicto, aspecto destacado por la Comisión de la Verdad de Guatemala⁵⁹. Así, el informe guatemalteco cuenta que cuando los combatientes llegaban a las comunidades, eran los hombres los que escapaban primero, ya que las mujeres se demoraban recogiendo a sus hijos y recolectando los utensilios y alimentos que les permitirían sobrevivir durante los días que debieran permanecer lejos de su hogar. Es decir, la idea tradicional de la mujer madre-cuidadora del hogar se ve claramente reflejada en este hecho concreto, del cual derivaron situaciones de riesgo para la integridad personal de las mujeres, quienes muchas veces no lograban escapar y eran detenidas y sometidas a torturas y violencia sexual.

De otro lado, las comisiones de la verdad tienen una responsabilidad importante en la elaboración de una propuesta de reparaciones y reformas institucionales que garanticen la no repetición de los hechos de violencia. En este sentido, una comisión que haya trabajado con un enfoque de género podrá diseñar un programa más completo, que considere en su elaboración casos como los descritos, que realmente ayude a combatir la situación de inequidad y que garantice que no continúen las condiciones que facilitaron y propiciaron las violaciones de derechos humanos. Lo mismo puede decirse en relación a los procesos legales que se iniciarán a nivel interno luego de la presentación del informe de las comisiones. Al respecto, la realidad demuestra que muchas veces se prioriza la investigación y denuncia judicial de casos

⁵⁹ “Guatemala: Memoria del silencio”, <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/>, visitada octubre 2004.

de desaparición forzada o de ejecuciones extrajudiciales pero se deja de lado los procesos por violencia sexual⁶⁰.

Las estrategias de trabajo: aclarando los puntos de partida

Es importante delimitar los alcances del trabajo con perspectiva de género en una comisión de la verdad. Al respecto, se pueden distinguir tres aspectos: el primero se relaciona con las comisiones de la verdad como instituciones y la necesidad de incorporar una perspectiva de género en su diseño y funcionamiento; un segundo ámbito se vincula con el análisis de género en el desarrollo de la investigación y trabajo que cada área de la comisión realiza y, finalmente, el tercer punto tiene que ver con la edición del Informe que estas instituciones publican al término de su trabajo.

El primer aspecto es fundamental: Si una comisión de la verdad no se diseña teniendo en cuenta la importancia de la equidad de género en su composición, será mucho más difícil su trabajo en cuanto a la necesidad de recuperar las diferentes perspectivas de hombres y mujeres en la investigación.

Muchas veces se argumenta que la composición numérica no garantiza o descarta *per se* una visión de género. Sin embargo, el procurar una equidad de género desde la composición de las instituciones y, asimismo, el no tener mujeres en los puestos de decisión implica asumir que las necesidades de hombres y mujeres son las mismas, al punto de que no es necesario que las mujeres asuman la dirección de las oficinas o unidades de investigación, porque los hombres tendrán presentes sus perspectivas y necesidades, lo cual es por demás falso.

En el caso peruano, el énfasis por la perspectiva de género se concentró en los aspectos relacionados con el desarrollo de la investigación y con la edición del Informe Final.

En este punto, es necesario destacar que el trabajo en el caso peruano contó con el trabajo de cabildeo de personas e instituciones vinculadas a la defensa de los derechos de la mujer y al análisis de género. Además, se realizó un esfuerzo importante de las personas

⁶⁰ Al respecto, se recomienda revisar el Informe de Human Rights Watch “Struggling to survive: Barriers to justice for rape victims in Rwanda”, setiembre 2004, Vol. 16, No. 10 (A).

que asumieron el tema, tanto a nivel de la Sede Central como de las Sedes Regionales que implicó desarrollar una labor intensa destinada a explicar por qué el tema era necesario y útil para la investigación que se planteaba desarrollar, empezando con los propios funcionarios de la CVR. En este camino, fue necesario desarrollar diversas estrategias tanto al interior de la institución como entre las organizaciones de la sociedad civil, a fin de poder ampliar el ámbito de trabajo.

La experiencia enseña que, en general, es importante que la labor por la perspectiva de género no recaiga exclusivamente en el interés y/o compromiso de un grupo reducido de personas. De ser así, sucede que al terminar el trabajo de la comisión, las propuestas de seguimiento y la ejecución de los programas de reparaciones y reformas, tanto como los procesos judiciales que se inician a nivel interno, carecen nuevamente de una perspectiva de género y, al final de cuentas, se retrocede en lo avanzado. Los logros que implican que un Informe Final incluya una preocupación por el análisis de género, se diluyen cuando esta preocupación no es sostenida en un proceso duradero y que involucre a la sociedad en pleno⁶¹.

Los primeros avances: Surge la Línea de Género

Al término de la consultoría en género –prevista inicialmente sólo por tres meses– se presentó un informe a la Secretaría Ejecutiva y a los Comisionados, detallando los problemas encontrados, sugiriendo algunas acciones específicas y estableciendo que era necesario crear las condiciones para una labor permanente en la CVR sobre la materia.

Finalmente, se adoptó un Acuerdo de Comisionados en mayo del 2002 incorporando la perspectiva de género como elemento importante en el trabajo de búsqueda de la verdad y la reconciliación. En este sentido, se exhortaba a los funcionarios a desarrollar una preocupación constante porque este aspecto se tuviera presente en el trabajo diario. Para ello, señalaba el documento, era:

⁶¹ Una mención aparte merece la resistencia de algunos sectores que ignoraban la importancia de la perspectiva de género, desconfiaban de la necesidad de priorizar su vigencia y/o no veían la relación entre este tema (“este tema de mujeres”) y la labor de la CVR, dada la falta de recursos, el escaso tiempo de duración del mandato y el áspero contexto político que rodeaba a la comisión. Personalmente, considero que la resistencia que provoca el trabajo en género pasa por el inevitable cuestionamiento que éste implica en la vida personal. A diferencia de otros temas, el análisis de género implica una mirada hacia nuestros valores y formas de vida, así como a la manera en que desarrollamos nuestras relaciones personales y familiares, mirada que muchas veces resulta molesta e incómoda.

Fundamental reconocer los efectos que la violencia política tuvo en los hombres y las mujeres peruanas, entendiendo la manera diferenciada en que sus derechos humanos fueron afectados durante el período materia de nuestra investigación. Asimismo, debemos reconocer la existencia de la discriminación e invisibilidad de un sector de la población –en este caso las mujeres– y a partir de esta situación diseñar las estrategias para incorporar de manera clara lo que les sucedió en la investigación de la CVR⁶².

El acuerdo reconocía la existencia de algunas estrategias generales que debían ser observadas con especial atención en el trabajo de la CVR y que habían sido elaboradas por la consultoría en género. Entre ellas se mencionaba la importancia de tener siempre presente la manera diferente en que la violencia se vivía por hombres y mujeres; preguntarse de manera permanente si las conclusiones y alcances podían generalizarse o si era menester hacer una diferencia en virtud de si eran hombres o mujeres las personas involucradas; reconocer la existencia de roles tradicionales de género que no debían predeterminar la orientación de la investigación pero sí ser reconocidos a lo largo del trabajo; diferenciar permanentemente por sexo los resultados obtenidos, para el caso del trabajo de estadística; reconocer que la voz de las mujeres había sido tradicionalmente ignorada y, por ello, desarrollar los mecanismos necesarios para hacer visible la voz de las mujeres y la violación específica de sus derechos humanos mediante las actividades de difusión de la CVR.

Poco después se creó la Línea de Género (LDG) a la cual se le asignó una sección presupuestaria, así como una ubicación independiente en la comisión. Asimismo, se dispuso que cada Sede Regional de la CVR y que las diferentes áreas de la Sede Central designaran a una persona que colaborara con la incorporación del enfoque de género en el trabajo de la entidad. Estas personas –“los enlaces”– serían coordinados desde la LDG en Lima⁶³.

Los “enlaces” asumieron el compromiso de trabajar por la incorporación del enfoque de género, como una tarea adicional a las funciones que tenían a cargo. Me detengo aquí para reconocer el trabajo

⁶² Acuerdo de Comisionados de mayo del 2002, Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, <http://www.cverdad.org.pe/lacomision/nlabor/documentos01.php>

⁶³ Debido a la identificación entre “género” y “mujer”, no debe llamar la atención que finalmente las personas que asumieron el rol de enlaces fueran en su mayoría mujeres.

de estas personas, sin cuyo aporte permanente y su convencimiento de la importancia del tema, la labor hubiera sido aún mucho más difícil.

Los informes periódicos de los enlaces daban cuenta de los planes de trabajo diseñados por cada Sede Regional, con base en los talleres de género y a las propias necesidades locales. Estos planes eran sencillos y muy precisos, considerando además la escasez de tiempo y de recursos con que se contaba. Básicamente, las sedes trabajaban enfatizando las preguntas relativas a los casos de violencia sexual, durante la toma de entrevistas. Asimismo, establecían y reforzaban sus relaciones con las organizaciones populares de mujeres afectadas por la violencia y los clubes de madres, a fin de motivar que un mayor número de mujeres se incorporaran al proceso de la CVR. En cuanto a las actividades de difusión, las sedes programaron entrevistas radiales sobre la importancia de los derechos de las mujeres, difundieron los videos de las audiencias públicas en las que participaron las mujeres y prepararon artículos sobre el tema en sus boletines locales.

En muchos casos, elaboraron guías de ayuda para la toma de testimonios, haciendo además un seguimiento de la incorporación de la perspectiva de género en el trabajo de los diferentes equipos de la CVR. Para ello, trabajaron permanentemente en la sensibilización del personal local. Asimismo, los “enlaces” apoyaron el trabajo de la LDG seleccionando testimonios que pudieran servir para ejemplificar con mayor claridad los supuestos de violencia sexual que serían incluidos en el Informe Final.

Estos fueron logros, sin duda, ya que ponían la preocupación por el trabajo en género al mismo nivel que las demás tareas de la CVR. Como se ha visto, el Acuerdo de Comisionados, la creación de la LDG y el establecimiento de los enlaces fueron pasos vitales, ya que implicaban un respaldo institucional que resultaba fundamental para el trabajo y su participación fue convocada permanentemente para desarrollar el trabajo⁶⁴.

Con estos antecedentes, el siguiente paso de la LDG fue priorizar las líneas de acción y, de esta forma, diseñar estrategias ad hoc para la

⁶⁴ Es interesante mencionar que, a la larga, la LDG fue identificada por las funcionarias de la CVR como un espacio de defensa de sus propios derechos y situaciones de trabajo. En este sentido, muchas veces las trabajadoras de la comisión se acercaban a la LDG buscando orientación no sólo para su trabajo en la CVR sino para situaciones generales en las cuales sus derechos se veían afectados, a nivel personal, familiar y/o laboral.

investigación de la CVR, que garantizaran elementos básicos de análisis con miras al Informe Final.

Líneas de trabajo

Primero: enfatizando las historias de las mujeres

Siendo el caso que la situación de las mujeres durante el conflicto armado vivido en el Perú no había sido tomada en cuenta, la LDG hizo énfasis en conocer cuáles habían sido las situaciones que las habían afectado específicamente y de que manera la CVR tenía que asumir esta realidad en su trabajo.

En ese momento, la crítica más recurrente consistía en argumentar que, si de lo que se trataba era de trabajar con perspectiva de género, resultaba contradictorio enfatizar solamente la situación de las mujeres.

Al respecto, es necesario considerar la validez de desarrollar intervenciones dirigidas a disminuir la existencia de situaciones desventajosas para las mujeres⁶⁵. Este tipo de intervenciones no contradicen la incorporación transversal de una perspectiva de género, sino que, por el contrario, reconocen la existencia de situaciones de inequidad que es necesario contrarrestar. Un análisis con perspectiva de género permite evidenciar que las mujeres no recibieron la misma atención hacia las violaciones de sus derechos que los varones, que la subordinación y discriminación que las afecta diariamente también las rodeó durante el conflicto armado e hizo más difícil aún que tuvieran acceso a formas de justicia y de reparación y que la violencia sexual constituyó violencia de género, entre otros aspectos.

Segundo: estableciendo ideas básicas

Considerando la situación ya descrita y la premura del trabajo, se delinearon algunas ideas básicas que servirían de guía para el trabajo de los funcionarios y funcionarias de la CVR y que fueron difundidas en el Acuerdo de Comisionados al que ya se hizo referencia.

En primer lugar, se debía tener siempre presente que la violencia no se había vivido de la misma manera por hombres y por mujeres y que no podía mantenerse una aproximación neutral los hechos. Asimismo,

⁶⁵ *Gender Mainstreaming. An overview*, United Nations, New York, 2002, p. 2.

debía reconocerse que las mujeres no habían tenido posibilidades de difundir sus historias y que su perspectiva de los hechos no sólo no se conocía sino que en muchas circunstancias había sido expresamente ignorada. Por ello, la CVR no podía generalizar las causas, hechos o consecuencias de la violencia.

El objetivo básico de la CVR era recuperar las historias de la mayor cantidad de personas con miras a satisfacer el derecho a la verdad que, como se sabe, tiene dimensiones tanto colectivas como individuales. Por ello, sin la voz de las mujeres, solamente se tendrían visiones parciales de los hechos y, con ello, la CVR no cumpliría con su objetivo fundamental.

Un elemento adicional fue reconocer que sólo recuperando esta información se podría hablar de propuestas de reparación diseñadas de modo tal que incluyeran a la mayor cantidad de población afectada por los hechos de violencia. Finalmente, si la CVR pretendía plantear reformas institucionales a ser adoptadas por el Estado con miras a evitar la continuidad de las condiciones que ocasionaron y permitieron los crímenes y violaciones de derechos humanos en el país, era imprescindible que estas reformas se diseñaran con una perspectiva de inclusión de las personas tradicionalmente discriminadas y cuya existencia se desarrollaba al margen de la sociedad urbana y limeña.

Otra idea importante era que tanto el personal de la CVR como la población en general entendiera que la violencia sexual no es un daño colateral o algo “normal” durante los conflictos armados sino que constituye una violación de derechos humanos. Si este punto no se tenía en claro, no se podría lograr su inclusión dentro de los crímenes y violaciones de derechos humanos que se investigaban, no se plantearían entre los casos que finalmente se derivaron al Ministerio Público y no se incluiría el tema al momento de plantear las propuestas de reparaciones.

Éstas son sólo algunas ideas básicas que sirvieron de guía para el trabajo en la CVR del Perú en materia de género. Recordemos que la CVR era la primera comisión de su tipo que asumía el reto de incorporar una perspectiva de género en su trabajo. Por ello, las herramientas aquí señaladas deben entenderse como elementos iniciales y que no agotan las dimensiones que el tema contempla. Sin embargo, puede afirmarse que constituyen un mínimo indispensable para las entidades que buscan investigar las violaciones de derechos humanos dejando de lado las aproximaciones neutrales en el análisis.

Tercero: toma de testimonios y talleres de capacitación

Uno de los objetivos principales de la CVR era recuperar información testimonial en base a la cual se pudieran reconstruir los hechos correspondientes al período de investigación que se pretendía recuperar. Por ello, la toma de testimonios era quizás el ámbito más importante de trabajo y en el cual se concentraba gran parte de las actividades de la comisión, ya que el Informe Final se elaboraría con base principalmente en ellos.

Por este motivo, se debía tener un cuidado especial para recuperar los testimonios de las mujeres en relación a su propia historia, lo cual implicaba además un diseño especial del cuestionario para la entrevista.

Asimismo, al momento de convocar a la población a rendir su testimonio ante la CVR, debía incluirse no sólo el caso de las personas que habían sido víctimas de desaparición forzada o tortura, sino que además tenía que mencionarse de manera directa a las víctimas de violencia sexual. De este modo, se daba un reconocimiento expreso de la violencia sexual como una violación de derechos humanos.

Cuando se inició el trabajo con perspectiva de género, uno de los primeros aspectos fue participar en el manual para la toma de entrevistas, con lo cual se pudo incluir un apartado especial, destinado a capacitar a las y los entrevistadores para que asumieran la investigación de los casos de violencia sexual con seriedad y con la certeza de lo difícil que es para una víctima de estos hechos acercarse a dar su testimonio⁶⁶.

Por ello, se dieron Talleres de Capacitación para la realización de entrevistas que partían de algunas ideas básicas. Lo primero era reconocer la existencia del silencio que rodeaba la historia de las mujeres, sobre todo para los casos de violencia sexual. Se debía tener presente que la discriminación tradicional en que viven las mujeres peruanas –y de manera especial las mujeres rurales– se acentuaba en estos casos⁶⁷.

⁶⁶ El referido Manual del Entrevistador puede ubicarse en el Centro de Información para la Memoria Colectiva y los Derechos Humanos, ubicado en la Defensoría del Pueblo del Perú <http://www.ombudsman.gob.pe/>

⁶⁷ Aquí se debe tener en cuenta cómo la discriminación por género o por sexo va unida a otros tipos de discriminación. En el caso peruano la gran mayoría de víctimas proviene de los sectores quechua hablantes, campesinos, pobres, es decir, personas cuyos derechos han sido tradicionalmente ignorados.

En este contexto se ubica el tema de la culpa que acompaña a las víctimas, sentimiento no sólo generado por los victimarios sino también por los esposos, los familiares y la propia comunidad, quienes muchas veces la responsabilizaban de la agresión sufrida. De otro lado, muchas mujeres habían iniciado nuevas relaciones de pareja en las que sus esposos no sabían lo sucedido, con lo cual era casi imposible pretender que se acercaran a la CVR.

Por otra parte, las casi inexistentes denuncias de violaciones sexuales y/o de investigaciones oficiales iniciadas durante el período del conflicto armado, dan una clara idea de la impunidad que rodeaba este tipo de violaciones de derechos humanos, la cual contribuye a que las víctimas de estos hechos no sólo no denuncien los hechos ante las instancias policiales y judiciales, sino que además traten de ocultar a toda costa lo sucedido tanto a nivel familiar como de su comunidad.

Por todo ello, la persona a cargo de la toma de testimonios debía tener esta preocupación especial por incluir las voces de las mujeres y, para el caso específico de la violencia sexual, debía asumir el silencio inicial que caracteriza estas situaciones, creando el clima de confianza suficiente para que la testimoniante superara el temor y vergüenza naturales. Era necesario tener la suficiente sensibilidad para no forzar a la víctima a hablar si es que no deseaba hacerlo, pero tampoco dejar de lado información importante.

Por otro lado, se recomendaba que fueran mujeres las encargadas de asumir los casos de aquellas mujeres que se acercaban a la CVR, quienes probablemente buscaban denunciar lo que les sucedió a sus familiares y sólo se animarían a contar su propia experiencia si sentían la suficiente confianza para hacerlo.

Era necesario incluir entre el repertorio general de preguntas de la entrevista algunas que ayudaran a determinar la existencia de hechos de violencia sexual, las cuales debían hacerse permanentemente a todas las personas que se acercaban a la CVR. La idea era preguntar de manera general si la persona testimoniante conocía de casos de violencia sexual en su comunidad. Si la respuesta era afirmativa, se debía profundizar la entrevista tratando de determinar algún caso específico, con la mayor información posible en relación a la identidad de la víctima, del agresor, el lugar, la fecha, etc. Este tipo de preguntas resultaba fundamental ya que en muchas ocasiones los varones podían dar esta información con mayor facilidad que las mujeres.

La LDG concentró gran parte de su trabajo en los talleres de capacitación para entrevistadores organizados en las diferentes sedes regionales de la CVR. Asimismo, se tuvo una activa participación en las reuniones internas de las diferentes áreas de la CVR donde se trataba de incluir permanentemente el enfoque de género.

Resulta importante reflexionar sobre la interesante experiencia de los talleres con funcionarios y funcionarias de provincias. Trabajar temas que impliquen el análisis de género es difícil y retador pero lo es más todavía en realidades diferentes a las que se tiene acceso cotidianamente, esto es, el ámbito rural. Ante ello, el taller no podía plantearse como una imposición o una versión urbana sobre los problemas y realidades de las diferentes regiones, sino que debía ser construido y reelaborado en función a las necesidades y realidades de cada zona:

Para ello, la discusión grupal se iniciaba en relación a un tema que afecta permanentemente a hombres y mujeres en el Perú, esto es, la discriminación como una violación de derechos humanos.

La idea inicial era que los y las asistentes entendieran que la discriminación constituye una afectación a los derechos y a la dignidad de las personas y que se manifiesta en ámbitos diversos de la vida cotidiana, muchas veces sin ser reconocidas como tal. Poco a poco, se iban contando ejemplos y experiencias cotidianas de discriminación, tales como los conocidos casos de las discotecas y *pubs* que impiden el ingreso de personas de rasgos andinos⁶⁸, las mejores posibilidades de trabajo para las personas egresadas de las universidades limeñas y privadas, los problemas que enfrenta la población quechua hablante para acceder a una educación de calidad, etc.

Una vez que tanto hombres como mujeres reconocían la necesidad de condenar las conductas discriminatorias, se daba un segundo paso para vincular esta situación al caso del conflicto armado peruano. La realidad de las víctimas, su composición social y económica, el centralismo en la administración de justicia, eran temas que se presentaban naturalmente en la discusión que se suscitaba entre los y las participantes.

Una vez establecidos estos puntos, se entraba a analizar el vínculo entre las violaciones a los derechos humanos y la discriminación

⁶⁸ Al respecto, se puede revisar Mantilla, Julissa, "De pisco, cajón y racismo", *Diario La República*, agosto 2004, <http://www.concytec.gob.pe/foroafroperuano/pisco.htm>

de género, con el objetivo de que –entendidos los efectos que la discriminación acarrearba– se comprendiera por qué era necesario trabajar con perspectiva de género en la CVR, el reto que esto implicaba y el compromiso que se requería de cada uno de los funcionarios de la CVR.

En la totalidad de casos, los resultados fueron alentadores. Muchos de los participantes tenían experiencia en el trabajo de derechos humanos. Sin embargo, pocos o casi ninguno de ellos conocía el vínculo entre este trabajo y el análisis de género. En lo personal, fue muy interesante participar en las discusiones, entender los diferentes puntos de vista y, sobre todo, observar cómo muchos de los más escépticos resultaban especialmente comprometidos con el tema. Asimismo, se dieron casos de resistencia y espacios de crítica en los cuales los propios funcionarios analizaban sus conductas al interior de las sedes, exponiendo situaciones que consideraban discriminatorias y estereotipadas y exponiendo sus posiciones personales ante cada situación.

Para el desarrollo de los talleres se elaboró una Guía de Capacitación⁶⁹, la cual desarrollaba ciertos conceptos básicos pero además daba lineamientos para el trabajo práctico en cada Sede Regional. Asimismo, al término de la actividad se nombraba a un relator o relatora que daba cuenta de las principales conclusiones de la jornada pero que además recogía los compromisos concretos de trabajo que cada Sede Regional planteaba desarrollar. De esta manera, no se trataba en ningún momento de una imposición externa sino que era la propia Sede la que –evaluando su realidad concreta y sus posibilidades en tiempo y recursos– planteaba su esquema de trabajo⁷⁰.

En cuanto a la presencia en las reuniones internas de la CVR, la LDG tuvo una preocupación especial en participar en las reuniones y talleres internos que las diferentes áreas de la CVR organizaban, como una manera de consolidar el trabajo en género. Para ello, se tenía un contacto permanente con las personas a cargo, se ofrecían materiales informativos y se brindaban exposiciones breves, entre otros recursos.

⁶⁹ Este material puede ser revisado en el Centro de Información para la Memoria Colectiva y los Derechos Humanos, ubicado en la Defensoría del Pueblo del Perú. <http://www.ombudsman.gob.pe/>

⁷⁰ Un ejemplo de lo dicho fue el Caso Manta, relativo a violencia sexual generalizada contra las mujeres de dicha zona y cuyos responsables fueron agentes estatales. Los hechos fueron presentados durante el taller de capacitación en género realizado en Huancayo y, finalmente, fueron incluidos entre los casos que la CVR presentó al Ministerio Público. En la actualidad, la investigación se encuentra en desarrollo.

Este trabajo era fundamental dado que la CVR fue incrementando el número de funcionarios y funcionarias, quienes llegaron a la entidad en diferentes momentos y con quienes también era necesario trabajar en cuanto al enfoque de género⁷¹.

Cuarto: Sensibilización y difusión

Este fue uno de los aspectos más importantes del trabajo de la LDG y se desarrolló tanto a nivel interno como externo a la CVR.

A nivel interno, además de los talleres y reuniones internas, se elaboró un boletín que se difundía por correo electrónico⁷² que permitía distribuir permanentemente una serie de documentos informativos que pudieran ayudar al trabajo de las diferentes áreas de la comisión. Asimismo, las labores de la LDG fueron ubicadas en el web principal de la CVR⁷³.

A nivel externo, era necesario que la CVR expresara abiertamente su compromiso con la perspectiva de género en la investigación en derechos humanos. Por ello, y con motivo del Día Internacional de la Mujer, se organizó el evento “Rompiendo el Silencio” el 08 de marzo del 2002. Este fue un espacio interesante en el que se reflexionó sobre el rol de las mujeres durante el conflicto armado y se contó con la colaboración de diferentes organizaciones y representantes de la sociedad civil.

La idea del evento era que se pudieran presentar diferentes aproximaciones al tema, entre ellas la posición de la CVR que planteaba claramente la decisión de aplicar la temática de género en sus investigaciones. Asimismo, hubo exposiciones desde la academia universitaria, desde el trabajo con las mujeres desplazadas, desde la realidad de las mujeres en cárcel y desde las madres que buscaron

⁷¹ Esta tarea generaba una intensa agenda de charlas y capacitaciones que recargaba las labores de la LDG, ya que muchas veces las actividades se daban en un mismo día para no distraer a los funcionarios de sus labores centrales. Sin embargo, era imprescindible mantener una presencia constante en las actividades de la CVR.

⁷² <http://www.cverdad.org.pe/> visitada en noviembre del 2004.

⁷³ <http://www.cverdad.org.pe/lacomision/nlabor/atrabajo2.php> visitada en agosto del 2004.

durante años a sus hijos desaparecidos⁷⁴. Como resultado de esta actividad, se editó una publicación recogiendo las ponencias, la cual fue distribuida a nivel nacional e internacional⁷⁵.

La LDG elaboró *spots* radiales, afiches y volantes informando sobre la necesidad de conocer las historias de las mujeres. *Slogans* del tipo “Mujer peruana, ven a dar tu testimonio”, “Sin tu testimonio, la verdad no estará completa”, “la verdad de las mujeres debe ser escuchada”, buscaban que las mujeres tomaran conciencia sobre la importancia de su rol en el proceso de recuperación de la verdad y la memoria. Adicionalmente, se prepararon textos, artículos y materiales informativos que se difundieron a nivel de los medios de comunicación nacionales

Por otra parte, se elaboró un folleto tipo cómic, destinado a difundir que la violencia sexual es una violación de derechos humanos. Se trataba de una historia animada en la cual una mujer narraba la experiencia de una violación sexual, la cual no había contado a nadie previamente. En los textos se hacía alusión a la importancia de saber la verdad para vencer la inseguridad y el temor que genera la violencia, se explicaba la confidencialidad del procedimiento de la CVR y se incluía a hombres y mujeres preocupados por el tema. Si bien no es posible medir el impacto real de los folletos en cuanto al aumento de testimonios de las mujeres, es necesario resaltar que el cómic buscaba que las mujeres supieran que no eran culpables de los hechos de violencia sexual de los que fueron víctimas y que la población en general entendiera la realidad de la violación sexual como una violación de derechos humanos. La idea era presentar el tema de modo tal que las mujeres pasaran de ser víctimas a sobrevivientes, como un primer paso individual.

En este mismo contexto se ubican las audiencias públicas que organizó la CVR cuyo propósito fue reconocer el rol de la mujer como víctima y como sobreviviente del conflicto armado. Asimismo, se trató de resaltar el rol desempeñado por las mujeres en la recuperación de la memoria histórica, sobre todo porque muchos de los varones habían

⁷⁴ Las presentaciones estuvieron a cargo de Sofía Macher, comisionada de la CVR, Narda Henríquez (Diploma de Estudios de Género), Diana Ávila (Consejería en Proyectos), Pilar Coll (ex Secretaria Ejecutiva de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos) y Angélica Mendoza (Asociación Nacional de Familiares de Desaparecidos del Perú, ANFASEP).

⁷⁵ “Rompiendo el silencio: las voces de las mujeres en la búsqueda de la verdad”, Día Internacional de la Mujer, 8 de marzo de 2002, Lima Perú.

desaparecido o habían muerto y eran las mujeres quienes brindaban la información con la que la CVR trabajaba⁷⁶.

Quinto: La relación con las organizaciones de la sociedad civil

Uno de los aspectos básicos del trabajo de la LDG fue establecer contactos con las organizaciones de la sociedad civil vinculadas al trabajo en derechos humanos y en temas de género. Así se creó un grupo de apoyo a la LDG integrado por representantes de organizaciones de derechos humanos y de defensa de los derechos de las mujeres, principalmente. Debe decirse que, una vez más, las personas que se vincularon al proceso no sólo representaban el compromiso de sus instituciones como tales sino que además estaban individualmente interesadas en el tema.

Este vínculo con las organizaciones permitió un apoyo importante para la realización de actividades de sensibilización y difusión así como para el logro de un capítulo específico sobre género en el Informe Final.

Sexto: Judicialización de casos

Como ya se ha dicho, la CVR fue implementando su trabajo poco a poco, en virtud de las limitaciones de recursos y las singularidades del proceso peruano. En ese desarrollo, nuevas áreas se fueron creando a lo largo de su funcionamiento⁷⁷. Una de ellas fue la Unidad de Judicialización de Casos, la cual tuvo como objetivo principal seleccionar y preparar los reportes de casos que pudieran ser

⁷⁶ Tal como sucedió en el caso sudafricano, la CVR llevó a cabo una serie de Audiencias Públicas en las principales ciudades peruanas afectadas por la violencia. La realización de las audiencias respondió a un criterio geográfico pero también temático, siendo el caso que se organizó audiencias sobre universitarios, desplazados, inocentes en prisión, mujer. Las audiencias constituyeron un espacio de expresión de las víctimas, en el cual pudieron contar sus historias y ser escuchadas a nivel nacional, muchas veces por primera vez. <http://www.cverdad.org.pe/apublicas/audiencias/index.php> En la actualidad, el material correspondiente a las Audiencias Públicas se encuentra en el Centro de Información para la Memoria Colectiva y los Derechos Humanos, ubicado en la Defensoría del Pueblo del Perú. <http://www.ombudsman.gob.pe/>

⁷⁷ Durante su trabajo, la CVR reformó su organigrama en varias oportunidades; por ello resulta difícil hacer un recuento exacto de cada uno de estos cambios. Las referencias que se hacen en este trabajo explican el nombre original del área y las funciones principales que cumplían.

presentados al Ministerio Público, al término del trabajo de la comisión. Cabe resaltar que ésta no era una obligación establecida en el mandato de la CVR pero se optó por ello con miras a enfatizar la necesidad de las reparaciones en justicia, así como para colaborar con la labor de los operadores jurídicos.

Para la selección de los casos se habían dado una serie de criterios, relativos a la complejidad de los hechos, la información previa existente y el valor emblemático, principalmente. Si bien la perspectiva de género no era un criterio inicial, luego de algunas reuniones sobre el tema, se incorporaron dos casos relativos a violencia sexual contra las mujeres. Definitivamente, dos casos frente al total de cuarenta y siete que finalmente se presentaron, resultan ínfimos. Sin embargo, debe tenerse presente que el tema no estaba pensado al inicio del trabajo de esta unidad y que el haber logrado incorporar al menos esos casos, fue un logro importante⁷⁸.

Sétimo: ¿incorporación transversal o un capítulo específico?

He dejado este punto para el final porque fue uno de los más importantes y a la vez más discutidos en el proceso. Recuerdo la frase de una especialista en género quien decía que la mejor manera de hacer invisible la perspectiva de género era haciéndola transversal, porque de esa manera la responsabilidad de su incorporación se diluía. Por el contrario, la ventaja de un capítulo específico era que implicaba una preocupación especial y una visibilización del tema, con lo cual el mensaje era diferente. Luego de varios debates y discusiones, la posición de la LDG fue la de unificar ambas perspectivas, esto es, procurar la incorporación transversal de la perspectiva de género en el trabajo de la CVR pero también la inclusión de un capítulo específico, el cual debería condensar el análisis de género realizado en la CVR.

Lograr un apartado de esta naturaleza en el Informe Final era algo que se veía como casi imposible al inicio. Por ello, la idea era crear espacios de discusión tanto a nivel interno como externo de la CVR, a fin de consolidar la idea de un capítulo de género. En este proceso, la idea fue tomando cuerpo y en cierto punto, el debate se centró en

⁷⁸ La totalidad de casos presentados por la CVR al Ministerio Público puede revisarse en <http://www.justiciaviva.org.pe/comision.htm>, Fuente: *Diario La República*, setiembre 2004.

el contenido del capítulo pero no en su existencia, la cual se dio por sentada.

A esta aceptación contribuyó la singularidad del reto que la CVR había asumido en comparación con experiencias similares previas, lo cual sólo podría evidenciarse con una inclusión específica del tema en el Informe Final. A la par, se fue generando una expectativa importante tanto al interior de la comisión como en el ámbito de las diferentes organizaciones de derechos humanos, de las académicas especialistas en género y de las organizaciones de mujeres, cuyo reclamo por el apartado específico –a mi juicio– pesó en la decisión final de darle el visto bueno a la inclusión del capítulo.

Cuando la LDG fue disuelta en diciembre del 2002, la idea del capítulo se mantuvo y, pese a que la versión final del texto no estuvo bajo nuestra responsabilidad, sí es importante rescatar el hecho que el capítulo se incluyera. La idea que debe primar es que, en el futuro, cuando otras entidades de investigación similares se constituyan y revisen el proceso peruano, el apartado en género estará ubicado en el desarrollo del Informe Final y su existencia ya no tendrá que justificarse. A mi juicio, éste fue uno de los más importantes aportes de la CVR.

Mirando hacia delante: Sugerencias para futuras Comisiones de la Verdad

Si bien cada comisión de la verdad responde a una realidad particular y diferenciada, es posible delinear algunas recomendaciones en cuanto a la integración de una perspectiva de género en el trabajo de futuras comisiones, a raíz de la experiencia de trabajo desarrollada en la CVR.

Por una parte, es importante que los debates que se desarrollan en cada sociedad previamente al establecimiento de las comisiones de la verdad, incluyan la importancia de la incorporación de la perspectiva de género como herramienta de análisis y trabajo.

Resulta fundamenta que esta visión de género se encuentre presente en el proceso inicial de establecimiento y configuración de las comisiones, básicamente en cuanto a los objetivos de la investigación, el trabajo en la toma de testimonios, el diseño de la base de datos y la preparación del Informe Final, entre otros aspectos. De este modo, el

tema no resultará en una imposición externa sino que se responderá al proceso de creación de la comisión y se verificará un compromiso real de la entidad.

En lo que se refiere a la configuración y diseño de las comisiones, es importante que las instancias de decisión e investigación reflejen una paridad de género, teniendo siempre presente que el tema va más allá de una mera cuestión de números. De lo que se trata es de desarrollar políticas de inclusión que permitan el acceso equitativo de hombres y mujeres a las diferentes instancias de la organización. Esto es fundamental, ya que la falta de paridad contribuye a la invisibilización de las necesidades específicas de cada grupo –en este caso de las mujeres– y lleva a asumir que las perspectivas y prioridades de varones y mujeres son las mismas. Sin mujeres en los espacios de decisión se corre el riesgo de generalizar los hechos y se perpetúan situaciones tradicionales de discriminación e inequidad.

Por otra parte, si bien el análisis con perspectiva de género debe ser transversal al trabajo de las comisiones, es también necesario hacer hincapié en grupos o apartados específicos. En muchos casos, hacer transversal la perspectiva de género implica olvidar la realidad particular de las mujeres, ya que en esa transversalidad se diluyen las responsabilidades y preocupaciones por los grupos específicos.

Asimismo, resulta importante que las instancias destinadas al diseño de las políticas de reparaciones y de reformas institucionales incorporen el análisis de género en la elaboración de sus propuestas, enfatizando la importancia de su vigencia y explicando claramente las razones para su inclusión.

Finalmente, es fundamental que las comisiones logren difundir su compromiso con la equidad de género a nivel de la sociedad civil, de modo que las instancias destinadas al seguimiento de las recomendaciones y del Informe Final tengan presente la continuidad del trabajo en este aspecto.

Algunas palabras finales

El trabajo en la CVR fue difícil y quizás el más complicado que he tenido que asumir en mi vida profesional, no sólo por el desgaste intelectual y emocional que implicó, sino por las dimensiones del reto que debía enfrentarse. Y sin embargo, miro para atrás y concluyo que, si me ofrecieran nuevamente la oportunidad de trabajar en la CVR,

aceptaría sin dudar. Se hizo mucho, se llegó a las personas y se marcó un cambio en la manera de hacer investigación en derechos humanos.

Me detengo en estas líneas finales para pensar en la “Línea de Género” ese grupo de mujeres que en diferentes momentos del camino apoyó el trabajo en la CVR, asumiendo el costo del estigma y el reto de la causa, tanto a nivel de la Sede Central como en el rol de enlaces en las Sedes Regionales. El mismo reconocimiento debe extenderse hacia las académicas, activistas y organizaciones que participaron en el grupo de apoyo a la LDG, así como a los comisionados, entrevistadores y demás funcionarios y funcionarias de la CVR que entendieron la importancia de la perspectiva de género y que se involucraron activamente en el proceso.

Quienes trabajamos en temas de género sabemos que este enfoque es revolucionario y cuestionador, lo cual implica que reciba resistencia, sobre todo porque su vínculo con la investigación en derechos humanos no siempre es entendido.

Y sin embargo, como se vio en el caso peruano, la perspectiva de género implicó un enriquecimiento en el trabajo de la CVR, una mejor aproximación al proceso que se estudiaba y una preocupación por establecer las bases hacia una sociedad más justa e inclusiva. Ante ello, cualquier esfuerzo vale la pena.

Reflexiones sobre la democratización de los partidos políticos en Centroamérica y Panamá*

*Ricardo Valverde***

Introducción

Por su especial naturaleza, como un Programa especializado de una institución interamericana dedicada al abordaje académico y a la promoción de los Derechos Humanos, el Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL)¹, ha entendido que los derechos políticos y el tema electoral son factores determinantes para la existencia y funcionamiento del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en el conjunto del continente.

Si bien no profundizaremos esta tesis en detalle en la presente obra, por razones de espacio y de pertinencia, sí resulta fundamental establecer con claridad que para CAPEL, derechos políticos y elecciones forman parte del elenco nacional e internacionalmente reconocido como *Derechos Humanos*². Por lo tanto, lo relacionado con el perfeccionamiento de los mecanismos y espacios en los que los actores políticos operan en el continente, tiene una extraordinaria importancia

* Artículo basado en un estudio especializado del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL) del IIDH.

** Costarricense, abogado, especialista en Derecho Internacional (Universidad de Costa Rica) y Derechos Humanos y procesos de democratización (Universidad de Chile), profesor universitario, consultor del IIDH/CAPEL. Las opiniones del autor no comprometen necesariamente la opinión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ni de su Área Programática especializada, el Centro de Asesoría y Promoción Electoral. La versión original de este artículo fue presentada en el III Encuentro Internacional sobre Constitución, Democracia y Sistemas Políticos, celebrado en La Habana, Cuba, del 22 al 24 de junio del año 2005.

1 Voz “Centro de Asesoría y Promoción Electoral”, Roberto Cuéllar Martínez, *Diccionario Electoral*, Tomo I, IIDH, pp. 158-164.

2 En este sentido, consúltese Zovatto, Daniel, Entrada III. “Derechos políticos como derechos humanos”. En: Nohlen, Picado y Zovatto (comps.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, pp. 32-44.

para la profundización de los procesos de democratización³, tanpreciados en las Américas luego de vivir etapas difíciles marcadas por enfrentamientos armados y crueles dictaduras, hasta hace relativamente poco tiempo.

Una de las zonas más azotadas por estas limitaciones a la vigencia de la democracia⁴ y del Estado de Derecho, fue precisamente la región centroamericana.

De aquí que también en su condición de entidad proveedora de asistencia técnica especializada en materia electoral, y sobre todo, en función de su papel como Secretaría Ejecutiva de las tres asociaciones de Organismos Electorales que operan en el continente americano⁵, para CAPEL resulta de importancia estratégica todo lo relacionado con estos actores principales del proceso político y democrático⁶, entre los que se encuentran los Organismos Electorales, las organizaciones

3 “La democratización es un proceso que tiene lugar cuando se instaura en una determinada sociedad la democracia como sistema de gobierno –tanto si esto sucede por primera vez en la historia de un país, como si luego de un impasse de derogación de las libertades individuales y políticas se retorna al funcionamiento de las instituciones que caracterizan a la democracia–, o se difunden e intensifican prácticas democráticas en la toma de decisiones, aun en unidades menores de la sociedad global, como pueden ser los ámbitos laborales, familiares, educación entre otros”. Voz “Democratización”, Carlota Jackisch. En *Diccionario Electoral*, Tomo I, IIDH, pp. 370-375.

4 Interesantes reflexiones sobre la democracia y la calidad de la democracia son recogidas en la obra de O'Donnell, Guillermo; Iazzetta, Osvaldo y Vargas Cullell, Jorge (comps.). *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*. Santa Fe, Argentina, PNUD/Homo Sapiens Ediciones, 2003, 357 pp; aquí, Vargas, Villarreal y Gutiérrez proponen: “calidad de la democracia es el grado en que, dentro de un régimen democrático, una convivencia política se acerca a las aspiraciones democráticas de su ciudadanía... El concepto de calidad de la democracia tiene un carácter multidimensional. La calidad de cada dimensión de la democracia puede y debe ser evaluada, pues la ‘distancia’ entre las prácticas reales y el horizonte normativo de la democracia puede ser distinta en los diversos frentes de la convivencia política” (pág.169). Para ampliar el tema: Voz “Calidad de la democracia”, Jorge Vargas Cullell. En *Diccionario Electoral*, Tomo I, IIDH, pp. 109-121.

5 Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y el Caribe, *Protocolo de Tikal* (1985); Asociación de Organismos Electorales de América del Sur, *Protocolo de Quito* (1989) y Unión Interamericana de Organismos Electorales, *UNIORE* (1991). Para mayor detalle: Voz “Asociaciones de Organismos Electorales”, Sofía Vincenzi. En *Diccionario Electoral*, Tomo I, IIDH, pp. 51-63.

6 Además de la riqueza conceptual que aporta Dahl sobre el tema de la democracia, resulta interesante destacar su idea de que ésta ofrece oportunidades para: 1) participación efectiva de los miembros; 2) igualdad de voto; 3) comprensión ilustrada sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias; 4) ejercitar el control final sobre la agenda; e 5) inclusión de la totalidad o al menos la mayoría de los adultos en el ejercicio pleno de la ciudadanía. Dahl, Robert. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Trad. Fernando Vallespín, Madrid, Taurus, 1999, pp. 47-48.

ciudadanas que tienen incidencia en estos procesos, y sobre todo, las instituciones que por excelencia cumplen el rol de intermediación entre la sociedad y el poder: los partidos políticos.

Para complementar esa afirmación, vale la pena destacar la tesis expresada por Gonzalo Elizondo⁷ en el sentido de que los partidos políticos cumplen su misión al menos mediante cuatro grandes manifestaciones:

- Hacer realidad la plena vigencia de la participación social.
- Funcionar como agentes de libertad, en tanto representan una diversidad de concepciones y visiones del mundo.
- El carácter contralor del ejercicio del poder.
- Actualizar la educación política de sus miembros y población meta, llevando la participación a algo más que “el rito del voto”.

En todo caso, y contra los pronósticos que puedan derivarse de estas observaciones introductorias, la presente obra pretende ser más bien un testimonio sobre lo que el IIDH/CAPEL ha hecho en materia de democratización de partidos en la región centroamericana, que un ejercicio de tratamiento o reflexión académica o doctrinaria.

Lo anterior es relevante, en la medida en que los regímenes partidarios, en tanto expresión jurídica y cultural que son, responden no sólo a las realidades sociológicas a las que se circunscriben, sino también a los tiempos históricos en los que estos se analizan.

De aquí que los sistemas partidarios en cada país, son realidades multiformes en las que interactúan partidos consolidados históricamente y partidos nuevos, partidos ideológicos y expresiones políticas coyunturales, partidos grandes y partidos pequeños en cuanto a la cantidad de sus miembros, partidos en ejercicio de gobierno y partidos de oposición, partidos de cuadros o partidos llamados de masas, etc.; en suma, categorías diversas que dan cuenta de lo rico pero a la vez complejo que es analizar un sistema de partidos.

⁷ Elizondo Gonzalo, “Los partidos políticos”. En *Justicia, Libertad y Derechos Humanos: ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo I. San José, IIDH/CorteIDH/Colegio de Abogados/Sala Constitucional CSJ, 2003, pp. 526 y ss.

Antecedentes

Como complemento de decenas de obras relevantes sobre la situación de los partidos políticos en la región de Centroamérica y Panamá⁸, para el IIDH/CAPEL el trabajo con partidos políticos no es nuevo, aunque ciertamente son algunos impulsos recientes los que le llevan a trabajar de manera más sistemática en este campo.

Entre estos impulsos destacan:

- Una reunión de expertos realizada en abril del año 2002 para ayudar a visualizar el rumbo estratégico de la institución, recomendó mantener el nexo histórico y natural con los Organismos Electorales, pero profundizar las experiencias de trabajo con organizaciones de la sociedad civil que tienen incidencia en procesos políticos y ayudar en las actividades orientadas al fortalecimiento de los partidos políticos.
- El llamamiento de la III Reunión del Foro Interamericano sobre partidos políticos (OEA, Cartagena de Indias, noviembre del 2003), de cuyo Consejo Consultivo participa CAPEL como miembro. Aquí se planteó la necesidad de que los miembros del Foro desarrollaran proyectos y otras líneas de acción orientadas al fortalecimiento de los partidos políticos.
- Con la intención de iniciar en esta etapa del desarrollo institucional de CAPEL el abordaje del trabajo con partidos políticos (de manera ordenada y sistemática), se plantearon dos iniciativas académicas y de investigación que durante el año 2003 y el 2004 cobraron gran relevancia: a) Un Proyecto para Centroamérica y Panamá, desarrollado con apoyo de la cooperación danesa (PRODECA) denominado *Democratización de Procesos Políticos en Centroamérica*, y parte del cuál es el Informe Regional de Investigación –Democratización Interna de partidos: avances y tareas pendientes⁹–, que a su vez constituye un insumo esencial

⁸ Entre otros: Cerdas, Rodolfo. *El desencanto democrático. Crisis de partidos y transición democrática en Centroamérica y Panamá*. San José, REI, 1993, 195 pp., que constituye una obra clásica sobre la realidad partidaria surgida en el área tras la convulsa década de los ochentas; y Ulloa, Félix. “Los partidos políticos actores de la institucionalización democrática en Centroamérica”. En *Boletín Electoral Latinoamericano*. No. XXIII, IIDH, Enero-Junio 2000, pp. 165-200.

⁹ Esta obra salió a la luz en una publicación durante el segundo semestre de 2004. *Informe Regional de Investigación Democratización interna de partidos: avances y tareas pendientes*. San José, IIDH/CAPEL/PRODECA, Proyecto Democratización de partidos políticos en Centroamérica, 2004, 486 pp.

para la presente obra; y b) Tres investigaciones paralelas que sobre la democratización interna de partidos se planteó en otras tres regiones de América, con el apoyo de USAID (en el marco del Proyecto institucional *Representación equitativa y reforma de partidos políticos*), y que tiene como puntos focales a las principales organizaciones partidarias de tres “países muestra”: para Norte América y el Caribe, República Dominicana; para la región andina, Bolivia; y para el cono sur, Chile¹⁰.

- Con la finalidad de responder a las inquietudes de algunos actores políticos de la región andina, se llevó a cabo en Santiago de Chile en marzo de 2003, un Taller sub regional denominado *Fortalecimiento de partidos políticos en la región andina*, que convocó a más de cincuenta representantes partidarios, diputados andinos, miembros de Organismos Electorales, representantes de la sociedad civil, académicos y personas vinculadas a agencias de cooperación provenientes de los países de la región. Actividades similares fueron realizadas en San José de Costa Rica, para la región de Centroamérica y República Dominicana; en Asunción, Paraguay, para los países del cono sur, en abril 2005; y finalmente, se cerró el ciclo de estos abordajes sub regionales, con un taller para México, llevado a cabo en el Distrito Federal, también en abril del 2005¹¹.

Como es obvio, las diversidades en cuanto al desarrollo temporal de ejecución de las investigaciones, la cobertura geográfica y los recursos metodológicos desplegados para atender cada una de estas esferas de trabajo, han ido arrojando a su vez hallazgos diversos.

Por el momento vamos a concentrar el interés de este artículo en los hallazgos obtenidos en el estudio centroamericano y en lo que hoy constituyen líneas estratégicas de tratamiento del tema. Lo anterior, sin perjuicio de hacer referencia a algún recurso o lecciones aprendidas derivados de los otros abordajes institucionales.

¹⁰ Rosales, Rotsay y Valverde, Ricardo. *Democratización de los partidos políticos en Bolivia, Chile y República Dominicana*. San José, IIDH, 2006. 92 pp. más disco compacto con el informe completo y la información anexa de la obra.

¹¹ La información sistematizada de estos encuentros se puede ver en la obra: *Agenda para el fortalecimiento de los partidos políticos en América Latina. Memoria del proceso de consultas regionales con partidos políticos*. San José, IIDH, 2006.

¿Cómo abordar el tema de la democratización interna de los partidos políticos en la región?

Para este efecto, la investigación centroamericana fue pionera. En un momento inicial interesaba básicamente recoger, documentar y sistematizar buenas y malas prácticas de las esferas de inclusión y exclusión que podían mostrar los principales partidos y actores políticos.

Sin embargo, antes de la ejecución, la investigación se organizó y se desarrolló de manera sistemática, abordando tres niveles de análisis que nos permiten tener una clara visión de conjunto de la problemática.

- El primer nivel: *Sistema político* (aspectos relevantes sobre la configuración misma del sistema político: antecedentes y contextos histórico e ideológico; factores sistémicos –coyunturales o normativos– que inciden en la configuración del sistema de partidos o de sus actores relevantes).
- El segundo nivel: *Sistema de partidos específicos de la región* (descripción del mismo y resultados de las últimas elecciones nacionales¹²; términos y formatos de competencia electoral; accesibilidad de la ciudadanía al sufragio activo, siendo este un significativo indicador de inclusión en la participación política).
- El tercer nivel: *Partidos y actores* (en tanto unidades individuales de observación).

En este caso, el interés fue centrado en diversos componentes –a su vez, resultantes de otros abordajes institucionales sobre el tema–, pues ya se había planteado la posibilidad de ampliar el espectro a algo que fuera mucho más allá que sólo determinar condiciones generales de inclusión/exclusión.

- a. Procesos de elección
- b. Estructura organizativa y mecanismos de toma de decisiones
- c. Perfil de militantes y simpatizantes
- d. Dinámica partidaria en momentos inter-electorales
- e. Incentivos de participación política a lo interno de la organización
- f. Procesos de formación y capacitación de sus integrantes

¹² Esto fue relevante para la determinación de los partidos y actores políticos objeto de la investigación y consulta, en el momento en el que el proyecto fue concebido (año 2002).

- g. Espacios de reflexión para la construcción conjunta de los proyectos políticos
- h. Mecanismos transparentes para la gestión financiera y de los recursos necesarios para su funcionamiento
- i. Capacidad de incidencia y decisión de actores en el partido: por género, edad y etnicidad
- j. Instancias de apelación ante incumplimientos: tribunales de ética, de procesos electorales internos, de casos de investigación a partidarios denunciados y otros

Esto explica que en el texto de este Informe¹³ se destaque lo siguiente: “En este contexto, es importante llamar la atención que si bien el término ‘democracia interna de partidos’ ha sido un elemento orientador del Proyecto, como se puede observar, más que partir de un concepto pre-construido, esta investigación se ha centrado en conocer en qué medida, tanto al interior de los partidos como en su entorno más inmediato, el sistema de partidos vigente y el sistema político en que se desarrollan, ha avanzado en la puesta en marcha de prácticas democráticas que se orienten a una perspectiva de democracia efectivamente comprometida con los derechos humanos consagrados en las constituciones y las leyes de estos países”.

Sin embargo, vamos a dejar de lado, por razones de especialidad, lo relativo al sistema político y al conjunto del sistema de partidos (a nivel nacional y a nivel de la región) para concentrarnos en el radio de acción de los partidos y actores políticos.

Resumen de principales hallazgos por país

Los partidos políticos incluidos en el estudio de IIDH/PRODECA, fueron –por país– los siguientes:

Guatemala

- Frente Republicano Guatemalteco (FRG)
- Partido de Avanzada Nacional (PAN)

El Salvador

- Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN)
- Alianza Republicana Nacionalista (ARENA)

¹³ Ver IIDH. *Informe Regional de Investigación Democratización interna de partidos...*, pp. 3-4.

- Partido de Conciliación Nacional (PCN)

Honduras

- Partido Nacional
- Partido Liberal
- Partido Democracia Cristiana (PDC)
- Partido Innovación y Unidad (PINU)
- Partido Unificación Democrática

Nicaragua

- Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN)
- Partido Liberal Constitucionalista (PLC)
- Partido Conservador de Nicaragua (PC)

Costa Rica

- Partido liberación Nacional (PLN)
- Partido Unidad Social Cristiana (PUSC)
- Movimiento Libertario
- Partido Acción Ciudadana (PAC)

Panamá

- Partido Revolucionario democrático (PRD)
- Partido Arnulfista (PA)
- Movimiento Liberal Republicano Nacionalista (MOLIRENA)
- Partido Popular (PP)

Esta referencia es interesante, pues evidencia que el esfuerzo de cobertura de los principales actores políticos (mismos que tienen representación legislativa, de nivel nacional) fue alcanzado con creces. Se trata entonces, de una muestra muy poderosa en cuanto a la cantidad y calidad de los partidos considerados en el estudio.

Lo que de manera resumida resulta de la aplicación de seis investigaciones nacionales realizadas por connotados académicos de

estos países¹⁴, y respetando en la medida de lo posible la literalidad del Informe original, se recoge en el siguiente cuadro:

<p>Proyecto Democratización de los procesos políticos en Centroamérica (IIDH – PRODECA)</p>
<p>Cuadro resumen sobre factores del contexto nacional que influyen en los partidos políticos de Centroamérica por país</p>
<p>Guatemala:</p> <p>-El surgimiento y crecimiento de los Comités Cívicos como figura de fortalecimiento de la participación ciudadana en sustitución y/o alternativa a los partidos políticos, con el inconveniente de que cada comité desaparece una vez pasada la elección lo que se constituye en un impedimento para promover la formación y surgimiento de nuevos partidos políticos a partir de la base organizacional y de las expectativas generadas a su alrededor.</p>

¹⁴ Silvia Salazar, politóloga, académica de la Universidad de San Carlos (Guatemala); Álvaro Artiga, politólogo, académico de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador); Leticia Salomón, socióloga y consultora internacional (Honduras); Mario José Torres, politólogo, académico y consultor (Nicaragua); Sergio Alfaro, politólogo, académico de la Universidad de Costa Rica (Costa Rica); Salvador Sánchez, abogado, asesor legislativo y consultor (Panamá). Todos ellos fueron coordinados por la Dra. Juany Guzmán, Directora de las Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica, quien fungió como Consultora Regional.

El Salvador:

-La ausencia de una ley de partidos que regule la vida interna de estas organizaciones, deja en libertad de organización a los que quieran intervenir en política y constituye un elemento que coopera con la “oligarquización” de los partidos, con las consecuencias perjudiciales de este proceso hacia el resto de la sociedad.

Por otra parte se observa en el sistema una fuerte polarización electoral en tres bloques, Izquierda, Derecha y Abstencionistas.

Honduras:

-Hay que hacer notar que existe un impasse o expectativa generalizada en todo el espectro político generado por el proyecto de Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas recientemente aprobado.

-El fenómeno del bipartidismo sigue siendo fuerte y claro, a pesar de la presencia de partidos pequeños en el Congreso. Debe tomarse en cuenta que estos partidos ven posibilidades de aumentar su representatividad legislativa.

-Existe una clara disonancia entre el desarrollo de legislación y reglamentación interna de los partidos y la dinámica real de los mismos, mostrando mecanismos distintos a los previstos para resolver los conflictos, canalizar las apelaciones o elegir a los candidatos, en una práctica que muestra la preeminencia de las cúpulas sobre las demás instancias partidarias (“los dueños de tendencias”).

Nicaragua:

-Existe un debate sobre el reconocimiento de derechos políticos a los que cumplan 16 años con el fin de reducir la edad actual de ejercicio del voto (18 años). Lo anterior no sólo se refleja en una discusión sobre el comportamiento electoral relacionado con la edad sino sobre qué partido se vería más beneficiado con el cambio.

-Resulta preocupante la forma en que se distribuyen de acuerdo al partido de origen, diversos cargos de los poderes del Estado, en especial el Poder Electoral, lo que permite a los partidos mayores incidir en la vida y desarrollo de los demás partidos existentes.

-Es de importancia apuntar la existencia en Nicaragua de una Ley de Autonomías que se fundamenta en la real configuración de las principales poblaciones del Caribe sur.

Costa Rica:

- Existen mecanismos de evasión de las regulaciones legales existentes sobre la estructura de los partidos políticos y su espíritu de apertura, estos mecanismos regularmente rompen la lógica de democracia representativa pretendida por la ley a través de mecanismos legalmente permitidos como las Asambleas ampliadas y las estructuras paralelas para las campañas políticas.

-Se encuentran algunos fenómenos de sobre representación y sub representación política de las minorías étnicamente diferenciadas, lo que constituye un tema que no se ha discutido aún en Costa Rica.

-Existe la regulación necesaria para la creación de partidos a nivel municipal y provincial, y aunque hay algunas organizaciones de éste tipo existentes, la municipalización de la política por la vía de la creación de la figura del Alcalde hace esperar que estas organizaciones se transformen en una vía alternativa de representación política.

-También es indispensable mencionar que es posible la ruptura definitiva del bipartidismo, al menos con los partidos tradicionales, dos elecciones consecutivas de aumento del caudal de representación de partidos minoritarios reflejan una realidad de “desalineamiento” de los electores respecto a su comportamiento tradicional de voto. El fenómeno es conocido como “*Party Dealignment*”.

Panamá:

- Existe un curioso sistema de Registro de Militantes, llevado por el Tribunal Electoral y es ante éste órgano donde deben concurrir los ciudadanos a inscribirse.

-También existe un financiamiento público fuerte y permanente que contribuye a modernizar el aparato organizativo y a consolidar sus estructuras, este esquema de financiamiento es único en la región. Este financiamiento esta fuertemente regulado y dirigido en gran parte a la capacitación de los miembros del partido.

-Hay un fenómeno de alta inscripción en los partidos pero a pesar de esto el electorado está dividido en tercios, el primero para el Arnulfismo, un segundo tercio de indecisos y la última parte para el PRD.

Principales hallazgos para la región

En el mismo sentido apuntado para el punto anterior, el siguiente cuadro resume los hallazgos más relevantes que la investigación permitió obtener para el conjunto de la región (organizados en función de ocho específicos “factores de incidencia” en materia de democratización y fortalecimiento de partidos):

**Proyecto
Democratización de los procesos políticos en
Centroamérica
(IIDH – PRODECA)**

**Cuadro resumen sobre factores que influyen en la
democratización
de los partidos políticos
de Centroamérica y Panamá**

1 - Acceso a la militancia:

-Los límites al acceso a la militancia desestimulan la participación de las y los ciudadanos de la región a participar en los partidos políticos. Ello muestra diferencias entre partidos de masas y los que podríamos llamar “partidos ideológicos”, cuyos miembros están caracterizados por una mayor disciplina y se encuentran al contrario de los demás, debidamente registrados en los archivos de los partidos.

2 - Participación de militantes en toma de decisiones:

-Las arbitrariedades que en diversas ocasiones han experimentado las y los militantes en cuanto a los procesos decisorios a lo interno de los partidos generan insatisfacción y apatía. No se trata solamente de que reclamen las bases partidarias una mayor participación en las decisiones de su partido, el problema es que cada vez en varios de los partidos analizados se muestra una cierta desesperanza de que ello cambie a corto plazo.

3 - Actividad en períodos no electorales:

-Las dificultades de financiamiento, excepto en el caso de Panamá, así como la falta de claridad en la relación con el gobierno o en el ejercicio de partido de oposición, son elementos que influyen para que, en general, haya un bajo perfil de los partidos en procesos no electorales. En muchos casos, prácticamente se reduce al cabildeo y a las elecciones internas y selección de candidatos.

4 - Vínculos con otras organizaciones sociales:

-Las relaciones con otras organizaciones sociales están vinculadas a proyectos específicos y con las organizaciones gremiales, sobre todo en condición de partido de oposición. Hay experiencias interesantes de analizar con más detalle como el Foro Fortalecimiento de la Democracia en Honduras, los Comités Cívicos en Guatemala y el Proceso de Concertación en Costa Rica.

5 - Capacitación y formación:

- Hay una deuda en capacitación y formación en la mayoría de los partidos, con la excepción nuevamente de los más ideológicos. Las dificultades de financiamiento tienen parte de la responsabilidad, pero también la falta de estrategia global de los partidos de optar por fortalecer la capacitación y la formación política. Diversas organizaciones internacionales como las Fundaciones alemanas con representantes en la región han apoyado a los diversos partidos en este aspecto.

6 - Inclusión y medidas de acción afirmativa:

- Hay un desarrollo desigual en la región sobre una perspectiva más inclusiva y de puesta en marcha de medidas de acción afirmativa en los partidos políticos. En algunos casos como en Costa Rica y Honduras, la legislación electoral exige la puesta en marcha de medidas que fortalezcan una democracia partidaria más incluyente, con desiguales resultados. En otros casos, de manera proactiva los partidos intentan ir más allá de la legislación nacional vigente, como es el caso del FMLN en El Salvador y el PAC en Costa Rica. No obstante, sigue siendo la deuda más grande hacia la democratización interna: faltan mecanismos eficaces y ágiles que estimulen la participación activa de los diversos grupos poblacionales del país en la dinámica partidista de Centroamérica. Además, en la práctica totalidad de los partidos, si bien con resultados más o menos alentadores ha incursionado la perspectiva inclusiva de género, de jóvenes y de minorías étnico-lingüísticas; en cambio no ocurre lo mismo con la participación de la población con discapacidad, que casi ni se discute en la mayoría de los partidos.

-Respecto de la apertura y disponibilidad de los partidos hacia las medidas de acción afirmativa, cada vez parece haber más conciencia de buscar formas de incorporación de las mismas, con la excepción de partidos que por su ideología rechazan este mecanismo como forma de fortalecer la inclusión de la diversidad en su dinámica interna.

7 - Rendición de cuentas

La legislación nacional y los estatutos de los partidos, en la práctica totalidad de países y partidos, contemplan instancias como los tribunales de ética, disciplina, apelaciones o vigilancia y control de elecciones internas. No obstante, el grado de legitimación de estas instancias es desigual, siendo que, en muchos casos no pasan de ser mecanismos previstos en la normativa, pero carentes de prácticas democráticas, de ejercicio frecuente y por supuesto de influencia en el respeto a sus dictámenes. Muchos de los partidos en Centroamérica siguen teniendo influencia determinante de sus cúpulas, respecto de las instancias decisorias o de recomendación según lo dispuesto por sus estatutos. Urge avanzar en procesos de capacitación y fortalecimiento de estas instancias para que cumplan efectivamente su cometido y contribuyan en la democratización de los partidos.

8 - Financiamiento de partidos

Con la excepción notable de Panamá, que goza de financiamiento permanente del Estado para los partidos políticos, lo que contribuye a una dinámica de formación y capacitación más permanente y a sus actividades inter-electorales; los demás países y la mayoría de los partidos, a falta de fuentes claras de financiamiento, y/o por uso irregular del mismo, se han visto salpicados de acusaciones de corrupción, procedencia ilícita de dineros que han afectado no solamente las arcas del partido y sus resultados electorales, sino que han contribuido a lesionar aún más la confianza de la ciudadanía en los partidos. La falta de procesos transparentes de vigilancia y control internos, crea también fracturas entre los miembros y sectores de los partidos. En fin, que éste sigue siendo uno de los desafíos más importantes: fortalecer institucional y normativamente los mecanismos de financiamiento de los partidos políticos en Centroamérica, si queremos avanzar en la democratización de los mismos.

Los próximos pasos

Para el conjunto de las investigaciones institucionales de CAPEL sobre el tema del fortalecimiento de los partidos políticos, la democratización sigue representando un punto de partida estratégico. Sin embargo, su dimensión ha cambiado.

Hoy podemos hablar de democratización de partidos **en sentido amplio** y democratización de partidos **en sentido estricto**.

Siguiendo la desagregación temática que oportunamente hiciera¹⁵ para el IIDH/CAPEL el académico costarricense Kevin Casas, el conjunto de los temas incluidos dentro de la noción amplia de democratización de partidos, incluye:

- Estatutos, principios y reglas formales de organización
- Membresía
- Estructura orgánica y funcionamiento de los órganos partidarios
- Elección de autoridades partidarias
- Elección de candidatos
- Definición de políticas
- Control financiero
- Reglas de representación de grupos y sectores
- Disciplina partidaria
- Legalidad interna y protección de los derechos de los miembros
- Movimientos, corrientes y tendencias internas

Dos temas adicionales, agregados gracias a la sistematización y preparación de contenidos en “matrices de análisis normativo” correspondientes a los tres países en estudio¹⁶, son:

- Capacitación y espacios para el debate-deliberación
- Reclutamiento de nuevos miembros

El conjunto de estos trece componentes constituyen lo que llamamos democratización de partidos **en sentido amplio**.

Si de manera más específica y rigurosa agregamos y ordenamos esta misma información bajo otros parámetros, podemos decir que hay algunos de estos componentes que pueden ser agrupados bajo las nociones de *institucionalización* y *transparencia*, a las que si sumamos

¹⁵ En el marco de las tres investigaciones nacionales referidas para Bolivia, República Dominicana y Chile. Esto se concretó en la elaboración de un formulario que permitió encuestar a informantes claves en los principales partidos de esos tres países.

¹⁶ Realizada por el también académico de la Universidad de Costa Rica, Rotsay Rosales.

la *democratización en sentido estricto*, siempre vamos a tener esta agenda de fortalecimiento de partidos políticos sólo que bajo formatos diferenciados.

El ordenamiento modular tendría entonces la siguiente presentación:

Institucionalización de partidos

- Estatutos, principios y reglas formales de organización
- Membresía
- Estructura orgánica y funcionamiento de los órganos partidarios
- Reclutamiento de nuevos miembros

Democratización de partidos (sentido estricto)

- Elección de autoridades partidarias
- Elección de candidatos
- Definición de políticas
- Reglas de representación de grupos y sectores
- Disciplina partidaria
- Movimientos, corrientes y tendencias internas
- Capacitación y espacios para el debate-deliberación

Transparencia de partidos

- Control financiero
- Legalidad interna y protección de los derechos de los miembros

Un punto de acopio de información y de elaboración como el que se ha alcanzado, exige que los próximos pasos se orienten a precisar bien las lecciones aprendidas de todas las experiencias, a armonizar la búsqueda estratégica de nueva información (a efecto de abrir nuevos espacios nacionales, sub regionales o regionales de trabajo), a circular la información sistematizada para valorarla y actualizarla de ser necesario, y sobre todo, a lograr una incidencia entre los partidos y otros actores políticos. Esto, con la finalidad de lograr pasos firmes en la democratización, institucionalización y transparencia de los partidos políticos de Centroamérica y en general de América, a efecto de enfrentar creativa y consecuentemente la crisis organizativa y de

legitimidad que atraviesan estas instituciones claves de la democracia en nuestra región¹⁷.

Como bien lo resume la propia parte conclusiva del Informe IIDH/ PRODECA¹⁸, el rezago en la aprobación de legislación sobre partidos políticos y procesos electorales, aplazadas sucesivamente en varios de los países Centroamérica, aunque públicamente parece haber consenso en la necesidad de aprobar reformas importantes, es sintomático de la situación que predomina en la región: por un lado una insatisfacción generalizada con el funcionamiento de los partidos políticos y con las posibilidades de los órganos electorales de incidir en la puesta en marcha de prácticas democráticas en su dinámica interna, frente a una suerte de escepticismo de que los cambios que se proponen, en caso de aprobarse, resulten efectivos.

En medio de este panorama sombrío, llama la atención el reclamo que las bases partidarias, ciudadanos y organizaciones no partidistas hacen a los partidos: abrirse a la incorporación de las nuevas generaciones a las diversas instancias de toma de decisiones, de asumir una perspectiva más incluyente de participación partidaria que tome en cuenta ejes de articulación de género, de juventud, de minorías étnico-lingüísticas, entre otras.

Es importante destacar que los partidos políticos en la región han aportado un fundamento indiscutible a la construcción democrática de los últimos diez-quince años en varios de los países fracturados por conflictos que dejaron las huellas de más pobreza y muerte en

¹⁷ Para profundizar sobre este punto, consúltese en general, diversas lecturas contenidas en el *Boletín Electoral* No. XIX del IIDH y dos interesantes lecturas de la *Revista Cuestiones Políticas* de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela: “Discurso político, espacio público y legitimidad del orden jurídico: el dilema de los excluidos en América Latina” (José Vicente Villalobos, pp. 11-38) y “La crisis y ‘desdibujamiento’ de los partidos políticos y el surgimiento de tendencias antipolíticas” (José Antonio Rivas Leone, pp. 123-149); específicamente para Centroamérica y Panamá, con énfasis en referencias estadísticas y sus correspondientes análisis: PNUD. “Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá 2003”. San José, Proyecto Estado de la Región, 2003, pp. 249 y ss.; Ordóñez, Jaime y Rosales, Rotsay (eds.). *¿Democracia sin reglas?: las debilidades del Estado de Derecho en la construcción democrática de América Central. Propuesta de un sistema de indicadores de gobernabilidad jurídica e institucional para el Observatorio de la Democracia en Centroamérica*. San José, Observatorio de la Democracia/Estudios para el futuro/OEA, 2004, 350 pp.; y Payne, Mark; Zovatto, Daniel; Carrillo, Fernando y Allamand, Andrés. *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*. Washington, BID/IDEA, 2003, 364 pp.

¹⁸ Ver IIDH. *Informe Regional de Investigación Democratización interna de partidos...*, pp. 20 y ss.

el istmo. Asimismo, siguen siendo actores clave en todos los países, al igual que en el resto de las democracias recientes o de más larga duración. De ahí que los resultados obtenidos por las investigaciones realizadas, muestran la urgencia no solamente del diagnóstico sobre el cuadro de situación y principales requerimientos de los partidos para acometer las responsabilidades que les competen, sino también avanzar en una dimensión propositiva y plantear líneas de acción que puedan responder a estas necesidades y así contribuir al fortalecimiento de los partidos en la dirección hacia esa aspiración de desarrollar las prácticas democráticas en su dinámica interna, tanto como organizaciones de voluntarios, como actores de gobierno o como instancias burocráticas.

En esta perspectiva, y en consonancia con los resultados obtenidos, consideramos que las líneas de acción deben tener dos ejes de trabajo que podemos denominar el *Eje de Sensibilización* y *Eje de Fortalecimiento Institucional*. La tabla siguiente muestra algunas tareas que se deben realizar para la consecución de los objetivos mencionados. No omitimos manifestar que esta propuesta no deriva únicamente de la coordinación regional ni los investigadores nacionales, sino también expresa demandas y aspiraciones de varias de las personas entrevistadas en el marco del Proyecto:

Institucional (Mejoramiento de Procedimientos)	Sensibilización (Formación de ciudadanía)
Fortalecer relaciones de apoyo-vigilancia entre los órganos electorales y los partidos.	Creación de espacios de interlocución entre pares de diferentes partidos, primero a nivel nacional y luego regional. (Tribunales Electorales, de Ética y Disciplina, órganos de elección interna, órganos directivos, encargados de finanzas, etc.).
Seguimiento de los procedimientos y su evolución.	Creación de espacios de contacto entre ciudadanos y partidos (participación-representación).

Creación o mejoramiento de regulaciones nacionales mínimas de funcionamiento de partidos.	Campañas de difusión sobre reglas de juego para la participación en procesos electorales, en consultas públicas, en pronunciamientos sobre orientaciones de políticas públicas.
Regulación interna de los partidos (reglamentaciones y procedimientos internos)	Formación de militantes en el nivel local (Administración de sesiones de órganos, construcción de habilidades y prácticas democráticas, resolución de conflictos, liderazgo democrático, elaboración y seguimiento de proyectos).

En resumen: es evidente la ausencia de democracia formal en los procesos internos de los partidos. Causas básicas que muestran los estudios de casos nacionales: 1) deficiencia de legislación nacional e interna, indefensión de pequeños dirigentes frente a los dirigentes tradicionales; 2) ausencia de prácticas democráticas al interior de los partidos tanto por desconocimiento como por variables de índole cultural y determinantes históricas.

De ahí que la mayor incidencia posible de órganos externos a los países y a los partidos debe ser introducida en la doble perspectiva de los ejes de acción mencionados, reconociendo las especificidades nacionales, el contexto histórico, las características del acontecer político al momento de brindar el apoyo y sobretodo tomando en cuenta la participación activa de la “población beneficiaria”, en la construcción conjunta de procesos de acompañamiento, definición de tiempos y prioridades de temas a desarrollar. En fin, es reconocer que avanzar en la aspiración de la democracia interna de los partidos políticos es una tarea ante todo educativa y como tal, de proceso, por pasos y con aprendizajes mutuos. Nadie es dueño de la verdad, la democracia se construye conjuntamente o no es democracia.

Además de responder a una gran pregunta orientadora sobre los principales lineamientos de la reflexión en esta materia (*¿Cómo se pueden profundizar los niveles de democratización en los partidos y así elevar su representatividad y legitimidad política, sin sacrificar su fortaleza y cohesión institucional?*), es importante considerar algunos posibles puntos de refuerzo o de tensión que pueden establecerse entre

los procesos diferenciados de institucionalización, democratización y transparencia¹⁹.

Entre los puntos de refuerzo o interrelación entre las tres áreas o dimensiones, estarían:

- Programas de reclutamiento.
- Programas de capacitación y análisis, debate y rendición de cuentas.
- Existencia de órganos de control político.

Entre los puntos de posible tensión, competencia o fricción entre estas diversas esferas, podrían destacarse, por ejemplo:

- Disciplina partidaria.
- Democratización de las normas para participar (votado o compitiendo) en procesos electorales internos.
- Democratización en los procesos de generación de políticas partidarias.

Como queda claro de todo lo anterior, la democratización interna de los partidos de las Américas no sólo es una sentida aspiración, sino más bien una necesidad y sobre todo, una oportunidad. Conceptual y metodológicamente, es un terreno fértil para que los propios partidos, o los académicos en contacto directo y asocio con los políticos, establezcan nuevos paradigmas y perfilen mejor su papel en el marco de una sociedad democrática y de cara a una ciudadanía cada vez más exigente y activa en la defensa y promoción de sus Derechos Humanos.

Fuentes consultadas

Cerdas, Rodolfo. *El desencanto democrático. Crisis de partidos y transición democrática en Centroamérica y Panamá*. San José, REI, 1993, 195 pp.

Dahl, Robert. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Trad. Fernando Vallespín, Madrid, Taurus, 1999, 246 pp.

¹⁹ Ver Sánchez, Fernando. "Partidos políticos en América Central: transformaciones y líneas para su fortalecimiento". En *Informe Regional de Investigación Democratización interna de partidos: avances y tareas pendientes*. San José, IIDH/CAPEL/PRODECA, Proyecto Democratización de partidos políticos en Centroamérica, 2004, 486 pp.

Fundación Momento de la Gente. *Cómo promover un debate político constructivo. Democracia y partidos políticos*. Cira Barboza, comp., Momento de la Gente, Caracas, 2002, 282 pp.

IIDH. *Boletín Electoral Latinoamericano*, No. XIX, San José, IIDH/CAPEL, Enero/Junio 1998, 321 pp.

IIDH. *Boletín Electoral Latinoamericano*. No. XXIII, San José, IIDH/CAPEL, Enero-Junio 2000, 245 pp.

IIDH. *Diccionario Electoral. Tomos I y II*. San José, IIDH/CAPEL, 2000, 1,274 pp.

IIDH. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. Vol. I. Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza, Rafael (comps.), San José, 1994, 337 pp.

IIDH. *Informe Regional de Investigación Democratización interna de partidos: avances y tareas pendientes*. San José, IIDH/CAPEL/PRODECA, Proyecto Democratización de partidos políticos en Centroamérica, 2004, 486 pp.

IIDH. *Justicia, Libertad y Derechos Humanos: ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomos I y II. San José, IIDH/CorteIDH/Colegio de Abogados/Sala Constitucional CSJ, 2003, 1210 pp.

Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. *Cuestiones Políticas*. Maracaibo, Venezuela. No. 27, Julio/Diciembre, 2001, 168 pp.

Nohlen, Dieter; Picado, Sonia y Zovatto, Daniel (comp.) *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México, IIDH/Heidelberg/TEPJF/IFE, Fondo de Cultura Económica, 1998, 856 pp.

O'Donnell, Guillermo; Iazzetta, Osvaldo y Vargas Cullell, Jorge (comps.). *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*. Santa Fe, Argentina, PNUD/Homo Sapiens Ediciones, 2003, 357 pp.

Ordóñez, Jaime y Rosales, Rotsay (eds.). *¿Democracia sin reglas?: las debilidades del Estado de Derecho en la construcción democrática de América Central. Propuesta de un sistema de indicadores de gobernabilidad jurídica e institucional para el Observatorio de la Democracia en Centroamérica*. San José, Observatorio de la Democracia/Estudios para el futuro/OEA, 2004, 350 pp.

Payne, Mark; Zovatto, Daniel; Carrillo, Fernando y Allamand, Andrés. *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*. Washington, BID/IDEA, 2003, 364 pp.

PNUD. “Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá 2003”. San José, Proyecto Estado de la Región, 2003, 444 pp.

Savater, Fernando. *Política para Amador*, Barcelona, Ariel, 1992, 233 pp.

Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos

*Rocío Villanueva Flores**

Alice Miller sostiene que hay tres formas de aproximarse al tema de los derechos sexuales: desde una perspectiva evolutiva, devolutiva o revolucionaria¹. La aproximación o perspectiva evolutiva busca aplicar los derechos existentes a nuevos sujetos (ej. trabajadoras sexuales) y a nuevas situaciones (ej. elección de pareja del mismo sexo), invocando los derechos existentes para responder a los diferentes aspectos de las necesidades sexuales. Desde esta aproximación, se invoca el derecho a la privacidad para proteger la actividad sexual entre personas del mismo sexo, el derecho a la integridad para proteger la violencia sexual contra mujeres, el principio de igualdad a favor de los homosexuales, etc.

De acuerdo con la perspectiva devolutiva, los derechos sexuales son identificados con reclamos sectoriales específicos, como considerar que estos derechos corresponden única y específicamente a las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgénéricas. Miller admite que muchos grupos que formulan demandas devolutivas utilizan técnicas evolutivas para hacerlo².

Finalmente, la perspectiva revolucionaria reivindica la primacía de la igualdad y no discriminación, pone énfasis en la dignidad de la personas y en la idea de que los derechos son interdependientes en su realización, señalando la importancia de la participación de individuos y grupos en la determinación de los temas que los afectan³. Como podrá apreciarse, la demanda evolutiva no parece distinguirse de la demanda revolucionaria, pues en ambos casos estamos ante un enfoque de derechos para proteger los ámbitos de la sexualidad y de la reproducción.

* Profesora de Filosofía del Derecho y de Teoría Jurídica de los Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, en III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, Cladem, Lima, 2002, pp. 121-140.

² Ibidem pp. 130-131.

³ Ibidem, p. 139.

El objetivo de este artículo es presentar el tema de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva explícitamente evolutiva, analizando cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido tales derechos, y qué derechos se han invocado cuando las demandas se han amparado. La perspectiva evolutiva es útil pues trae como consecuencia la exigencia del cumplimiento de obligaciones estatales. Es también útil pues permite identificar problemas en la aplicación del derecho y proponer modificaciones al marco legal existente para una mejor protección de los derechos sexuales y reproductivos.

1. Concepto e importancia de los derechos reproductivos y de los derechos sexuales

Es cierto que en muchas ocasiones los derechos de las mujeres son violados de la misma forma que los de los hombres. Sin embargo, en otras, sus derechos son violados de manera en que no lo son los derechos de los hombres, o que lo son pero sólo de manera excepcional. Estas violaciones específicas suelen estar referidas a la vida sexual y reproductiva de las mujeres⁴, que son precisamente los ámbitos que protegen los derechos de los que nos ocuparemos en este artículo.

La protección constitucional de estos derechos cobra una importancia particular pues su ejercicio está vinculado a la esfera privada de la vida de las personas, que es en la que suelen ocurrir las afectaciones más frecuentes a los derechos de las mujeres. Como se sabe, durante mucho tiempo las violaciones a los derechos que ocurrían en tal esfera no fueron objeto de preocupación estatal. La ausencia de leyes que protegieran a las mujeres frente a la violencia doméstica o que les garantizaran tomar decisiones en relación a su propia fecundidad, son un buen ejemplo de lo anteriormente señalado.

En este mismo orden de ideas, se ha hablado incluso de una ceguera de género (*gender blindness*) de los textos internacionales de protección de los derechos humanos⁵, pues los primeros pactos y convenios universales y regionales no fueron diseñados con el objetivo de proteger a las mujeres frente a formas de vulneración a los derechos humanos que las afectan específicamente. De hecho, la crítica feminista

⁴ Rao Arati, "Right in the Home: Feminist Theoretical Perspectives on International Human Rights", en *The Philosophy of Human Rights*, Patrick Hayden, Paragon Issues in Philosophy, Paragon House-St. Paul, MN, USA, 2001, p. 511.

⁵ Ibidem, p. 512.

al discurso tradicional de los derechos humanos radica en la visión androcéntrica de dicho discurso, que considera como modelo de titular de tales derechos al varón adulto y propietario, cuyos derechos suelen ser vulnerados en el ámbito público. Incluso, en relación al sistema interamericano de derechos humanos, se ha señalado que “es sólo en épocas recientes que ha empezado a hacerlo tomando en cuenta la perspectiva de género”⁶, volviendo la mirada a lo que ocurre en el ámbito privado y, como consecuencia de ello, en el aspecto sexual y reproductivo.

Por otro lado, se ha señalado que no fue hasta 1979 que se contó con un instrumento que cambió la concepción de los derechos de las mujeres: la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), denominada por Alda Facio como “la Carta Magna de todas las mujeres”, por ser el primer instrumento internacional con perspectiva de género⁷. LA CEDAW es un ejemplo del proceso de especificación en la evolución de los derechos humanos, “consistente en el paso gradual pero siempre acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”⁸.

Sin embargo, hay que señalar que en ninguno de los pactos o convenios universales o regionales de protección de los derechos humanos se emplean las expresiones “derechos sexuales” o “derechos reproductivos”, aunque al igual que en el caso de otros derechos –como el derecho a la verdad- ello no ha impedido que sean protegidos, en la mayor parte de casos.

1.1. El concepto de derechos reproductivos

Sonia Correa y Rosalind Petchesky afirman que el término “derechos reproductivos” se empleó por primera vez en Estados

⁶ Abi Mershed, Elizabeth A.H., “Los derechos reproductivos en el contexto del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, Naciones Unidas Alto Comisionado para Derechos Humanos, San José, 2003, p.139. Véase también Badilla Ana Elena, “La igualdad de género en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Fernando Flores (coordinador) *Género y derecho constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, pp. 83-99.

⁷ Véase Bareiro Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos...*, op. cit., pp. 122-123.

⁸ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 109.

Unidos, probablemente con la fundación, en 1979, de la Red Nacional de Derechos Reproductivos (R2N2)⁹.

Sin embargo, sería a partir de la V Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), llevada a cabo en El Cairo en 1994, que el uso del término “derechos reproductivos” empezó a generalizarse para reivindicar los derechos que las mujeres tienen en el ámbito reproductivo. Como se sabe, la mencionada conferencia internacional analizó los desafíos ligados al crecimiento poblacional y al desarrollo sustentable, y tuvo un impacto muy importante porque los asuntos de población fueron planteados desde un enfoque de derechos humanos¹⁰.

Ello explica por qué el Programa de Acción de la CIPD contiene una definición de los derechos reproductivos, que fue ratificada en la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995. En virtud de esta definición “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación,

⁹ Correa Sonia y Petchesky Rosalind, “Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective”, en G. Sen, A. Germaine y L.C. Chen (eds), *Population Policies Reconsidered: Health, Empowerment and Rights*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994, p. 108. Las autoras advierten que las raíces del término derechos reproductivos, vinculadas a la idea de integridad corporal y autodeterminación sexual, tienen una genealogía más antigua y culturalmente más amplia.

¹⁰ Véase Copelon Rhonda y Petchesky Rosalind, “Hacia un enfoque interdisciplinario de los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos: reflexiones sobre la CIPD y el futuro”. Alice Miller señala incluso que hasta “antes de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo, los programas de planificación familiar en el mundo se las arreglaron para funcionar sin reconocer de alguna manera el papel central que el comportamiento sexual desempeña en la anticoncepción”, véase “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”, en *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos*, Sofía Gruskin (ed.), Centro de la Mujer Flora Tristán, Lima, 2001, p. 114.

coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” (Párrafo 7.3)¹¹.

Por su parte, la salud reproductiva es definida como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (Párrafo 7.2)”.

En relación a instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, cabe destacar que el inciso e) numeral 1) del artículo 16° de la CEDAW, establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos¹².

En cuanto a textos constitucionales, debe señalarse que el artículo 36° de la Carta ecuatoriana de 1998 menciona explícitamente a los derechos reproductivos:

Artículo 36°.- El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor.

Velará especialmente por el respeto a los **derechos** laborales y **reproductivos** para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se que se encuentre en estado de viudez (...) (el subrayado es nuestro).

¹¹ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de setiembre de 1994, véase www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm

¹² El artículo 6° d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluye dentro del genocidio a las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

En relación a textos constitucionales provinciales o locales, debe mencionarse la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, cuyo artículo 21° inciso 4) señala que:

Artículo 21°.- La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud conforme a los siguientes lineamientos: (...) 4. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus **derechos reproductivos**¹³ (el subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 43° del texto constitucional ecuatoriano hace explícita referencia a la salud sexual y reproductiva:

Artículo 43°.- (...) El Estado promoverá la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la **salud sexual y reproductiva**, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social (...) (el subrayado es nuestro).

Cabe indicar que “constitucionalmente el derecho a decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento está reconocido al menos en Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay”¹⁴. Por otro lado, se suele incluir en la lista de derechos reproductivos a la atención de

¹³ La Ley N° 153, Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, expresamente establece en el artículo 4°, literal n, como parte de los derechos de las personas en su relación con el sistema de salud, el “ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen”. Adicionalmente, la Ley N° 418, Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires, señala en el artículo 3° a), como parte de los objetivos de la norma, “garantizar el acceso de varones y mujeres a la información y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos”. En Colombia, la Ley N° 823 de 2003, mediante la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres, señala en su artículo 6° que “El Gobierno ejecutará acciones orientadas a mejorar e incrementar el acceso de las mujeres a los servicios de salud integral, inclusive de salud sexual y reproductiva y salud mental, durante todo el ciclo vital, en especial de las niñas y adolescentes”; además de establecer que el Gobierno ejecutará programas para “preventivamente reducir las tasas de morbilidad y mortalidad femenina relacionadas con la salud sexual y reproductiva, salud mental y discapacidad”. En México, el artículo 6° fracción I, incisos b), c) y d) de la Ley de Salud para el Distrito Federal, establece la prestación de servicios de salud materno infantil, salud para la mujer y de salud sexual y reproductiva. En Bolivia, el Congreso Nacional aprobó el 5 de mayo de 2004, la Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, aunque mediante carta de fecha 14 de mayo, el ex Presidente Carlos Mesa observó la Ley y la devolvió al Legislativo.

¹⁴ Véase Vásquez Roxana y Romero Inés, “Balance regional: ¿qué permanece y qué ha cambiado? En *Derechos Sexuales*, III Seminario Regional Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, op. cit., p. 96.

la mujer durante el embarazo y el parto¹⁵. Hay también una tendencia a reconocer que la noción de derechos reproductivos incluye la reproducción asistida¹⁶.

Un tema más polémico es la inclusión de la interrupción del embarazo en la lista de derechos reproductivos. Cabe recordar que hay recomendaciones del Comité de Naciones Unidas en el sentido de revisar la legislación interna en materia de represión penal del aborto¹⁷, al considerar que vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En países como Estados Unidos y España, la despenalización del aborto ha tenido como eje principal la defensa de los derechos a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad personal de la mujer¹⁸. Por su parte, en México y en Colombia, cuando la Corte Suprema y la Corte Constitucional –respectivamente– han resuelto demandas que cuestionaban la constitucionalidad de los dispositivos penales que permiten que en determinados supuestos de aborto el juez pueda prescindir de aplicar la pena, la argumentación jurídica para fundamentar la constitucionalidad de tales normas se ha

15 Bareiro, Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, op. cit. p. 130. El párrafo 7.2 del Programa de Acción de El Cairo, al definir la salud reproductiva, señala que “Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (...)”.

16 Miller, Alice “Las demandas por derechos reproductivos”, op. cit. p. 132.

17 En el caso peruano el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha emitido observaciones en los años 1996 y 2000, en las que muestra preocupación por las disposiciones penales que sancionan el aborto, por considerar que vulneran los artículos 3º, 6º y 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el derecho a la igualdad, a la vida y a no ser sometido a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, véase *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*. N.U. Doc. CCPR/C/79/Add. 72 (1996) y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*, N.U. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000). Observaciones semejantes ha emitido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 1998, véase *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú*. N.U. Doc. A/53/38/Rev. 1. Este tipo de observaciones han sido emitidas en relación a la legislación penal en materia de aborto de Argentina, Chile, Colombia, Guatemala y México.

18 En el caso español véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 y en el estadounidense la sentencia expedida en caso *Roe vs. Wade*; ambas se encuentran publicadas en *Los derechos de la mujer en la jurisprudencia constitucional comparada*, Defensoría del Pueblo, Lima, agosto, 2000, Tomos I y II, pp. 225-289 y 151-198 respectivamente. También véase Véase Villanueva Rocío, “El aborto: un conflicto entre derechos humanos” en *Aproximaciones conceptuales*, Manuela Ramos-UNIFEM, Lima, 1996, pp.187-217.

basado principalmente en la función de la sanción penal en un estado democrático y en la inexigibilidad de otra conducta a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias. Si bien en el caso mexicano se trata del aborto eugenésico y en el caso colombiano del aborto por violación o por inseminación artificial no consentida, las mencionadas cortes han coincidido en sostener que aunque en tales supuestos subsiste el carácter delictivo es posible no aplicar la sanción al sujeto activo en casos específicos¹⁹.

Cabe señalar que la Defensoría del Pueblo del Perú, a través de la Resolución N° 01 de 26 de enero de 1998, ha señalado expresamente la importancia del respeto de los derechos reproductivos reconocidos en el artículo 6° de la Constitución, según el cual: “Artículo 6°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...)”²⁰.

Si bien de los textos constitucionales mencionados así como de la definición contenida en el Programa de Acción de la CIPD se desprende que los derechos reproductivos protegen tanto a hombres como a mujeres, es usual considerarlos como “un conjunto de derechos muy especiales para las mujeres”²¹, quizá porque los roles socialmente asignados a éstas han determinado que la responsabilidad en materia

¹⁹ Véase Villanueva Rocío, “Género y justicia constitucional en América Latina”, en *Género y derecho constitucional*, Fernando Flores (coordinador), op. cit., pp. 37-82. En el caso mexicano se trata de la sentencia de la Corte Suprema dictada en enero de 2001. En el caso colombiano la sentencia, dictada por la Corte Constitucional, es la 647/01.

Cabe señalar que en abril de 2005, la abogada Mónica Roa ha presentado una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122° del Código Penal de Colombia (Ley 599 de 2000), que sanciona cualquier tipo de aborto. La actora alega que la prohibición absoluta del aborto vulnera los derechos a la vida, a la salud, a la integridad, a la igualdad y no discriminación así como el principio de dignidad humana, los derechos a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en la Constitución colombiana y en diversos tratados internacionales.

²⁰ La Defensoría del Pueblo ha elaborado seis informes defensariales en materia de derechos reproductivos y planificación familiar. Véase los Informes Defensariales N° 7, N° 25, N° 27, N° 69, N° 78 y N° 90 en www.defensoria.gob.pe. Sobre el trabajo de la Defensoría del Pueblo en materia de derechos reproductivos véase, Ramos Mayda, “Los derechos reproductivos son derechos humanos: su protección por la Defensoría del Pueblo”, en *Debate Defensorial*, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 5, Lima, 2003, pp. 83-102.

²¹ Bareiro Line, “Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos...*, op. cit. p. 119.

reproductiva recaiga casi exclusivamente en ellas. En la protección de tales derechos se ha invocado también la defensa de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia.

1.2. El concepto de derechos sexuales

Ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing utilizan el término derechos sexuales. Sin embargo, en el párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing se señala que “los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”²².

Quizá el hecho de que ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing utilizaran y definieran el término derechos sexuales, haya contribuido a que exista un menor consenso sobre la naturaleza y alcance de los derechos sexuales. Sin embargo, es también preciso tener en cuenta que aún sigue siendo más difícil y polémico tratar los temas de sexualidad que tratar los temas de reproducción, sobre todo si se consideran las implicancias de hacerlo desde un enfoque de derechos. Es más, ha sido frecuente emplear la expresión “derechos sexuales y reproductivos” como si se tratara de un mismo universo de derechos. Como señala Alice Miller “la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada”²³.

No obstante, considero que es conveniente hacer también un esfuerzo por definir qué son los derechos sexuales, pues si bien en ocasiones tales derechos pueden estar relacionados con los derechos reproductivos, no hay por qué vincular la sexualidad con la reproducción. Por otro lado, me parece importante una definición más precisa de los derechos

²² Véase www.unfpa.un.hn/pdfs/documentos_clave/beijin.pdf

²³ Miller, Alice M. “Sexual no reproductivo; explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”, op. cit. p. 87.

sexuales para determinar cómo reivindicarlos a la luz de los derechos existentes, pues “la sexualidad merece protección como un derecho”²⁴. Esta aproximación no impide trabajar en futuras reformas legales que reconozcan expresamente la protección de los derechos sexuales.

Se ha señalado que los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad. Por ello, en mi opinión, los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual²⁵, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros²⁶. Es preciso recalcar que en virtud de estos derechos, las personas deben recibir educación e información sexual.

Cabe indicar que el artículo 23° inciso 3) de la Constitución ecuatoriana estatuye que:

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, **orientación sexual**; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole²⁷ (el subrayado es nuestro).

Son igualmente relevantes los artículos 23° inciso 2) y 24° inciso 10) de la Constitución ecuatoriana, pues el primero de ellos, al regular

²⁴ Ibidem, p. 96.

²⁵ Sobre la importancia de reconocer la fuerza de las intersecciones entre raza, género, clase e identidad sexual véase Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, op. cit. p. 124.

²⁶ El artículo 7° 1) numeral g) así como el artículo 8° 2) b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional incluyen dentro de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilización forzada, entre otros. El artículo 39° inciso 3) de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ubicado en el Capítulo Décimo *Niños, Niñas y Adolescentes*, asegura “el amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual”.

²⁷ El término orientación sexual también es empleado en el artículo 11° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que prohíbe, entre otros, la discriminación por razón de género y orientación sexual.

el derecho a la integridad señala expresamente la prohibición de la violencia sexual y, el segundo, al reconocer el derecho de defensa garantiza que las víctimas de violencia intrafamiliar o sexual cuenten con defensores públicos.

En cuanto a textos constitucionales provinciales o locales, debe hacerse una especial mención a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo artículo 37° señala: “Artículo 37°.- Se reconocen los **derechos reproductivos y sexuales**, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos (el subrayado es nuestro). Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia”.

Sin embargo, incluso a falta de un marco normativo específico, los derechos sexuales se encuentran protegidos por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad²⁸. Asimismo, el ejercicio de los derechos sexuales ha estado vinculado al derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Por otro lado, y a diferencia de los derechos reproductivos, los derechos sexuales han sido invocados para amparar pretensiones de los hombres, en particular de los homosexuales.

Tal como se apreciará más adelante, la jurisprudencia constitucional comparada que se ha pronunciado sobre el derecho al ejercicio de la sexualidad ha apelado a uno de los aspectos más relevantes del liberalismo: la defensa de un ámbito en el que el individuo pueda tomar cualquier decisión sin la interferencia del Estado. Según Carlos Santiago Nino, el principio de autonomía individual es uno de los que fundamentan los derechos humanos. Según este principio: “Siendo valioso la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”²⁹.

²⁸ Sobre la crítica de la privacidad como derecho véase Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, op. cit. pp. 128-129.

²⁹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 205. Sobre la crítica feminista a la dicotomía público/privado, véase MacKinnon, Catherine, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, MA, 1994, pp. 93 y siguientes.

Nino considera que un aspecto importante para la autorrealización de los individuos se da por las diversas modalidades de vida afectiva, sexual y familiar, es decir, por una amplia gama de libertad en el desarrollo de la vida privada³⁰.

El principio de autonomía individual trae como consecuencia que la interferencia estatal con conductas que no perjudiquen a terceros quede vedada³¹. Ésta es la concepción de John Stuart Mill acerca del principio del daño³², y ella se ve reflejada en la jurisprudencia que se citará más adelante.

Cabe señalar que mediante la Resolución Defensorial N° 38-2000/DP, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de mayo de 2000, la Defensoría del Pueblo del Perú emitió una serie de recomendaciones para combatir la violencia sexual. En el primer considerando de la mencionada resolución, la Defensoría del Pueblo sustentó su competencia para proteger los derechos sexuales, y señaló que éstos “incluyen el derecho humano de mujeres y hombres a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como a tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva”. La Defensoría del Pueblo invocó el derecho a la dignidad, los derechos

³⁰ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, op. cit. p. 225.

³¹ El perjuicio o daño es un concepto normativo, hace referencia a bienes que están determinados en reglas (ej. derecho penal: bien jurídicamente protegido) y se define como “la afectación del bien establecido por una regla, o si se quiere como la violación de determinadas reglas”, véase Jorge Malem, *Estudios de ética jurídica*, Fontamara, México, 1996, p. 51.

³² En 1859, John Stuart Mill escribió: “el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de la comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de ese individuo, sea físico, sea moral no es suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle a causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción sea justificable, sería necesario que la conducta de ese hombre tuviese por objeto el perjuicio a otro. Para ello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”, *Sobre la libertad*, Aguilar, Barcelona, 1980, p. 32, trad. de Josefa Sainz Pulido. Este mismo autor dedicó otra obra, publicada en 1869, a la condición de subordinación de la mujer, véase John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, Dover Publications, Inc., Londres, 1997. Hay traducción al castellano en John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Mínimo Tránsito, Madrid, 2000, pp. 145-261, trad. de Pere Casanellas.

a la vida, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad así como a no ser víctima de violencia física o psíquica ni a ser sometido a tratos inhumanos o humillantes, consagrados en los artículos 1º y 2º, incisos 1) y 24) literal h) de la Constitución, en los artículos 6.1º, 7º y 9.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 4.1º, 5.1º, 5.2º y 7.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 3º, 4º, 5º y 6º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”.

2. Constitución y aplicación de derechos o principios

Miguel Carbonell afirma que la Constitución es, sobre todo, una norma jurídica³³. Dicha norma jurídica no tiene como única finalidad la distribución del poder entre los órganos estatales sino que, como señala Prieto Sanchís, está dotada de un contenido material, esto es de principios y derechos que condicionan la validez de las normas inferiores³⁴. Es en este sentido que se habla de la “rematerialización” constitucional, y por ello se afirma que las novedades del constitucionalismo se centran en dos aspectos teóricos: las fuentes del Derecho y los problemas de su aplicación e interpretación³⁵. Si bien las decisiones del legislador siguen vinculando al juez “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”³⁶.

Los derechos y principios, como toda norma jurídica, comparten los problemas de vaguedad o imprecisión que afectan al Derecho. El Derecho, a diferencia de otras ciencias como la física o la matemática, no cuenta con un lenguaje artificial sino que recurre al lenguaje natural (castellano). Ello determina que las normas jurídicas presenten los

33 Carbonell Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2002, p. X. Véase Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, p. 142.

34 Prieto Sanchís Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1999, p. 17.

35 *Ibidem*, p.16.

36 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 26, trad. De P. Andrés y A. Greppi. Prieto Sanchís afirma que si hay algún aspecto del positivismo que ha sido lesionado por la justicia constitucional, éste es el legalismo, es decir aquella tesis que hace de la ley la fuente suprema del Derecho, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit., p. 306.

mismos problemas que presentan los lenguajes naturales, entre ellos la vaguedad³⁷.

La vaguedad de las normas jurídicas alude a su imprecisión o indeterminación, es decir a la imposibilidad de dar una lista completa y acabada de las propiedades suficientes para usar el término. Términos como “privacidad”, “honor”, “trato degradante” o “libre desarrollo de la personalidad”, son ejemplos de palabras vagas. Por eso, Hart hacía referencia a la textura abierta del Derecho³⁸, y sostenía que este tipo de problemas eran la dieta diaria de las facultades de derecho.

Parte fundamental de la labor de los jueces consiste precisamente en reducir, a través de la interpretación, la imprecisión de las normas jurídicas. La interpretación, como dice Guastini, es un acto de decisión, especialmente si se realiza por un órgano de aplicación del derecho: “es una atribución (o adscripción) de un significado a un texto”³⁹. El juez escoge entre distintos significados, elección que supone un margen de discrecionalidad.

Esta labor cobra especialísima importancia cuando se realiza en el marco de la justicia constitucional, pues en definitiva se tratará de dar contenido a los derechos y principios constitucionales, y ello no es posible sin realizar una valoración⁴⁰. Como afirma Ferrajoli un fenómeno común a todas las democracias avanzadas es la expansión creciente del papel de la jurisdicción⁴¹.

La generalidad de los enunciados constitucionales determina que cuando el juez aplica directamente los derechos constitucionales tiene en sus manos “un amplio margen de actividad reguladora, y por ello pueden ser considerados en gran medida derechos jurisdiccionales”⁴².

37 Véase Villanueva Rocío, “Notas sobre interpretación jurídica (A propósito de la Ley N° 26260 y la violencia familiar)”, en *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el Derecho*, Manuela Ramos, Lima 1996, pp. 93-114.

38 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1963, trad. de Genaro Carrió, p. 156. José Juan Moreso se refiere a estos términos con el adjetivo de “densos”, véase *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 229.

39 Guastini Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, p. 113.

40 Aragón Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México 2002, p. 158.

41 Ferrajoli Luigi, “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 101.

42 Aragón Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, op. cit. p. 228.

Esta tarea no se concentra sólo en los tribunales o salas especializadas sino que se extiende a los jueces ordinarios que conocen los procesos en las primeras instancias y que deben resolver de acuerdo a la Constitución. Por ello se afirma que tales juzgadores son también jueces constitucionales, y que la interpretación que realicen debe estar sometida a la jurisprudencia de los organismos especializados⁴³.

Pero la vaguedad o imprecisión no es el único problema que enfrenta la justicia constitucional. Las constituciones suelen tener asimismo principios “tendencialmente contradictorios” –como los califica Prieto Sanchís–, o que simplemente entran en juego simultáneamente (ej. libertad de expresión vs derecho a la intimidad). Se llaman principios “a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con muchos derechos fundamentales”⁴⁴, incluyéndose también en esa categoría las directrices o mandatos de optimización⁴⁵.

Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos aplicando los criterios para resolver las antinomias o contradicciones normativas (criterios de especialidad, jerarquía, cronológico): requieren ser ponderados por el juez. En efecto, la ponderación de bienes es una de las técnicas típicas que la moderna jurisprudencia constitucional emplea para resolver los conflictos entre derechos o principios constitucionales, dado que no existe una jerarquía entre ellos. Es preciso tener presente que tal jerarquía no ha sido establecida en la Constitución.

La ponderación es necesaria porque la determinación del grado de cumplimiento del principio o derecho depende de la presencia de otros

43 Fix Zamudio, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, López Guerra, Luis (coordinador), Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 277.

44 Prieto Sanchís Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 180.

45 Robert Alexy señala que los principios son mandatos de optimización, “que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. En cambio, para Alexy si una regla es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige, “ni más ni menos”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 86-87.

principios o derechos en pugna.⁴⁶ En síntesis, “cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el principio o norma constitucional que resulta afectada o limitada por una norma o medida pública y, por otro lado, el principio o norma constitucional que pretendidamente constituye el fin o la razón de ser de esa limitación (típicamente, el caso de normas o medidas públicas que afecten derechos fundamentales), la estructura de la ponderación implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”⁴⁷. En cambio, cuando el “cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el derecho constitucional que avala la conducta del particular y, por otro lado, el derecho, o bien o valor constitucional afectado por esa conducta, la estructura de la ponderación implica tan sólo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”⁴⁸. En definitiva, se trata de analizar si hay razones a favor y en contra, sopesarlas o ponderarlas y ver cuál de ellas resulta más fuerte⁴⁹.

Según Prieto Sanchís, la medida o norma acusada debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia con otro principio o derecho, debe analizarse la idoneidad de la medida o norma para la consecución de la finalidad expresada, ha de acreditarse que es necesaria, es decir que no exista otra medida menos gravosa para alcanzar la citada finalidad, y debe ser proporcional, esto es, debe existir un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida o norma limitadora o con la conducta de un particular para la protección de un principio constitucional o la consecución de un fin, y los daños que dicha medida o conducta ocasionan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro principio⁵⁰.

Lo que caracteriza a la ponderación de los principios constitucionales en conflicto es que no se obtiene una respuesta en virtud de la cual, por ejemplo, en todo conflicto el derecho a la libertad de expresión debe prevalecer sobre el derecho al honor, “sino que se logra sólo

46 Pietro Sanchís Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit. p. 180.

47 Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2da. edición corregida, Palestra, Lima, 2005, pp. 308-309.

48 Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el Derecho*, op. cit., p.309.

49 Ibidem, p. 325.

50 Prieto Sanchís señala que, en primer lugar debe evaluarse la constitucionalidad del fin perseguido por la medida enjuiciada, luego su idoneidad para alcanzar el fin, su necesidad y finalmente su proporcionalidad, véase *Justicia constitucional...*, op. cit. pp. 199-203.

una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso”⁵¹. En consecuencia, la ponderación no lleva a que se declare la invalidez de uno de los principios constitucionales en conflicto, o que en virtud de la especialidad uno actúe como excepción del otro, “sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”⁵².

Por la propia generalidad de los principios y derechos, su aplicación comporta fuertes riesgos de subjetividad valorativa. Y es que la discrecionalidad se traslada de la esfera legislativa a la judicial, con una diferencia sustantiva: la discrecionalidad del legislador ha sido siempre inmotivada, “mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”⁵³.

En atención a ello, según Prieto Sanchís, al mismo tiempo, los principios y derechos están llamados a cercenar la discrecionalidad⁵⁴ porque, en primer lugar suponen la cristalización de unos determinados valores que dan sentido y cierran el ordenamiento, y por el otro, porque se identifican con un tipo de razonamiento más complejo, como es el que caracteriza al juicio de ponderación⁵⁵.

Como se apreciará más adelante, los casos resueltos en América Latina han constituido estupendas ocasiones para ponderar posibles conflictos entre principios constitucionales; sin embargo, los argumentos desarrollados en las resoluciones judiciales se han centrado –principalmente– en la interpretación del alcance de los derechos constitucionales en materia sexual y reproductiva, lo que sin duda es también muy importante.

En todo caso, ya se trate de problemas sobre el alcance y significado de un derecho, sobre cómo resolver el conflicto entre dos derechos o principios constitucionales, o sobre ambos, lo cierto es que no se puede negar la posibilidad de subjetivismo judicial. Por ello, a fin de reducir al máximo esta posibilidad será preciso exigir una argumentación en los fallos que justifique la adopción de una determinada solución, aunque como sostiene Pietro Sanchís, en ocasiones la distancia que separa una

51 Gascón, p. 327.

52 Ibidem, p. 327.

53 Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit., p. 319.

54 Ibidem, p. 318. Manuel Aragón sostiene que el control jurisdiccional tiene un carácter objetivado, *Constitución, democracia y control*, op. cit. pp. 136 y ss.

55 Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit. p. 43.

argumentación racional realizada a partir de la Constitución de una decisión subjetiva sea demasiado tenue⁵⁶.

Es por ello que Comanducci advierte que la discrecionalidad judicial puede resultar grata a los progresistas, pero sólo con la condición de que los jueces sean progresistas⁵⁷ y que Moreso afirma que “la teoría del derecho no está en condiciones de aliviar a nadie a la hora de tomar decisiones con trascendencia moral”⁵⁸.

Considero que no hay forma de desterrar el problema descrito, y es evidente que también se presenta tratándose de derechos sexuales y reproductivos. Queda claro que para combatir tal problema hay que seguir insistiendo en el “saludable reforzamiento de la argumentación a que nos invita el constitucionalismo de principios”⁵⁹, sin desconocer lo inevitable: “junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, en la legislación y en la jurisdicción queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder”⁶⁰.

Como afirma Pietro Sanchís, la aplicación de principios constitucionales ha hecho “del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles (...)”⁶¹.

La aplicación del Derecho “es por naturaleza una actividad justificadora que requiere y ha de apoyarse en razones y formas argumentativas que no son especiales, sino que remiten a una racionalidad práctica general; la tarea justificadora requiere igualdad y universalidad, es decir, requiere un género de razonamiento que puede ser pronunciado ante cualquiera y sin necesidad de recurrir a la coacción o a la mera autoridad”⁶².

⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”. op. cit. p. 335.

⁵⁷ Comanducci Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit. 153,

⁵⁸ Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 236.

⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, op. cit. 336.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 342.

⁶¹ Pietro Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit. p. 41.

⁶² *Ibidem*, p. 44.

3. Los derechos reproductivos y sexuales ante el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos

Si bien el objeto de este artículo es exponer la protección constitucional que han recibido los derechos sexuales y reproductivos, es interesante conocer lo que al respecto han resuelto los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Como afirma Héctor Fix- Zamudio tales organismos “no sólo influyen en los casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno, sino que la trascendencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se aplica cada vez con mayor frecuencia por los tribunales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que éstos deben tutelar no sólo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los estados correspondientes”⁶³. En atención a lo expuesto resulta conveniente citar algunos ejemplos.

3.1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

3.1.1. Protección de derechos sexuales

3.1.1.1. Nicholas Toonen vs. Australia

El 4 de abril de 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, expidió su dictamen en el caso Nicholas Toonen vs. Australia⁶⁴. El señor Toonen había presentado una comunicación ante el referido comité impugnando los artículos 122° (apartados a y c) y 123° del Código Penal de Tasmania (Australia), que prohibían las “relaciones sexuales por vías no naturales” y las “prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino”. La víctima adujo que los mencionados artículos vulneraban el párrafo 1 del artículo 2°, el artículo 17° y el artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, señaló que los efectos combinados de las citadas disposiciones del Código Penal eran discriminatorios

⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, op. cit, p. 288.

⁶⁴ Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994.

pues juntas prohibían todas las formas de contacto íntimo entre los hombres. En el caso del artículo 122° del Código Penal la víctima adujo que se configuraba una situación de discriminación indirecta, en la medida en que –a pesar de ser neutral– se aplicaba en mayor medida contra los hombres homosexuales que contra los hombres y mujeres heterosexuales.

El Comité de Derechos Humanos señaló que era “indiscutible que la vida sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de vida privada”, y que los artículos 122° y 123° del Código Penal de Tasmania, representaban una injerencia arbitraria en el derecho que confiere el párrafo 1 del artículo 17° del Pacto. Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos afirmó que se debía estimar que la referencia al “sexo” en el párrafo 1° del artículo 2) así como en el artículo 26° del Pacto, incluía la inclinación sexual.

En consecuencia, el mencionado Comité opinó que los hechos examinados constituían violaciones del derecho a la privacidad (artículo 17.1) y a no ser discriminado (artículo 2.1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵.

3.1.2. Derechos reproductivos

3.1.2.1. K. L. vs. Perú

K. L., una adolescente de 17 años, tenía 19 semanas de gestación y estaba embarazada de un feto anencefálico. Sin embargo, un hospital público le negó la posibilidad de interrumpir su embarazo.

En febrero de 2002 Demus –Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer–, CLADEM –Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer– y el Center for Reproductive Law and Policy –CRLP– presentaron un comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, denunciando al Perú por violar, los artículos 2°, 3°, 6°, 7°, 17°,

⁶⁵ Como el Comité halló una violación a los derechos contenidos en los artículos 17.1 y 2.1 del Pacto, no consideró necesario examinar si había habido una violación del artículo 26. Un caso relativo a la libertad sexual en el sistema europeo de protección de derechos humanos es *Dudgeon vs. Reino Unido*, 4 Eur.Ct.H.R. 149 (1981). Por su parte, es pertinente señalar que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha aprobado, el 22 de abril de 2002, la Resolución 2002/36 sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, a través de la que se hace un llamado a los gobiernos concernidos para investigar pronta y profundamente los casos de homicidios por razones discriminatorias, incluida la orientación sexual (E/CN.4/RES/2002/36).

24° y 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el caso de K.L.

En efecto, el 27 de junio de 2001, en el Hospital Arzobispo Loayza, se le realizó una ecografía diagnosticándosele que estaba embarazada de un feto anencefálico. El 3 de julio, el doctor Ygor Pérez Solf, médico obstetra del mencionado hospital le informó que tenía dos opciones: continuar con el embarazo o interrumpirlo, aconsejándole optar por la segunda de ellas. La citada adolescente decidió interrumpir el embarazo, realizándosele las pruebas clínicas pertinentes, las que confirmaron el padecimiento del feto.

El 19 de julio, fecha en la que debía ser internada para la intervención, el doctor Pérez informó a K.L. que debía solicitar por escrito autorización al director del hospital. Como K.L. era menor de edad, su madre presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el doctor Maxiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital Loayza, respondió por escrito que no era posible realizar la interrupción del embarazo, pues en el Perú sólo está despenalizado el aborto terapéutico.

El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto de la fecha prevista para el parto, K.L. dio a luz una niña anencefálica que vivió cuatro días, período en el cual la referida adolescente tuvo que amamantarla.

A la luz de los hechos descritos, las denunciantes alegaron ante el Comité de Derechos Humanos que “el embarazo forzado de K. constituyó un peligro cierto para su integridad física y psíquica, peligro que no podía evitarse sino con su interrupción”. Por otro lado, presentaron la declaración médica de los doctores Aníbal Faúndez y Luis Távara, quienes señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos y que un embarazo de ese tipo ponía en peligro la vida de la madre.

Asimismo, las peticionarias alegaron que se debía exceptuar del requisito del agotamiento de los recursos internos, pues, en atención a lo establecido por el propio Comité en múltiples ocasiones, el autor no está obligado a agotar un requisito que sería ineficaz. En este orden de ideas, se señaló que los recursos judiciales disponibles a nivel nacional eran ineficaces para el presente caso.

Cabe señalar que el Estado peruano no presentó al Comité ninguna información sobre la admisibilidad o el fondo del caso, pese a haber sido requerido para ello mediante recordatorios de 23 de julio de

2003, 15 de marzo y 25 de octubre de 2004. Ello significa que no presentó elemento alguno que permitiera desacreditar lo señalado en la comunicación.

Mediante dictamen de 24 de octubre de 2005 (Comunicación N° 1153/2003), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió que en este caso el Perú había vulnerado los artículos 2°, 24°, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran los derechos a un recurso efectivo, a no ser discriminado por razón de la edad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a la no injerencia arbitraria en la vida privada⁶⁶. El mencionado comité sostuvo que:

- a. La omisión del Estado en no conceder el aborto terapéutico a K.L., quien estaba embarazada de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento por el que ella tuvo que pasar, sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del Pacto.
- b. Al negar a K.L. la posibilidad de una intervención médica para suspender su embarazo –a pesar de que un médico le informó que tenía la posibilidad de continuarlo o suspenderlo de acuerdo a la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre–, el Estado peruano interfirió de manera arbitraria en su vida privada, revelando una violación del artículo 17° del Pacto.
- c. Al no recibir K.L. el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas del caso, ni durante ni después del embarazo, el Estado peruano vulneró el artículo 24° del Pacto;
- d. Al no contar K.L. con un recurso adecuado, el Estado peruano vulneró el artículo 2° en relación a los artículos 7°, 17° y 24° del Pacto.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en atención al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispuso la obligación del Estado peruano de otorgar a K.L. un recurso efectivo que incluya

⁶⁶ El Comité de Derechos Humanos declaró inadmisibile la parte de la comunicación en la que se alegaba la presunta vulneración de los artículos 3° y 26° del Pacto, por no estar debidamente fundamentada. En relación al artículo 2° del Pacto recordó su constante jurisprudencia, en el sentido de que el citado artículo “constituye un compromiso general de los Estados, y por su carácter accesorio, no puede ser invocado asiladamente por particulares en virtud del Protocolo Facultativo”. Por otro lado, el Comité consideró que –en las circunstancias del caso– no era necesario tomar una decisión relativa al artículo 6° del Pacto.

una indemnización, así como la de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro; concediéndole un plazo de 90 días para informar sobre las medidas que hubiera tomado para dar cumplimiento al referido dictamen.

3.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

3.2.1. Protección de derechos reproductivos

Se ha afirmado que “la CIDH está en la etapa inicial de su trabajo relacionado en forma directa con los derechos reproductivos y el desarrollo de jurisprudencia”⁶⁷. La primera petición que recibió la CIDH sobre la vulneración de derechos reproductivos, fue el caso de María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú.

El 27 de marzo de 1998, la señora Mestanza fue sometida a una operación de ligadura de trompas en el Hospital Regional de Cajamarca, sin haber sido informada previamente de las condiciones de la operación ni sometida a una previa evaluación médica. Falleció ocho días después. Tenía 32 años, 7 hijos y sólo educación primaria.

La Defensoría del Pueblo investigó este caso y lo incluyó en el segundo informe que realizó en materia de planificación familiar⁶⁸.

3.2.1.1. Mamérita Mestanza vs. Perú

El caso fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), por el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), por la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), por el Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP) y por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

Las organizaciones peticionarias denunciaron que se violaron los derechos a la vida, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley, vulnerando los artículos 4º, 5º, 1º y 24º de la Convención Americana

⁶⁷ Abi-Mershed, “Los derechos reproductivos en el contexto ...”, op. cit., p.148.

⁶⁸ Véase el Informe Defensorial N° 27 “La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos II. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo”, Lima, agosto 1999, p. 87-93.

sobre Derechos Humanos, los artículos 3º, 4º, 7º, 8º y 9º de la Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), los artículos 3º y 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los artículos 12º y 14º (2) de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁶⁹.

En el año 2003 la partes suscribieron un acuerdo de solución amistosa, en el que el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 1.1º, 4º, 5º y 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 7º de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en agravio de Mamérita Mestanza Chávez.

Por otro lado, el Estado peruano se comprometió a adoptar las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo respecto a políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar y a “llevar a cabo, permanentemente, cursos de capacitación en **derechos reproductivos**, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género, en coordinación con organizaciones de la sociedad civil especializadas en estos temas”.

3.2.2. Protección de derechos sexuales

Tratándose de la violencia sexual perpetrada contra las mujeres durante los conflictos armados, los derechos o principios que se han invocado para condenar la actividad sexual coercitiva han sido la dignidad personal, la privacidad, la integridad y la prohibición de la tortura⁷⁰.

⁶⁹ La Defensoría del Pueblo presentó ante la CIDH un informe de *amicus curiae* en el caso de Mamérita Mestanza. Cabe indicar que la CIDH admitió el caso mediante Informe de Admisibilidad 66/00.

⁷⁰ Hay otros casos de violencia sexual que han sido analizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos véase Badilla, Ana Elena “La igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, op. cit., p. 91-93. Igualmente es interesante el Informe N° 38/96 de 15 de octubre de 1996 (Caso 10.506 Argentina), mediante el cual la CIDH emite recomendaciones al estado argentino en torno a las revisiones vaginales a las mujeres que desean tener contacto personal con los privados de libertad.

3.2.2.1. Raquel Mejía vs Perú

El 17 de octubre de 1991, la CIDH recibió una petición en la que se denunciaba la violación de los derechos humanos de Fernando Mejía Egocheaga y de su esposa Raquel Martín de Mejía. Se solicitaba que la CIDH declarara la responsabilidad del Perú, en relación a Raquel Mejía por la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5º) y del derecho a la privacidad (artículo 11º), ambos en relación al artículo 1.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del derecho a un recurso interno efectivo (artículo 25).

Los peticionantes denunciaron que en la noche del 15 de junio de 1989 en Oxapampa (Cerro de Pasco) un grupo de personas con las caras cubiertas con pasamontañas y portando ametralladoras irrumpieron en la casa de Fernando Mejía y de su esposa Raquel, reclamando ver al primero, quien era el Secretario General del Sindicato Único de Trabajadores de la Educación Peruana (SUTEP) y miembro de Izquierda Unida. Cuando éste abrió la puerta seis individuos vistiendo uniforme militar entraron a la casa, uno de ellos golpeó al señor Mejía con su arma. Luego, quien estaba a cargo del operativo ordenó que subieran a Mejía a una camioneta amarilla de propiedad del gobierno. Los hechos fueron presenciados por su esposa Raquel.

Esa misma noche, aproximadamente 15 minutos después de los hechos antes referidos, un grupo de seis a diez militares con el rostro cubierto con pasamontañas negros se presentaron nuevamente en el domicilio de los Mejía. El militar encargado del operativo de secuestro de Fernando Mejía, ingresó a la casa presuntamente para solicitar a Raquel los documentos de identidad de su esposo.

Mientras ésta los buscaba, la siguió al cuarto y le dijo que ella también estaba considerada como subversiva, integrante del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Raquel Mejía trató de explicarle que ni ella ni su esposo pertenecían a movimiento revolucionario alguno, sin embargo, sin escucharla, empezó a rociarse con sus perfumes y finalmente la violó. Acto seguido la condujo fuera de su casa para que viera al hombre que había denunciado a su esposo; éste yacía boca abajo en la parte de atrás de la misma camioneta que había sido utilizada para secuestrar a Fernando Mejía. Finalmente, el individuo que abusó sexualmente de ella, subió a la camioneta y se marchó.

Aproximadamente 20 minutos después, la misma persona regresó a la casa de los Mejía con la intención de comunicar a Raquel que posiblemente su esposo sería trasladado en helicóptero a Lima al día

siguiente. Luego la arrastró al cuarto y nuevamente la violó. Raquel Mejía pasó el resto de la noche bajo un estado de terror, temiendo por el regreso de quien había abusado sexualmente de ella y por la seguridad y la vida de su esposo.

A la mañana siguiente la señora Mejía fue a la policía de Oxapampa para denunciar la desaparición de su esposo. Allí le indicaron que no podía presentar una denuncia por desaparición hasta que no transcurrieran cuatro días. También le sugirieron que pidiera información en las oficinas de la Policía Republicana. Para ello debía dirigirse a la Biblioteca Municipal donde los miembros del Batallón Nueve de Diciembre estaban acantonados desde su arribo a Oxapampa días atrás.

Cuando llegó a la Biblioteca Municipal, Raquel Mejía pudo reconocer que los soldados que allí se encontraban vestían los mismos uniformes que usaron las personas que habían secuestrado a su esposo la noche anterior y que habían abusado sexualmente de ella. Allí los soldados se identificaron como miembros del Batallón Nueve de Diciembre y señalaron que el comandante a cargo se llamaba Chito. Luego, otro soldado se acercó y bruscamente la obligó a retirarse del lugar. Raquel Mejía identificó a esta persona como uno de los secuestradores de su esposo.

El 18 de junio por la mañana Raquel Mejía tomó conocimiento de que el cadáver del profesor Melgarejo había sido encontrado en la margen del Río Santa Clara y que otro cadáver semi enterrado yacía al lado del primero. Raquel Mejía, en compañía del Juez Suplente y del Secretario del tribunal a cargo de la causa, se dirigió al lugar señalado y allí, en la base de la columna que sostiene el puente, descubrió el cadáver decapitado de Aladino Melgarejo y yaciendo a su lado, el cadáver de su esposo Fernando Mejía. Éste mostraba signos claros de tortura, heridas punzantes en piernas y brazos y una herida abierta en el cráneo, aparentemente causada por la bala de un arma. Su cuerpo estaba severamente golpeado e hinchado.

A solicitud de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) y de Raquel Mejía, el 21 de junio el Fiscal Provincial de Oxapampa ordenó a la policía local investigar los homicidios de Fernando Mejía y Aladino Melgarejo.

El 22 de junio el mencionado fiscal inspeccionó el área donde se encontraron los cadáveres, hallando cartuchos de balas FAL semejantes a las usadas por el Ejército peruano. Inmediatamente después solicitó al

Jefe Político Militar de la región que identificara a los oficiales a cargo del Batallón Nueve de Diciembre.

En tres oportunidades entre el 28 y 30 de junio de 1989, Raquel Mejía recibió llamadas telefónicas anónimas en las que se le amenazaba de muerte si continuaba con la investigación del homicidio de su esposo. Temiendo por su seguridad, en agosto de 1989 Raquel Mejía abandonó el país dirigiéndose primero a Estados Unidos y después a Suecia donde obtuvo asilo político.

A pesar de existir una denuncia penal por lo ocurrido con el señor Mejía, no se llevaron a cabo los actos procesales necesarios para esclarecer el delito. Cabe indicar que en dos oportunidades, el 6 de mayo y el 2 de julio de 1991, el juez penal de Oxapampa requirió al Jefe Político Militar de Mantaro-Junín, General Luis Pérez, que identificase a los oficiales que participaron en la “campaña antisubversiva” en Oxapampa entre el 13 y el 17 de junio de 1989. El Ejército no respondió nunca a lo solicitado.

Raquel Mejía denunció ante la CIDH que cuando en junio de 1989 presentó su declaración a la policía de Oxapampa en relación al secuestro y posterior homicidio de su esposo, omitió denunciar los abusos sexuales de los que había sido objeto pues estaba temerosa de que la revelación de las violaciones cometidas contra su persona pudieran causarle ostracismo y exponerla a mayor peligro o daño físico. Asimismo, sostuvo que en el Perú no existían recursos internos efectivos a través de los cuales una víctima de violencia sexual por miembros de las fuerzas de seguridad podía obtener una investigación imparcial de los hechos y la sanción de los culpables, más aún en zonas de emergencia⁷¹.

El Informe N° 5/96 de la CIDH

La posición de la CIDH sobre el caso de Raquel Mejía fue fijada en el Informe N° 5/96. Como se ha señalado Raquel Mejía no denunció la violencia sexual de la que fue víctima ante las autoridades peruanas. Por lo tanto, el Estado peruano podría haber invocado que no se habían agotado los recursos internos. Sin embargo, el Perú no realizó tal invocación.

⁷¹ Es importante señalar que la CIDH citó los informes del Relator Especial contra la Tortura, de Amnistía Internacional y de Human Rights Watch, que coincidían en que respecto a los casos de abuso sexual muy pocos miembros de las fuerzas de seguridad eran procesados, pues por el contrario eran protegidos por sus propias instituciones.

En opinión de la CIDH, de los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, resultaba, en primer lugar, que se trataba de una regla cuya invocación podía ser renunciada de forma expresa o tácita por el Estado que tenía derecho a invocarla. En segundo lugar, que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debía ser planteada en las primeras etapas del procedimiento, a falta de la cual podía presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. Por ello la CIDH consideró que como el Estado peruano había omitido plantear la mencionada excepción, se debía considerar que había renunciado a ella. El Estado tampoco suministró información a la CIDH sobre el caso.

La Comisión consideró que la falta de comparecencia de un Estado o su omisión de suministrar información no transformaban *per se* los hechos denunciados en verdaderos. Más bien, debía realizarse un análisis de los mismos a la luz de ciertos criterios que permitieran establecer que no existían otros elementos de convicción que pudieran llevar a una conclusión diversa de aquella presentada por el peticionario. La CIDH determinó que tales criterios eran el de consistencia, credibilidad y especificidad.

Dado que el Gobierno peruano omitió discutir los hechos presentados por los peticionarios, la Comisión consideró la versión presentada por éstos y luego de establecer que la misma se ajustaba a los criterios de consistencia, credibilidad y especificidad decidió “presumir como verdaderos los hechos relativos a la violación de Raquel Mejía por efectivos pertenecientes al Ejército Peruano”.

En opinión de la CIDH, los peticionarios presentaron una versión detallada y consistente de los hechos, indicando fecha y lugar en que ocurrieron, señalando como responsable a un individuo que vestía uniforme de faena del Ejército peruano y se encontraba con un número importante de soldados. Por otro lado, Raquel Mejía vivía en un área sujeta a la legislación de emergencia, en la que los militares habitualmente asumían el control de la población y se constituían en la máxima autoridad, aún por encima de los funcionarios civiles debidamente elegidos. Como consecuencia de ello, según la CIDH en estas áreas habitualmente se perpetraban numerosas violaciones a los derechos humanos.

Adicionalmente, la CIDH consideró que la versión presentada por la denunciante, se corroboraba por diversos informes de organismos intergubernamentales y no gubernamentales en los que se documentaba

numerosas violaciones de mujeres en el Perú, perpetradas por miembros de las fuerzas de seguridad en zonas de emergencias y donde se hacía referencia al caso concreto de Raquel Mejía, describiéndolo como representativo de esta situación⁷².

Por otro lado, la CIDH señaló que los actos que afectaron al esposo de Raquel Mejía se encontraban estrechamente vinculados con los abusos de los que ésta fue víctima pues tuvieron lugar la misma noche y fueron perpetrados por los mismos individuos. Por ello, las pruebas aportadas, aún cuando no atañían directamente al caso en cuestión, resultaban suficientes, en concepto de la CIDH, para presumir la responsabilidad de miembros del Ejército peruano en la comisión de los vejámenes contra Raquel Mejía.

Es importante destacar que la CIDH señaló que “el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de vida privada. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de vida privada alcanza a la integridad física y moral de una persona, y en consecuencia incluye su vida sexual”.

Destacó que en el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 27° del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, explícitamente prohibía el abuso sexual. Asimismo, la CIDH sostuvo que el artículo 147° del mencionado convenio, que establece los actos considerados como infracciones graves o crímenes de guerra, incluía la violación en tanto constituía “tortura o trato inhumano”⁷³. Igualmente, afirmó que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) había declarado que la “infracción grave de causar deliberadamente grandes

⁷² Entre ellos el Informe de 1992 del Relator Especial contra la Tortura designado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, informes de Amnistía Internacional y de Human Rights Watch.

⁷³ Artículo 147°.- Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” incluía los abusos sexuales⁷⁴.

Por otro lado, la CIDH citó el artículo 76° del Protocolo I, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que prevé una prohibición expresa de la violación y otros tipos de abusos sexuales. Hizo lo propio con el artículo 85.4°. Por ello señaló que de acuerdo a lo establecido en tales normas –Cuarto Convenio y Protocolo I– cualquier acto de violación cometido individualmente constituía un crimen de guerra. Para el caso de conflictos no internacionales, señaló la CIDH, que tanto el artículo 3° común a las cuatro Convenciones de Ginebra, como el artículo 4.2° del Protocolo II, adicional a dichos instrumentos, incorporaban la prohibición contra la violación y otros abusos sexuales en la medida en que fueran el resultado de la comisión de un daño deliberado contra una persona.

La violación como tortura

La CIDH estableció que la violación sexual de Raquel Mejía constituía tortura. Señaló que si bien de la letra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no surgía qué debía entenderse por tortura, en el ámbito interamericano la determinación de qué actos configuraban tortura se encontraba establecida en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

A partir de dicho instrumento la CIDH concluyó que para que existiera tortura debían conjugarse tres elementos:

1. Que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas, sufrimientos físicos y mentales;
2. Cometido con un fin;
3. Por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

La CIDH estableció que en el caso de Raquel Mejía se conjugaban los tres elementos, pues:

- a. la violación como acto de violencia contra su integridad le había causado penas y sufrimientos físicos y mentales;
- b. la violación había sido perpetrada para castigarla personalmente e intimidarla, pues ella había sido requerida como terrorista, al

⁷⁴ ICRC, Aide Mémoire (Dec, 3, 1992) citado en T, Meron, *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, 87, ÁGIL 426.

igual que su esposo. Por otro lado, Raquel Mejía se había sentido aterrorizada no sólo por su seguridad sino por la de su hija, quien dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo;

- c. la violación había sido cometida por un miembro de las fuerzas de seguridad, que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Finalmente, la CIDH señaló que las violaciones de las que había sido objeto Raquel Mejía en tanto afectaron su integridad física y mental, incluida su dignidad personal, configuraron una transgresión de su derecho a la intimidad cuya responsabilidad resultaba atribuible al Estado peruano. Por lo tanto, el Estado peruano omitió respetar los derechos a la integridad personal y a la protección a la honra y dignidad de Raquel Mejía, incurriendo en una violación de los artículos 5° y 11° de la Convención Americana. También declaró que se habían violado los artículos 25° (derecho a un recurso efectivo), 8° (derecho a un debido proceso), y 1.1° (obligación de garantizar los derechos consagrados por la citada Convención).

En consecuencia, la CIDH recomendó al Estado peruano que efectuara una exhaustiva, rápida e imparcial investigación de los abusos sexuales de los que fue víctima Raquel Mejía, a fin de identificar a sus perpetradores para que se les impusiera las sanciones pertinentes, y procediera a pagar una justa indemnización a la parte lesionada.

4. Procesos constitucionales y protección de derechos sexuales y derechos reproductivos en América Latina: algunos ejemplos

En el ámbito interno, la importancia que en toda democracia tienen los derechos fundamentales determina que se les dote de un régimen de protección jurídica reforzada. Por ello Ferrajoli afirma que el garantismo “es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”⁷⁵.

En materia de derechos sexuales y reproductivos merece la pena destacar, especialmente, los procesos de amparo e inconstitucionalidad que han tenido lugar en distintos países. Son instrumentos judiciales

⁷⁵ Ferrajoli Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 16, ITAM, México, 2002, p. 16.

que han permitido que las víctimas reaccionen frente a una vulneración de alguno sus derechos constitucionales. Los casos que a continuación se describen confirman que los grandes problemas de interpretación jurídica se han trasladado al campo de la interpretación constitucional⁷⁶.

4.1. Derechos reproductivos

Sin lugar a dudas el método anticonceptivo que más polémica han generado recientemente es la anticoncepción oral de emergencia. A continuación haré referencia a la sentencia expedida por el Noveno Juzgado de Lima, con ocasión de un proceso de cumplimiento promovido por un grupo de mujeres para que el Estado distribuyera anticoncepción oral de emergencia. Asimismo, citaré el proceso de amparo que resolvió la Corte Suprema de Justicia de Argentina sobre la inducción al parto de una mujer embarazada de un feto anencefálico, así como el proceso de inconstitucionalidad promovido ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, cuestionando el decreto que reguló las técnicas de reproducción asistida.

4.1.1. Perú

4.1.1.1. Proceso de cumplimiento sobre la distribución de la anticoncepción oral de emergencia: sentencia de 16 de junio de 2004 (Expediente N° 42095-02) del Noveno Juzgado Civil de Lima

Este proceso constitucional tiene como finalidad ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento⁷⁷.

Un grupo de mujeres peruanas presentó una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud para que, en aplicación de las Normas de Planificación Familiar, distribuyera anticoncepción oral de emergencia, previa información a las usuarias.

⁷⁶ Aragón Manuel, *Constitución, democracia y control*, op. cit. p. 153. Véase *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Luisa Cabral, Julieta Lemaitre y Mónica Roa (editoras), Temis, Bogotá, 2001.

⁷⁷ Artículo 66° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 31 de mayo de 2004.

Las mencionadas mujeres adujeron que las Normas de Planificación Familiar aprobadas por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, modificada por Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, incorporaban la anticoncepción oral de emergencia como método anticonceptivo, a pesar de lo cual el Ministerio de Salud no había cumplido con distribuir el citado anticonceptivo⁷⁸.

Por otro lado, señalaron que las mujeres con recursos económicos suficientes podían acceder al mencionado anticonceptivo en los servicios privados de salud, mientras que a quienes no contaban con dichos recursos se les negaba tal acceso, al estar impedidas de obtener el anticonceptivo en los servicios estatales de planificación familiar.

El Ministerio de Salud contestó la demanda sosteniendo que no se había distribuido anticoncepción oral de emergencia porque existía incertidumbre científica respecto a los mecanismos de acción, sus contraindicaciones eran numerosas y podía provocar reacciones adversas de moderada intensidad.

La Jueza analizó la naturaleza del proceso de cumplimiento, sosteniendo que el acto cuyo cumplimiento se demandaba era la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, modificada por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA-DM, que contenía un mandato cierto de provisión de métodos anticonceptivos de cumplimiento obligatorio para la entidad demandada.

En consecuencia, la Jueza del Noveno Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda y ordenó cumplir con la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/SM, modificada por Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM. Cabe señalar que la citada sentencia no analizó los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia ni la situación de discriminación que se generaba por el hecho de que

⁷⁸ Estas resoluciones ministeriales han sido tácitamente derogadas por la Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, que también incorpora la AOE.

las mujeres con determinados recursos podían adquirirla en cualquier farmacia del país⁷⁹.

4.1.2. Argentina

4.1.2.1. Proceso de amparo en el caso de una mujer embarazada de un feto anencefálico: sentencia de 11 de enero de 2001 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 17 de octubre de 2000, en el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, se diagnosticó –a través de una ecografía– que la señora S.T. de 35 años de edad, casada y con una hija de 12 años, estaba embarazada de un feto que no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota

⁷⁹ Mediante Sentencia de 5 de marzo de 2002, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, declaró que había lugar a una acción de amparo presentada con el objeto de que se prohibiera la venta de Imediat, un anticonceptivo oral de emergencia. En consecuencia ordenó a la Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica del Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, que dejara sin efecto la fabricación, distribución y comercialización del fármaco Imediat. Debe indicarse que en Argentina es posible adquirir otras marcas de píldoras de anticoncepción oral de emergencia. En México, el 27 de octubre de 2005, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia (7-1), determinó no “ejercer la facultad de atracción para conocer y resolver el recurso de revisión 37/2005”. Dicho recurso de revisión se originó debido a que un juez de distrito sobreseyó el juicio iniciado por una demanda de amparo presentada a propósito de una modificación a la Norma NOM-055-SSA2-1993, que regula los servicios de planificación familiar, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 2005, que incluye a la AOE como método anticonceptivo. Los demandantes solicitaron a un Tribunal Colegiado de Circuito que revisara tal sobreseimiento. A su vez, el mencionado tribunal remitió el asunto a la Suprema Corte, solicitando el ejercicio de la facultad de atracción. La Suprema Corte de Justicia –sin analizar el fondo del asunto– determinó, básicamente, que no le correspondía ejercer la facultad de atracción, porque lo que discutía era un asunto procesal, en la medida en que el juez había sobreseyó el caso por considerar que la demanda era improcedente pues los demandantes carecían de interés jurídico. El asunto ha regresado al Tribunal Colegiado de Circuito para que él resuelva el recurso de revisión. Por otro lado, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2005, la Corte Suprema de Chile, rechazó íntegramente el recurso de casación sobre el fondo y la forma presentado contra la resolución expedida por la Novena Sala de Apelaciones de Santiago (diciembre de 2004), la misma que revocó la de primera instancia que había declarado nula de derecho público la resolución N° 7.224, de 24 de agosto de 2001 del Instituto de Salud Pública de Chile, que se materializó en el registro ISP F-8527/01, que permitió la venta del fármaco Postinor 2. La Corte Suprema de Chile señaló, entre varios argumentos, que el demandante no había probado que el fármaco Postinor 2 tuviera efecto abortivo: “no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer (...)” (fundamento 34).

En el caso peruano el juez del Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Lima, mediante sentencia de 17 de agosto de 2005, ha ordenado al Ministerio de Salud (MINSa) abstenerse de distribuir AOE, “en tanto no se garantice la implementación de una adecuada política de información dirigida a la población respecto a los alcances y efectos del referido fármaco”. Dicha sentencia ha sido apelada por el MINSa.

craneana (feto anencefálico). Tenía 19 semanas de gestación, es decir casi cinco meses de embarazo. El 2 de noviembre de 2000, la señora S.T. solicitó al referido hospital que le indujera el parto o llevara a cabo la intervención que el médico estimara para poner fin al embarazo. Las autoridades del hospital se negaron a practicar la intervención quirúrgica solicitada, aduciendo que era imprescindible una orden judicial que la autorizara. S.T. presentó una demanda de amparo contra el centro hospitalario, con el objeto de obtener una autorización judicial “para anticipar el parto o interrumpir el embarazo”. La demanda se basó en el artículo 14° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que establece que la acción de amparo procede frente a la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que amenace o lesione derechos.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda. La magistrada a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 de la Ciudad de Buenos Aires, juzgó que la pretensión debía encuadrarse en la hipótesis del aborto terapéutico, regulado en el artículo 86° inciso 1) del Código Penal argentino. Sin embargo, consideró que no se había demostrado que el embarazo pudiera poner en grave riesgo la salud de la madre. Por lo tanto, concluyó que la negativa de la entidad hospitalaria a practicar la intervención quirúrgica solicitada “no constituía una conducta arbitraria ni ilegítima en los términos del artículo 14° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de primera instancia por la mayoría de dos votos contra uno. La recurrente interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad, el que fue concedido el 22 de diciembre de 2000. El 26 de diciembre de 2000, dicho tribunal se pronunció por mayoría (4 votos a 1), haciendo lugar al recurso, y revocando la resolución apelada. En consecuencia, autorizó a la dirección del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá para que procediera a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la señora S.T.

El Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del Tribunal Superior. La Corte Suprema declaró formalmente procedente el recurso extraordinario toda vez que se hallaba “en juego la interpretación de normas federales (artículo 14, 14 bis, 18, 19, 33, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana

sobre los Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Ley 23849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas”.

La Corte Suprema confirmó por cinco votos contra tres la decisión del Tribunal Superior. La señora S.T tenía para entonces ocho meses de gestación. La Corte Suprema se basó principalmente en los siguientes argumentos:

- a. La anencefalia es una enfermedad clínica que excluye la viabilidad extrauterina del feto.
- b. Se trataba de un parto prematuro y no inmaduro.
- c. La Corte, coincidiendo con el *aquo*, sostuvo que la petición de amparo no implicaba la autorización para efectuar un aborto pues no se perseguía una acción que tuviera por objeto la muerte del feto. Sostuvo que el valor defendido por el recurrente se definía como una supervivencia intrauterina durante escasos días frente a una muerte inmediata después del parto, científicamente considerada inevitable. En esa situación debía analizarse si adelantar el nacimiento adelantaba realmente la muerte del defendido.
- d. Atendiendo a los informes médicos, la Corte sostuvo que adelantar o postergar el alumbramiento en esta etapa de la gestación no beneficiaba o empeoraba la suerte del *nasciturus*. No cabía suponer que la preservación de la vida impusiera la postergación artificiosa del nacimiento, “para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina”. En esas circunstancias coexistía la frágil e incierta vida intrauterina del *nasciturus* con el sufrimiento psicológico de la madre y de su familia entera.
- e. El nacimiento no sería un medio para causar la muerte del feto, el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita, por lo tanto no se violaba el artículo 2° de la Ley N° 23849 aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño ni el artículo 4° de la mencionada convención. “Si fallece, como se anuncia, será por sufrir la grave dolencia que lo afecta, no por haberse dado cumplimiento al paso necesario natural de la vida que consiste en la separación de su madre por efecto del parto”.

- f. En una suerte de ponderación, la Corte Suprema tomó en cuenta la prolongación de “la vida intrauterina del feto” y lo irremediable del fatal desenlace frente a “los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional”; señalando que como elemento esencial de esta decisión se amparaba “la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos— constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección”⁸⁰.
- g. La Corte Suprema reiteró que no se trataba de una acción humana enderezada a provocar la muerte durante la gestación sino la inducción del nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegurara dentro del margen de toda situación vital el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir. Asimismo, afirmó que era una decisión “con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción”.

Como a partir del fallo citado la interrupción del embarazo de un feto anencefálico no constituye un delito de aborto, mediante Ley N° 1.044 de 26 de junio de 2003, la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reguló el adelantamiento del parto en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires respecto de toda mujer embarazada con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida extrauterina. Se requiere certificación médica de inviabilidad del feto, consentimiento informado de la mujer embarazada y que el feto haya alcanzado las veinticuatro semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad de fetos intrínseca o potencialmente sanos.

Sin embargo, existen otras razones que podrían sustentar no sólo que se permita la inducción al parto de una mujer que se encuentra embarazada de un feto anencefálico (quien debe esperar por lo menos a las veinticuatro semanas de gestación) sino eventualmente que se permita la interrupción del embarazo en una etapa más temprana.

En efecto, si el aborto supone la interrupción de la gestación de un feto vivo —pues el bien jurídico protegido es la vida en formación—

⁸⁰ Quien realiza una ponderación algo más explícita es el magistrado Gustavo Bossert, quien afirma en su voto que “el simple objetivo de prolongar vida uterina de *nasciturus* no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y de calota craneana, con viabilidad nula en la vida extrauterina”.

cabría sostener que en la medida en que el feto anencefálico carece de actividad cerebral, no se trataría –científicamente hablando– de una vida y por lo tanto, la interrupción de dicho embarazo sería un acto atípico⁸¹.

Por el contrario, si se considera vida a la existencia de un feto anencefálico, la interrupción del embarazo podría ser igualmente un acto atípico pues se trataría de un aborto terapéutico. En dicho caso, corresponderá demostrar que existe un peligro para la salud de la madre, la cual incluye no solamente la salud física sino la psíquica. Me parece pertinente señalar que en el caso que se acaba de comentar, el doctor Ricardo Illia –médico obstetra– sostuvo, en una de las audiencias llevadas a cabo, que el daño psicológico de la madre que se deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y de calota craneana con nula viabilidad extrauterina, tenía visos de tortura.

4.1.3. Costa Rica

4.1.3.1. Proceso de inconstitucionalidad contra la norma que regula las técnicas de reproducción asistida: sentencia 2000-02306 (Expediente N° 95-001734-0007-CO) de 15 de marzo de 2000 de la Corte Suprema de Justicia

El proceso de inconstitucionalidad tiene por objeto la defensa de la Constitución frente a infracciones de su jerarquía normativa. Pérez Royo afirma que el control de las normas “es la tarea más importante del Tribunal Constitucional y su auténtica razón de ser”⁸².

El 7 de abril de 1995 el ciudadano Hermes Navarro del Valle solicitó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que se declarara la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, de 3 de febrero de 1995, en virtud del cual se autorizaba la realización de

⁸¹ De conformidad con el artículo 108° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud del Perú, se considera ausencia de vida el cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de los órganos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo.

⁸² Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2000, séptima edición, op. cit. p. 935. En síntesis, en relación al control judicial de la ley, se distingue entre el modelo americano, en el que todo juez tiene reconocida la potestad de inaplicar las leyes que estime contrarias a la Constitución, y el modelo europeo, en el que sólo un tribunal especial (Tribunal o Corte Constitucional), tiene competencia para declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de la ley, véase Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”. Op. cit. pp. 247 yss.

técnicas de reproducción asistida entre cónyuges y se establecían reglas para su realización. Los artículos 9° y 10° de la mencionada norma señalaban que estaba prohibida la fecundación *in vitro* de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y que todos los óvulos debían ser transferidos a la cavidad uterina de la mujer, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para la transferencia en ciclos subsecuentes de la paciente o de otras pacientes. Por otro lado, los artículos 5° y 6° del decreto permitían la fecundación heteróloga, es decir la fecundación de la mujer casada con semen de un tercero.

El recurrente fundamentó la admisibilidad de la demanda en el artículo 75° párrafo segundo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, toda vez que se trataba de la defensa de intereses difusos o que atañían a la colectividad, pues cualquier persona podía accionar a favor del derecho a la vida. La Sala Constitucional admitió la demanda, señalando que se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S por considerar que infringía el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.

El señor Navarro sostuvo que la vida se iniciaba desde la fecundación y por lo tanto cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada– violaba el derecho a la vida consagrado en el artículo 21° de la Constitución, el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Afirmó que ser humano se era desde el momento de fecundado el óvulo y que el embrión humano poseía dignidad y derechos fundamentales.

Asimismo, señaló que a pesar de lo dispuesto en los artículos 9° y 10° del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, la manipulación de seis concebidos por madre para que sobreviviera por lo menos uno, suponía que morirían cinco de ellos. Igualmente, los concebidos podían desecharse si la madre moría por enfermedad o accidente antes de la implantación o simplemente se negaba ante una riña con el marido.

En relación a los casos en que la fecundación se producía con semen de un donante, el recurrente adujo que el decreto no precisaba si el donante tenía derecho a permanecer en el anonimato, recordando que el artículo 53° de la Constitución garantizaba el derecho de todo ser humano a saber quiénes eran sus padres. Además, mencionó los

posibles efectos negativos en el desarrollo emocional del niño concebido mediante fecundación *in vitro* y transferencia de embriones (FIVET), a quien adicionalmente, se le vulneraba el derecho a la intimidad al convertirlo “en un divo, en un emblema”.

La Corte Suprema declaró inconstitucional por la forma el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, por infracción del principio de reserva legal, sosteniendo que dicho principio exigía que sólo por ley formal, emanada del Poder Legislativo, era posible regular, y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales. Asimismo, señaló que sólo los reglamentos ejecutivos de las leyes podía desarrollar los preceptos de éstas, no pudiendo la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella estaba habilitada a imponer.

No obstante, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S fue también declarado inconstitucional por razones de fondo. En primer lugar, la Corte Suprema señaló que “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico” y que el derecho a la vida se declaraba a favor de todos, debiendo protegerse tanto al ser ya nacido como al que estaba por nacer. Asimismo, la Corte Suprema señaló que la vida humana se encontraba protegida en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 4° del Pacto de San José. De dichas disposiciones y del artículo 21° constitucional se deducía que la vida humana debía protegerse desde la concepción.

En segundo lugar, y en relación a las prohibiciones y restricciones contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, afirmó que no bastaba con ellas pues la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con prohibiciones y restricciones atentaba contra la vida y la dignidad del ser humano. El embrión humano no podía ser tratado como objeto y expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. La Corte Suprema textualmente señaló: “Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras el desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”.

El Decreto Ejecutivo N° 24029-S fue declarado inconstitucional por cinco votos contra dos. Sin embargo, en el salvamento del voto los magistrados afirmaron que el derecho a la reproducción humana, si bien no estaba reconocido en la Constitución de Costa Rica, se derivaba del derecho a la libertad y a la autodeterminación, del derecho a la intimidad personal y familiar y de la libertad para fundar una familia. Por otro lado, sostuvieron que tampoco se había infringido el principio de reserva legal pues la titularidad de los derechos mencionados autorizaba su ejercicio sin necesidad de que existiera regulación permisiva.

Cabe señalar que el 19 de enero de 2001, el señor Gerardo Trejos Salas presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra la República de Costa Rica, en la que se alega la responsabilidad internacional del estado costarricense por la Sentencia N° 2000-02306 de 15 de marzo de 2001, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S. El peticionario señaló que la referida sentencia viola los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 8°, 11°(2), 17°, 24°, 25°, 26° y 32° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como los artículos 3°, 10° y 15° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 1° y 7°(h) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros.

Mediante Informe N° 25/04, de 31 de marzo de 2004, la CIDH admitió la petición formulada por Gerardo Trejos Salas, en cuanto a las supuestas violaciones de derechos protegidos en los artículos 1°, 2°, 11°, 17° y 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En dicho informe de admisibilidad la CIDH señala que en la etapa de fondo:

examinará el derecho general de fundar una familia establecido en la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en muchas constituciones, junto con el derecho a la protección de la vida privada y familiar, a la luz de las cuestiones planteadas en la petición bajo estudio. Estos derechos no son absolutos; el problema particular a ser examinado es si la acción estatal encaminada a restringir el acceso a medidas que favorecen la planificación familiar y la procreación, son compatibles con las disposiciones antes referidas de la Convención Americana. En ese

sentido, la denuncia no es manifiestamente infundada de acuerdo a la Convención.

Es importante resaltar que en el mencionado informe de admisibilidad se cita el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, aunque sin utilizar el término derechos reproductivos sino el de “derecho de las parejas y de los individuos (...) a adoptar las decisiones relativas a la procreación, sin discriminación, coacción, ni violencia, según lo establecido en los instrumentos de derechos humanos (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo 1994)”.

4.2. Derechos sexuales

Se ha señalado que existe mayor consenso sobre el concepto de derechos reproductivos que sobre el concepto de derechos sexuales. Sin embargo, en América Latina se ha brindado –a través de procesos de amparo– amplia protección a los derechos sexuales. Como se sabe, el amparo procede contra hechos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulneran un conjunto de derechos constitucionales.

4.2.1. Costa Rica: procesos de amparo presentados para proteger el derecho a la libertad sexual de las personas privadas de libertad

A través de reiterada jurisprudencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ha protegido el derecho de las personas privadas de libertad al ejercicio de su sexualidad.

4.2.1.1. Sentencia de 16 de marzo de 1994 (Exp. N° 0383-A-94 Voto N° 1401-94)

Eliécer Acuña Zúñiga, quien venía cumpliendo una sentencia de ocho años de prisión, presentó una demanda de amparo aduciendo que se había vulnerado sus derechos constitucionales, pues la autoridad administrativa penitenciaria le había denegado la visita conyugal porque ésta se realizaba con su compañera, Victoria Jiménez y no con su esposa. Cabe destacar que la visita conyugal con la señora Jiménez le había sido concedida el 23 de agosto de 1992. El señor Acuña se encontraba separado de su esposa desde hacía tres años. Sin embargo, su cónyuge presentó un escrito ante la autoridad administrativa penitenciaria oponiéndose a la visita conyugal y por ello ésta le fue denegada.

La autoridad administrativa penitenciaria sostuvo que no se estaba impidiendo el derecho de libertad sexual, sino que el privado de libertad era casado y no divorciado, como él había manifestado, por lo que no se debía favorecer el adulterio “más aún legalizarlo con la concesión de una visita conyugal”. Además afirmó que ese tipo de visitas no estaba contemplado en la circular de visitas conyugales.

Sin embargo, en la Sentencia de 16 de marzo de 1994 la Sala Constitucional señaló que:

si el privado de libertad venía disfrutando regularmente de su visita conyugal con la señora Victoria Jiménez, de la cual se tienen motivos suficientes para presumir que ha sido su compañera, y las autoridades penitenciarias permitieron esta actuación durante un lapso muy prolongado, no podrían ahora, por la sola oposición de un tercero, sin lesionar su vinculación afectiva de pareja, suspender o revocar el beneficio que venía disfrutando si ha cumplido los requisitos de procedimiento que establece el Decreto Ejecutivo N° 22139-J de 26 de febrero de 1993. Tómese en cuenta, para el caso concreto, que si bien el recurrente todavía se encuentra unido legalmente a la señora Ernelda Blandón Martínez, ya que el vínculo matrimonial se encuentra en vía de disolución, ha sido su compañera Jiménez Pérez con la que ha mantenido y fortalecido su relación de pareja.

La Sala Constitucional resolvió “declarar con lugar el recurso”, disponiendo la reanudación de la visita conyugal del señor Acuña con “su compañera” Victoria Jiménez. En esta sentencia llama la atención que no se invoquen artículos constitucionales como parte de la argumentación jurídica.

4.2.1.2. Sentencia de 27 de marzo de 1996 (Exp. 6166-95 Voto N° 1433-96)

Adriana Díaz y Manfred Soto presentaron una demanda de amparo con el propósito de que se les reconociera “el derecho a la libertad sexual a la que todo ser humano tiene derecho aún privado de libertad”.

Los recurrentes, ambos privados de libertad, habían solicitado a la autoridad administrativa penitenciaria a principios de noviembre de 1995, que se realizaran los estudios del caso para que pudieran tener visita conyugal, sin que hubieran obtenido respuesta. Los recurrentes eran solteros pero habían convivido durante tres años.

La administración penitenciaria, invocando el artículo 65° del Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados de Libertad, sostuvo que era requisito para conceder la visita conyugal presentar certificado de matrimonio.

De acuerdo con la Sala Constitucional, en el presente caso el debate debía centrarse en el contenido constitucional de las libertades de los privados de libertad. La mencionada Sala invocando los artículos 20^{o83} y 28^{o84} de la Constitución de Costa Rica señaló que si bien el juez limita al condenado en su ámbito personal de movimiento, dicha autoridad: “no le ha condenado ni podría condenarle a abandonar sus libertades religiosas, políticas, morales, sexuales. Éstas pueden serle limitadas cuando no hay más remedio dadas las condiciones ineludiblemente restrictivas de la visión en reclusión”.

Asimismo, cabe destacar que la Sala Constitucional estableció que el mencionado artículo 28° inhibía incluso al legislador –*a fortiori* al administrador– de escudriñar lo más sagrado de una persona: su libertad política, religiosa, moral y sexual. Por lo tanto, exigir a los recurrentes: “una certificación de estado civil para tener derecho a visita íntima en prisión, así fuera exclusivamente a título de un elemento más de valoración como se informa bajo juramento, equivale a otorgar poderes inconstitucionales a la administración penitenciaria, que velaría no sobre el derecho y la ética (social o comunitaria) de los costarricenses, sino sobre la libertad moral o sexual de una persona, librada al ámbito más íntimo del individuo”.

La Sala Constitucional inaplicó en el presente caso el “Reglamento de los derechos de los privados y privadas de libertad”, señalando que era inconstitucional en lo referido a la exigencia de constancia de estado civil⁸⁵. Declaró que había lugar a la demanda en relación a la citada exigencia, ordenando resolver la solicitud de visita conyugal dentro del tercer día.

⁸³ Artículo 20.- Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes.

⁸⁴ Artículo 28.- (...) Las acciones privadas que no dañen la moral y el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

⁸⁵ La Sala Constitucional fundamentó el control difuso en el artículo 19° de la Ley General de la Administración, según el cual el régimen jurídico de los derechos fundamentales está reservado a la ley, y en el artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud del cual todo juez de la República debe inaplicar las normas inconstitucionales.

4.2.1.4. Sentencia de 4 de abril de 1997 (Exp. 97-000586-0007-CO Res: 1997-01922)

Víctor Errol de la Fuente Young presentó una demanda de amparo en su favor y en el de María Isabel Villalobos Sánchez, y ésta última presentó otra en su favor y en el de Víctor Errol, ambas contra la administración penitenciaria. Los citados procesos fueron acumulados.

Víctor Errol, privado de libertad, sostuvo que la administración penitenciaria, so pena de prohibirle la visita conyugal, pretendía obligar a su compañera, María Isabel Villalobos Sánchez, a asistir a talleres de violencia familiar. En opinión del señor Errol dicha exigencia era abiertamente inconstitucional.

El señor Errol estaba casado, aunque en una declaración jurada dejó constancia de que desde hacía varios años no mantenía vínculo con su cónyuge. Por su parte, la señora Villalobos había ingresado por primera vez al centro de reclusión como parte de un grupo religioso y había entablado una relación afectiva con otro privado de libertad, quien en su momento la había agredido físicamente.

Según la administración penitenciaria, el señor Errol, condenado a veinticinco años de prisión por el delito de homicidio calificado y robo agravado, concebía la visita conyugal como la posibilidad de coito y satisfacción sexual, no visualizándola como un espacio donde se profundizaran y fortalecieran vínculos y sentimientos que se mantuvieran y consolidaran en el tiempo, a través de una estructura familiar funcional y con proyectividad. De acuerdo a la administración penitenciaria la visita conyugal había sido denegada pues según los informes técnicos no se presentaba “un acertado beneficio para la seguridad personal de ambos y para la seguridad institucional”.

La Sala Constitucional citó la Sentencia N° 2175-96 según la cual:

“Es claro entonces, que nuestro sistema de libertad, deja fuera del alcance de la ley –o lo que es lo mismo, de la acción del Estado– una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y consiguientes derechos y libertades fundamentales. En virtud del artículo 28° constitucional, la ley no puede invadir la esfera de la actividad privada, si ésta no causa perjuicio a terceros, a la moral o al orden público, en los alcances restrictivos señalados”.

La Sala Constitucional reiteró que los derechos de las personas privadas de libertad debían ser respetados, puesto que el único que habían perdido era el de libertad, y solamente se les podía restringir otros en atención a la condición de reclusión en que se encontraban. En relación a la persona que solicita la visita conyugal con alguien que se encuentra privado de libertad, la Sala recordó que no podía ser sometida a condiciones más allá de la “regulación del horario y otras relativas a la visita y disciplina del penal”, determinado que:

“procede la declaratoria con lugar del presente recurso, toda vez que es clara la intromisión de la Administración Penitenciaria en un ámbito de la vida íntima no sólo del privado de libertad De La Fuente Young, sino también de su compañera, quien no tiene por qué verse afectada en su centro de trabajo, ni ser sometida obligatoriamente a terapia alguna como requisito previo para determinar con quién ella desea mantener vida sexual, toda vez que no sólo se trata de un requisito que no se encuentra en la normativa reglamentaria que regula la materia, sino que además se invade con ello en forma no razonable la privacidad y autonomía de la voluntad de la señora Villalobos Sánchez y del señor De la Fuente Young”.

En consecuencia, la Sala Constitucional declaró con lugar las demandas de amparo y ordenó resolver la solicitud de visita conyugal, sin tomar en cuenta el requisito de que se sometiera a atención terapéutica de ningún tipo.

4.2.2. Colombia

4.2.2.1. Demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 46 (parcial) del Decreto 2277 de 1979, que establecía que la homosexualidad era una causal de mala conducta para los profesores: sentencia C-481/98 de 9 de setiembre de 1998

El ciudadano Germán Humeberto Rincón Perfetti presentó la mencionada demanda contra parte del inciso d) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptaron normas sobre el ejercicio de la profesión docente: “Artículo 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta. b. El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales”.

El demandante adujo que la disposición cuestionada vulneraba su derecho a la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al trabajo y a escoger libremente profesión u oficio, reconocidos en los artículos 13°, 15°, 16°, 25° y 26° de la Constitución.

El ciudadano Jorge Isaac Rodelo Menco remitió a la Corte un escrito, firmado también por un numeroso grupo de padres de familia de un colegio, en el que sostenían que la homosexualidad era “una anormalidad con consecuencias graves, pues ha permitido la proliferación de enfermedades letales y altera el sano desarrollo de una persona”.

Si bien la Corte Constitucional señaló que la norma acusada había sido derogada por una disposición posterior, consideró necesario entrar al examen de la expresión impugnada.

La mencionada corte afirmó que existe un nexo profundo entre el reconocimiento del pluralismo (CP Art. 7°) y el libre desarrollo de la personalidad (CP Art. 16°), “ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan existir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral”. Asimismo, sostuvo que era lógico concluir “que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual –entre ellas la homosexual– hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad”.

Citando jurisprudencia previa, la mencionada corte señaló que en determinados casos el control por parte del juez constitucional del respeto de la igualdad tenía que ser más estricto, como en el supuesto de la diferencia de trato por razón de la orientación sexual al ser “sospechosamente discriminatoria”. En efecto, según la Corte, dicho trato diferente de las autoridades contra un homosexual está sometido a un control judicial o escrutinio estricto, debido a tres razones:

“(i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas –los homosexuales– el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual”.

De igual modo, citando jurisprudencia previa la Corte afirmó que para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario:

“(i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente no sólo debe ser adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y, (iii) finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación”.

A partir de tales criterios la Corte Constitucional analizó la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente, concluyendo que era inconstitucional la expresión “El homosexualismo” del literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979.

Es interesante mencionar, que la citada corte luego de revisar información bibliográfica, concluye que no existe evidencia empírica para afirmar que un homosexual es más propenso que un heterosexual para abusar de una persona menor de edad. Por lo tanto, consideró que no existía necesidad de analizar otros mecanismos menos lesivos de la igualdad para proteger a los menores, pues la medida acusada no era ni siquiera adecuada para alcanzar la finalidad pretendida.

Asimismo, es interesante destacar el análisis que realiza la Corte Constitucional sobre el argumento, implícito en los padres de familia, de que “la presencia abierta de profesores homosexuales podría inducir comportamientos indebidos o identificaciones anormales en sus educandos”, es decir, la idea de que la homosexualidad de un docente implica el riesgo de que el alumno devenga en homosexual, lo que es perjudicial y debe ser evitado. Al respecto, la Corte señaló que dado que la homosexualidad goza de una protección constitucional especial, no podía admitirse como deber del Estado “evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual”, no estando ni siquiera claro “que la persecución de homosexuales persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa”.

Adicionalmente, afirmó que no era “razonable suponer que la simple presencia de un profesor con una determinada orientación sexual provoque una orientación igual en sus alumnos pues, si así fuera (...), resultaría inexplicable que existieran hijos y alumnos homosexuales de padres y maestros heterosexuales”. Para reforzar el argumento de la Corte, en el sentido de que la formación de la orientación sexual de una persona es un proceso muy complejo, en el cual inciden condicionamientos biológicos, factores ambientales y decisiones personales, en la sentencia se citan estudios que demuestran que la gran mayoría de hijos e hijas de padres homosexuales se convierten en adultos heterosexuales.

4.2.2.2. Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima una pareja homosexual privada de libertad: sentencia T-499/03 de 12 de junio de 2003 de la Corte Constitucional

El Defensor del Pueblo Regional Caldas presentó, en nombre de las internas Martha Lucía Álvarez Giraldo y Martha Isabel Silva García, una acción de tutela (amparo) en contra de la administración penitenciaria, invocando la protección de los derechos constitucionales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas mencionadas, pues no les permitía la visita íntima homosexual⁸⁶.

Martha Lucía Álvarez Giraldo y Martha Isabel Silva García cumplían condenas en distintos centros penitenciarios. La señora Álvarez gozaba de 72 horas de permiso cada mes, a pesar de que se encontraba detenida desde 1994 y estaba condenada a 10 años de pena como responsable del delito de homicidio agravado. Martha Silva y Martha Álvarez tuvieron que ser trasladadas a penales distintos, pues debido a su relación, la anterior pareja de Martha Silva había atentado contra su integridad física y contra la de la señora Álvarez, ya que inicialmente las tres se encontraban en el mismo centro de reclusión.

⁸⁶ El 18 de mayo de 1996, Martha Lucía Álvarez Giraldo presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición en contra del estado colombiano por vulnerar los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 11.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ante la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar la visita íntima debido a su orientación sexual. El caso fue admitido en la CIDH mediante Informe N° 71/99 de 4 de mayo de 1999 (Caso 11656 Colombia). Cabe señalar que cuando la señora Álvarez presentó esta denuncia tenía otra pareja.

Mediante memorando 0743 de 14 de diciembre de 2001, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– había regulado el ingreso a los establecimientos carcelarios, determinando que los visitantes mayores de edad, no abogados, debían exhibir su cédula de ciudadanía y el certificado judicial vigente, expedido por el DAS.

El 6 de agosto de 2002, la señora Martha Isabel Silva García solicitó a la directora del penal en el que se encontraba recluida autorización para recibir visitas íntimas de su compañera Martha Lucía Álvarez, sustentada en “la decisión de la Corte Suprema de Justicia del pasado 11 de octubre de 2001 (...) mediante la cual se ordenó al INPEC autorizar la visita conyugal a la interna (...), en las mismas condiciones que se le autoriza a las mujeres heterosexuales”. Dicha petición fue respondida el 16 de agosto, señalando la directora que “la decisión a que usted hace relación produce efectos inter partes” y que “sobre este aspecto no tengo instrucciones que me permitan acceder a su petición, lo que no obsta para que usted pueda dirigirse a otra Autoridad que tenga la competencia para decidir”.

El 6 de setiembre de 2002 el propio Defensor del Pueblo Regional Caldas solicitó a la autoridad penitenciaria que concediera la autorización para la visita íntima. En respuesta, la administración le solicitó al Defensor del Pueblo que informara a la señora Álvarez que “por el hecho de ser condenada NO HA PERDIDO ALGUNOS DERECHOS pero sí se encuentran restringidos, y el derecho a ingresar a otro centro de reclusión mientras disfruta de permisos de 72 horas no es conveniente por motivos de seguridad”.

Además, se le exigía registrar una dirección distinta a la del penal en razón de ser beneficiaria del permiso de 72 horas y, también se le exigía la presentación de un certificado expedido por el DAS, que no podía obtener dado que venía cumpliendo una condena.

El 8 de setiembre de 2002 la señora Álvarez, haciendo uso del permiso de 72 horas, viajó hasta el centro penitenciario donde se encontraba Martha Silva, pero ni siquiera se le permitió el ingreso. Posteriormente, la señora Álvarez volvió a solicitar la intervención de la Defensoría del Pueblo, a fin de que en su siguiente permiso se le permitiera la visita íntima. Ante la nueva intervención de la Defensoría del Pueblo, la respuesta de la Administración fue que se abstendría “de autorizar dicho ingreso, atendiendo entre otras razones a los motivos de orden interno a que obedecieron sus traslados”.

En relación a este caso, la Corte Constitucional señaló que le correspondía “considerar si las instrucciones administrativas, que regulan el ingreso de visitantes a establecimientos carcelarios, pueden condicionar hasta hacer nugatorio el ejercicio de la sexualidad de las personas privadas de libertad o con antecedentes judiciales o de policía (...)”.

En opinión de la Corte Constitucional si bien la administración penitenciaria no cuestionaba la opción sexual de las recurrentes, las reiteradas e injustificadas negativas a la visita íntima, quebrantaron los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Citando jurisprudencia previa, la Corte Constitucional señaló que⁸⁷:

Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta.

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula.

La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad.

En cuanto al Memorando 0743 de 14 de diciembre de 2001, la Corte Constitucional determinó que si bien regulaba de manera general el ingreso de visitantes a los establecimientos penitenciarios, no preveía el ingreso de quien cumplía pena en otro reclusorio. En todo caso, la exigencia de los requisitos allí establecidos no podían limitar los derechos constitucionales de los visitantes hasta desconocerlos.

La Corte Constitucional concluyó que “las personas privadas de libertad pueden reclamar oportunidades para afianzar en la intimidad

⁸⁷ Véase la Sentencia T-269 de 2002 (ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra).

sus relaciones de pareja, y que las autoridades carcelarias no pueden entorpecer sus propósitos, en razón de que la dignidad humana está especialmente protegida en los artículos 1º, 2º, 4º, 15^o⁸⁸ y 16^o⁸⁹ constitucionales”. En consecuencia, determinó que la administración penitenciaria tenía que permitir el ingreso de Martha Álvarez para que pudiera entrevistarse en intimidad con Martha Silva o disponer el lugar donde se realizarían tales encuentros, salvaguardando la dignidad y los derechos a la igualdad e intimidad de las nombradas.

Asimismo, solicitó al Defensor del Pueblo que en los cuatro meses siguientes a la notificación de la decisión, iniciara las acciones judiciales y administrativas para que el Ministerio del Interior y la Justicia reglamentaran las visitas íntimas en los centros de reclusión, de tal forma que se contaran con criterios claros, generales y uniformes en la materia, que permitieran garantizar a los internos el ejercicio de su sexualidad en condiciones de igualdad, y salvaguardando su dignidad e intimidad, sin desconocer las condiciones específicas de cada establecimiento.

4.2.2.3. Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a una pareja heterosexual privada de libertad: sentencia T-718/03 de 20 de agosto de 2003 de la Corte Constitucional

Julio Emilio Usaga, quien se encontraba recluso en la Cárcel de Varones de la ciudad de Pereira por delito de rebelión, instauró una acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– sede Pereira y el Comando del Departamento de Policía de Risaralda, pues el INPEC se había negado a transportar a Anllis Silena Reyes, compañera y madre de su hijo, a su lugar de reclusión, pues ella también se encontraba recluida en la Cárcel de Mujeres La Badea del Municipio de Dosquebradas, y había sido autorizada también a la visita íntima. El recurrente solicitaba la protección de su derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 15º de la Constitución.

El 30 de diciembre de 2002, la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Reclusión de Mujeres Pereira solicitó a

⁸⁸ Artículo 15.- Toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...).

⁸⁹ Artículo 16.- Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

la Comandancia de Policía DERIS de la misma ciudad, estudiar la posibilidad de designar escolta para el traslado de dos internas recluidas en el centro carcelario de Dosquebradas al Centro de Reclusión de Varones de Pereira con el objeto de hacer efectivas las visitas conyugales autorizadas, por condiciones de seguridad dado que las mencionadas internas estaban sindicadas por el delito de rebelión.

Ante el juez de tutela de primera instancia, el Director Regional del INPEC afirmó que el actor debía haber puesto en su conocimiento la insuficiencia de las actuaciones de la directora del establecimiento carcelario, y que existía información de inteligencia confidencial según la cual se planeaba un rescate de las internas por el delito de rebelión. Adicionalmente, señaló que:

el accionante ve según él su derecho a la visita conyugal vulnerado pero ahí sí podríamos alegar que es por su propia culpa, ya que al ponerse al margen de la ley sus derechos quedan limitados como en el presente caso a que su compañera sea transportada con las medidas de seguridad que se requiere, de lo contrario hay una causal de exoneración al ente estatal accionado, ya que el accionante se encuentra recluido en un centro carcelario es por su propia y exclusiva culpa, como consecuencia del actuar delictivo.

La Corte Constitucional consideró que si bien no se discutía el derecho fundamental del detenido a las visitas conyugales, tal derecho se vulneraba por la omisión administrativa de dar cumplimiento a la orden judicial que autorizó la visita íntima del actor. Por lo tanto, en su opinión, debía responder las siguientes interrogantes: ¿qué entidad pública era la obligada a cumplir con la orden judicial de traslado de una persona detenida para hacer efectiva la visita conyugal a otro detenido?, ¿hasta dónde iban los deberes de la autoridad pública obligada al traslado y los deberes de las autoridades de policía para hacer efectiva la orden judicial de traslado? y ¿se vulneraban los derechos fundamentales del actor con el comportamiento de las autoridades directa o indirectamente obligadas a hacer efectiva la orden judicial del traslado?

De acuerdo a la uniforme jurisprudencia, la Corte Constitucional afirmó que: “Las visitas conyugales en los establecimientos de reclusión hacen parte del derecho a la intimidad personal y familiar, y al respeto de la dignidad humana, como uno de los principios rectores del estado social de derecho. Pero su realización está limitada a que en el

establecimiento correspondiente se den las condiciones adecuadas de higiene, privacidad, seguridad, etc”.

De acuerdo a la legislación vigente, la Corte Constitucional determinó que era al INPEC a quien le correspondía el traslado de los detenidos y que si razones de orden público le impedían cumplir a cabalidad sus funciones, podía recurrir a otras autoridades públicas para el cumplimiento efectivo de sus funciones.

Luego de analizar la actuación de la Directora de la Cárcel de Mujeres Pereira, la Corte Constitucional sostuvo que si bien emprendió acciones para la realización del derecho a la visita íntima del actor y de su compañera, tal actuación fue incompleta porque desconocía la obligación de la Policía de prestar la colaboración necesaria para el traslado de las internas, y porque no informó al Director Regional del INPEC sobre la dificultad de hacer efectiva la orden judicial que autorizaba las visitas íntimas.

En cuanto al Director Regional del INPEC, la Corte sostuvo que, en ejercicio de la función de inspección y vigilancia de las cárceles (artículo 3° de la Ley 65 de 1993), correspondía asegurarse de que las actuaciones de las autoridades del INPEC condujeran a hacer efectivas las providencias judiciales sobre privación de la libertad en los centros de reclusión. Asimismo, en relación a lo declarado ante el juez de primera instancia, la Corte Constitucional afirmó que se evidenciaba el desconocimiento de principios y valores que guiaban el tratamiento de las personas privadas de libertad. La Corte Constitucional encontró que la omisión del INPEC carecía de justificación constitucional.

En relación al Comandante de la Policía Departamental de Risaralda, la Corte Constitucional determinó que había omitido sus deberes de colaboración armónica mediante la prestación del auxilio necesario para hacer efectiva la autorización de las visitas íntimas, al haber afirmado que tal apoyo no se encontraba dentro de la filosofía de la Policía Nacional.

La Corte Constitucional concedió al señor José Emilio Usaga la tutela de su derecho fundamental a la visita íntima, y ordenó a la Directora del INPEC Reclusión Mujeres de Pereira, al Director Regional del INPEC Viejo Caldas y al Comandante Departamental de Policía de Risaralda, que en tres meses diseñaran y ejecutaran un plan para cumplir efectivamente con las visitas íntimas autorizadas a Anllis Silena Reyes y a Julio Emilio Usaga.

4.2.3. Perú

4.2.3.1. Proceso de amparo ante una sanción administrativa sustentada en la orientación sexual del recurrente: sentencia de 24 de noviembre de 2004 (Exp. 2868-2004-AA/TC) del Tribunal Constitucional

José Antonio Álvarez Rojas presentó un recurso extraordinario contra la Sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fecha 24 de mayo de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo presentada contra el Ministerio del Interior⁹⁰.

El 29 de diciembre de 2003, José Álvarez presentó una demanda de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional, con el reconocimiento de su tiempo de servicio. Sostuvo que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba-Ancash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huari-Ancash. Adicionalmente, por los mismos hechos se le pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad, mediante Resolución Regional N° 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996, por habersele encontrado responsable de la comisión de faltas contra el decoro y el espíritu policial. Finalmente, por Resolución Directoral N° 728-2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio *ne bis in idem*.

Por los mismos hechos José Álvarez fue procesado y absuelto por el Cuarto Juzgado de Instrucción Permanente de la II Zona Judicial de la Policía Nacional, resolución que fue confirmada por la Sala del Consejo Superior de Justicia de la PNP.

El Tribunal Constitucional analizó el caso concluyendo que se había vulnerado el principio *ne bis in idem*, principio implícito en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución⁹¹. Lo interesante de la resolución es que el mencionado tribunal advierte que, en el ejercicio

⁹⁰ A partir del 1 de diciembre de 2004, fecha en la que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 28237, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda (artículo 18°).

⁹¹ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...).

de la potestad sancionadora, la Policía Nacional había vulnerado otros derechos fundamentales de José Álvarez, quien sólo había alegado la vulneración del principio de *ne bis in idem* y la vulneración de su derecho a la defensa⁹².

En virtud de la aplicación de *iura novit curia*, el Tribunal Constitucional recordó “la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo que involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquél”⁹³, pues las normas constitucionales son indisponibles para el juez constitucional y, en consecuencia, aunque no hayan sido invocadas deben aplicarse.

Como se ha señalado, José Álvarez había sido sancionado por haber cometido falta contra la obediencia, y según el Ministerio del Interior ésta se habría cometido por no haber pedido autorización para contraer matrimonio con Keli Micheli Rojas Minchola el 3 de mayo de 1996.

Para el Tribunal Constitucional la cuestión que debía analizarse era si ¿era admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos pudieran contraer matrimonio?

Si bien el Tribunal Constitucional señala, por un lado, que del artículo 4º de la Carta Política⁹⁴ no se deriva un derecho fundamental al matrimonio y por lo tanto el derecho de contraer libremente matrimonio no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, por el otro afirma que tal derecho “sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución”⁹⁵:

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para

92 El Tribunal Constitucional consideró que se había violado el derecho a la defensa del demandante, pues se le había impuesto la sanción de arresto simple sin seguir un previo procedimiento disciplinario y sin que pudiera defenderse de los cargos imputados.

93 Sobre la necesidad de que se respete el contradictorio en el proceso de amparo y la aplicación del *iura novit curia*, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano STC 0905-2001-AA/TC.

94 Artículo 4º.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio (...).

95 Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).

la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Uno de los ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubi*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él –aunque no únicamente–, a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

El Tribunal Constitucional consideró que la sanción de 18 días de arresto impuesta a José Álvarez por no haber pedido autorización de la Policía Nacional para casarse, vulneraba el principio de legalidad⁹⁶ y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, analizó la sanción disciplinaria impuesta por cometer faltas contra el decoro y el espíritu policial. La comisión de tales faltas se sustentaba en el hecho de que José Álvarez había demostrado “total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP” al haberse casado con Kelly Miguéli Rojas, una persona del mismo sexo, quien presumiblemente había adulterado su documento de identidad, cambiado sus nombres masculinos de pila por nombres femeninos. Además, la sanción se sustentaba en que José Álvarez había mantenido una relación de convivencia con esa persona a pesar de conocer “–o tener que razonablemente haber inferido, en función de su condición de auxiliar de enfermería– las anomalías físicas de sus órganos genitales”. Esto último por cuanto el 6 de agosto de 1996, Kelly Rojas (quien figuraba como Oswaldo Miguel) había sido sometida a un reconocimiento médico legal, expedido por la Dirección Regional de Salud de Huari, y se había diagnosticado que en la actualidad no

⁹⁶ El artículo 50° del Decreto Legislativo N° 745 establece que se pasará a retiro al efectivo que no solicite autorización para contraer matrimonio con un extranjero, y el artículo 67° del mismo decreto legislativo estatuye que el personal de la Policía en situación de actividad o disponibilidad, para contraer matrimonio con persona extranjera requerirá autorización por Resolución del Director General de la Policía. El Tribunal Constitucional expresamente señaló que no se detendría, en este caso, en los alcances de tales disposiciones.

se podía definir el sexo inicial por existir plastía previa en órganos genitales “D/C hermafroditismo”.

El Tribunal Constitucional consideró *prima facie* que si la sanción se impuso al recurrente porque un tercero (la persona con la que se casó) cometió un delito, ella resultaba no sólo desproporcionada sino que afectaba el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional advirtió que la sanción había sido impuesta también por el hecho de que José Álvarez había mantenido relaciones de convivencia con un transexual, “con anomalías físicas”, hecho que debía haber advertido en su condición de auxiliar de enfermería.

A criterio del Tribunal debía analizarse si la convivencia con un transexual podía o no ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador. Para ello, destacó que de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad eran el fin supremo de la sociedad y del Estado⁹⁷ y que la Constitución peruana no distinguía a las personas por su opción sexual. En ese sentido, el carácter digno de una persona no se perdía por ser homosexual o transexual “o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría”. El Tribunal Constitucional determinó que no se podía condenar una opción o preferencia cuya elección sólo correspondía adoptar al individuo como ser libre y racional. Asimismo, señaló que al sancionar administrativamente a un servidor público por determinada opción y preferencia sexual “simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno”...“Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros”.

Por las razones expuestas el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda y ordenó al Ministerio del Interior reincorporar al servicio activo a José Álvarez, reconociéndole su tiempo de servicios como reales y efectivos.

⁹⁷ Artículo 1º.- La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

A manera de balance

La jurisprudencia citada a lo largo del artículo permite confirmar la importancia de la interpretación jurídica y de que las resoluciones judiciales sean debidamente motivadas. Cuando los derechos sexuales y reproductivos han sido protegidos, es decir en la mayor parte de casos, se ha invocado para ello los derechos o principios reconocidos en textos constitucionales, como la dignidad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, entre otros. Tratándose de mujeres embarazadas de un feto anencefálico, se ha puesto en evidencia que debe protegerse el derecho a la salud de la mujer, habiendo señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que negar la interrupción del embarazo en esas circunstancias causa un sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, se ha señalado que la vida privada incluye la vida sexual, y en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha afirmado que la violencia sexual no es sólo un ataque a la integridad física y mental sino también a la dignidad e intimidad personal. El derecho al ejercicio de la sexualidad ha sido explícitamente reconocido, estableciéndose que al Estado le está vedado escudriñar en determinados aspectos de la vida de las personas, entre ellos la vida sexual. Se ha señalado, igualmente, que la privación de libertad no priva del ejercicio de la sexualidad, ya se trate de personas heterosexuales u homosexuales. Las visitas íntimas de las personas privadas de libertad están protegidas por el derecho a la intimidad y por el principio de dignidad. De otro lado, se ha afirmado que el carácter digno de una persona no se pierde por su orientación o preferencia sexual. Finalmente, se ha sostenido que es el ser humano quien es titular de derechos, no la sociedad. De ahí que el derecho al libre desarrollo de la personalidad posibilite que las personas elijan su modo de vida, incluso si el modo de vida escogido no es de aceptación de la mayoría.

Más problemas se han evidenciado con respecto a la anticoncepción oral de emergencia y las técnicas de reproducción asistida. Sobre todo este último tema parece ser parte de la agenda pendiente, no sólo porque ha llegado a la CIDH sino porque –como en el Perú– carece de regulación legal. En todo caso, no hay que olvidar que incluso espacios de libertad conquistados podrían resultar muy poco significativos si es que no se garantiza a las personas ciertas condiciones materiales. Como afirman Correa y Petchesky, los derechos sexuales y reproductivos se definen en términos de poder y de recursos: “poder para realizar

decisiones informadas sobre nuestra propia fertilidad, maternidad, crianza de hijos/as, salud ginecológica y actividad sexual, y los recursos para tomar tales decisiones de una manera segura y eficaz⁹⁸.

⁹⁸ Correa Sonia y Petchesky Rosalind, “Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective”, op. cit. p. 107.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2004-2006)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Cristian Tattenbach

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Evelio Fernández Arévalos
Paulo Sérgio Pinheiro
Florentín Meléndez
Clare Kamau Roberts
Freddy Gutiérrez Trejo
Víctor E. Abramovich
Paolo G. Carozza

Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Sergio García Ramírez
Alirio Abreu Burelli
Oliver Jackman
Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga
Manuel E. Ventura Robles
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

Editora:
Marisol Molestina, Unidad de Información y Servicio Editorial

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos