

# RUPTURA

*Iustitia Fundamentum Regnorum*



Konrad  
Adenauer  
Stiftung



**ASOCIACION ESCUELA DE  
DERECHO 2000**

*David Sperber Vilhelm*  
**Presidente AED**

*Wendy Moncayo Salgado*  
**Vicepresidenta AED**

*Juan Manuel Marchán Maldonado*  
*Marcelo Santamaría Martínez*  
**Representantes Principales al  
Consejo de Facultad**

*María Belén Ingavelez Pozo*  
*Juan Carlos Troya Avilés*  
*Francisco Salgado Ribadeneira*  
**Vocales Principales del Directorio**

*Carmen Amalia Simone Lasso*  
**Tesorera**

*Raúl Riquelme Cárdenas*

*Juan Esteban Dousdebés Tibau*  
*Alvaro José Pólit García*  
**Secretarios**

*Javier Andrade Cadena*  
*Pedro Cornejo Lloré*  
*Juan Manuel Marchán Maldonado*  
**Consejo Editorial**

*Juan Gabriel Reyes Varea*  
**Coordinador General**

**FACULTAD DE  
JURISPRUDENCIA**  
*Dr. Santiago Guarderas Izquierdo*  
**Decano**

*Dr. Pablo Ortiz García*  
**Subdecano**

*Dr. Ernesto Albán Gómez*  
*Dr. Hernán Salgado Pesantes*  
**Representantes al Consejo  
de Facultad**



Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

BIBLIOTECA

Donación de: \_\_\_\_\_

REVISTA ANUAL DE LA  
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO



AE  
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

TOMO I

1950-1951



# **RUPTURA**

---

REVISTA ANUAL DE LA  
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO



**A E D**  
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

**TOMO I**

QUITO - ECUADOR  
2000

# RUPTURA

Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho  
de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

## *LIBER RUPTURA*

Año 2000, Número 43. AED 52 Años. Tomo I

### *Iustitia Fundamentum Regnorum*

El Fin del Derecho es la Justicia

**Derechos de Autor** 009740

I.S.B.N.: 9978 - 77 - 091 - 7

### **Consejo Editorial**

Javier Andrade Cadena

Pedro Comejo Lloré

Juan Manuel Marchán Maldonado

### **Coordinador General**

Juan Gabriel Reyes Varea

### **Editor**

David Sperber Vilhelm

### **Asociación Escuela de Derecho**

Avenida 12 de Octubre y Avenida Patria, Torre II, 8vo piso, 801.

Teléfono (593 2) 565 627 ext. 1386.

e-mail [aed200puce@yahoo.com](mailto:aed200puce@yahoo.com)

Quito, Ecuador.

### **Diseño e Impresión**

Claudia Chovil/ Verónica Larrea

Impresores MYL

Teléfono (593 2) 475 558

e-mail [impresores.myl@corpmyl.com](mailto:impresores.myl@corpmyl.com)

### **Maquetación**

Fernando Briz Alarcón

e-mail [ferbriz@hotmail.com](mailto:ferbriz@hotmail.com)

*Los criterios emitidos en esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus autores.*

# INDICE

## TOMO I

<b>Presentación</b> .....	1
Lcdo. David Sperber Vilhelm, Presidente AED.	
<b>Carta del Consejo Editorial</b> .....	3

### Ensayos

#### AREA - DERECHOS HUMANOS

1. LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR Y SUS ANTECEDENTES Dr. Hernán Salgado Pesantes .....	5
2. JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL (COMENTARIO SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL) Dr. Sergio García Ramírez .....	27
3. EL FUTURO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Manuel E. Ventura Robles .....	47
4. TRES TEMAS EN DERECHOS HUMANOS Dr. Arturo J. Donoso Castellón .....	73
5. LAS MUJERES EN LA CONSTITUCION DE AGOSTO DE 1998: DEL RECONOCIMIENTO FORMAL DE LA IGUALDAD AL FOMENTO DE LA EQUIDAD Dr. Farith Simon Campaña .....	85

6. EL CASO SUAREZ-ROSERO: ¿ HAN CUMPLIDO LOS AGENTES DEL ESTADO CON LA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ? Dr. Alejandro Ponce Villacís .....	105
7. EL RECONOCIMIENTO ESTATAL DE LA PLURICULTURALIDAD Dr. Pablo Sarzosa .....	133
8. LAS “MEJORES PRACTICAS” PARA LA CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACION RACIAL, LA XENOFobia Y LAS FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA EN RELACION A LA POBLACION AFRO-DESCENDIENTE EN AMERICA LATINA Ariel E. Dulitzky .....	145
9. FORTALECER O REFORMAR EL SISTEMA INTERAMERICANO José Miguel Vivanco .....	159
10. RECOMENDACIONES DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Mario López Garelli .....	181
11. LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Brian Tittlemore y Verónica Gómez .....	195
12. DELITOS COMUNES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Iganicio J. Alvarez .....	217
13. EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS ELEMENTOS PARA SU PREVENCION José Antonio Guevara .....	225

## ***Ruptura 2000***

<b>14. EL DERECHO A LA HONRA Y LA REPUTACION</b> <b>Diego Rodríguez Pinzón .....</b>	<b>249</b>
<b>15. EL DESACATO DEL PERU A LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b> <b>Juan Manuel Marchán Maldonado .....</b>	<b>273</b>
<b>16. DETERMINACION DE LA INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.- ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS</b> <b>José Luis Nieto Espinosa .....</b>	<b>285</b>
<b>AREA - PROPIEDAD INTELECTUAL</b>	
<b>17. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: UN DERECHO DE LA POSTMODERNIDAD</b> <b>Dr. Marco Prouffo Maya .....</b>	<b>313</b>
<b>Informe de Labores, AED 1.999 - 2.000 .....</b>	<b>329</b>
<b>Sobre los Autores .....</b>	<b>337</b>
<b>Sobre los Auspiciantes .....</b>	<b>339</b>



## **PRESENTACION**

La Asociación Escuela de Derecho (AED), se enorgullece en publicar en dos tomos el número 43 de la Revista **Ruptura**. Es el símbolo y reflejo de la constante labor de sus estudiantes-miembros y aporte académico a la comunidad.

Entramos al siglo XXI y la presente obra retoma la imperante participación de los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia y de un estudiante extranjero -en la publicación de ensayos jurídicos- contando en ésta oportunidad con nueve destacados trabajos.

Mientras hablamos, vivimos y sentimos los efectos de la globalización, algunos aspectos son negativos y otros aspectos son positivos. Uno de aquellos aspectos positivos es la facilidad de la comunicación que convivimos con el Internet y el correo electrónico. Es gracias a ésta nueva tecnología que la presente edición cuenta con el aporte de once trabajos de académicos y profesionales del extranjero.

Luego de la reforma del Estatuto de la AED (12 de julio de 2.000), se transforma la obligación moral de cada administración de presentar un ejemplar de la Ruptura -por una obligación normativa- que recae tan importante deber sobre su Presidente.

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) tiene 54 años de vida, iniciando con la Facultad de Jurisprudencia (1946). La primera Asociación Escuela de estudiantes de la PUCE es la de Derecho que cumplió 52 años (1948). Hace 32 años (1968) un grupo de estudiantes plasmo la necesidad de prestar ayuda legal a gente de bajos recursos económicos, por lo que crearon los Consultorios Jurídicos Gratuitos, que actualmente maneja eficientemente más de 5.000 casos anualmente.

Gracias al concurso “Inter-American Human Rights Moot Court Competition” que realiza anualmente la Facultad de Derecho de la American University (Washington D.C.), en donde nuestra Facultad ha participado desde sus inicios y en sus cinco oportunidades, alcanzando prestigiosos logros: Semi-finales en las cuatro últimas competiciones y dos veces ganadora del “Mejor Memorial Escrito”.

Es así que, en el año 1.999, estudiantes y profesores de la Facultad de Jurisprudencia vio la obligación de promover y desarrollar los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario en el Ecuador.

Por eso, hemos creado la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, la cual es una Institución sin fines de lucro. Consecuentemente, la presente edición -que cuenta con dieciséis trabajos en ésta materia- le dedicamos a la Clínica de Derechos Humanos, en su compromiso de investigar, defender y proteger los Derechos Humanos en el Ecuador.

La Clínica ha sido fundada con la especial correspondencia de: Dr. Hernán Andrade Tobar S.J., Rector de la PUCE (1995 - 2000), Dr. José Ribadeneira S.J., actual Rector de la PUCE, Dr. Santiago Guarderas Izquierdo, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Dr. Farith Simon C., Director de la Clínica de Derechos Humanos, Dr. Juan Pablo Albán Alencastro, Juan Manuel Marchán Maldonado y Wendy Moncayo Salgado; por lo que les rendimos la más alta gratitud. También retribuimos el quehacer de los voluntarios de la Clínica y de los primeros estudiantes de Clínica III del perfil internacionalista, de las Instituciones con las que tenemos convenio de cooperación y apoyo, y a todos los participantes y finalistas del Concurso de Derechos Humanos de la American U. (Ecuador)

Para concluir, agradezco la participación en la Ruptura de todos los autores de tan importantes obras jurídicas, del Consejo Editorial y sus colaboradores que se esforzaron mucho para presentar magnífica y oportunamente ésta edición y, de nuestros auspiciantes que sin ellos no hubiera sido posible ésta publicación.

De igual forma, mi agradecimiento a toda la gente que ha contribuido y cooperado incondicionalmente con la AED durante este período de labores, de los profesores de la Facultad de Jurisprudencia, sus autoridades y personal administrativo.



**Lcdo. David Sperber V.**  
Presidente AED, 2.000

## **CARTA DEL CONSEJO EDITORIAL**

Para los que integramos el Consejo Editorial de la Ruptura N° 43, es un honor poder presentar esta obra, producto de un extenso trabajo de conceptualización y desarrollo de un proyecto cuyo objetivo primordial es la investigación jurídica.

La investigación académica es considerada universalmente parte esencial de la educación superior integral; sin embargo, en los centros académicos del país poco se investiga. En muchos casos, la cátedra de derecho se ha limitado a la memorización de fuentes bibliográficas o legales, lo cual no ha permitido que el criterio jurídico del estudiante se desarrolle completamente. Ante esta realidad, no podíamos permanecer estáticos, era nuestro deber ser críticos con ella pero al mismo tiempo hacer un aporte que contribuya a mejorarla.

Considerando además, que el desarrollo de la educación es también compromiso del cuerpo estudiantil, iniciamos esta tarea difundiendo a la comunidad universitaria la importancia de la investigación. Fruto de ello, los alumnos elaboraron ensayos jurídicos sobre puntos concretos de derecho, que constituyen un verdadero aporte a la comunidad, tanto por su novedad, como por su alto nivel académico. Para ello, contamos con un grupo de distinguidos juristas, docentes de ésta Facultad, quienes en última instancia revisaron los trabajos y evaluaron la conveniencia de su publicación.

Gracias al aporte de estudiantes, docentes y autoridades que creen en la educación integral y en la importancia de elevar el nivel académico en las universidades, es grato presentar esta obra, con el fiel compromiso de que ella será solo el comienzo del trabajo que estamos obligados a realizar en bien de la sociedad.

Atentamente,

**Javier Andrade Cadena**

**Pedro Cornejo Lloré**

**Juan Manuel Marchán Maldonado**



# Ensayos



# **LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR Y SUS ANTECEDENTES**

**Dr. Hernán Salgado Pesantes**

## **1.- Introducción**

La República del Ecuador en materia de derechos humanos tiene antecedentes comunes a los de las naciones latinoamericanas. La defensa de los derechos y libertades de la persona fue una constante histórica, como lo fueron también, por desgracia, las violaciones a estos atributos de la dignidad humana. Violaciones que se nutrieron del autoritarismo ejercido desde el Poder, arbitrario por naturaleza, de las luchas fratricidas, de la estratificación y marginación sociales, de la intolerancia y tantos otros flagelos que azotan a la humanidad.

La utopía de que se reconozcan los derechos humanos, que se los respete y proteja eficazmente es uno de los postulados esenciales de nuestros pueblos y la razón de ser de toda organización estatal. Desde fines del siglo XVIII, las constituciones, en tanto que normas de mayor jerarquía jurídica, fueron las encargadas de reconocer y de garantizar los derechos fundamentales, confiriéndoles una categoría superior.

Para el Ecuador, dada nuestra realidad, es indispensable y urgente que se revitalice la conciencia constitucional tanto de nosotros los gobernados como de nuestros representantes que gobiernan y legislan en nuestro nombre, aquella conciencia que en el ámbito de los derechos humanos nos confirma que son estos derechos y libertades los que constituyen el fin último de la actividad estatal.

Volver la mirada a las páginas de la historia vivida por nuestros antepasados, muchas de ellas con dolor y sacrificio, nos revitalizará no sólo en nuestra identidad común sino que fortalecerá también nuestra conciencia sobre los derechos humanos y sobre la democracia, porque -como suele insistirse- es únicamente en un sistema político democrático donde los seres humanos pueden desarrollarse en su integridad plena. Revitalicemos, pues, nuestra conciencia constitucional y de respeto a los derechos humanos introduciéndonos en determinadas facetas de nuestra historia.

## 2.- La resistencia a la opresión inaugura la época colonial

Año de 1545, mientras España proseguía con la conquista en tierras de América meridional y el germen de la discordia se esparcía por doquier, en la Gobernación de Quito el capitán Gonzalo Pizarro se levantaba en armas contra el Reino y sus funcionarios. Don Gonzalo, con el apoyo de los encomenderos establecidos en Quito, se hizo fuerte y desconoció abiertamente la autoridad real, pensando incluso coronarse como rey de la región conforme lo aconsejaban los nuevos habitantes de este distrito. Finalmente sería vencido por las tropas enviadas desde España y ejecutado en 1548, pero la semilla de la rebelión quedó esparcida en las tierras ecuatoriales.

Años después, en 1592, el Cabildo de Quito encabeza una violenta rebelión que, con intervalos de paz, duró dos años y fue secundada masivamente por el pueblo. Si este levantamiento, conocido como la “revolución de las alcabalas”, se inició como un repudio a la creación de nuevos impuestos, pronto los hechos dejaron traslucir que en el fondo palpitaba el deseo de sacudirse del dominio hispánico, para lo cual no faltaron quienes propugnaron una alianza con Inglaterra. Muy significativa fue una de las inscripciones utilizadas durante la crisis “*¡A las alcabalas balas, a la libertad lealtad!*”

En este levantamiento, al igual que en la “revolución de los estancos” de 1765, el pueblo de Quito fue un protagonista auténtico, en tanto que el Cabildo o Municipio local se convirtió en el portavoz de la rebelión, haciendo honor al prestigio que acompañará a esta Institución en América española de ser fragua de las libertades y centro de protección del interés de la comunidad. Una de las consecuencias de los hechos de las alcabalas fue la suspensión del derecho de la ciudad a elegir anualmente a sus dos alcaldes, prohibición que se mantendría hasta el año de 1699.

Este movimiento precursor de la libertad política originó un singular debate al estilo del insigne Vitoria o de Suárez, contemporáneo de aquella época. Los teólogos y canonistas más connotados de la Audiencia de Quito fueron requeridos sobre la licitud y legitimidad de los impuestos, la obediencia a la autoridad y sobre el levantamiento popular, ellos se vieron constreñidos a pronunciarse acerca de tan delicados temas con los mayores argumentos. <sup>1</sup>

El dominico quiteño fray Pedro Bedón sobresalió con sus razonamientos y ejerció gran influencia en los hechos de su tiempo, pues, se lo tenía por un hombre docto y recto. El dictaminó que si bien era lícito establecer impuestos, no podía imponérselo con violencia sin escuchar las peticiones del pueblo. Se refiere a que el presidente de la Audiencia de Quito Dr. Manuel Barros de San Millán impuso el cobro de las alcabalas “*con mal modo, despreciando e injuriando a la gente y queriendo con fuerza*

*establecerlas, sin darles el recurso que de derecho natural tiene cualquiera República para suplicar contra los mandatos de su Rey, si se les hace según el lugar y el tiempo intolerables".* <sup>2</sup>

Respecto de la forma de actuar del Presidente Barros, Bedón considera que *"no fue acto virtuoso ni lícito enviar a pedir gente armada..."* Muy en desacuerdo con otros criterios, nuestro teólogo pone en duda la justicia y la licitud de la guerra ofensiva que el General Pedro de Arana y sus tropas hacen contra Quito; que si bien el levantamiento del Cabildo quiteño, secundado por el pueblo, puede excusarse por la defensa natural, sin embargo sería mejor -piensa Bedón- que Quito reciba al General Arana porque si la ciudad se valiera *"de la defensa natural, esto trae inconvenientes mayores..."* *"En conclusión digo, afirma Pedro Bedón, que mirado el lugar y tiempo que es lo que mira la prudencia, pudo ser ilícita e injusta esta guerra (la de Arana) y así a mí se me hace muy dudosa la justicia de esta guerra ofensiva..."* <sup>3</sup>

Con fundamento en las tesis tomistas, el padre Bedón distinguió los dos tipos de tiranía: del que usurpa el poder y a quien es lícito eliminarlo por la fuerza; y, del gobernante que siendo legítimo abusa de su poder, contra el cual es lícito defenderse pero no darle muerte; es decir, abordó también la cuestión del tiranicidio. <sup>4</sup>

En síntesis, nuestro ilustre teólogo proclamó que el pueblo tenía un derecho natural a presentar sus peticiones ante las autoridades y a ser escuchado, y reconoció el derecho de resistencia a la opresión, derecho que casi dos siglos después se consagraría en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de la Revolución Francesa. Este singular derecho, por obvias razones, permanecería desterrado de América colonial. <sup>5</sup>

Para los ecuatorianos, en particular, y para la historia de América la personalidad de fray Pedro Bedón tiene una significación especial, su calidad humana y sus dotes intelectuales le convierten en una figura representativa de los albores de la colonia. Como señala su biógrafo, fray José María Vargas, *"en su personalidad se conjuga el individuo con el ambiente, con proyección marcada hacia el futuro."* <sup>6</sup>

### **3.- El pensamiento de la ilustración en el Ecuador colonial**

Desde mediados del siglo XVIII, surgirá en la Real Audiencia y Presidencia de Quito el pensamiento denominado de la ilustración, el cual, a más de la doctrina de la escolástica española del siglo de oro que se había venido desarrollando en el medio universitario, recibirá la influencia de otras corrientes europeas, especialmente las ideas

del enciclopedismo francés. Y, como sucedió en toda América Hispánica, la última década del siglo XVIII será absorbida por la discusión apasionada de las teorías políticas y jurídicas de la Revolución Francesa.

Este período de la ilustración se enriqueció con la visita de la Comisión Geodésica de la Academia de Ciencias de París, entre 1736 y 1743, integrada por sabios como La Condamine, Jussieu, Bouguer, Godin, cuya misión científica, como se sabe, era la de medir un arco del meridiano terrestre; entre el material que trajeron para sus labores vino también una gran cantidad de libros, los cuales acrecentarían a los ya existentes en esta capital.<sup>7</sup> Otra visita que tendrá diversas repercusiones será la de Alejandro de Humboldt, en los inicios del nuevo siglo.

Vale destacar que las bibliotecas que poseía la Audiencia de Quito, la mayoría organizadas en los Conventos, fueron abundantes en libros, selectas en contenido y accesibles a todos; así lo calificaron visitantes ilustres, como el sabio y patriota neogranadino Francisco José de Caldas.<sup>8</sup> La biblioteca de los jesuitas en la ciudad de Quito, luego de su expulsión en 1767, pasaría a ser la Biblioteca Pública, cuyo primer director fue el precursor Espejo.

Entre los más ilustres científicos, pensadores e historiadores del siglo XVIII, hijos de estas tierras ecuatoriales, están: Pedro Vicente Maldonado, Antonio de Alcedo, Pedro Franco Dávila, los jesuitas Juan de Velasco y Juan Bautista Aguirre, Eugenio Espejo y José Mejía Lequerica.

El gran precursor de la independencia ecuatoriana, el Dr. Eugenio Espejo (1747-1795) se constituyó en el más férreo defensor de las libertades -en su amplio contenido- y de la igualdad de todos ante la ley, reivindicó el derecho a la educación de la mujer y luchó por reformar la enseñanza en todos sus niveles. Sembrador apasionado de ideas y doctrinas, condensó en su pensamiento la cultura de su época, espíritu multidisciplinar: médico ilustre, periodista y osado panfletista, cultor de las bellas artes y de la literatura, y, sobre todo, político visionario. La extensa obra de Espejo ha sido inscrita dentro de un humanismo ilustrado.<sup>9</sup>

Las ideas de Espejo, sus duras críticas y su carácter combativo le valieron la prisión y la muerte. Un hecho simbólico, premonitor de nuevos tiempos, y que fue atribuido a Espejo se dio el 21 de octubre de 1794, aparecieron en Quito unas pequeñas banderas, de tela roja, enarboladas en las cruces de piedra de la ciudad, con el lema en latín "Al amparo de la cruz, sed libres" (*Liber esto. Salva cruce*).

Como se ha señalado, el precursor Espejo fue la concreción del nuevo espíritu que alentaba en los últimos años de la colonia y que el precursor -con sus enseñanzas- lo transmitió a quienes lideraron, años después de su muerte, la Revolución de Quito del 10 de agosto de 1809, muchos de ellos sus discípulos y amigos como los Montúfar, Mejía, Quiroga, Morales y el presbítero Miguel Antonio Rodríguez autor de la Constitución Quiteña de 1812.

#### **4.- Las reglas del debido proceso en 1810**

Vale recordar el proceso criminal instaurado contra los patriotas a consecuencia del 10 de agosto de 1809. Una vez que las autoridades españolas recuperaron el poder, los “insurgentes” fueron detenidos en su mayoría y encarcelados con todo rigor, no obstante que se había prometido no perseguir a ningún ciudadano por este motivo hasta que las autoridades superiores del Rey conozcan y resuelvan lo conveniente.

Este proceso calificado como abigarrado y caótico, con más de tres mil folios, estuvo plagado de vicios legales insubsanables que anulaban su validez. Así lo patentizaron en sus alegatos y declaraciones muchos de los enjuiciados, especialmente dos de ellos que fueron tan fervorosos patriotas como excelentes abogados: los doctores Juan de Dios Morales y Manuel Rodríguez de Quiroga, cuyos alegatos son piezas magistrales de lógica y erudición jurídicas.

El doctor Juan de Dios Morales, en uno de sus alegatos enviados desde la prisión, en duro reproche decía: “...*en una causa donde las leyes son inútiles y despreciadas..., desconocidos y hollados con los pies los derechos esenciales de los hombres; en que todo se viola, todo se atropella, respirándose sólo saña y venganza...*” <sup>10</sup>

No abundaré en mayores detalles sobre este inicuo proceso, el mismo que concluiría para la mayoría de enjuiciados con el bárbaro asesinato en la prisión, ejecutado por la soldadesca -el 2 de agosto de 1810- mientras se encontraban inermes, con grillos y cadenas, ante el temor de que podrían ser liberados por el pueblo.

En suma, aquellos diez tomos en que está contenido el proceso atestiguan la violación más grosera de los más elementales principios de lo que hoy denominamos el debido proceso, el cual sí estuvo garantizado por la legislación española de la época. <sup>11</sup>

## 5.- El fundamento iusnaturalista de los Derechos

En la Audiencia y Presidencia de Quito, el pensamiento del período de la ilustración -segunda mitad del siglo XVIII e inicios del siglo XIX- concibe a los derechos y libertades como atributos que acompañan a los hombres desde el inicio mismo de sus vidas, es decir, se trata de derechos inherentes al ser humano: derechos naturales dados por Dios a sus criaturas.

Como se observa, en esta concepción hay una influencia del pensamiento iusnaturalista del Siglo de las Luces, de aquellas ideas que hallaron su concreción histórica en las dos célebres Declaraciones de Derechos, la norteamericana y la francesa. Pero, además, el influjo de la teología católica -transmitida por España- dará a la fundamentación de los derechos un contenido religioso-espiritual, lo que permitirá un reencuentro con la doctrina tomista.

La libertad fue para aquella época histórica el mayor de los derechos y de los bienes humanos, lo cual es comprensible ante la madurez que habían alcanzado las ideas de emancipación política y la proximidad de las luchas independentistas. La libertad, si bien en *lato sensu* se identificaba con la libertad política, fue aprehendida en su amplio contenido, abarcaba desde la libertad física hasta la de pensamiento o libertad de expresión en sus diversas manifestaciones, aunque establecida dentro de ciertos límites.

Un límite radical -que prácticamente eliminaba la libertad- se impuso en materia religiosa o de conciencia, donde no se toleraba ningún otro credo distinto de la fe católica-romana, en consecuencia tampoco se reconocía la libertad de cultos. Durante la Colonia y la Independencia se hablará constantemente del derecho a la religión, a la fe, pero es sólo la católica-romana y tomada dentro del marco ortodoxo fijado por los Padres de la Iglesia y reconocido por los Concilios, particularmente el de Trento.

## 6.- La independencia y el pacto social

Cuando la Real Audiencia y Presidencia de Quito proclama su independencia el 10 de agosto de 1809, de duración efímera, el catálogo de los derechos fundamentales se insertan en el marco de un pacto social; a través del pacto se reconocen tales derechos y se los consagra en el instrumento de gobierno que organizará a la sociedad.

De este modo, el pacto social, que une a los pueblos de la antigua Audiencia de Quito, sirve de base para el ejercicio de las libertades, de la igualdad y de los demás derechos. Aquí, nuevamente, está presente otra de las ideas que caracterizaron al siglo XVIII: la

del contrato social, como fundamento de la naturaleza del Estado o sociedad civil. En esta materia, la doctrina que más influyó en nuestros intelectuales y letrados fue la expuesta por Grocio y sobre todo la de Juan Jacobo Rousseau. El pensamiento contractualista de otros autores, particularmente el de Hobbes y de Locke, quedará relegado.

El instrumento de gobierno será dado por el Congreso Constituyente que se instala en Quito el 11 de diciembre de 1811, bajo la presidencia del Obispo Cuero y Caicedo, y declara reasumir el ejercicio de la soberanía que corresponde a las Provincias comprendidas en este Distrito. Como se recordará, fueron en número de tres los proyectos de constitución que se presentaron, uno de ellos salió aprobado y se lo promulgó el 15 de febrero de 1812 con la denominación de “Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que forman el Estado de Quito”.

## **7.- Los Derechos en la Constitución Quiteña de 1812**

La Constitución Quiteña, como se conoce comúnmente al Pacto de 1812, es un honroso antecedente del constitucionalismo ecuatoriano, digno corolario de la nación que proclamó el primer grito de la independencia en América Latina un 10 de agosto de 1809 y que en el año siguiente rubricó con la sangre de sus próceres su adhesión a la libertad.

En este primer documento constitucional, del país que será la nación ecuatoriana, se recoge el pensamiento político del siglo XVIII, exaltado por la Revolución Francesa. En el Preámbulo, luego de invocar el nombre de Dios, señálase que *“El Pueblo Soberano del Estado de Quito... en uso de los imprescriptibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad, y proveer cuanto sea conveniente a la seguridad, y prosperidad de todos, y de cada uno en particular...”* <sup>12</sup>.

Además de la estructuración de los tres clásicos Poderes del Estado, que deberán permanecer separados (Art. 8), se concibe la existencia de un Supremo Congreso, formado por una representación nacional de diputados de las provincias, elegidos cada dos años, al cual se le dota de singulares atribuciones (Arts. 7 y 11). En cuanto al tema que nos interesa, este Supremo Congreso tendrá a su cargo la *“protección y defensa de los derechos del Pueblo”* y será también *“ Tribunal de censura y vigilancia para la guarda de esta Constitución”* (Art. 10).

Concepción interesantes que bien nos permitiría sostener que este Supremo Congreso o Tribunal establecido en 1812 viene a ser un antecedente remoto de nuestro Tribunal

de Garantías Constitucionales creado efímeramente en 1945 y restaurado luego con carácter definitivo a partir de la Constitución de 1967, cuyas funciones básicas podían resumirse en dos: control de la constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales.

Satisface conocer que no pasó desapercibido en aquellos años la necesidad de contar con un órgano del Estado encargado de brindar una tutela de carácter especial a los derechos, además, lógicamente, de la protección que corresponde dar a la función judicial en los conflictos que se ventilan ante sus jueces y tribunales.

La Constitución Quiteña de 1812 no describe los diferentes derechos que se reconocen a las personas, los señala de un modo general, en el artículo 20 se dice:

“El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades, y su libertad natural y civil...” Y, agrega esta disposición que todo vecino y habitante puede “levantar sus quejas, y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria para la conservación del buen orden.”

Por último, se reconoce el derecho a elegir y ser elegido -derechos políticos- aunque no se señala de modo expreso los requisitos para ser ciudadano

## **8.- Evolución de los Derechos durante la República**

La República del Ecuador, desde que se constituyó como Estado independiente en el año de 1830, ha tenido numerosas constituciones; estos constantes cambios han obedecido al deseo de legitimar situaciones de hecho -derrocamiento del Presidente o golpes de Estado- y no a un afán de reestructurar a las instituciones políticas o de proyectar verdaderas transformaciones. A ello se debe que la mayoría de las constituciones no presenten diferencias esenciales y sean repetitivas, son pocas las que traen innovaciones y marcan nuevos rumbos. <sup>13</sup>

### **8.1.- Las vicisitudes de los derechos políticos**

Como se sabe, los derechos políticos están vinculados a la calidad de ciudadanos, quienes ostentan la ciudadanía gozan de los derechos políticos que pueden resumirse en elegir y ser elegido, en desempeñar empleos y funciones públicas, en fiscalizar los actos de los gobernantes e intervenir en los asuntos del Estado.

Hoy, para ser ciudadano se debe cumplir con dos requisitos: poseer la nacionalidad del Estado y tener la edad mínima indispensable que, de modo general, son los dieciocho años. Pero la situación fue diferente en los inicios de nuestra República, que en esta materia -como en otras- recibió la influencia de las doctrinas políticas europeas.

Los constituyentes de la Revolución francesa llegaron a la conclusión de que el sufragio no era un derecho sino una función pública; en consecuencia, se debía poseer determinadas aptitudes: de instrucción, profesional y, sobre todo, una capacidad económica (sufragio censitario). La ciudadanía se concedería a los varones que llenen estas exigencias. La mujer quedaba excluida, pues, para aquellos tiempos no se había concebido la idea de que la mujer interviniera en la vida política del Estado, si bien ella fuera, como se ha dicho, la figura invisible detrás del trono.

Fue así como la teoría del gobierno representativo -construida por el constitucionalismo clásico- perdería toda su significación democrática al fundamentarse sobre un sufragio restringido; y, a la vez, pondría en duda el principio político de la soberanía popular.

Con estas deficiencias el constitucionalismo clásico buscó organizar a los Estados en el siglo pasado. La Gran Colombia tomó este esquema. Igual lo hizo el Ecuador en 1830.

## 8.2.- Los derechos políticos en las constituciones ecuatorianas

**La Constitución de 1830** estableció que para ser ciudadano se debía tener una propiedad raíz de un valor libre de 300 pesos, una suma muy elevada en aquella época, que no era accesible ni para quienes ejercían una profesión liberal. Por ello se optó por una alternativa: o la propiedad de 300 pesos *“o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente, doméstico o jornalero.”*<sup>14</sup>

**La Constitución de 1835** disminuyó el valor del bien raíz a doscientos pesos, pero la suma continuaba alta; las Constituciones posteriores de 1843, 1845, 1851 y 1852 mantuvieron esta situación que marginaba de los derechos políticos a un enorme sector de la población en posibilidad de ser ciudadanos.

En cuanto al requisito de saber leer y escribir, que durará hasta que la actual Constitución de 1978 lo suprima, fue también un factor limitante, si se considera que los pueblos indígenas eran parte de nuestra población y que éstos tenían su propia lengua. Un requisito que no tuvo en cuenta la realidad nacional.<sup>15</sup>

La condición de riqueza o capacidad económica regía también, en mayor cuantía, para ser elegido a un cargo público. Y, la designación se hacía a través de un sufragio indirecto. <sup>16</sup>

**La Constitución de 1861**, que inició el período garciano, eliminó el sufragio censitario al suprimir el requisito de capacidad económica para ser ciudadano; el derecho político de elegir ya no dependerá de la riqueza, aunque sí para ser elegido. Se dispuso, además, el sufragio directo para todos los cargos de elección popular; no más intermediarios, los ciudadanos votarán directamente por sus candidatos. Procedimiento que se mantiene hasta hoy y es una de las características de nuestro sufragio.

**La Constitución de 1869** -concebida por García Moreno- significó un retroceso en el avance de los derechos políticos al imponer un requisito de religión para ser ciudadano: el ser católico. Este requisito suscitó una apasionada polémica y sólo existió en esta Carta.

**La Constitución de 1878** proclamó la libertad de sufragio. <sup>17</sup>

**La Constitución de 1884**, del período progresista, puso fin a la exigencia de capacidad económica para ser elegido a desempeñar cargos públicos sean o no de elección popular; este aspecto se mantuvo como un rezago del sufragio censitario abolido en 1861.

Las Constituciones posteriores de 1897 y de 1906, del período liberal, no trajeron mayores modificaciones en materia de derechos políticos.

**La Constitución de 1929**, que trajo el constitucionalismo social de posguerra, reconoció a la mujer la calidad de ciudadana. Esto permitirá ampliar el cuerpo electoral y avanzar hacia el sufragio universal. <sup>18</sup>

**La Constitución de 1945** estableció definitivamente -hasta hoy- la edad de dieciocho años para ser ciudadano.

**La Constitución de 1946** dispuso el carácter obligatorio del voto -por primera vez- para los varones y facultativo para la mujer; también estableció que la Fuerza Pública no hará uso del derecho al voto, norma existente hasta hoy. En la siguiente Carta Política de 1967 la obligatoriedad se extendió por igual a los dos sexos.

**La vigente Constitución de 1978-79** eliminó la última traba para que el sufragio ecuatoriano sea verdaderamente universal: para ser ciudadano ya no se necesita “saber leer y escribir”, es decir, se otorgan los derechos políticos también a los analfabetos, para quienes el voto es facultativo. Esto constituye un mérito de nuestra actual Constitución.

### **8.3.- El catálogo de los derechos civiles**

Desde el constitucionalismo clásico se estableció un catálogo de los derechos civiles, los cuales fueron incorporados en la ley superior de los Estados. La Constitución ecuatoriana de 1830 recogería la mayoría de estos derechos y las Cartas posteriores irán agregando aquellos que faltaban, además de mejorar sus contenidos y su formulación; en las últimas Constituciones -a partir de la de 1945- se dará una adecuada sistematización de todos los derechos.

**La Constitución de 1830.** Un resumen de los derechos civiles consagrados en 1830 es el siguiente:

- La igualdad ante la ley;
- Libertad personal: a no ser detenido sino por autoridad competente, salvo delito flagrante;
- Libertad de pensamiento: a expresar y publicar las opiniones, con sujeción a la responsabilidad que establece la ley;
- Derecho de propiedad, se reconoce la expropiación por causa de utilidad pública y mediante justa indemnización; se prohíbe la confiscación;
- Inviolabilidad de domicilio, salvo lo previsto por la ley;
- Derecho de petición, pero no utilizar el nombre del pueblo;
- Libertad de comercio e industria;
- Prohibición de prestar servicios personales forzosos, salvo los prescritos por ley.

Entre los derechos que hoy se consideran como garantías procesales, constan:

- Nadie puede ser distraído de sus jueces naturales ni juzgado por ley que no sea anterior al delito;
- En juicios penales no se obligará a testificar contra el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni a darlo con juramento en contra de sí;
- Las penas se aplicarán sólo a los culpables.

**La Constitución de 1835 agregó:**

- Inviolabilidad de correspondencia, salvo lo dispuesto por la ley;
- Derecho de autor;
- No pueden exigirse contribuciones o impuestos sino en virtud de una ley, y deben ser proporcionales a la capacidad económica del contribuyente;
- Prohibición de establecer mayorazgos y bienes raíces no enajenables;
- Los extranjeros gozan de la misma protección que los ecuatorianos siempre que respeten las leyes.

**La Constitución de 1845 incluyó:** <sup>19</sup>

- Nadie nace esclavo en la República y quedará libre quien sea introducido en tal condición;
- Libertad de locomoción: los ecuatorianos pueden mudar de domicilio, salir y entrar en el territorio de la República;
- La presunción de inocencia.

**La Constitución de 1851 estableció:**

- La abolición de la pena de muerte para los delitos políticos.

**La Constitución de 1861 consagró:**

- El derecho de defensa, del cual nadie puede ser privado, en cualquier estado de la causa.

**La Constitución de 1869 reconoció:**

- El derecho de asociarse sin armas (que después se establecerá como libertad de reunión y de asociación con fines pacíficos).

**La Constitución de 1878** se destacó por ordenar -sistematizar- los derechos fundamentales, dotándoles de un contenido jurídico más preciso. Los derechos que normalmente fueron colocados en la parte final del texto constitucional, pasan adelante y así se mantendrá en algunas Constituciones posteriores, por ejemplo en la actual. Como aspectos nuevos pueden citarse:

- La inviolabilidad de la vida, esta expresión estuvo ausente en los textos anteriores, queda abolida la pena de muerte no solo para los delitos políticos sino también para los comunes, salvo el parricidio y matricidio;
- Se prohíbe permanecer incomunicado por más de veinticuatro horas;
- Prohibición de torturas y de la pena de azotes;<sup>20</sup>
- Libertad para fundar establecimientos de enseñanza privada con sujeción a la ley; la enseñanza primaria es obligatoria y gratuita;
- Responsabilidad de los empleados públicos por violación de los derechos constitucionales, deberán responder con sus bienes y se disponen procedimientos especiales.

**La Constitución de 1884** incluyó:

- La prohibición del destierro, pero ésta y otras normas sobre los derechos fueron eliminadas o restringidas por las reformas constitucionales de 1887;
- Derecho de los padres a dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren.

**La Constitución de 1897** proclamó:

- La libertad de conciencia y religión: el Estado respeta las creencias religiosas y éstas no son un obstáculo para el ejercicio de los derechos;
- Abolición de la pena de muerte, sin excepciones.

**La Constitución de 1906** recogió los derechos individuales en fórmulas jurídicas de mayor tecnicismo y agregó:

- La prohibición de prisión por deudas, salvo los casos establecidos por la ley;
- A no ser penado sin juicio previo (principio que no había constado en las anteriores);
- La enseñanza oficial es laica;
- La admisión a las funciones y empleos públicos sin otras condiciones que las determinadas por la ley.<sup>21</sup>

**8.4.- El constitucionalismo social y los nuevos derechos**

Es a partir de la Constitución de 1929 que el Ecuador instaura, propiamente, los nuevos derechos económicos, sociales y culturales: complemento indispensable de los derechos civiles y políticos y a los cuales dan sentido y real concreción. Por esta razón pasaremos a examinar conjuntamente estos nuevos derechos y los civiles en las siguientes Cartas Políticas ecuatorianas.

**La Constitución de 1929** se distinguió especialmente por introducir los derechos económicos y sociales, cuyo esquema es el siguiente:

- Protección al trabajo y al trabajador;
- Dispuso que la ley fije: la duración de las jornadas de trabajo, los salarios mínimos con su carácter inembargable, el descanso semanal obligatorio, los seguros sociales, la salubridad y seguridad de establecimientos industriales, el trabajo de mujeres y niños, la regulación de huelgas y paros;<sup>22</sup>
- Obligatoriedad de indemnizar los accidentes de trabajo;
- Derecho de obreros y patronos a formar sindicatos o asociaciones profesionales;
- Derecho de propiedad, limitada por su función social;
- Propiedad del Estado sobre el subsuelo;
- Prohibición de los monopolios no autorizados por la ley;
- Intervención del Estado para la construcción de vivienda barata en pro de los trabajadores obreros y campesinos;
- Derecho a la asistencia, higiene y salubridad públicas;
- Libertad de educación y de enseñanza, cuyo presupuesto se incrementará hasta el veinte por ciento de las rentas estatales;
- Protección al matrimonio, a la familia y al haber familiar; la ley protegerá la maternidad y la infancia;
- Protección al niño, que contará con una partida presupuestaria especial;
- Derecho de los hijos ilegítimos a ser criados y educados por sus padres, a heredarles en la proporción que señale la ley, a investigar la paternidad.

En materia de derechos civiles la Constitución de 1929 agregó:

- El derecho de hábeas corpus (propriadamente es una garantía) para proteger la libertad física;
- La extradición se concederá en virtud de una ley o de un tratado, pero nunca por infracciones políticas;
- En concurrencia de dos leyes penales se aplicará la menos rigurosa, aun si fuere posterior; y,
- Proclamó que la enumeración de derechos y garantías que hace la Constitución no es limitativa ni excluyente de otros derechos.

**La Constitución de 1945** inició la sistematización de los derechos fundamentales. Siguió la orientación dada por la Carta de 1929 y desarrolló los contenidos de los nuevos derechos económicos y sociales, a algunos les dio demasiada extensión

(carácter reglamentario) tal es el caso del derecho del trabajo. Hay novedad en los siguientes derechos:

- En la Familia: al inscribir los nacimientos no se exigirá ninguna declaración sobre la calidad de la filiación; se establece el patrimonio familiar inalienable e inembargable, regulado por la ley; los menores de edad están sometidos a una legislación especial protectora y no punitiva en materia penal.
- En la Educación y Cultura: la autonomía de las universidades conforme a la ley y creación del patrimonio universitario; libertad de cátedra; libertad de organización de profesores y de estudiantes; en las escuelas de población india se utilizará el quichua o la respectiva lengua aborigen, además del castellano; se establece el patrimonio cultural de la nación bajo la vigilancia y custodia del Estado.
- En la Economía: su régimen responderá a principios de justicia social, la propiedad crea obligaciones sociales, *“la utilización de la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la colectividad”*; el Estado regulará la actividad económica, la planificará; posibilidad de nacionalizar las empresas privadas que presten servicios públicos si lo exigen los intereses económicos del país; se proscribió mantener tierras incultas, se encarga a la ley su regulación; apoyo estatal para desarrollar el sistema cooperativo de explotación agrícola; protección a la propiedad comunal.
- En el Trabajo y Previsión Social: el trabajo es un deber social; las normas que reglan el trabajo son desarrolladas en veintiséis literales, también se amplía lo relativo a la previsión y asistencia sociales.

Entre los derechos civiles fueron agregados:

- La integridad personal;
- Derecho a la rectificación gratuita en el mismo medio de comunicación social en que se hicieron imputaciones falsas o calumniosas;
- Prohibición de suspender o clausurar periódicos, junto a otras disposiciones de protección a la prensa y sus trabajadores.

**La Constitución de 1946** continuó con la trayectoria del constitucionalismo social y aunque con menos amplitud que la anterior Carta y con diferente esquema consagró los derechos económicos, sociales y culturales; en esta materia no hubo innovaciones.

En el campo de los derechos civiles, como aspectos nuevos pueden mencionarse:

- Nadie será obligado a declarar sobre sus convicciones políticas o creencias religiosas, salvo lo previsto en la Constitución y la ley;
- Prohibición de la pena de destierro: ningún ecuatoriano será expatriado contra su voluntad;
- No se concederá la extradición de un ecuatoriano en ningún caso (antes la prohibición era relativa y no se mencionaba la nacionalidad);
- El hábeas corpus adquirió una regulación más amplia.

**La Constitución de 1967** caracterizada por su claridad y corrección idiomática, precisó los contenidos y ordenó los derechos fundamentales en forma adecuada. A los derechos civiles existentes agregó:

- El amparo jurisdiccional contra la violación de los derechos constitucionales;
- El derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar;
- El derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes;
- Libertad de culto individual o colectivo, en público o privado (se precisa esta consecuencia de la libertad religiosa proclamada desde 1897);
- Los documentos obtenidos infringiendo la inviolabilidad de correspondencia no hacen fe en juicio (disposición general, ya no solo para las causas por delitos políticos);
- El derecho de asilo en caso de persecución no motivada por delitos comunes.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales las innovaciones más sobresalientes, en orden al esquema establecido en dicha Constitución, son:

- De la Familia: el Estado proteger al hijo desde su concepción y establecerá disminución y exención de las obligaciones tributarias según el número de hijos.
- De la Educación: *“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad e inculcará respeto a los derechos y libertades fundamentales; favorecerá la comprensión y tolerancia entre los grupos sociales y religiosos; y el mantenimiento de la paz.”*<sup>23</sup> El carácter obligatorio de la educación se amplió, a más de la primaria, al ciclo básico. Se dispuso la erradicación del analfabetismo. Los recintos universitarios son inviolables.
- De la Propiedad: se estableció la reforma agraria; la abolición de las formas precarias de tenencia de la tierra; las tierras baldías (sin dueño) y las

abandonadas por más de ocho años consecutivos sin causa legal son bienes del Estado, con fines de colonización y reforma agraria; también le pertenecen, además del subsuelo, el zócalo y la plataforma submarinos.

- Del Trabajo y de la Seguridad Social: se desenvuelven los principios laborales ya establecidos por las Cartas anteriores con algunas variantes; incluyéndose lo relativo a la seguridad social, a la promoción popular y a la asistencia social.
- De la Economía: (no se hizo mención al sistema económico que se implantaría). El ahorro en todas sus formas será fomentado y protegido; se apoyará la integración económica regional; se insertaron en el texto sendos capítulos sobre la planificación, el régimen tributario, los regímenes monetario y bancario.

## **9.- La Constitución vigente de 1978-79**

La actual Ley Fundamental ecuatoriana fue aprobada popularmente mediante referéndum de opción (se presentaron dos textos constitucionales) el 15 de enero de 1978 y entró en vigor el 10 de agosto de 1979 con la posesión del nuevo Presidente de la República, poniendo fin a un gobierno militar de facto. Esta Carta Política para desarrollar los derechos fundamentales tomará como base las Constituciones de 1945 y especialmente la de 1967, cuyo esquema fue seguido.

Esta Carta Magna fue objeto de diversas críticas respecto de algunos aspectos organizativos de las instituciones políticas; sin embargo, sería difícil sostener que la parte dogmática relativa a los derechos haya sido deficiente, como es obvio puede ser mejorada. Con esta finalidad las reformas constitucionales introducidas en 1996 y luego las de la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 han ampliado el esquema de los derechos y han insertado disposiciones que permitan una aplicación efectiva de los mismos.

Las reformas promulgadas en 1996 introdujeron la institución del defensor del pueblo, así como el amparo y el hábeas data; algunas disposiciones enfatizando los derechos de la mujer, otras sobre aspectos de salud y otras relativas al medio ambiente. Igualmente se insertaron normas sobre la responsabilidad del Estado en casos de violación de los derechos.

**Las reformas de la Asamblea Nacional Constituyente**, codificadas y promulgadas el 11 de agosto de 1998, introdujeron algunos nuevos derechos y ampliaron otros (aunque las fórmulas de redacción son repetitivas), cuidando de que conste en el texto

constitucional determinadas disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Ecuador, es decir, de normas que, por este hecho, ya son obligatorias en nuestro país.

Al respecto, es un paso adelante el que se haya reconocido que los tratados y convenios internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes, por tanto éstas no podrán modificar su contenido; en otras palabras, los instrumentos jurídicos internacionales ocupan una grada normativa intermedia entre la Constitución (que le es superior) y las leyes (normas inferiores). Esta cuestión es relevante porque después de la segunda guerra mundial la comunidad internacional ha dado un enorme impulso a los pactos y convenciones sobre derechos humanos, sean de carácter regional o mundial, y a estos instrumentos internacionales algunos países les dan un nivel jerárquico igual -incluso superior- al de la Constitución del Estado.

Adicionalmente, cabe observar que la técnica constitucional de la síntesis -de lo breve y sumario- cedió el paso al anhelo de hacer de la Ley Suprema un libro abierto donde la ciudadanía encuentre sus derechos -y también sus deberes- y se eduque en ellos.

Lo más positivo en materia de derechos -en estas reformas últimas- son los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se extienden también a los pueblos negros, minoritarios con relación a los primeros. El reconocimiento, con jerarquía constitucional, de los derechos de los pueblos indios significa un importante progreso nacional, allí se recogen disposiciones constantes en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. <sup>24</sup>

Estos derechos concretan las aspiraciones de los pueblos indios a asumir el control de su forma de vida, de su desarrollo socio-económico y de sus prioridades. Se consagra el respeto a su identidad y a su cultura en todas sus manifestaciones, incluido sus conocimientos y prácticas de medicina tradicional. El derecho a mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a conservar su propiedad, salvo en el caso de utilidad pública; no pagarán el impuesto predial por estas tierras; no podrán ser desplazados. <sup>25</sup>

Terminaremos señalando que las reformas constitucionales de la Asamblea, en el ámbito de los derechos humanos, abarcan diversas cuestiones que han sido y seguirán siendo examinadas de manera específica a fin de conocer su alcance y sentido para poder valorarlas debidamente.

## **10.- Reflexión final**

No obstante los progresos alcanzados, hay que insistir en que no es suficiente tener normas constitucionales que reconozcan, consagren y garanticen los derechos humanos. Una cuestión esencial -y cuasi sagrada en el Estado de Derecho- es el **cumplimiento de las normas constitucionales**, y esto, lamentablemente, está lejos de ser una realidad en el contexto ecuatoriano.

Este es el problema de la eficacia o de la efectividad de las normas jurídicas, señalado por Bobbio, Kelsen y otros. En materia constitucional y particularmente en los derechos humanos si la disposición de la Ley Suprema no es cumplida a pesar de existir la coacción y si su violación no es sancionada, estamos frente a la ineficacia o inefectividad de los preceptos constitucionales.

Por ello es indispensable, como señalamos en el inicio, revitalizar la conciencia constitucional de gobernantes y gobernados frente a esa desvalorización política de la Ley Fundamental que parece querer ganar terreno. Esta desvalorización de los textos constitucionales ya fue observada y prevenida, a mediados del siglo XX, por ese gran cultor del Derecho Constitucional que fuera Karl Loewenstein.

Para que sea una realidad el cumplimiento y la eficacia de los derechos humanos en el Ecuador debemos tender a su promoción y difusión permanentes, por todos los medios posibles, particularmente el de la enseñanza. Hay que crear una cultura de los derechos humanos tanto como una cultura de respeto a la Constitución. Y, cuando existan violaciones, éstas no pueden quedar impunes, deben aplicarse ineludiblemente las sanciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

**Notas:**

<sup>1</sup> “*En pequeño se realizaba en Quito el episodio de discutir un hecho histórico, elevándolo a la esfera de los principios*”, señala el erudito historiador Fray José María Vargas, O.P. en su “Biografía de Fray Pedro Bedón, O.P.”, Edit. Santo Domingo, 1965, Quito, p.44.

<sup>2</sup> Fray José María Vargas, op. cit., p. 45. Este criterio de lugar y de tiempo (el aquí y el hoy), que el Padre Bedón repite algunas veces, lo utiliza para dar una respuesta adecuada a cada circunstancia.

<sup>3</sup> Antes había señalado el ilustre religioso: “*Algunos teólogos siendo informados de que sólo se había movido a hacerla por ciertos delitos dignos de castigo, dijeron que era lícita; pero aquí es menester atender a otras circunstancias para dar justa censura, porque aun decir que por delitos particulares se ha de enviar gente armada es negocio ilícito y peca mortalmente el juez que así atroz y desproporcionadamente quiere castigar a sus súbditos y está obligado a restituir todos los daños que de esto se siguieren.*” Fray José María Vargas, op. cit., p.46 y 47.

<sup>4</sup> Contra el criterio del dominico quiteño Bedón, estuvieron los sacerdotes españoles Diego de Torres (jesuita) y Domingo de los Reyes (dominico); Fray Alonso de Ribera (dominico) planteó el problema de modo diverso. Por la opinión vertida y ante el peligro que podía correr, el P. Bedón fue enviado por su superior a Nueva Granada, a principios de 1593 y permaneció cuatro años entre Bogotá, Tunja y Popayán para luego regresar a Quito, donde continuó su ministerio religioso de modo abnegado y ejemplar, murió en 1621.

<sup>5</sup> Para consultar sobre los hechos de las alcabalas pueden verse: Federico González Suárez: Historia General de la República del Ecuador, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1970, volumen segundo, pp.217-218 y 544. Julio Tobar Donoso: La Iglesia, Modeladora de la nacionalidad, Quito, 1953, p.250. Bernard Lavallé: Quito y la crisis de la alcabala (1580-1600), Instituto Francés de Estudios Andinos y Corporación Editora Nacional, Biblioteca de Historia Ecuatoriana volumen 16, Quito, 1997. Y, la biografía sobre Pedro Bedón de fray José María Vargas ya mencionada.

<sup>6</sup> El padre Bedón además de teólogo y profesor erudito fue nuestro primer gran pintor; las crónicas de la época son reiterativas en destacar su virtud y su sabiduría. Fue nieto de Gonzalo Díaz de Pineda quien actuó como escribano en la fundación española de San Francisco de Quito, se acercó en esta ciudad y siendo nombrado teniente de gobernador de Quito comandó las primeras expediciones hacia la región amazónica -país de la Canela- (1538-39); en 1541 Gonzalo Pizarro le pidió acompañarle en la expedición que daría por resultado el descubrimiento del Amazonas.

<sup>7</sup> “La filosofía, las ciencias físicas, las modalidades de la historia política, etc., iban a experimentar una sacudida con la presencia de los visitantes, cuya larga permanencia... sirvió de acicate al espíritu quiteño.” Gabriel Cevallos García: Historia del Ecuador, Colección L.N.S., Editorial “Don Bosco”, Cuenca-Ecuador, 1964, p. 199.

<sup>8</sup> Federico González Suárez: op. cit., volumen tercero, p. 297.

<sup>9</sup> Cfr. Arturo Andrés Roig: Humanismo en la segunda mitad del siglo XVIII, tomo II, Banco Central del Ecuador y Corporación Editora Nacional, Biblioteca básica del pensamiento ecuatoriano N° 19, 1984.

<sup>10</sup> Carlos de la Torre Reyes: La Revolución de Quito del 10 de Agosto de 1809, 2a.edición, Colección Histórica XIII del Banco Central del Ecuador, Quito, 1990, p. 363. Este autor es quien mejor ha analizado el proceso instaurado a los patriotas del primer grito de independencia en hispanoamérica.

<sup>11</sup> “La forma soez y arbitraria con que se violentó los procedimientos jurídicos... es el saldo oprobioso que quedó en contra de la dominación española en la Presidencia de Quito...” afirma con razón el Dr. Carlos de la Torre Reyes, op. cit., p. 318. Para el análisis completo del proceso ver las pp. 329 y ss.

<sup>12</sup> Preámbulo de la Constitución Quiteña de 1812. Las constituciones ecuatorianas pueden examinarse en Ramiro Borja y Borja: Derecho Constitucional Ecuatoriano, sin editorial, Apéndice, Tomo IV, 1979.

<sup>13</sup> Cfr. Hernán Salgado: Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador, ILDIS, Quito, 1987, pp.133-134. También ha existido la idea errada de que al producirse una ruptura del orden constitucional era imprescindible convocar a una Asamblea Constituyente para retornar al sistema democrático.

<sup>14</sup> Art. 12, numeral 2 de la Constitución de 1830. Los otros requisitos fueron: saber leer y escribir; y, la edad de 22 años que luego se bajará a los 18 años (Constituciones de 1835 y 1843), para establecer después los 21 años como regla general.

<sup>15</sup> En este punto la Constitución de 1830 no siguió el modelo de las dos Cartas grancolombianas, que establecieron al menos un plazo para que el requisito de saber leer y escribir fuera exigible.

<sup>16</sup> El sufragio indirecto era el siguiente: los ciudadanos votaban en las asambleas parroquiales por electores, éstos se reunían en las asambleas provinciales y elegían a los legisladores, éstos reunidos en el Congreso votaban por el Presidente y Vicepresidente de la República. La Constitución floreana de 1843 permitió la elección directa de los senadores, pero para participar en tal elección los ciudadanos debían tener 25 años y un bien raíz de 3.000 pesos o una renta de 300. La Constitución de 1852 dispuso que los electores provinciales, además de elegir a los legisladores, elijan también a los dos primeros mandatarios para que no lo haga el Congreso.

<sup>17</sup> Los méritos de esta Carta Política en relación con los derechos en general lo mencionaremos al tratar sobre los derechos civiles. Lo mismo haremos con la Constitución de 1906.

<sup>18</sup> Si comparamos con otros países la fecha en que Ecuador reconoce el sufragio femenino, estamos entre los primeros en haberlo hecho.

<sup>19</sup> No se menciona la Constitución floreana de 1843 por no tener nada nuevo en esta materia. Por igual razón tampoco se hará mención de la Constitución de 1852.

<sup>20</sup> En la Constitución de 1906 se prohibirán -de modo general- las penas infamantes.

<sup>21</sup> No consta en forma expresa la igualdad ante la ley.

<sup>22</sup> Antes y después de esta Constitución se dieron diversas leyes laborales que serán reunidas en el Código de Trabajo, promulgado en noviembre de 1938.

<sup>23</sup> Art. 36. Transcribimos este precepto relativo a las finalidades de la educación como una muestra del contenido claro y completo que existe en las formulaciones jurídicas de esta Carta.

<sup>24</sup> Aprobado por la 76a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra junio de 1989.

<sup>25</sup> Artículos 83 al 85 de la Constitución codificada.



## JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL (COMENTARIO SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL) \*

Dr. Sergio García Ramírez

### 1. Institución de la Corte Penal

La Corte Penal Internacional se crea en un Estatuto aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en la ciudad de Roma. El Estatuto es el contenido de un convenio internacional; de ahí que a partir de este momento me refiera indistintamente al Estatuto, a la Convención de Roma o a la Convención simplemente. El artículo 1 prevé la existencia de la Corte para “ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”, y el artículo 25 ratifica el alcance subjetivo de este orden jurisdiccional, que traduce la idea de responsabilidad penal internacional de carácter individual: “la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales” (25.1) y “quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente” (25.2). El artículo 2 vincula a la Corte con las Naciones Unidas.

Conviene decir desde ahora que no hay posibilidad de formular reservas al convenio internacional (artículo 120). Por lo tanto, este instrumento rige íntegramente para los Estados que figuren como partes del mismo. La denuncia surte efectos —como es costumbre— al año de recibida la notificación respectiva (artículo 127). Sólo se admitirá la formulación de enmiendas —modificaciones o reformas— una vez que hayan transcurrido siete años a partir de la entrada en vigor del instrumento (artículo 121), salvo algunas de carácter exclusivamente institucional (artículo 122). Con ello se ha querido asegurar, indudablemente, una plena aplicación inmediata del convenio y suficiente experiencia derivada de aquélla para ponderar rigurosamente la necesidad de reformas.

El citado artículo 1 perfila algunos de los rasgos sustanciales del órgano: a) a diferencia de sus antecedentes, tiene carácter universal —o la pretensión de tenerlo; en la realidad, y tomando en cuenta el número y las características de los suscriptores, esa

---

\* El presente trabajo es parte de un extenso ensayo en el cual se realiza un estudio del Estatuto de Roma frente al ordenamiento jurídico de México. Por el interés que tiene para nuestro país -que estaría en una situación más o menos similar- se lo reproduce con la debida autorización del autor.

pretensión se halla considerablemente reducida—; b) es permanente, también a diferencia de los tribunales de Nüremberg, Tokio, la ex-Yugoslavia y Rwanda; c) conoce sólo de crímenes muy graves, que posean trascendencia internacional: los que afectan los valores más elevados e interesan o repercuten más allá de las fronteras domésticas de algún Estado; y d) es complementario de la jurisdicción nacional, lo que implica que el órgano internacional no desplaza necesariamente a los nacionales, salvo cuando éstos no quieren o no pueden actuar, o lo hacen de manera deficiente.

El principio de subsidiaridad que se refleja en el carácter complementario de la Corte, principio conocido en otras jurisdicciones internacionales —las de derechos humanos, por ejemplo—, entraña por fuerza una valoración del órgano internacional acerca de la idoneidad del nacional y sobre la pertinencia o justificación de las sentencias que éste emita. En suma, además de la posibilidad de juzgar al infractor, existe la posibilidad —o necesidad, mejor todavía— de juzgar a la justicia, valga la expresión, que previamente juzgó al criminal.

## 2. Ambito de competencia

Bajo este epígrafe consideraré la competencia subjetiva de la Corte en su doble vertiente: a) la relativa a los Estados que la aceptan en general o en particular, y b) la concerniente a las personas sujetas a su jurisdicción a título de inculpados. Asimismo, me referiré a la competencia material, que implica un tema de gran importancia: el ámbito de los delitos internacionales, esto es, la codificación del Derecho penal internacional, contenida en el Convenio de Roma, sin perjuicio de que haya otras acepciones acerca de los delitos internacionales, como la que califica de esta forma a las infracciones previstas en instrumentos de alcance universal o regional, luego integradas en la legislación punitiva de los Estados. Así, el propio Estatuto manifiesta, al ocuparse en el principio *nullum crimen sine lege*, que “nada de lo dispuesto (a este respecto) afectará la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto” (artículo 22.3).

Por lo que hace a la primera cuestión —la competencia subjetiva—, y en lo que atañe a los Estados vinculados a la competencia de la Corte, hay un supuesto genérico y varios supuestos específicos, y entre éstos se distingue, a su vez, entre los Estados que son parte en el Convenio y los que no lo son. En primer término —la hipótesis de carácter genérico— la competencia de la Corte se sustenta en el incorporación del Estado como parte en el Convenio de Roma. En efecto, el “Estado que pase a ser parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5” (artículo 12.1), cuyo contenido mencionaré

adelante. No existe, pues, cláusula facultativa de admisión, como la que rige en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que hace a los Estados parte en el Pacto de San José. Es natural que así sea: el único objeto de la Convención de Roma es instituir la Corte y dotarla de atribuciones jurisdiccionales, y por ello no es lógico que un Estado que se constituye como parte de la Convención pueda quedar exceptuado de obligaciones precisamente con respecto a la Corte, mientras no las acepte explícitamente.

En cuanto a los supuestos específicos, relacionados con Estados que son parte en el Estatuto, el artículo 12.2 señala que cuando se trate de los casos previstos en los apartados a) o c) del artículo 13 (es decir, cuando un Estado parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido alguno de los crímenes recogidos en el Estatuto -caso del apartado a)-, o cuando el Fiscal ha iniciado oficiosamente una investigación sobre dichos delitos -caso del apartado c), la Corte podrá ejercer su competencia: i) a propósito del Estado “en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate” o el Estado de matrícula de un buque o una aeronave, si el crimen se hubiese cometido a bordo de éstos (inciso a); y ii) a propósito del Estado “del que sea nacional el acusado del crimen” (inciso b).

Finalmente, en el último supuesto específico, surge la competencia de la Corte con respecto a los Estados que, sin ser parte en la Convención, acepten aquélla para el conocimiento de cierto delito (artículo 12.3).

Por lo que hace a los individuos potencialmente responsables de los delitos previstos en el Estatuto, sobre los que se extiende la competencia de la Corte, el Estatuto dispone, en forma consecuente con la idea que prevalece en el plano internacional sobre edad de responsabilidad penal -según se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño- que aquélla “no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen” (artículo 26).

### **3. Integración**

El tribunal que ahora examinamos estará constituido por dieciocho magistrados. En Derecho internacional se suele exigir que los integrantes de los órganos jurisdiccionales posean relevantes calidades de diverso carácter: personales y profesionales. Así sucede en el caso de la Corte Penal Internacional. En efecto, el artículo 36.3.a) señala que dichos magistrados “serán elegidos entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países”.

Además de ese natural requerimiento, hay otros que se desprenden de las atribuciones sustantivas y el alcance territorial del organismo. En primer término, se demanda que los elegidos posean “reconocida competencia” y “experiencia” en Derecho y procedimientos penales, o bien, en “materias pertinentes de Derecho internacional”: Derecho internacional humanitario y normas de derechos humanos. En segundo término, los electores de magistrados —la Asamblea de los Estados parte en la Convención— deben atender la necesidad de que haya representación de los principales sistemas jurídicos del mundo, distribución geográfica equitativa y representación equilibrada de varones y mujeres. En principio, los electos sirven en sus cargos durante nueve años. La regla de no reelección tiene escasas salvedades.

Los órganos del tribunal, cada uno con específicas atribuciones, son la Presidencia, las secciones de cuestiones preliminares, primera instancia y apelaciones -de las que provienen, en su momento, los integrantes de las Salas respectivas-, la Fiscalía y la Secretaría.

#### 4. Procedimiento

En forma sintética describiré el procedimiento ante el tribunal. En el inicio se plantean tres hipótesis de legitimación (artículo 13): a) cualquiera de los Estados parte puede remitir al fiscal “una situación en que parezca haberse cometido” alguno de los crímenes de Derecho internacional que contempla la competencia material del organismo; b) lo mismo puede hacer el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas; y c) el fiscal puede iniciar *motu proprio* la investigación, “sobre la base de la información acerca de un crimen de la competencia de la Corte” (artículo 15.1). No hay precisión acerca de la fuente de este informe; corresponde al fiscal analizar su veracidad.

El Fiscal determinará si existe razonable fundamento para investigar. Asimismo, tomará en cuenta que el enjuiciamiento redunde en interés de la justicia (artículo 53.1.c). En tal virtud, entran en juego los principios de legalidad (razonable fundamento) y oportunidad (interés de la justicia), éste como correctivo o moderador de aquél, con las sabidas ventajas y desventajas que ello representa. Corresponde al propio Fiscal analizar las pruebas, indagar elementos eximentes e incriminantes y adoptar medidas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento. Compete a la Sala de Cuestiones Preliminares resolver en definitiva sobre el enjuiciamiento mismo y acerca de varios temas inherentes a éste: órdenes de detención,

medidas precautorias, autorización al Fiscal para investigar en un Estado parte cuando no se cuenta con la cooperación de éste, libertad provisional del inculpado, etcétera.

En la fase de investigación se plantea por primera vez —ocurrirá de nuevo, llegado el caso, en el proceso mismo— una de las atribuciones más relevantes y cuestionadas del Consejo de Seguridad: éste puede solicitar a la Corte la suspensión de la investigación por un plazo de hasta doce meses; esta petición, que vincula a la Corte, puede ser renovada (artículo 16). Como se advierte, aquí opera nuevamente el principio de oportunidad, pues no habría otra razón para la suspensión de la causa, ya no en manos del Fiscal, como en el primer supuesto mencionado, sino del Consejo de Seguridad, poderoso órgano de la comunidad internacional en el que figuran cinco miembros permanentes, dotados con la facultad de veto.

Ante la Sala de Cuestiones Preliminares se realiza la audiencia de confirmación de cargos, que servirá para precisar si se dispone de pruebas suficientes para creer que el imputado cometió el delito que se le atribuye. Con este sustento, la Sala confirma o no los cargos. Si ocurre lo primero, se integra la Sala de Primera Instancia, órgano de conocimiento. Aquí surge una doble posibilidad: por una parte, la continuación normal del juicio hasta su natural conclusión, cuando el acusado se declara inocente; por la otra, la abreviación del procedimiento y el fallo respectivo, cuando aquél se declare culpable (artículos 64 y 65).

La admisión de culpabilidad no reviste efectos dispositivos plenos; no constituye por sí mismo, pues, un allanamiento eficaz que vincule a la Corte. Esta debe asegurarse de que el declarante comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración que hace; que ésta ha sido voluntaria y fue suficientemente consultada con el defensor; y que está corroborada por los elementos probatorios que constan en la causa. Aun en el caso de que se reúnan todos estos requisitos —correspondientes a las garantías procesales del inculpado y al principio de verdad histórica, que es doble garantía: del inculpado y de la justicia—, la Corte puede disponer la prosecución normal del proceso cuando “considere necesaria en interés de la justicia y en particular en interés de las víctimas, una presentación más completa de los hechos de la causa” (artículo 65.4.b). Ese interés de la justicia pudiera derivar del caso litigioso, en sí mismo, o de las consecuencias que éste pudiera tener sobre la marcha de la justicia internacional en general.

El Estatuto contiene diversas disposiciones concernientes a la prueba (*esp.* artículo 69), ampliamente fundadas en el principio, ya mencionado, de la verdad histórica. Las partes en el proceso pueden ofrecer pruebas pertinentes, pero el tribunal está facultado para ordenar otras, a fin de establecer la verdad de los hechos; es así que el organismo

judicial cuenta con potestades indagatorias que puede ejercer libremente. Como norma general, la admisibilidad de la prueba guarda relación con su legitimidad. Sin embargo, también hay salvedades. En efecto, el artículo 69.7 sostiene que no son admisibles las pruebas “obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”; y en seguida acota esa inadmisibilidad: a) cuando la violación “suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas”, y b) cuando la admisión de éstas “atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”. Por ende, si interpretamos el precepto *a contrario sensu*, habrá supuestos en que la prueba sea admisible y eficaz a pesar de la violación cometida. Finalmente, el Estatuto acoge el método de sana crítica para la valoración de las pruebas y la emisión del fallo correspondiente (artículo 74.2).

Ya me referí a las penas que puede aplicar la Corte, y abajo volveré más ampliamente sobre esta cuestión. Ahora conviene señalar que entre las consecuencias del delito cometido figura, como es natural, la reparación. En torno a este punto, el artículo 75.1 señala que la Corte “establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación” a favor de las víctimas o sus causahabientes. Con base en esos principios, determinará la magnitud de los daños, pérdidas o prejuicios. Surge aquí la posibilidad —que se infiere claramente de la letra de la norma— de que el tribunal constituya, mediante su propia jurisprudencia, las reglas de reparación. Por ello, esta parte de la sanción —habida cuenta de que la reparación proveniente de hecho ilícito tiene incuestionable naturaleza de sanción— depende de las reglas que fije el propio tribunal, no de las disposiciones de la convención.

Los recursos se tramitan y resuelven en la Sala de Apelaciones. Esta conoce de apelación y de revisión; la última equivale al reconocimiento de la inocencia o irresponsabilidad penal del inculcado. Están legitimados para apelar tanto el Fiscal como el inculcado. En el caso de aquél, las causales de apelación tienen carácter cerrado: sólo vicio de procedimiento, error de hecho y error de derecho. Si se trata del inculcado, las causales tienen carácter abierto: además de las ya mencionadas, se incluye “cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo”. Conviene advertir que el Fiscal puede apelar tanto en lo que respecta a su propia pretensión, como en lo que corresponde a las defensas del inculcado: se dice que éste “o el Fiscal en su nombre, podrá apelar...” (artículo 91.1). Esta figura parece introducir una legitimación a favor de la ley, o más ampliamente, a favor de la justicia.

La apelación puede culminar en revocación o enmienda —modificación, se entiende— del fallo o de la pena, o bien, en celebración de un nuevo juicio ante otra Sala de Primera Instancia (artículo 83.2). En este caso, como en cualesquiera semejantes del

Derecho interno, el señalamiento de que la apelación puede traer consigo la mera revocación del acto impugnado, deja pendiente una cuestión: ¿qué queda en el lugar de la resolución revocada? Por otra parte, la celebración de nuevo juicio implica la anulación del anterior; en consecuencia, la apelación opera como recurso de nulidad.

Obviamente, el éxito del enjuiciamiento internacional a cargo de un Fiscal y un tribunal de este mismo carácter, que no cuenta con las posibilidades —jurídicas y materiales— de que disponen los equivalentes nacionales, depende en buena medida de la cooperación que brinden los Estados partes. El Estatuto contiene reglas a este respecto (artículo 87), que abarcan la hipótesis de que la Corte invite a un Estado no parte a prestar asistencia al organismo internacional, así como la de que aquélla solicite información o documentos a organizaciones intergubernamentales. En contrapartida, un Estado no parte podría requerir colaboración de la Corte. Entre las medidas comprendidas bajo el concepto de cooperación figuran: detención y entrega de personas, identificaciones, pruebas, facilitación de comparencias, traslado provisional de personas, medidas de protección de personas y pruebas, allanamientos, decomisos, aseguramiento de bienes, etcétera.

La participación en el convenio sobre justicia penal internacional, que puede significar notables deberes para el Estado nacional —en un sector particularmente delicado, como es el de la persecución penal—, lleva a que el Estatuto reclame la necesaria congruencia entre los deberes internacionales y los poderes internos: “Los Estados partes se asegurarán de que en el Derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte” (artículo 88) (se refiere a la Parte IX del Estatuto: “De la cooperación internacional y la asistencia judicial”).

Es interesante observar que el Estatuto de la Corte Penal acoge una tendencia mundial a reparar el daño causado por el delito, de una parte, o por el proceso, de la otra. Ya me referí a algunos extremos del resarcimiento que se debe a la víctima o a sus derechohabientes. Añádase la existencia de un Fondo Fiduciario, por decisión de la Asamblea de los Estados parte, cuyo patrimonio se integra con lo que se reciba en concepto de multa o decomiso, que beneficia a las víctimas y sus familiares (artículo 79). En el otro extremo —pero todavía en el espacio de las víctimas— se halla la reparación de los daños causados a quien sufre las consecuencias del error en la persecución o en el juzgamiento; por ello se previene indemnización al detenido o recluso ilegalmente, al condenado por error judicial, e incluso —en circunstancias excepcionales— al liberado por absolución o sobreseimiento (artículo 85).

Si la sentencia es condenatoria, la pena se ejecuta en el territorio y la institución correspondientes a alguno de los Estados que hubiesen manifestado su disposición para ello (artículo 103), tomando en cuenta la corresponsabilidad ejecutiva que tienen los Estados (concebida como un “principio”), de conformidad con las normas de distribución equitativa que fijen las Reglas de Procedimiento y Prueba expedidas por la Corte, y tomando en cuenta la opinión del condenado, su nacionalidad y otros factores relacionados con las circunstancias del crimen o del autor y la ejecución eficaz de la pena. Si ningún Estado ofrece la ejecución de la pena, ésta se hará en el Estado anfitrión con arreglo al acuerdo de sede.

## **5. Cuestiones relevantes**

Me ocuparé en seguida de algunos puntos relevantes del convenio, que sugieren motivos de reflexión a los juristas, además de los que pudieran suscitar, como en efecto ocurre, a quienes analizan el instrumento a la luz de una larga tradición jurídica que se aloja en constituciones, leyes y prácticas nacionales. El examen que sigue no pretende arribar, por ahora, a una toma de posición personal.

Creo que debemos llegar a una jurisdicción internacional en este orden de relaciones, como lo hemos hecho en otros: así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El destino parece claro y corresponde a la antigua necesidad de perseguir el crimen dondequiera que se cometa y amparar a la sociedad, en un amplísimo sentido: no sólo la sociedad inmediata y la sociedad nacional, sino también la humanidad misma, a partir de la convicción generalizada y el compromiso jurídico con bienes y valores de la más alta jerarquía, como la vida humana, la seguridad y la paz. El problema radica en la forma de llegar a ese destino elevado. Los obstáculos en el camino —o bien, los signos que ahí existen, y que difícilmente podríamos remover sin reflexión profunda y cuidadoso análisis de sus implicaciones— han planteado debates en el pasado, pero también merecen deliberación en el presente.

### **a) Delitos sujetos al conocimiento de la Corte (competencia material)**

Dije ya que el Convenio de Roma codifica los delitos internacionales y establece, a partir de ello, la competencia material del tribunal que ahora examinamos. Por sus características como órgano de una jurisdicción internacional, que se reconoce como subsidiaria de la nacional y que funda su pertinencia en la persecución de delitos que agravian a la humanidad en su conjunto —o bien, el sentimiento de humanidad en que se basa la vida social—, la Corte no conoce de cualesquiera delitos, sino sólo de los

que son más graves y afectan más severamente esos bienes y valores indispensables. Sobre este concepto se construye el breve ordenamiento penal sustantivo recogido en el convenio, que a su vez concreta la tendencia universal a disponer de una codificación de esta materia con alcance internacional —enclave del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*— y fija el ámbito de competencia material del órgano.

El Estatuto recoge aquel principio total del orden jurídico penal moderno. Efectivamente, “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte” (artículo 22.1); y “la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto (*rectius*, sujeto) de investigación, enjuiciamiento o condena” (22.2). Empero, la formulación de tipos no se ajusta rigurosamente a estas disposiciones, como adelante veremos, además de que la noción “elementos del crimen”, a la que también me referiré, deja en claroscuro la precisión de los tipos.

El conocimiento de la Corte se extenderá sobre cinco delitos, o si se prefiere, sobre cinco familias de delitos, de las cuales cuatro son la materia sustancial de la Corte y uno es materia incidental, vinculada con la marcha misma del procedimiento, no con situaciones anteriores a éste. También podemos clasificar estos delitos por su actualidad o inmediatez, que apuntan a una competencia actual o inmediata, en contraste con una competencia futura y mediata.

Sobre esta base, digamos que los delitos colocados como tema de competencia material e inmediata de la Corte —delitos que pueden ser analizados, a su vez, en numerosas figuras, tomando en cuenta sujeto pasivo, medios de comisión, daño causado, peligro corrido, etcétera— son genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (todos ellos mencionados en el artículo 5) e ilícitos contra la administración de justicia cometidos en el curso del propio enjuiciamiento internacional ante la Corte que desarrolla éste y que conocerá igualmente de aquéllos (artículo 70). Esta última hipótesis corresponde a lo que he llamado materia incidental; las otras concurren bajo el rubro, que también he utilizado, de materia sustancial.

En lo que respecta a la competencia futura de la Corte, consecuencia de la carencia actual de tipo penal, hay que tomar en cuenta el crimen de agresión, previsto genéricamente por el convenio. La definición de aquél se remite a futuras precisiones, que se harán en los complejos términos estipulados para las enmiendas (artículo 121) y la revisión del Estatuto (artículo 123), es decir, mediante una mayoría calificada: dos tercios de los Estados partes (no de los Estados presentes en la asamblea a la que se

someta el punto). En vista de que el convenio de Roma no contiene tipo alguno de agresión, no es posible saber ahora si éste y la competencia que sobre él ejerza la Corte serán consecuentes con las normas del Derecho interno de un Estado y con sus principios.

El genocidio se halla previsto y descrito en el artículo 6 del Estatuto; el artículo 7 del Estatuto se refiere a los crímenes de lesa humanidad. En lo que respecta a México, su Código Penal no contiene un capítulo que reúna las diversas conductas ilícitas consideradas por el Estatuto bajo aquel rubro. Por otra parte, no sería fácil y tampoco recomendable concentrarlas, si se toma en cuenta la diversa naturaleza de las violaciones respectivas. Algunas de éstas se hallan previstas en el Código Penal (así, el homicidio, que el Convenio invoca como asesinato; habría que precisar si se trata de homicidio básico o de homicidio agravado, como es probable, dada la intención lesiva que se proyecta más allá de la privación de la vida). Otras lo están en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Alguna más en la Ley General de Salud (cierta variedad del embarazo forzado, recogida en el artículo 7.1 y con precisiones en el 2.f).

En este punto surge uno de los riesgos más inquietantes que trae consigo la formulación de tipos penales con descripciones amplias y espacio para la elaboración jurisprudencial: la analogía. Es verdad que el artículo 22.2 del Estatuto adopta el principio de legalidad y rechaza aquel método de integración de la ley penal, como ya señalamos, cuando dice: “La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía...”. Pero también sucede que otros preceptos sugieren soluciones diferentes. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 7.1, en dos incisos. Uno de ellos —inciso g)— considera crimen de lesa humanidad la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u *otros abusos sexuales de gravedad comparable*”, y en esta misma línea, otro inciso —k)— sanciona “*otros actos inhumanos de carácter similar (a los restantes previstos en el inciso l) que causen intencionalmente grandes sufrimientos*”.

Para homologar las prevenciones internacionales y las nacionales, sería preciso complementar la legislación penal con el contenido de diversas normas del Estatuto, considerando asimismo las estipulaciones sancionadoras de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que traen consigo obligaciones legislativas y jurisdiccionales para nuestro país, como son: artículos 129 y 130 del Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, artículos 50 y 51 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, artículos 49 y 50 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, y artículos 146 y 147 del Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra.

En este asunto existe una disposición convencional que no opera en otros casos, a saber: “un Estado, al hacerse parte del Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 (crímenes de guerra) cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio”. Si llegase el caso de que México asumiera el carácter de Estado parte del convenio, sin actualizar su legislación punitiva en este sector, la Corte Internacional sería competente para conocer de estos hechos casi siempre, porque no existiría una jurisdicción penal nacional principal — en defecto de normas sustantivas—, de la que aquélla fuese subsidiaria.

### **b) Elementos del crimen**

El principio *nullum crimen sine praevia lege*, que entre nosotros consagra el artículo 14 constitucional, trae consigo diversas exigencias que ya forman parte de la cultura penal universal, a partir del siglo XVIII. Una de ellas es la exacta aplicación de la ley penal, que supone la formulación rigurosa y agotadora de los tipos penales. La norma legal —ley en ambos sentidos estrictos: material y formal— debe prever todos los datos que concurren a establecer el carácter delictivo de una conducta humana. Si el Estado nacional acepta determinada convención, que incrimina ciertas conductas y las sujeta directamente a enjuiciamiento y sanción, aquél debiera conocer exactamente el alcance de las disposiciones que en lo sucesivo observará y a cuya aplicación deberá prestar la más amplia colaboración. Otro tanto, en cuanto a conocimiento de la ley penal, se puede decir por lo que respecta a los individuos.

Ahora bien, el artículo 9 del Estatuto maneja un concepto mejor conocido en la práctica jurídica anglosajona que en la tradición continental europea: “Elementos del crimen”. El inciso 1 señala que estos elementos, “que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de los Estados partes”. De aquí se infiere que el texto actual del Estatuto contiene una parte del marco total de las normas penales internacionales, en tanto que otra —no adjetiva ni ejecutiva: sustantiva, precisamente, vinculada con los tipos penales— se hallará en otro texto, por ahora desconocido para los Estados partes en el Convenio, y cuya posible importancia queda de manifiesto por la exigencia de que la incorporación de esos elementos cuente con la citada mayoría de dos tercios de votos, la misma que se requiere para introducir enmiendas al Estatuto. Hay una advertencia destinada, seguramente, a aliviar observaciones de este carácter: “Los elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

Para precisar la naturaleza de los llamados elementos del crimen, parece surgir una doble posibilidad: a) que ese concepto sea sinónimo de elementos del tipo penal — como ocurriría si se emplease en nuestro propio lenguaje jurídico-penal—, lo cual implica, de entrada, que el Estatuto no agota la descripción de los tipos penales, y que éstos deberán ser precisados e integrados por futuras disposiciones; o b) que esa expresión sólo abarca consideraciones relativas a la interpretación de los tipos, al análisis de algunos de sus elementos previstos explícitamente en el Estatuto, ateniéndose a la extensión de éste, sin modificarlos en modo alguno, para facilitar la interpretación y la correcta aplicación. Difícilmente se podría asumir un compromiso que reconozca como delictuosas unas conductas que sólo llegarían a serlo mediante la combinación de dos descripciones: la ya conocida, que consta en el Estatuto, y la que se deja pendiente a título de “elemento del crimen”. En suma, el Estado suscriptor no sabría bien a bien cuál es el alcance de los tipos previstos en el Estatuto, pero sujetos a determinado complemento en actos posteriores.

### **c) Penas**

El Estatuto prevé varias penas aplicables a los delitos que establece (artículo 77). Aquéllas son: reclusión por no más de treinta años, reclusión a perpetuidad, cuando tal cosa se justifique en función de la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, multa —con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba— y decomiso del producto, bienes y haberes procedentes directa o indirectamente del crimen. Esta regulación suscita algunos comentarios.

Como se ha dicho, la aplicación de penas se sujeta a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del condenado. Regularmente, la ley penal establecería la sanción aplicable a cada delito, aun cuando la medida de ésta —más en cantidad que en entidad— quedase en manos del órgano jurisdiccional, facultado también para sustituir y moderar las penas, tomando en cuenta, entre otros datos, esas circunstancias personales del sujeto a título de factor de individualización.

El Estatuto, en cambio, no fija correlación expresa entre los delitos cometidos y las sanciones aplicables, de lo que se infiere la posibilidad de imponer cualquiera de éstas por cualquier delito, con las modalidades o inflexiones que provengan de los indicadores asociados a la gravedad del hecho y las circunstancias del autor. Tampoco es afortunada la remisión que se hace en el caso de la multa, que se halla sujeta, en definitiva, a unas reglas emitidas por la propia Corte —que debieran tener carácter más bien orgánico y procesal, y acaso ejecutivo, que sustantivo—, no a unas disposiciones expedidas por el legislador: la Asamblea de los Estados.

El Estatuto registra la posibilidad de reducción de la pena cuando se ha cumplido las dos terceras partes de la prevista para la prisión o veinticinco años en el caso de cadena perpetua. Entre los factores para esa reducción figura la discutible y discutida colaboración del reo, que propicia negociaciones entre la autoridad y el infractor: que éste haya facilitado espontáneamente la ejecución de las órdenes y decisiones de la Corte en otros casos, en especial por medio de la ayuda para localizar bienes sobre los que recaigan multas, decomisos o reparaciones (artículo 110.4.b).

#### **d) Reclusión a perpetuidad**

Un punto digno de análisis se suscita a propósito de la previsión, por parte del artículo 77.1.b del Estatuto, de la reclusión a perpetuidad como pena aplicable por la Corte Penal Internacional. No existe esa pena en la Constitución mexicana, pero tampoco se prohíbe en ella. Ha desaparecido formalmente de la legislación secundaria, aunque de hecho reaparece a través de ciertas disposiciones recientes que extreman la duración de la pena privativa de libertad. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado en algunas sentencias de antigua fecha —1931 y 1939— que la cadena perpetua es inconstitucional por ser pena inusitada. En algún caso más reciente, la justicia federal concedió amparo a dos personas contra la resolución de la Secretaría de Relaciones Exteriores favorable a la extradición de aquéllas a los Estados Unidos de América, ante el peligro de que se les impusiera aquella pena.

#### **e) Ne bis in idem**

La Constitución mexicana sostiene que nadie podrá ser sentenciado dos veces por el mismo hecho, sea que en la primera sentencia se le absuelva, sea que se le condene (artículo 23) La estricta norma constitucional, que consagra el *ne bis in idem*, tiene una vía de escape en la legislación nacional, a favor del reo, cuando se emprende una revisión del caso —para reconocimiento de la inocencia o irresponsabilidad penal del sujeto—, que es, en esencia, un nuevo juicio de la misma persona y por los mismos hechos que fueron considerados en una sentencia definitiva anterior. Nada existe en el sentido opuesto, es decir, para sujetar a nuevo juicio al individuo absuelto. Incluso, se ha criticado —quizás sin razón— la figura de la libertad procesal con reservas o libertad por falta de elementos para procesar, considerando que pudiera entrañar una especie de absolución de la instancia o sobreseimiento provisional.

El Estatuto, comprometido en la lucha contra la impunidad, que se presentará si los Estados no brindan la más amplia colaboración persecutoria, ni hacen por sí mismos, bajo su propia jurisdicción primordial, lo que se espera de ellos en este orden de cosas, ha debido enfrentar el problema de los procesos de conveniencia o fraudulentos. He aquí un asunto de obvia relevancia, que puede dar al traste con el designio persecutorio del Derecho penal internacional, y desde luego del nacional. La preocupación del legislador penal internacional guarda relación con la del legislador del Derecho internacional de los derechos humanos que dispone el agotamiento de los recursos internos antes de que los externos puedan operar, y como condición para que esto ocurra.

El temor a los juicios arreglados, que desembocan en decisiones benignas, inconsecuentes con los delitos cometidos, o absolutorias de verdaderos delincuentes, se halla en el origen de las salvedades al principio *ne bis in idem*, una de las reglas esenciales de la justicia penal democrática. El artículo 20 del Estatuto, relativo a la cosa juzgada, abre la posibilidad de que la Corte conozca y resuelva en un segundo enjuiciamiento contra la persona y por los hechos considerados en un proceso anterior. La expresión utilizada por el Convenio abarca tanto los procesos pendientes ante la justicia nacional como los concluidos ante ésta por sentencia condenatoria o absolutoria.

Hay varios supuestos en que decae la regla *ne bis in idem* y aparece la competencia de la Corte Penal Internacional a pesar de que hubo proceso y sentencia en otro tribunal. Esto sucede cuando: a) el proceso anterior obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes cuyo conocimiento corresponde a la Corte; b) dicho proceso no fue instruido en forma independiente e imparcial, de conformidad con las garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional; o c) el enjuiciamiento previo se hizo de alguna manera que, en las circunstancias del caso, resulte incompatible con la intención de someter al inculcado a la acción de la justicia.

No es esta la primera vez que el principio *ne bis in idem* queda comprometido bajo normas de alcance internacional. Ha sucedido en otros supuestos penales y también ocurre en los términos del artículo 35 del Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, de 1972, que no obliga a los Estados contratantes, salvo al que solicitó la instrucción del procedimiento, “a reconocer el efecto de *ne bis in idem* si el hecho que haya dado lugar a la sentencia hubiese sido cometido contra una persona, una institución o una propiedad de carácter público o si la persona contra la que se pronunció la sentencia tenía carácter público en ese Estado”.

## **f) Investigaciones en el territorio del Estado**

En nuestro sistema procesal penal constitucional, la investigación y persecución de los delitos (cometidos en México) incumbe sólo al Ministerio Público (mexicano: federal o estatal, según el caso) (artículo 21). La norma suprema entra en colisión con el Estatuto de la Corte Penal, que abre la posibilidad de que el Fiscal de la Corte realice investigaciones en el territorio de cualquier Estado parte del Convenio (artículo 54.2). Dicha actividad supone diversas potestades, que se reflejan sobre las atribuciones del Estado territorial, que cede ante la autoridad internacional, y los derechos de los particulares, que se hallarían sujetos a los requerimientos y las actuaciones de aquella autoridad. Tal sería el caso, por ejemplo, de las órdenes de comparecencia y la práctica de interrogatorios (artículo 54.3.b).

En este orden aparecen dos hipótesis, a saber: a) investigaciones practicadas en el territorio del Estado en el que se cometió el delito que se indaga, que es el supuesto sobre el que se proyectaría directamente el artículo 21 constitucional; y b) investigaciones en el territorio de un tercer Estado, caso que también interesa a la aplicación de esa norma suprema, pero puede quedar matizado por normas de colaboración judicial internacional.

## **g) Juicio por delitos cometidos en el país**

El mismo artículo 21 constitucional reserva a la autoridad judicial —se entiende que mexicana— la facultad de sancionar los delitos. Esto abarca todos los ilícitos cometidos en el territorio nacional, y en ciertos casos, fuera de éste. Es evidente que habría necesidad de modificar este precepto de la ley suprema para colocar bajo otra jurisdicción —con la que México colaboraría— el enjuiciamiento de ciertas conductas punibles.

## **h) Inmunidades de funcionarios**

El Título Cuarto de la Constitución mexicana establece un sistema de inmunidades en relación con diversos funcionarios de alto rango, tanto federales como locales. La **inmunidad** protege la función contra injerencias indebidas, precipitadas o ligeras. Para el procesamiento de los funcionarios inmunes es preciso que medie un acto del Congreso (declaratoria de procedencia, emitida por la Cámara de Diputados; en el supuesto de funcionarios locales se requiere asimismo el consentimiento del Congreso correspondiente).

Ahora bien, el artículo 27.2 del Estatuto previene claramente la ineficacia de esas inmunidades nacionales —constitucionales, inclusive—, y también de las provenientes de normas convencionales internacionales aplicables al Estado, en aras del enjuiciamiento penal internacional: “Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. Se comprende que el Estatuto rehuse eficacia a las inmunidades nacionales, que de lo contrario se convertirían en infranqueables inmunidades internacionales, y que no reconozca antejuicios locales que pudieran frustrar el juicio ante la Corte Penal Internacional. Empero, desde el ángulo del Derecho interno esa disposición suprime garantías funcionales en la medida en que implica restricciones a la libertad y seguridad del funcionario titular de la inmunidad.

#### **i) Diligencias a puerta cerrada o ex parte**

El artículo 72 del Estatuto permite la realización de diligencias a puerta cerrada o *ex parte*. Esto puede traer consigo que el inculpado carezca de la oportunidad de conocer lo que se plantee, pruebe y alegue en esas actuaciones. Difícilmente sería compatible esa disposición con el mandato constitucional que atribuye al inculpado y a su defensor la más amplia oportunidad de conocer los cargos y el material probatorio, y participar en la recepción de éste. Los mismos problemas surgirían a propósito de la posibilidad de llevar a cabo audiencias a puerta cerrada y presentar pruebas por medios electrónicos u otros, para proteger a víctimas, testigos o acusados (artículo 68).

Sobre este punto sería factible, sin embargo, incorporar un deslinde que permita distinguir, para los efectos de la legitimación de la diligencia o de la prueba, el caso en que la actuación no afecte ni pueda afectar, por sí misma, los derechos del inculpado, que no implicaría menoscabo de garantías previstas en la legislación nacional, de la hipótesis en que esa actuación interese los derechos del inculpado. En este supuesto la excepción al principio de publicidad y conocimiento significaría restricción de ciertos derechos fundamentales: por ejemplo, conocer los cargos que se hacen al inculpado y disponer, por parte de éste, de una defensa adecuada.

#### **j) Extradición**

La extradición internacional se realiza, generalmente, a petición de un Estado extranjero, en este caso sería a solicitud de la Corte Penal Internacional, facultada para este efecto por el artículo 89.1 del Estatuto. No parece razonable asimilar la extradición hacia la Corte a la extradición hacia un Estado; el régimen de extradición, vinculado

con bienes jurídicos del más alto rango —la libertad, ante todo— debe obedecer a una estricta legalidad (constitucionalidad, en la especie).

### **k) Imprescriptibilidad**

El artículo 29 del Estatuto señala: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Se sabe bien que la prescripción es una causa que extingue la pretensión punitiva o la potestad ejecutiva del Estado, por obra del tiempo que transcurre entre el momento en que se comete el delito o se cuenta con título ejecutivo de una sanción, por una parte, y aquel en que se inicia el enjuiciamiento o se pretende la ejecución, por la otra.

En este orden, el Estatuto no tropieza con normas constitucionales: en efecto, nuestra ley suprema no se ocupa de la prescripción penal; sólo entra en conflicto con la corriente dominante en el Derecho mexicano, que acepta la prescriptibilidad de la pretensión y de la potestad ejecutiva. Empero, nuestro Derecho ya contiene salvedades expresas o implícitas a esta última regla. Esto resulta, por una parte, de la ampliación extraordinaria, y en ocasiones desmesurada, en los plazos de prescripción (por ejemplo, la duplicación prevista en el segundo párrafo del artículo 101 del Código Penal de la Federación, por hallarse el inculpado o el condenado en el extranjero, o bien, la nueva duplicación —que funciona sin perjuicio de la anterior— establecida en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

### **l) Excarcelación por cumplimiento de sanción**

Conforme al artículo 81.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es posible que se prolongue la detención cuando el Fiscal apela; para ello se toma en cuenta el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito perpetrado y “las posibilidades de que se dé lugar a la apelación” (parece referirse a las posibilidades de que la apelación prospere).

### **m) Abono del tiempo de detención**

Con apoyo en el artículo 20 constitucional (de México), deberá abonarse a la pena privativa de libertad impuesta todo tiempo transcurrido en prisión preventiva. A diferencia de esta disposición enfática, que consagra un derecho terminante del sentenciado, el Estatuto formula una distinción. En efecto, el artículo 78.2 de ese ordenamiento señala, en un caso, imperativamente, que al imponer pena de reclusión la Corte “abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado”; y en otro, apenas facultativamente, que ese tribunal “podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito”.

## 6. Situación actual

Veamos el estado de la cuestión en este momento (agosto del 2000). México se abstuvo en la votación sobre el convenio que contiene el Estatuto, aprobado por mayoría; lo mismo hicieron otros 20 países. Votaron en contra Estados Unidos, China, India, Israel, Turquía, Filipinas y Sri Lanka.

México hizo notar entonces y posteriormente, de manera pública y formal, los motivos de su abstención. Entre ellos figuraron: a) el hecho de que el Estatuto faculte al poderoso Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para requerir a la Corte que posponga una investigación o un enjuiciamiento ya iniciados; b) la atribución al mismo Consejo, no a la Asamblea General, de legitimación para someter un asunto al conocimiento de la Corte; c) la exclusión del uso de ciertas armas de destrucción masiva (químicas, bacteriológicas y nucleares) del catálogo de los crímenes de guerra; y d) la adición, a última hora, de la mencionada cláusula sobre “elementos del crimen”.

Habida cuenta de la diversidad que existe entre algunas disposiciones relevantes del Estatuto y las normas que contiene la Constitución mexicana sobre las mismas materias, a las que me he referido en este comentario, se han dividido las opiniones en torno a la posibilidad y conveniencia de que nuestro país suscriba el Convenio. Quienes se oponen a la suscripción sostienen que ésta contravendría tanto el artículo 153 constitucional, que prohíbe celebrar tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos por la ley fundamental, como el artículo 133 de ésta, que exige la conformidad del tratado internacional con la Constitución de la República; por ende —se dice— la firma del Convenio de Roma desbordaría las atribuciones del Poder Ejecutivo. Hay que tomar en cuenta, además, que la firma de un tratado internacional genera obligaciones para el Estado suscriptor, en los términos de la Convención de Viena sobre Tratados: abstenerse de actos que frustren el objeto y fin del tratado que se suscribe. Es así que surgen, de inmediato, ciertos deberes a cargo del Estado suscriptor.

En la posición contraria, esto es, a favor de la suscripción del Convenio por parte de México, se aduce que la firma es *ad referendum*, esto es, el compromiso del Estado mexicano queda sujeto a un acto posterior del mismo Estado, que sólo ocurriría una vez que se revisara nuestro orden jurídico para hacerlo compatible con las disposiciones del instrumento internacional.

La integración del Estatuto al orden jurídico nacional, bajo el concepto del artículo 133 constitucional, implicaría una labor de adecuación o compatibilización que puede correr por cualquiera de estas dos vías:

a) reformar uno a uno todos los artículos constitucionales que entran en conflicto con el Estatuto de la Corte, sea que la reforma de aquéllos alcance sólo a los casos sujetos a la jurisdicción de ésta, sea que abarque cualesquiera hipótesis, tanto las relacionadas con delitos previstos en el convenio como las relativas a delitos de todo género, cuyo régimen corresponde al Derecho nacional, con lo cual se imprimiría un viraje completo a la justicia penal mexicana; o,

b) asumir en bloque el Estatuto, como lo hizo Francia a través del nuevo artículo 53.2 de su Constitución, que previene: “La República puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998”. Esto significaría la existencia de dos sistemas de justicia: el ordinario, con garantías plenas, y el especial, con garantías reducidas o condicionadas, asociado con el régimen de la Corte Internacional.



# EL FUTURO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Manuel E. Ventura Robles**

## **Introducción**

Para poder predecir, sobre bases ciertas, el futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, la Corte Interamericana o el Tribunal), órgano jurisdiccional y, por ende, principal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debe analizarse con detenimiento el proceso de evaluación, reforma y fortalecimiento del mismo que, desde el año 1996, se inició por disposición de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”).

Como consecuencia de ese proceso de evaluación, reforma y fortalecimiento ha tenido lugar dentro del sistema interamericano un rico diálogo en el que han participado los Estados Miembros de la OEA<sup>1</sup>, la mayor parte de ellos Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”)<sup>2</sup>, de los cuales también la mayoría ha aceptado la competencia contenciosa del Tribunal<sup>3</sup>, los órganos de protección establecidos en la Convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) y la Corte, así como las organizaciones de la sociedad civil.

Las conclusiones y recomendaciones que, producto de este diálogo, ha hecho la Asamblea General de la OEA muestran claramente, para aquellos que han expresado que el sistema interamericano de los derechos humanos debe dejarse tal cual como está, que hay mucho que mejorar, y para aquellos que estimaban necesario un cambio para fortalecer el sistema, que éste debe realizarse de una manera consensual y paulatina.

La mejor manera de analizar con cuidado y detenimiento este proceso histórico, que sentará las bases de lo que será en el futuro el sistema de protección de derechos humanos establecido por la OEA, y el de sus órganos de protección, la Corte y la Comisión, es verlo cronológicamente. Consecuentemente, iniciaremos ese análisis en el año 1996.

## **LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA CELEBRADA EN EL AÑO 1996**

Las primeras resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre evaluación, reforma y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, fueron aprobadas en el año 1996. Mediante los puntos resolutivos 13 y 15 de la Resolución AG/RES. 1404 (XXVI-O/96) se dispuso lo siguiente:

13. Encomendar al Consejo Permanente que realice una evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos con miras a iniciar un proceso que permita su perfeccionamiento, incluida la posibilidad de reformar los instrumentos jurídicos correspondientes y los métodos y procedimientos de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para lo cual solicitará la colaboración de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que informe a la Asamblea General en su próximo período ordinario de sesiones.

15. Promover un diálogo entre los Estados miembros, entre éstos con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con expertos en la materia, con miras a contribuir a un proceso de reflexión que permita el perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos.

Con el propósito de ayudar a los Estados, a los órganos de protección, a los expertos y a las organizaciones de la sociedad civil a sostener un diálogo fructífero sobre esta materia, el Secretario General de la OEA, Doctor César Gaviria Trujillo, presentó a consideración del Consejo Permanente, en el mes de noviembre de 1996, un documento denominado "Hacia una nueva visión del sistema interamericano de derechos humanos". Este documento, de gran importancia y valía, identifica muchos de los problemas del sistema y propone soluciones concretas a ellos.

Para dar cumplimiento al punto resolutivo 15, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebró los días 2, 3 y 4 de diciembre de 1996, en la sede de la OEA en Washington, D. C., E. E. U. U., el seminario denominado "El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos". En él participaron jueces, comisionados, exjueces y excomisionados, expertos en derechos humanos y miembros de ONGs.

Las conclusiones de la Comisión Interamericana y las minutas de las exposiciones realizadas por los participantes se encuentran en el documento OEA/Ser. /L/V/II.95.

Por su parte, el Consejo Permanente de la OEA, mediante su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, con el fin de ejecutar el punto resolutivo 13 antes citado, realizó varias sesiones para considerar la evaluación y el perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos. En dichas reuniones diversos gobiernos presentaron comentarios y observaciones sobre el tema y, en el mes de abril de 1997, el Consejo Permanente convocó, mediante Resolución CP/Res. 687 (1089/96), a una sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, en la que participaron expertos gubernamentales que formularon conclusiones sobre el tema de la promoción internacional de los derechos humanos, y que avanzaron decididamente en la identificación de mecanismos y criterios para el perfeccionamiento de la protección internacional de los derechos humanos en América.

### **LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA CELEBRADA EN EL AÑO 1997**

En el siguiente año, 1997, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución AG/RES. 1488 (XXVII-O/97), mediante la cual tomó nota con beneplácito del Informe del Consejo Permanente sobre la evaluación del funcionamiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos; acogió, también con beneplácito, las conclusiones de la Sesión Especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre promoción internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano, las cuales fueron motivo de otra resolución de la Asamblea General, AG/RES. 1489 (XXVII-O/97), y tomó nota con interés, tanto del Seminario sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que llevó a cabo la Comisión Interamericana en Washington, D. C., del 2 al 4 de diciembre de 1996, así como del documento de trabajo que el Secretario General de la OEA presentó al Consejo Permanente con el título "Hacia una nueva visión del sistema interamericano de derechos humanos".

Además, sobre el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, aprobó los tres puntos resolutivos que se transcriben a continuación:

4. Encomendar al Consejo Permanente que, en cumplimiento del punto 13 de la resolución AG/RES. 1404 (XXVI-O/96), a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y a fin de fortalecer y perfeccionar el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, continúe la consideración integral de los distintos aspectos relativos al mismo, formulando recomendaciones, de considerarlo

adecuado y a través de los órganos correspondientes, sobre eventuales reformas a los instrumentos jurídicos aplicables.

5. Encomendar al Consejo Permanente que someta a la consideración de la Asamblea General en su vigésimo octavo período de sesiones las recomendaciones a que se refiere el párrafo precedente, así como respecto de todo otro asunto que pueda contribuir al perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos.

6. Encomendar al Consejo Permanente que, a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y a fin de fortalecer y perfeccionar el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, promueva un diálogo que cuente con la debida cooperación de los organismos y entidades del sistema interamericano y, cuando proceda, con la del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y, según resulte adecuado, de otras organizaciones e instituciones gubernamentales y no gubernamentales.

## **LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA CELEBRADA EN EL AÑO 1998**

Como consecuencia de la Resolución anteriormente citada no se produjeron iniciativas o acciones concretas de los órganos políticos de la OEA ni de los órganos de protección de los derechos humanos por lo que la Asamblea, en 1998, mediante Resolución AG/RES. 1546 (XXVIII-O/98), dispuso

1. Promover iniciativas y medidas concretas que permitan fortalecer y perfeccionar el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos a fin de reforzar su estructura institucional y promover sus vínculos con los sistemas nacionales y las entidades regionales de promoción y protección de los derechos humanos.

2. Encomendar al Consejo Permanente que continúe, a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, con la consideración integral de los distintos aspectos relativos al fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, formulando recomendaciones, de considerarlo adecuado y a través de los órganos correspondientes, incluyendo eventuales reformas a los instrumentos jurídicos aplicables.

3. Encomendar al Consejo Permanente que, a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y a fin de fortalecer y perfeccionar el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, promueva un diálogo que cuente con la debida cooperación de los organismos y entidades del sistema interamericano y, cuando proceda, con la del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y, según resulte adecuado, de otras organizaciones e instituciones gubernamentales y no gubernamentales.

## **LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA CELEBRADA EN EL AÑO 1999**

Ante la falta de iniciativas concretas, La Asamblea General de la OEA de 1999 tomó una Resolución (AG/RES. 1633 (XXIX-O/99)), que reitera en lo fundamental la Resolución del año anterior. En efecto, la Asamblea resolvió:

1. Promover iniciativas y medidas concretas para reforzar la estructura institucional del sistema interamericano de derechos humanos en el marco de los instrumentos jurídicos que lo regulan y estimular el establecimiento de vínculos tanto con sistemas nacionales como con entidades regionales e internacionales con propósitos similares, a fin de fortalecerlo y perfeccionarlo.
2. Encomendar al Consejo Permanente que continúe con la consideración integral de los distintos aspectos relativos a la evaluación del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos para su fortalecimiento y perfeccionamiento, formulando las recomendaciones que considere del caso.
3. Encomendar al Consejo Permanente que promueva el diálogo y la cooperación entre los órganos, organismos y entidades del sistema interamericano y, cuando proceda, con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y otras organizaciones e instituciones gubernamentales y no gubernamentales.

## REUNIONES DE EXPERTOS CONVOCADOS POR LA CORTE A FINALES 1999 Y A PRINCIPIOS DE 2000

Con motivo de las recomendaciones hechas por la Asamblea General durante su reunión de 1999 y con ocasión de cumplirse ese año el 30 aniversario de haberse adoptado la Convención Americana en San José, Costa Rica, el 20 aniversario de la instalación de la Corte en esa misma ciudad y el 40 aniversario de la creación de la Comisión Interamericana, la Corte nombró desde el mes de enero de 1999 una comisión de jueces presidida por quien entonces era su Vicepresidente, Juez Antônio A. Cançado Trindade, para que realizara un gran seminario y varias reuniones de expertos, a finales de ese año y a principios del año siguiente, con el fin de debatir los puntos centrales de la reforma y fortalecimiento del sistema, para proponer las soluciones más apropiadas.

Antes de la celebración del Seminario que se realizó en noviembre de 1999, la Corte convocó a jueces y comisionados, expertos en derechos humanos y derecho internacional y a los actores del sistema de protección, es decir, los representantes de las ONG's que regularmente participan en la tramitación de los casos ante la Corte, a un diálogo de expertos que adoptaron varias recomendaciones para fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos.

La Corte reunió dichos expertos en su sede en San José, Costa Rica en las siguientes fechas: el 20 de septiembre de 1999; el 24 de noviembre de 1999; el 5 y 6 de febrero de 2000 y el 8 y 9 de los mismos mes y año. En la última reunión de expertos se adoptaron las recomendaciones que reflejan, también, los puntos tratados en reuniones anteriores. Dichas recomendaciones, las que a continuación se transcriben, aparecen en el documento OEA/Ser. G CP/CAJP-1627/00 <sup>4</sup>:

### **1. Participación de los individuos en el procedimiento ante la Corte**

Los presentes expresaron su deseo de una participación más amplia, efectiva y autónoma de los individuos en el procedimiento ante la Corte, en particular en actos tales como la presentación y descargo de pruebas y la formulación de alegatos. Señalaron que esto puede lograrse, de inicio, mediante una reforma reglamentaria, antes de que se considere un Protocolo a la Convención al respecto.

Además, observaron el papel que tienen los individuos ante la Comisión en el procedimiento en cuanto al eventual envío de casos a la Corte, a efectos de que sean consultados al respecto.

## 2. Especificidad del papel de la Comisión Interamericana

Los presentes hicieron ver el incremento, en la práctica, de la participación efectiva de los individuos en el proceso ante la Corte, lo que se ve reflejado en diversas disposiciones convencionales y reglamentarias. Al respecto, todos coincidieron en el propósito común de fortalecer la protección de los derechos de los individuos y su participación en el proceso, sin menoscabo del papel de la Comisión, el que puede no siempre coincidir con el de la presunta víctima dado el rol de la Comisión como guardián de la Convención.

Sin embargo, se expresaron dos posiciones sobre el papel de la Comisión en el procedimiento ante la Corte, las que se detallan a continuación:

Por un lado, algunos de los presentes pusieron énfasis en lo procesal, afirmando que mientras exista la disposición de la Convención que señala que sólo la Comisión y los Estados pueden someter casos a la Corte no se puede cambiar el papel de la Comisión, sin perjuicio de una mayor participación procesal de la presunta víctima.

Por otro lado, varios de los presentes hicieron hincapié en la titularidad de los derechos, afirmando que al ser el individuo el titular de los derechos sustantivos le debe corresponder la posibilidad de hacerlos valer, esto es, debe contar con derechos procesales cual si fuera parte.

## 3. Valoración de la prueba

Los participantes afirmaron que cuando la prueba ante la Comisión ha sido producida contradictoriamente, de manera oportuna y con las debidas garantías, ésta no debería, en principio, producirse nuevamente ante la Corte. En tal supuesto, se produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo el Estado, *inter alia*, disputar que se siguieron los procedimientos adecuados o que se derivaron de los hechos conclusiones que no son razonables. En todo caso, siempre la valoración de la prueba queda reservada a la Corte. Los participantes estuvieron de acuerdo que el principio de la oportunidad de la presentación de la prueba es relevante para la valoración de la misma. Además, señalaron la libertad de la Corte para la obtención de cualquier tipo de prueba, en cualquier momento y etapa procesal, resguardando el control de la misma por las partes y teniendo en cuenta la desigualdad fáctica entre éstas.

#### **4. Excepciones preliminares**

Se hicieron propuestas tendientes a agilizar el procedimiento de las excepciones preliminares.

#### **5. Cumplimiento de supervisión**

##### **5.a. Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Los presentes expresaron que la Corte debe continuar informando a la Asamblea General, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 de la Convención, los casos de incumplimiento de sus sentencias, para que ésta lo conozca de modo directo, procurando que ese mecanismo se torne efectivo.

Los presentes pusieron de relieve la obligación de los Estados de cumplir las decisiones de la Corte como lo establece el artículo 68 de la Convención, en aplicación del principio *pacta sunt servanda* y por tratarse además de una obligación del propio derecho interno de los Estados.

Los presentes sometieron las siguientes propuestas sobre la promoción del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana:

Promover mecanismos de cumplimiento de sentencias como el previsto en el artículo 27 del Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo presente el deber general del artículo 1.1 de la Convención y el deber complementario del artículo 2 de la misma. El artículo mencionado del Convenio de Sede dispone lo siguiente:

Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.

Considerar la posibilidad de que, independientemente de los procedimientos de cumplimiento de sentencia correspondientes, la Comisión interponga una demanda - o los individuos una petición ante la Comisión - solicitando a la Corte que determine una violación adicional de la Convención por parte del Estado, por incumplimiento de los fallos de la Corte.

Aplicación por parte de los Estados Partes de la garantía colectiva, en apoyo del deber de supervisión de los órganos del sistema interamericano de protección del cumplimiento de sus decisiones.

**5.b. Cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Los presentes coincidieron en que los Estados deben atender y cumplir de buena fe las recomendaciones de la Comisión Interamericana y que los mismos tienen la obligación, al haber suscrito y ratificado la Convención Americana, de realizar los mejores esfuerzos para aplicar dichas recomendaciones, en particular por emanar de un órgano principal de la OEA cuya función es la de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio.

Los presentes estuvieron de acuerdo en la aplicación por parte de los Estados Partes de la garantía colectiva, en apoyo del deber de supervisión de los órganos del sistema interamericano de protección del cumplimiento de sus decisiones.

Los presentes acordaron que sería conveniente que los Estados que no estén de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión, acudan a la Corte para una interpretación definitiva.

**6. Recursos adicionales para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos**

Los presentes expresaron que para poder llevar a la práctica las recomendaciones hechas por los expertos, para que los órganos de protección del sistema puedan cumplir con sus funciones apropiadamente, es necesario que los Estados los apoyen con los recursos económicos adecuados e indispensables para este fin.

Los participantes encomendaron a la Secretaría de la Corte la preparación de un estudio sobre el tema.

## **SEMINARIO “EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI”**

Como se dijo anteriormente, con motivo de celebrarse el 22 de noviembre de 1999 treinta años de haberse adoptado la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica y de haberse cumplido en el mes de noviembre de ese mismo año veinte años de la instalación de la Corte en esa misma ciudad, ésta organizó un Seminario, al que convocó a expertos del más alto nivel, para que debatieran los temas esenciales que tienen que ver con la reforma y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Dicho Seminario se realizó los días 23 y 24 de noviembre de 1999 y a él concurrieron, además de los expertos antes mencionados, los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión.

Los participantes en el Seminario desarrollaron importantes puntos de reflexión, lo que permitió alcanzar las siguientes conclusiones (documento OEA/Ser. G CP/CAJP-1627/00)<sup>5</sup>:

### **1. Sobre la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Dentro de este tema, fueron tratados los siguientes subtemas:

#### **1.a Orden y valoración de las pruebas**

Los participantes señalaron que las pruebas no solamente deben valorarse siguiendo un criterio lógico-formal, sino también con un criterio estimativo, valorándose las pruebas en la forma que sea más adecuada para la protección de los derechos humanos, sin soslayar, por supuesto, los derechos de los Estados.

Al respecto, se sugirió una reforma a los Reglamentos de la Corte y de la Comisión, así como la coordinación de los esfuerzos de estos dos órganos para aligerar el proceso probatorio, tendiendo a la no repetición y salvaguardando la garantía del derecho de la defensa de las partes dentro del proceso.

#### **1.b Solución amistosa: experiencia de la Corte**

Se manifestó que la Corte no puede auspiciar o tomar la iniciativa para un arreglo amistoso, pero que no puede, si el mismo ocurre, oponerse a considerarlo. Para aceptarlo, es necesario que el Estado demandado reconozca los hechos y acepte su responsabilidad internacional.

#### 1.c Reparaciones: experiencia de la Corte

Los participantes afirmaron que la Corte ha avanzado mucho en este aspecto, desarrollando principios y conformando una práctica racional para el otorgamiento de reparaciones pecuniarias. Manifestaron además que la Corte debe supervisar el cumplimiento de sus decisiones por parte de los Estados. En este sentido, afirmaron que la *executio* está presidida por tres principios indispensables y característicos: a) el fallo de la Corte será definitivo e inapelable; b) los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en que sean partes; c) el cumplimiento de las decisiones de la Corte está sujeto a supervisión del propio Tribunal, tanto en sentencia de fondo como en sentencia de reparaciones.

#### 1.d Cumplimiento de las sentencias de la Corte

Se resaltó la necesidad de la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, de modo de asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes. Urge que los Estados Partes en la Convención adopten mecanismos internos de ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana. El incumplimiento de una sentencia de la Corte hace incurrir al Estado en cuestión en una violación adicional de la Convención.

## **2. Sobre las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:**

En el seminario se abordaron tres temas al respecto:

### 2.a Examen de comunicaciones: experiencia de la Comisión

En este sentido, se realizaron los siguientes planteos: la necesidad de mejorar el tratamiento de la prueba para que no haya duplicidad en este campo entre la Corte y la Comisión; la conveniencia de que exista participación directa de las víctimas en el proceso ante la Corte; y la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias de la Corte y el acatamiento de buena fe de las recomendaciones de la Comisión. Además, se exhortó a todos los Estados Miembros de la OEA a que ratifiquen la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como los demás tratados de derechos humanos dentro del sistema interamericano y a que acepten la competencia contenciosa de la Corte.

#### 2.b Observaciones *in loco* e informes sobre situaciones de derechos humanos

Las observaciones *in loco* son, a veces, la única respuesta posible cuando existen violaciones masivas graves y que afectan a una multitud de personas. El informe que se realiza en virtud de ellas persigue el esclarecimiento de los hechos en situaciones generales. A su vez, mediante un diálogo con el Gobierno involucrado, busca prevenir situaciones violatorias de derechos humanos.

#### 2.c Solución amistosa

Al respecto, se señaló que cuando la protección de los derechos humanos se convierte en una política de Estado, el reconocimiento de la responsabilidad internacional por violaciones y el allanamiento frente a los hechos contribuye al enriquecimiento y fortalecimiento del sistema. Se señaló que la solución amistosa consiste en la búsqueda común de la verdad de los hechos en un caso, lo que, cuando se alcanza, contribuye al fortalecimiento del sistema.

### **3. Sobre el compromiso de la comunidad internacional con la protección internacional efectiva de los derechos humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano:**

A este respecto, los participantes manifestaron que era necesario, para el perfeccionamiento y dinamismo del sistema, la constitución de una Corte permanente, con una Secretaría debidamente fortalecida. La responsabilidad primordial al efecto recae en los Estados Miembros que han creado el sistema de protección y que deben, por lo tanto, dotarlo de los recursos necesarios para que pueda desempeñarse eficazmente. Al respecto, se señaló que el éxito o fracaso de los instrumentos internacionales depende en definitiva de la voluntad política de los Estados involucrados. Si la OEA no está en capacidad de financiar adecuadamente el sistema interamericano de protección, los órganos que lo integran deben conseguir los fondos adicionales que necesitan a través de proyectos que se presenten a los organismos internacionales de financiamiento. Para esto sería necesario la elaboración de un plan estratégico conjunto en el cual se le explique a las distintas agencias donantes hacia dónde se quiere ir, cómo se quiere llegar y cuáles son los recursos que se van a necesitar, ante lo cual es necesaria la unidad, la cooperación y la buena voluntad de los distintos órganos del sistema.

#### **4. Sobre la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Se hizo hincapié en la importancia de la función consultiva de la Corte, la que ha generado jurisprudencia internacional y constituye un mecanismo para hacer frente a los nuevos desafíos que enfrenta el sistema interamericano de protección.

#### **5. Sobre la aplicación de la Convención Americana *vis-à-vis* el Caribe:**

Se manifestaron la necesidad e importancia de una mayor participación por parte del Caribe en el sistema interamericano de protección, y se expresaron las percepciones sobre la materia de los países de la región.

#### **6. Sobre el acceso a la justicia en el plano internacional:**

Parece haberse formado consenso en relación con el establecimiento de la Corte Interamericana como órgano jurisdiccional ante el cual se debe asegurar la más amplia participación de los individuos. La Comisión, naturalmente, debería mantener sus funciones como guardián de la Convención y desarrollar las funciones no contenciosas que ha ejercido con gran eficacia, sobre todo en relación con las observaciones *in loco*.

Existe una verdadera línea de evolución que ha transformado a los individuos en verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con plena capacidad jurídica para actuar. Al respecto, se señaló que al reconocimiento de derechos debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos. El individuo debe estar dotado de *locus standi in judicio* en todas las etapas ante el Tribunal. Es de la propia esencia de la protección internacional, el contradictorio entre las presuntas víctimas o sus representantes y los Estados demandados.

#### **7. Sobre el fortalecimiento del papel de las ONG's en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos:**

En este sentido se manifestó que las ONG's tienen un papel muy importante por cumplir que incluye, además de la participación en la tramitación de casos, la capacitación y educación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un nuevo desafío para las mismas es la necesidad de la participación de las víctimas dentro del sistema interamericano de protección. También se indicó como una responsabilidad muy importante de las ONG's la de dar seguimiento a nivel nacional a las decisiones de los organismos de supervisión de los derechos humanos.

#### **8. Sobre otras vertientes de protección de la persona humana**

Se resaltaron las relaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados. También se señaló que la universalización efectiva de los derechos humanos depende hoy, en gran parte, de la capacidad de los países desarrollados de dar un vuelco moral que permita cambiar las estructuras que mantiene a tantas personas en una situación de marginalidad extrema.

#### **9. Conclusiones:**

Entre las principales conclusiones extraídas de las discusiones llevadas a cabo durante la realización del Seminario se pueden señalar las siguientes:

1. La necesidad de optimizar los recursos económicos y de contar con recursos adicionales.

2. La agilización de los procedimientos sin perjuicio de la seguridad jurídica, evitando los retardos y duplicaciones en el actual mecanismo de protección de nuestro sistema de protección.

3. La aplicabilidad directa de las normas de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, así como la adopción de medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, de modo a asegurar dicha aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes.

4. La participación directa de los individuos en el procedimiento ante la Corte Interamericana, como parte del acceso a la justicia a nivel internacional y su complementariedad con el acceso a la justicia a nivel nacional.

5. La necesidad de lograr la universalidad del sistema, es decir, la ratificación de la Convención o adhesión a la misma por todos los Estados de la región, así como la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por todos los Estados Partes en la Convención, acompañada de la previsión del automatismo de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes sin restricciones.

**CONCLUSIONES DE LA REUNION DEL GRUPO DE TRABAJO  
AD HOC SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS  
CELEBRADA EN SAN JOSE, COSTA RICA DEL  
10 AL 11 DE FEBRERO DE 2000**

Con ocasión de la celebración del 30 aniversario de la adopción de la Convención Americana, 20 aniversario de la instalación de la Corte Interamericana en San José, Costa Rica, y 40 aniversario de la creación de la Comisión Interamericana, el Gobierno de Costa Rica, por iniciativa del Ministro de Relaciones Exteriores, don Roberto Rojas López, invitó a los Cancilleres de los Estados Miembros de la OEA a una reunión que se celebró el 22 de noviembre de 1999 en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, con el propósito de deliberar sobre la adopción de medidas tendientes a fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos. Los Ministros de Relaciones Exteriores dispusieron la creación de un Grupo de Trabajo Ad Hoc sobre los Derechos Humanos, para que se reuniera e hiciera recomendaciones con el fin antes mencionado. Este Grupo, reunido en San José, Costa Rica, los días 10 y 11 de febrero de 2000, formuló las siguientes recomendaciones (OEA/Ser.G CP/CAJP-1620/00):

## 1. FINANCIAMIENTO

Recomendar a los Cancilleres que promuevan medidas que permitan aumentar substancialmente los recursos que se precisen para los órganos interamericanos de Derechos Humanos. A tal efecto, se deberá dar prioridad en el presupuesto ordinario de la OEA a la asignación de recursos adicionales<sup>7</sup>.

Solicitar a la Secretaría General de la OEA que presente un informe sobre las implicaciones que conlleva en el presupuesto ordinario la asignación de los recursos que se precisen para cubrir las necesidades financieras inmediatas de la Comisión y de la Corte. A tal efecto, el informe podrá contemplar un plan progresivo para cubrir dichas necesidades.

## 2. INGRESO PLENO DE LOS ESTADOS MIEMBROS AL SISTEMA INTERAMERICANO CONVENCIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Recomendar a los Cancilleres se le dé la más alta prioridad política a la firma, ratificación y/o adhesión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales y los demás tratados del Sistema y al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, iniciando un diálogo de alto nivel con los Estados Miembros de la Organización que aún no han adoptado estas medidas.

## 3. PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE MEDIDAS NACIONALES PARA LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Recomendar a los Cancilleres que sus Gobiernos promuevan la adopción de un Plan de acción de cooperación internacional para dar apoyo técnico a los Estados en la tarea de dar pleno cumplimiento dentro de su jurisdicción a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esta cooperación comprendería, entre otras áreas, la adecuación de la legislación interna y de las prácticas administrativas a las normas internacionales; la educación de jueces, fiscales del Ministerio Público, abogados, policías, militares y grupos de la sociedad civil en el derecho internacional de los derechos humanos; y el establecimiento de mecanismos internos para dar cumplimiento a las decisiones de los órganos del sistema.

Solicitar al Instituto Interamericano de Derechos Humanos la preparación de un proyecto para la promoción de los derechos humanos en la región, tomando en consideración el programa de promoción aprobado por la Asamblea General en 1999.

#### 4. PAPEL DE LOS ORGANOS POLITICOS COMO GARANTES DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA Y ESPECIAL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DE LOS ORGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Recomendar a los Cancilleres que dentro de las actuales competencias de la Asamblea General y del Consejo Permanente se de el tratamiento adecuado a los informes de la Comisión y de la Corte como forma de hacer efectivo el deber de los Estados de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los instrumentos del Sistema.

#### 5. ADECUACION DE ASPECTOS PROCESALES EN LAS ACTIVIDADES DE LA COMISION Y DE LA CORTE

Estos aspectos comprenderían, entre otros, los siguientes puntos, que han sido remitidos por los Estados a la Comisión Interamericana y que han sido presentados ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA y dentro de este Grupo Ad Hoc:

- Criterios de admisibilidad de peticiones;
- Duplicidad de funciones en materia probatoria;
- Mecanismo de solución amistosa;
- Participación directa de las víctimas en todo el procedimiento ante la Corte;
- El papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos ante la Corte;
- Criterios para la selección de los casos que se envían a la Corte por la Comisión;
- Relatorías especiales;
- Criterio para decidir medidas cautelares;
- Presentación de demandas por los Estados ante la Corte contra decisiones contenidas en los informes de la Comisión;
- Seguimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Recomendar a los Cancilleres que soliciten a la Comisión y a la Corte, en tanto órganos competentes del Sistema, que luego de estudiadas todas las preocupaciones de los Estados y de los representantes de la sociedad civil, realicen coordinadamente las reformas reglamentarias que estimen necesarias para mejorar el funcionamiento del Sistema, y que presenten el resultado de sus trabajos, en lo posible dentro del presente año. Asimismo, solicitar a la Comisión y a la Corte que indiquen aquellos aspectos que puedan implicar reformas estatutarias y eventuales enmiendas a la Convención a fin de mejorar el Sistema.

## 6. CONTINUIDAD Y SEGUIMIENTO DE LOS TRABAJOS

El Grupo Ad Hoc, compuesto por el conjunto de los Estados Miembros de la OEA, continuará examinando los temas señalados precedentemente con vistas a presentar al Consejo Permanente sus conclusiones y recomendaciones al respecto.

El Grupo de Trabajo Ad Hoc acordó examinar, en una próxima reunión, el desarrollo de las recomendaciones aquí expuestas y decidió solicitar a Costa Rica que ejerza la Secretaría del Grupo de Trabajo Ad Hoc con el apoyo del Instituto Interamericano y en estrecha coordinación con el Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA.

El Grupo Ad Hoc encomienda a Costa Rica, México y Canadá realizar las consultas pertinentes para fijar la fecha de una nueva reunión teniendo en cuenta la disponibilidad de los documentos solicitados a la Secretaría General de la OEA y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

A la fecha en que se escribe este artículo está pendiente de resolución si el Grupo Ad Hoc realizará o no una segunda reunión, durante el último trimestre de 2000 o durante el primer trimestre de 2001, con el fin de terminar de consolidar las reformas que requiere para su fortalecimiento el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

**Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos  
sobre la evaluación del funcionamiento del Sistema Interamericano  
de Protección y Promoción de los Derechos Humanos  
para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento**

Como se había visto anteriormente, la Asamblea General de la OEA de 1999 encomendó al Consejo Permanente la consideración integral de los distintos aspectos relativos a la evaluación del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos con el propósito de fortalecerlo y perfeccionarlo. A mediados del año 1999 y después de tres años de recibir mandatos de la Asamblea General, el Consejo Permanente no había aprobado recomendaciones para fortalecer la tramitación de casos de violaciones de derechos humanos en el sistema interamericano.

En esas fechas, mediados de 1999, asumió la presidencia de dicha Comisión el Representante Permanente de México ante la OEA, Embajador Claude Heller, quien inició la celebración de un diálogo entre los Estados Miembros, los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales que representan a las víctimas y asisten a la Comisión en la tramitación de los casos ante la Corte. Ese diálogo que se celebró entre el mes de septiembre de 1999 y el mes de marzo del año 2000, se vio fortalecido con el respaldo que le dieron los cancilleres americanos con motivo de la celebración en San José, Costa Rica, y el 30 aniversario de la adopción de la Convención Americana y 20 aniversario de la instalación de la Corte, así como por las recomendaciones del Grupo Ad Hoc de representantes de los Cancilleres. Fue un diálogo transparente e imparcial, en el que tuvieron participación todos los actores involucrados en la defensa de los derechos humanos en América.

Las conclusiones y recomendaciones de ese diálogo se encuentran recogidas en los documentos OEA/Ser. G CP/CAJP-1610/00 rev.2 y OEA/Ser. G CP/doc. 3302/00.

**LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA CELEBRADA  
EN EL AÑO 2000**

La Asamblea General de la OEA celebrada en el año 2000 aprobó, mediante Resolución AG/RES. 1701 (XXX-O/00), las recomendaciones que hiciera la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos al Consejo Permanente y que éste transmitiera a aquélla, órgano principal y superior de la Organización. Cabe hacer notar que, por primera vez se adoptaron recomendaciones para que la propia Organización, los

Estados Miembros y los órganos de protección, Corte y Comisión, adopten medidas concretas destinadas al fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos. Dicha Resolución dispuso lo siguiente:

#### RESUELVE

1. Continuar con el proceso de perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano, a través del diálogo sistemático y permanente entre los Estados, los órganos del sistema y los demás actores relevantes, dirigido a la construcción gradual de consensos en torno a las circunstancias actuales del sistema, así como los obstáculos y deficiencias por superar, con miras a garantizar la vigencia y protección de los derechos humanos en el Hemisferio.
2. Encomendar al Consejo Permanente que continúe desarrollando el diálogo sobre el sistema interamericano de derechos humanos, con miras a su perfeccionamiento y fortalecimiento, asegurando la participación de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos y en el que se invite asimismo a otras entidades, como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y a representantes de organizaciones no gubernamentales interesadas a continuar contribuyendo en dicho proceso.
3. Encomendar al Consejo Permanente que, en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano, promueva la participación de aquellas instituciones nacionales involucradas en la promoción de los derechos humanos, tales como los Defensores del Pueblo, Defensores de los Habitantes, Procuradores o Comisionados de Derechos Humanos (Ombudsman) u otras figuras equivalentes.
4. Encomendar al Consejo Permanente que en los próximos ejercicios financieros promueva el aumento substancial de los recursos asignados a la Corte y a la Comisión Interamericanas, sobre la base del reconocimiento de que la protección y promoción de los derechos humanos son una prioridad principal de la Organización.

5. Instar a los Estados Miembros de la Organización a que:

a) Otorguen la mayor prioridad política a la universalización del sistema interamericano, a través de la firma, ratificación o adhesión, por todos los Estados Miembros de la Organización, de la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás instrumentos interamericanos de derechos humanos, considerando el reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte Interamericana y alentar a los Estados que aún no lo hayan hecho, a adoptar las medidas de carácter interno necesarias para permitir la firma, ratificación o adhesión de dichos instrumentos;

b) Adopten las medidas legislativas o de otra índole, según el caso, que sean necesarias para asegurar la aplicación de las normas interamericanas de derechos humanos en el ámbito interno de los Estados.

c) Adopten las medidas necesarias para cumplir con las decisiones o sentencias emitidas por la Corte Interamericana de derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Convención Americana, en el caso de aquéllos Estados que reconocen su competencia obligatoria.

d) Realicen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el principio de buena fe.

e) Otorguen el tratamiento que corresponda a los informes anuales de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, en el marco del Consejo Permanente y de la Asamblea General de la Organización a fin de hacer efectivo el deber de los Estados de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los instrumentos del sistema.

6. Recomendar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, atendiendo su solicitud de recibir ideas y sugerencias sobre el proceso de reforma y en el marco de las normas que regulan sus competencias y de su autonomía reglamentaria establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo que se refiere a los procedimientos seguidos en la tramitación de casos individuales, considere la posibilidad de:

- a) Definir los criterios que aplica para la apertura de casos.
- b) Resolver las cuestiones de admisibilidad de peticiones individuales mediante la apertura de una etapa procesal independiente y necesaria, emitiendo el pronunciamiento correspondiente a través de resoluciones en las que, de manera sucinta, manifieste su determinación y sin que su publicación prejuzgue la responsabilidad de los Estados.
- c) Realizar todos los esfuerzos necesarios para que la tramitación de casos individuales se realice de la manera más expedita posible y para que cada una de las distintas etapas procesales, en particular la de admisibilidad, esté sujeta a plazos que respondan a criterios de razonabilidad. Asimismo, considere la definición de criterios para determinar la conclusión de casos por inactividad del peticionario.
- d) Continuar promoviendo la vía de la solución amistosa, como un mecanismo idóneo para lograr la conclusión favorable de los casos individuales.
- e) Establecer los criterios mínimos necesarios que deberían ser acreditados por un peticionario a efecto de que la CIDH solicite a un Estado la adopción de medidas cautelares, teniendo en cuenta las circunstancias y características del caso.
- f) Definir los criterios que sigue la Comisión para determinar el envío de casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- g) Establecer un marco de referencia que permita a la Comisión determinar la creación de nuevas relatorías, definir con claridad su mandato y designar al relator correspondiente.

7. Recomendar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, atendiendo su solicitud de recibir ideas y sugerencias sobre el proceso de reforma y en el marco de las normas que regulan sus competencias y de su autonomía reglamentaria establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que se refiere a los procedimientos seguidos en la tramitación de casos individuales, considere la posibilidad de:

**Notas:**

<sup>1</sup> Los Estados Miembros de la OEA son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>2</sup> Los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>3</sup> Los Estados Partes que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

<sup>4</sup> Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a 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 (16 de marzo de 2000).

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> El 28 de abril de 2000, la Secretaría General de la OEA hizo público el informe denominado "El Financiamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", el que deberá ser considerado por el Grupo Ad Hoc en una futura reunión.



## TRES TEMAS EN DERECHOS HUMANOS

**Dr. Arturo J. Donoso Castellón**

### **Introducción**

Los derechos humanos son propios de la naturaleza de la persona humana; por consiguiente no son una dádiva del Estado que los reconoce a través de un documento jurídico, sea éste internacional o nacional, tales como las Constituciones de cada uno de los Estados (Arts. 16,17,18 y 19, 23#20 y 163 Constitución Ecuatoriana: CE). Sabemos que los derechos humanos constituyen un universo que empieza desde la concepción misma y que avanza a lo largo de la existencia hasta la muerte de cada uno de los seres humanos; por lo mismo el derecho a la alimentación adecuada, a la nutrición que le permita desenvolverse en la vida con todas sus capacidades, a la vivienda, al vestido, al trabajo, a la educación, al derecho a la recreación, al derecho al descanso, junto a un conjunto de libertades, como la de iniciativa, de asociación, de movimiento, constituyen ese universo que son los derechos humanos.

Actualmente la mayoría de legislaciones del mundo ha adherido a los instrumentos internacionales y protegen este conjunto de derechos de la persona, inclusive con normas penales para sancionar las violaciones a esas garantías; sin embargo, hoy se presentan peligros más notables en algunas de estas garantías, que, quizá por ser tan importantes, en las actuales circunstancias del mundo, merecen una reflexión especial, por lo que en este ensayo, me referiré a tres temas concretamente: el primero que tiene que ver con los derechos humanos en el ámbito de la relación de poder, es decir la relación entre los derechos humanos y la protección efectiva de estos derechos desde el punto de vista del ejercicio del poder. Un segundo tema tiene relación respecto a lo que hoy, en la globalización, y en un mundo unipolar, dominado por la ideología neoliberal capitalista, sin rostro humano, va a traer y trae como consecuencia, en varios tópicos de derechos humanos; y, un tercer tema, respecto a los experimentos que se están haciendo sobre embriones humanos, y el peligro de violación al derecho a la vida, que es el más importante desde el momento mismo de la concepción de un ser humano.

## **1.- Derechos Humanos y Ejercicio del Poder**

Como bien señala Rodrigo Borja Cevallos, en su Diccionario de la Política, la cibernética, es decir todo el conjunto de movimientos y sistemas de poder, sobre todo con el desarrollo industrial, (Rodrigo Borja Cevallos, DICCIONARIO DE LA POLÍTICA, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p.106) y por lo mismo, los mecanismos que permiten el ascenso y el descenso de la pirámide social hacia la cúspide de quienes alcanzan o luchan por alcanzar el ejercicio del poder; la movilidad en la búsqueda de ese ejercicio del poder, que trae consigo en su propia médula la posibilidad de que, quien llega al poder, lo ejerza arbitrariamente, es decir la existente potencialidad o la realidad, siempre presente, de que, quien llega al ejercicio del poder, lo ejerza sin someterse a normas ni legales ni éticas; es decir el ejercicio no respetuoso del poder reglado, que justamente establece cuales son las reglas y el marco de ejercicio del poder, que significa el ejercicio de la autoridad, lo cual supone el sometimiento de quienes tienen la potestad de actuar con autoridad, a las reglas dictadas por el propio Estado, esa autoridad o poder reglado, se opone a la tiranía y a la dictadura, que es el ejercicio del poder arbitrario, es decir no sometido a las propias reglas dictadas por el Estado. Este ejercicio arbitrario, omnímodo y autoritario, irrespetuoso de las normas fundamentales, trae aparejada la violación de los derechos más importantes y básicos del conglomerado social, ubicado en cada uno de los derechos subjetivos de los que son titulares cada uno de los miembros del cuerpo social.

Por lo dicho quienes llegan a la cúspide de la pirámide social, es decir al ejercicio del poder en cualquiera de las formas en que este ejercicio se vaya a desarrollar, hace que, quienes están en ese ejercicio del poder, funcionarios o, en general, autoridades, están en la peligrosa posibilidad de que puedan, en ese ejercicio, violentar los derechos de los administrados, los derechos de los gobernados. Por eso, los gobernados, son quienes tienen el derecho a la protección de sus derechos, frente al ejercicio del poder, por parte de quienes pueden atropellarlos por la acción arbitraria.

Por ejemplo, un ministro, puede realizar arbitrariamente un ejercicio del poder y, ordenar una prisión o la tortura de un ciudadano; si ese ciudadano reacciona, o si, un grupo de ciudadanos reaccionan y secuestran a ese ministro, y lo someten a torturas, en el primer caso, el ministro en el ejercicio arbitrario del poder está violentando los derechos humanos del ciudadano, a quien ese ministro, arbitraria y abusivamente ordenó la prisión ilegal o las torturas; pero no al contrario, es decir si el ministro, es secuestrado y torturado por un comando subversivo, por ejemplo, ellos, no están violando los derechos humanos del ministro; el ministro está siendo sujeto de una acción política ilegal y delictiva, precisamente porque está en el ejercicio del poder; por

consiguiente, ese ministro no podría reclamar sus derechos humanos frente al secuestro y tortura de que ha sido sujeto por ese grupo, que actúa delictuosamente contra él.

Cuando un funcionario o quien ejerce la autoridad, se encuentra revestido de poder; por lo mismo, si se violentan sus derechos, hay mecanismos, en virtud de los cuales, el propio Estado, va a perseguir a quienes actúen al margen de la ley y cometan delitos sea contra un ministro o contra cualquier otro ciudadano. El ministro como tal, no podría demandar sus derechos humanos, reclamando por la acción de esos delincuentes, porque está revestido de poder, está revestido de un ropaje de autoridad y, por consiguiente, aunque es un ser humano, pero revestido de autoridad, sus derechos humanos no pueden ser invocados por él frente a las acciones delictivas que cometan los gobernados contra él; o que cometan los miembros de la sociedad en los hechos tipificados como delitos comunes, o aún en delitos políticos.

Esta reflexión es importante, porque muchas veces se habla, por ejemplo, de “que los policías no tienen derechos humanos frente a la acción de los delincuentes y que los organismos de derechos humanos no reclaman por esas violaciones contra los policías”: hay que aclarar que en el momento en que el policía está actuando, no es una persona cualquiera desarrollando una actividad, sino que es el Estado actuando a través de él, y, por consiguiente, en el ejercicio de ese papel de policía, corre el riesgo propio de su función a la que se comprometió, encargado por el Estado, y, por tanto, él en tanto en cuanto policía en funciones de tal, no puede esperar otra cosa que cumplir con su deber, y si, eventualmente los delincuentes actúan, como obviamente lo hacen, fuera de la ley, el policía está obligado, dentro del marco legal del Estado, a actuar conforme a los preceptos, a las normas que corresponden a las actividades de represión, a la administración de justicia, es decir a los procedimientos que se encuentran reglados en la Constitución y en las leyes secundarias (Art. 24 CE).

Por lo dicho, de alguna manera, aunque esto resulte increíble, el delincuente, puede decirse, es previsible que precisamente puede llegar a actuar en contra de la ley; así pues, lo que espera, o debe esperar el delincuente, es que el ejercicio de la autoridad, sea un ejercicio reglado de esa autoridad, e inclusive al amparo de las normas constitucionales y legales, pueda y deba ser sometido a juicio, y, si se lo encuentra culpable, luego de pasar por los procedimientos previstos para sancionarlo, sufrir la pena que las normas establecen, pero siempre de acuerdo al marco legal, porque el Estado no puede violentar los derechos de los ciudadanos, ni aún con el pretexto de perseguir la subversión, el delito, el terrorismo, el crimen organizado, o la delincuencia en general.

El Estado está obligado a cumplir, y a respetar, a través de sus funcionarios, y en sus funcionarios y autoridades, las propias reglas jurídicas y éticas que el Estado mismo ha dictado y el mismo se obliga a respetar, teniendo como finalidad el funcionamiento armónico de la sociedad. Si el Estado viola los derechos fundamentales y atropella lo que está mandado por la Constitución o la ley, para perseguir, por ejemplo, a los subversivos, al interrogar a los prisioneros por tortura, o al propiciar desapariciones, está violentando los derechos fundamentales y está perdiendo autoridad moral inclusive, y no solamente violentando la Constitución y la ley.

De allí que, cuando los funcionarios actúan arbitrariamente, como cuando los policías, por ejemplo, toman venganza contra un delincuente que ha matado a uno de sus compañeros, es decir en el ejercicio abusivo del poder, al margen de las normas, los ciudadanos ven sus garantías en peligro, y tienen derecho a que el Estado les ampare, a que se cumpla con las reglas establecidas en la Constitución en la ley y en las normas de procedimiento para que se les haga justicia, siempre dentro de lo que está mandado, aún en el supuesto caso de que los delincuentes, como es obvio hayan violado la ley.

Precisamente, el Estado, a través de sus funcionarios, tiene que actuar conforme a las reglas que el mismo Estado contempla para el ejercicio de la autoridad; de lo contrario se convierte en un ejercicio de poder que no es lo mismo que ejercicio de la autoridad, pues el primero puede convertirse en arbitrario y autoritario o tiránico, mientras que el ejercicio de la autoridad, siempre es reglado, es decir, de acuerdo al marco jurídico en el que se desenvuelve el ejercicio de la autoridad. En otras palabras, el gobierno de la sociedad orientado al bien común, es el último y mas alto objetivo y razón de ser de la política. Por eso, todas las Constituciones de los Estados, determinan que no hay autoridad exenta de responsabilidad, y se puede llegar incluso a la revocatoria del mandato de la autoridad, si ésta se sale del marco jurídico, es decir de aquello que le esta permitido; esto es, si dicha autoridad actúa de manera arbitraria en el ejercicio del poder. Tal revocatoria del mandato puede producirse después de un juicio también reglado, en el que la autoridad puede defenderse de las acusaciones de ejercicio arbitrario del poder. En la Constitución ecuatoriana existe también tal posibilidad de la revocatoria del mandato en los artículos 109 y siguientes.

Para ilustrar estas reflexiones, cabe abundar con los ejemplos siguientes: el caso de un bombero que invocara sus derechos humanos, como el de vivir en un ambiente sano o a que se le garantice su seguridad personal, no podría intentar ampararse en tales invocaciones, para dejar de cumplir la obligación que tiene como bombero y en tal calidad, de ayudar a las víctimas de un incendio, aún poniendo en riesgo su propia vida, puesto que este bombero del ejemplo, está revestido de la autoridad y de la función que el Estado le encomienda, para que ejerza la noble profesión en ayuda de los demás, confiada a él por la sociedad; otro ejemplo sería el de un defensor público

que pretendiera invocar su derecho humano a la libre convicción y a la libertad de conciencia, para intentar ampararse en tal invocación y evadir sus deber de defender a quien no tiene defensor, puesto que el Estado para ese caso le encarga el cumplimiento de una misión propia de una garantía constitucional de derecho humano, como es la de que todo acusado tiene derecho a una defensa; un tercer ejemplo sería el del militar que pretendiera no ir al frente de batalla invocando su derecho humano a la integridad personal.

En este mismo sentido, por ejemplo, cuando un torturador en una dependencia de seguridad del Estado, golpea e inflige dolor a un ciudadano, no se trata de un simple delito de lesiones o de agresión, sino de un atentado contra los derechos humanos fundamentales porque el torturador está actuando arbitrariamente e ilegalmente, pero como representante del Estado, porque es un funcionario público que en el caso planteado, ha decidido no ejercer autoridad, sino que, traicionando la función pública reglada, encomendada por el Estado, en el ejemplo planteado, ha optado por el poder arbitrario y tiránico; si él torturado, eventualmente, se defiende contra su torturador, y en el ejercicio de su legítima defensa, que es una causa de justificación, llega incluso a matar a su arbitrario y cruel torturador, el ciudadano abusado, torturado, tiene todos sus derechos de persona humana que lo amparan, mientras que, el torturador o la familia de él, no podrían alegar indemnizaciones ni invocar derechos humanos de ese torturador, porque el acto de defensa del torturado es legítimo frente al ejercicio arbitrario de poder de ese mal funcionario público de seguridad.

En conclusión quien actúa a nombre del Estado, sabe que corre el riesgo que el ejercicio del poder siempre conlleva y por consiguiente, mientras esta en el ejercicio de esa función pública, ya no está en condiciones de invocar sus derechos humanos frente a las acciones que contra él, inclusive en forma ilegal puedan realizar los administrados.

## **2.- Derechos Humanos, Globalización y Neoliberalismo sin rostro humano**

Desde 1989 el mundo se encuentra formado unipolarmente, y avanza la ideología neoliberal capitalista que al carecer de rostro humano, ha exacerbado el individualismo, los personalismos y los egoísmos; los seres humanos con esta ideología se mueven solamente alrededor de lo que son sus intereses personales, perdiendo de vista los principios de solidaridad, de apoyo o de ayuda mutua, o los de acción comunitaria, tan cara a la cultura latinoamericana, tan rica en el apoyo social, sobre todo a los más débiles, a los más necesitados, a los más pobres y a los más vulnerables que son la mayoría de los seres humanos (Art.47 CE). Esto, internacionalmente, va aparejado con

la idea de la globalización , y, en ella se han producido dos contradicciones de las que voy a hablar a continuación: La primera tiene que ver con la minimización del Estado, tratando de que éste, se reduzca a su mínima expresión, de que ceda y no solo delegue ejercicios de actividades que han sido tradicionalmente propias, como son la explotación de los recursos naturales, como el manejo de los servicios públicos fundamentales, pasándolos a manos privadas; y un segundo aspecto tiene que ver con la misma globalización en el sentido de que existan reglas de juego simplemente regidas por la ley de la oferta y la demanda y que los controles del Estado se reduzcan al mínimo en estas actividades de carácter económico.

Respecto a lo primero, es decir con la reducción del Estado, hay un peligro contra los derechos humanos que es importantísimo señalar; este peligro consiste en que mientras los ideólogos de la globalización y el neoliberalismo sin rostro humano, hablan de que hay que reducir el tamaño del Estado , para que la mayor parte de las actividades , (ellos en su fuero interno desearían que fueran todas), pasen a manos privadas , al mismo tiempo han aumentado el papel del Estado en todo lo que tiene que ver con represión social, incluyendo la internacional cooperación represiva , que se nota en la mayor presencia de la policía y los organismos de seguridad del Estado, fisgando y metiéndose en temas que son de la vida privada de las personas, tales como el espionaje electrónico , aparatos que miran incluso con rayos especiales, desnudando a las personas que pasan los filtros de seguridad en los aeropuertos; o las escuchas incluso de la comunicación satelital y telefónica, cooperación mutua y arbitraria, al margen de tratados internacionales y de leyes internas de cada uno de los Estados, más allá de las fronteras, violentando las normas sobre extradición, para hacer que la policía internacional actúe a niveles arbitrarios, es decir ajenos a lo que se encuentra establecido en las normas antes señaladas; o en los agresivos y desconsiderados controles de carretera y otras cuestiones que son peligrosas para el respeto a los derechos de las personas. Esto sucede cuando, como por ejemplo, en los últimos tiempos se han incrementado los controles en las carreteras, controles que por la forma y agresividad de quienes los operan, se vuelven molestos para los ciudadanos, por lo sorpresivos, irrespetuosos de los derechos personales, por exagerados, agravados por la falta de preparación del personal que los realiza, que son agresivos, prepotentes, mal educados y arbitrarios, despreciativos a veces hasta de personas de la tercera edad, menores y mujeres.

Muchas veces, inclusive, por ejemplo en Guayaquil, los llamados operativos, impulsados por los detentadores del poder económico, que ya están también en los niveles de poder político, se dirigen contra los barrios pobres, a altas horas de la madrugada, atentando contra la tranquilidad y la paz a la que tienen derecho todos los ciudadanos, en especial los más pobres, que esperan al menos un poco de paz en sus

modestas y precarias viviendas marginales; mientras tanto, tales operativos jamás se realizan en los barrios donde habitan los banqueros y empresarios corruptos, ni los delincuentes de cuello blanco, ni los caballeros de industria de la criminalidad dorada.

En contraste, en las ciudades, aumentan los asaltos, los robos y la inseguridad en todas las calles, sin excepción, y la policía y los organismos de control, están ausentes; sin embargo, para los simples y buenos ciudadanos, que van en sus vehículos por las carreteras, se les pide papeles de matrícula y licencia, reiteradamente y a cada momento, mientras aumentan los asaltos, y los asaltantes se encuentran impunes en nuestras ciudades, cuando con un elemental esfuerzo sencillo de ubicación de parejas policiales en patrullaje sectorial, no solo en la noche, sino incluso en el día; con un elemental y pequeño esfuerzo, colocando policías en lugares claves y patrullando siempre las calles, los asaltos desaparecerían, no solo que se reducirían.

La verdad hay que decirlo, más aún como académico y estudioso de los temas penales y criminológicos. Esto permite reflexionar en lo que sucede, como cuando, el problema se deriva de que, al no existir un peligro de guerra internacional, las diversas instituciones del Estado han ido aumentando su papel de control interno, y el papel propio y tradicional de la policía se encuentra o se siente amenazado, frente a estos roles nuevos que tal vez pretenden asumir otras instituciones estatales en el control interno; pero en lugar de demostrar su eficiencia para aumentar los niveles de seguridad en las ciudades, y prevenir la delincuencia común de los asaltos en las calles, que van aumentando y no está presente quienes deben por su propia función proteger a la ciudadanía cuando tales asaltos se producen, aumentan en cambio los “controles” a los buenos ciudadanos en las carreteras, angustiando un breve momento de esparcimiento de fin de semana o aprovechando el feriado. en los sitios de comidas rápidas o criollas.

Lo dicho se comprueba, por ejemplo, cuando se patentiza la inacción policial, que no controla vehículos pesados, circulando en vías estrechas y que inobservando las normas, prepotentemente se meten en las vías exclusivas para los vehículos livianos, y no hay patrullaje en tales vías restringidas, mientras al mismo tiempo, se demuestra severidades intolerables en los llamados controles, que no son otra cosa que mecanismo de represión y control social muchas veces, sospechosa y perversamente manipulados. Curiosamente, puede ser, pienso, que a alguien se le haya ocurrido que este curioso y sui generis comportamiento se crea equivocadamente conveniente, para que, como estrategia, se note su necesidad -por ausencia-, buscándose por esa inacción policial, que erradamente se tenga la falsa esperanza, de que la sociedad valore presencias institucionales que son imprescindibles en una sociedad, como lo es una buena policía preparada, profesional, técnica y medularmente civil y no militarizada, como debe ser, porque “policía” es propio de ciudad, y de ciudadano. Por ello, en los

países desarrollados, la policía depende, lógicamente, de los municipios, como en Nueva York, por ejemplo.

En este sentido se puede decir que hay una “ideología” perversa, diseñada en los centros de poder político-económico, impulsores del neocapitalismo y la globalización sin rostro humano, lo cual constituye sin duda alguna, un terrible peligro contra las garantías ciudadanas, como son la libertad de movimiento en el interior del territorio del Estado, que es un derecho tan elemental como el derecho a respirar (Art. 23#14 CE).

Pero hay algo más importante: Fuera de las fronteras, los países, sobre todo del primer mundo, en Europa y Estados Unidos, están intentando cortar los flujos de migración hacia esos territorios, con crecientes y arbitrarios mecanismos de control interno, de represión. Los organismos de seguridad, cada vez con mayor frecuencia están deteniendo a personas “sospechosas” de que van a viajar ilegalmente al exterior, violando el derecho humano fundamental que es el de entrar y salir libremente del país, y hemos visto como se detiene a estas personas, antes de que salgan del país siquiera, en las carreteras internas; se los lleva a estas pobres personas a los cuarteles y se las somete a un procedimiento abusivo-represivo, ilegal, maltratante y humillante, para amenazarlos e intentar disuadirlos para que no intenten de nuevo salir fuera de la frontera; muchos son detenidos con la ayuda de las policías colaboradoras, aún en aguas internacionales y con ayuda de la policía de migración de Estados Unidos o de países europeos, no se permite su ingreso y se los devuelve a su país de origen apenas intentan pasar los puntos de migración en esos Estados, y aún en los de Centroamérica por la posibilidad de que sean puntos de tránsito hacia Estados Unidos y Europa.

Aquí se están violentando los derechos fundamentales de la persona; no es posible que estas colaboraciones policiales se den, como se señala, al margen del respeto a la libertad de movimiento, para controlar un problema que no es nuestro, sino de los países centrales. Esos mismos Estados, paradójicamente, protegen y aparan a banqueros escapados de la justicia en nuestros países, mientras se demuestra la eficiencia policial internacional con los migrantes desposeídos, precisamente, por los delincuentes de cuello blanco, como los banqueros defraudadores, que son los que han empobrecido las economías de Estados como el ecuatoriano, con la corrupción de alto nivel, en la fuga de capitales y la falta de inversión en nuestras economías, por lo que la falta de trabajo, empuja a los migrantes a buscar otros modos de sobrevivir en los países desarrollados, que los rechazan violentamente.

Pero además, en la globalización, debería permitirse precisamente los flujos libres de los trabajadores hacia otros puntos, por la libertad de movimiento y trabajo y las

corrientes migratorias de un punto a otro del planeta (Art. 23#17 CE), pues en esto consiste precisamente la globalización, también en materia laboral, en materia de mano de obra y de fuerza de trabajo; pero como eso no interesa a los ideólogos de la globalización, ni al neoliberalismo sin rostro humano, allí si hay controles y se aumentan los mecanismos de represión y se fortalece el Estado, mientras se lo minimiza en los aspectos económicos. Se fortalece al Estado en la represión, controlando el movimiento de las personas, atropellando este derecho humano fundamental, reconocido en instrumentos internacionales, como resoluciones de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, entre otros instrumentos y convenios internacionales, y en las Constituciones, incluyendo por supuesto la ecuatoriana. Con este mecanismo, obviamente los ideólogos de la globalización y del neoliberalismo sin rostro humano, apuestan a la protección de los privilegios de quienes tienen el poder económico, social y político y del control de la gran masa de la población pobre que va aumentando en todo el planeta.

Esta ideología no es nueva, y originó otra equivocada respuesta, en el socialismo de Marx, Engels y Lenin, incrustado en un experimento de Estado que culminó luego de atropellar a los seres humanos y sus derechos, con la caída del muro de Berlín a fines de los ochenta, el siglo XX pasado. Pero tampoco el capitalismo soluciona los problemas de los seres humanos; todo lo contrario, por egoísta, individualista y materialista, es inmoral y antisolidario. Al aumentar los niveles de represión, se somete a las personas a mayores niveles de control social, para convertir a las mayorías en masas sumisas e ignorantes, manipuladas por publicidad selectiva, frustrante por inalcanzable, castrante y con uso segmentado de la propaganda, desinformando o dirigiendo la información, solo por los canales y formas que conviene a los centros de poder económico, político y social.

Es increíble, por ejemplo, que se busque aumentar el nivel de consumo, -dentro de la oferta y demanda por supuesto-, al mismo tiempo que no se permite a esos consumidores el derecho de elegir lo que deseen, ni de acceder a los bienes y servicios de la mejor calidad, ni permitiendo que cada persona sea agente de su propio desarrollo (Art. 23#4,5,7,16,17,18,19,22,24 CE), con lo que se viola un nuevo derecho humano fundamental, que es el de la propia realización personal, vinculado al derecho a escoger, a desenvolverse en la actividad que desee, y a educarse de acuerdo a sus propias inclinaciones y capacidades vocacionales, objetivo utópico para la mayoría de las personas, que apenas si logran sobrevivir en el trabajo y con la instrucción insuficiente, que las mantienen en condición de dependencia de los amos que soterrada y maquilladamente han creado una sofisticada esclavitud, disfrazada, que no permite ni siquiera que cada persona descubra ser sujeto, no un objeto, y hasta que se contente con permanecer en tal dependiente situación.

Se habla además de que la ley de la oferta y la demanda está hecha para que todos puedan participar; me pregunto, ¿cómo puede hablarse de un derecho humano a participar, a tener acceso a los bienes y servicios, si éstos son inalcanzables y se privatizan bienes y servicios, a los que no se podrá acceder, porque los bajos ingresos de la mayoría no les permite llegar a ellos, por la pobreza crónica, agudizada, hablando al mismo tiempo de una masa de consumidores, sin acceso ni derechos a los bienes y servicios de mayor calidad, sino, en el mejor de los casos, a tomar lo que queda, lo marginal, lo de inferior calidad, porque su situación económica cierra las puertas a bienes y servicios que no pueden ni podrán pagar?. Esto es más grave, si consideramos que aún tales bienes y servicios de menor calidad, por la falta de control del Estado reducido a mínima expresión, se ofertan a precios exagerados e injustos en relación a la calidad de tales bienes y servicios, incompatibles con los precios impuestos por la simple e inflexible ley de la oferta y la demanda.

No se puede hablar de globalización, si cada vez hay un número creciente de personas que no pueden ser consumidoras, y sin capacidad ni siquiera de acceder los bienes y servicios de primera necesidad, menos aún a aquellos que generan bienestar, ni tampoco a participar en los medios de producción ni en los servicios que tienen que ver con rentabilidades.

Por lo señalado, esta minimización del Estado, es atentatoria contra los derechos humanos fundamentales, porque los servicios públicos, tienen que ser subsidiados, en los países con grandes masas pobres como el Ecuador, con 35% de gente en extrema pobreza, mas aún si el Estado no controla la fuga de capitales, ni la evasión tributaria de los empresarios, ni establece controles de salida de divisas al exterior, permitiendo dobles contabilidades, para presentar balances falsos, defraudando al fisco y a los trabajadores, quienes no reciben las verdaderas utilidades a que tienen derecho en los márgenes establecidos por la ley y por justicia distributiva elemental, con mayor razón si se están preparando leyes que liberalizan las reglas de contratación laboral y dejan al trabajador desprotegido, sin respetar derechos adquiridos que se han ido logrando con grandes esfuerzos a lo largo de la dolorosa historia humana; sin duda que esto ha sido también producto y consecuencia de las exageraciones que en determinado momento los marxistas-leninistas cometieron cuando exacerbaron las contradicciones del sistema capitalista, generando formas anárquicas a pretexto de garantías laborales, sin contrapartida de responsabilidades del sector de la fuerza de trabajo, ocasionando también graves problemas y que hoy llevan por la ley histórica del péndulo, hacia el otro extremo, es decir al fortalecimiento del criterio capitalista en detrimento de los derechos aún más elementales de los trabajadores.

Pero no se puede permitir que, por las exageraciones que cometieron los ideólogos del socialismo del Estado en su momento, que fracasaron además, se intente corregir tales exageraciones, desprotegiendo al mismo tiempo al trabajador en los derechos fundamentales que le asisten para no caer en el esclavismo, pues si ello ocurre, se viola otro derecho humano, cual es el de tener un trabajo digno, no de explotación del hombre por el hombre.

### **3.- Derechos Humanos y Experimentación**

En los tiempos que corren, se cierne un gravísimo peligro sobre la existencia misma de la especie humana, ya que las ideologías de carácter individualista y materialista, basada en la satisfacción solo de intereses económicos, está produciendo una especie de convicción de que hay seres humanos superiores frente a otros inferiores. Esto explicaría, el preocupante repunte de las ideologías racistas, conocida conocida como “neonazi”, no solo en Europa central, sino en los Estados Unidos y en algunos países de América Latina. Por estas corrientes, en los últimos tiempos se han dado a conocer procesos de experimentación sobre embriones humanos, para supuestamente, “mejorar” las posibilidades de combate a diversas enfermedades.

Pero estos experimentos violan directamente el derecho humano mas importante y elemental, como es el derecho a la existencia, presente, como las ciencias biológicas lo ha comprobado desde el instante mismo de la unión del óvulo y el espermatozoide; en otras palabras, desde el momento mismo de la concepción humana, empieza el desarrollo de la vida y, por lo tanto, estamos en la presencia de un ser humano con derecho irrenunciable e inalienable a la existencia, que debe ser protegida desde la misma concepción, como lo señalan los textos normativos internacionales y la Constitución Política del Ecuador (Art.49 CE). Por lo mismo, es repugnante y antinatural que, en nombre de la ciencia, se experimente con embriones humanos, con el pretexto de que con ellos se investiga para contar con tejidos y órganos que van a ser usados en diversos enfermos, con la esperanza de lograr diversas terapias para enfermedades tales como el cáncer, el sida, mutaciones por accidentes, por radiación o por malformaciones y degeneraciones de origen genético.

Precisamente en esta línea encontramos la violación del derecho humano a la existencia, porque nada justifica que se experimente con embriones humanos, que resultarían ser así considerados inferiores a los enfermos, que resultarían, estos últimos, superiores, al trasplantar a dichos enfermos, los tejidos y órganos provenientes de estos embriones experimentales.

La violación al derecho humano que queda señalado, es incalificable y monstruosa, porque sólo puede provenir de mentalidades individualistas y materialistas, para las que hay seres humanos con “derecho” superior a beneficiarse de los tejidos y órganos de otros seres humanos que se convierten en verdaderos “almacenes de repuestos”, para que sus “piezas” sirvan para beneficiar a otros seres humanos que resultan así de mejor condición que los transformados en objetos al servicio de otros. El comercio de órganos y tejidos humanos es preocupante, y, existen suficientes denuncias y sospechas de la existencia de una auténtica y siniestra industria internacional de esos tejidos y órganos, llegándose inclusive a constituir bandas delincuenciales que plagian, mutilan y aún matan a niños, jóvenes y mujeres, que desaparecen sobre todo en los países del tercer mundo. Estas denuncias, tienen por desgracia verosimilitud, cuando se han descubierto bandas de tráfico internacional de personas desaparecidas, muchas de las cuales aparecen mutiladas luego de ser sometidas a diversos tratos inhumanos y degradantes, tales como la prostitución infantil internacional y el llamado “turismo sexual”, del cual son clientes muchos pervertidos de posición económica alta provenientes en su mayoría del primer mundo desarrollado. Basta mencionar entre otros estudios, sobre el tema de la prostitución infantil y juvenil mediante la desaparición de personas, a la estremecedora obra de Dirk Schümer, “Los Cazadores de Niños”, (Editorial. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1998).

## **Conclusión**

Este ensayo no pretende otra cosa que servir de base de reflexión sobre la actualidad de temas sobresalientes en Derechos Humanos. Asistimos, por desgracia, a un progresivo y creciente proceso de pérdida de los valores más elementales en los que se ha sustentado la civilización y la cultura de nuestro subcontinente latinoamericano, debido sobre todo al abandono del espiritualismo, a una educación materialista y sólo basada en el interés económico, a la corrupción y degeneración de las clases dirigentes y su consecuencia que se traduce en el irrespeto a las normas jurídicas que resultan muchas veces insuficientes, pero que, sobre todo son objeto de desprecio en su cumplimiento, como ya ès tradicional en el Ecuador habituado desde la Colonia a convivir irracionalmente con la frase que se ha vuelto increíblemente natural de que “la ley se acata pero no se cumple”, acompañada en los tiempos que corren, de la otra, no menos absurda y perversa convicción que sustenta la frase “la ley es para el de poncho”, que ha traído consigo el que la prepotencia de los que tiene el poder social, político y económico, indolentemente abandonen toda posibilidad de solidaridad, mientras de las esferas del poder aumentan los niveles de represión contra las mayorías pobres, desvalidas, y carentes de todo poder y de toda capacidad de expresión y de protesta.

## **LAS MUJERES EN LA CONSTITUCION DE AGOSTO DE 1998: DEL RECONOCIMIENTO FORMAL DE LA IGUALDAD AL FOMENTO DE LA EQUIDAD •**

**Dr. Farith Simon C.**

### **Papá las niñas no podemos ...**

“Papá las niñas no podemos...” fue una frase que me estremeció cuando la oí de mi hija Gabriela, que a sus cinco años había recibido una lección de alguna persona adulta sobre la “diferencia” entre los géneros, diferencia que su maestro/a ocasional sustentaba en las “incapacidades” que mi hija tenía por ser mujer, frente a las “capacidades” masculinas.

Esta simple frase revela un modelo social “androcéntrico”, que utiliza al varón como parámetro para entender lo “humano”, esto se refleja obviamente en el derecho, por lo que se han generado una serie de críticas al mismo desde los distintos grupos feministas<sup>1</sup>:

“(las) críticas no van sólo en el sentido de denunciar las discriminaciones que sufrimos las mujeres, cosa bastante necesaria, sino que son mucho más profundas y abarcadoras. Es más se podría utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la fase fundamental del derecho, que en la opinión de la mayoría de las corrientes feministas, está históricamente condicionada a la parcialidad. ¿ Por qué ? Por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al varón únicamente, y de éste, sólo de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc.”<sup>2</sup>

Es por esto, que realizar un análisis de las reformas constitucionales de 1998 con relación las mujeres, busca entender las posibilidades que este nuevo cuerpo normativo, escrito a puertas del nuevo milenio, da a la sociedad -a hombres y mujeres- elementos para su pleno desarrollo, superando esta visión parcializada<sup>3</sup> que debemos recordar; es excluyente no sólo de las mujeres, sino de la mayor parte de los seres humanos.

---

<sup>1</sup> Una versión completa de este trabajo apareció como colaboración en el libro “De las demandas a los derechos, las mujeres en la Constitución de 1998”. Foro Nacional Permanente de la Mujer Ecuatoriana. AH Editorial. 2000. Rocío Rosero, María del Pilar Vela y Ariana Reyes.

La expectativa más grande respecto a la Asamblea Nacional Constituyente, era la posibilidad de que ésta “refundara” el país, por medio del establecimiento de condiciones que garanticen una sociedad democrática, inclusiva, basada en la responsabilidad individual y colectiva, en el reconocimiento de las diferencias, en una estructura económica destinada a redistribuir la riqueza y acabar con la pobreza, repartiendo de manera adecuada el poder y el ejercicio de la libertad en función de los seres humanos, y por tanto, de la garantía, promoción y respeto de sus derechos.

Existe una coincidencia al resaltar lo avanzado del tratamiento a los derechos humanos por parte de la Constitución, si bien la mayoría de los sectores sociales consideran que se pudo “alcanzar más”, todos concuerdan que sus principales preocupaciones se ven reflejadas en la misma<sup>4</sup>. Esta visión positiva, contrasta sensiblemente con las opiniones más bien negativas sobre las normas referentes a la “gobernabilidad”<sup>5</sup>.

### **A. Principios generales sobre los derechos en la Constitución de 1998**

Sin la pretensión de explicar exhaustivamente las profundas implicaciones que tiene la Constitución de 1998 con relación a los derechos, es necesario considerar algunos elementos de extrema importancia para entenderlos.

Se establece que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos”<sup>6</sup>, se garantiza el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes a “...todos sus habitantes, sin discriminación alguna”, para lo que se compromete a adoptar “mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”(art. 18).

Es decir todos los derechos, sin considerar su naturaleza, son exigibles por parte de todos los habitantes, ya que el compromiso del Estado es el de garantizar el “libre y eficaz ejercicio”, que implica como el mismo artículo establece, la obligación de que se tomen acciones en función de esa efectividad (obligaciones de hacer) y no únicamente de abstención (no hacer).

Como resultado de lo anterior el artículo 18 de manera clara dispone que “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad” añadiendo que “En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos” y como resultado de esto “No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos...Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

La Constitución tiene en su texto un amplio catálogo de derechos, incluyendo tanto a los civiles y políticos; a los económicos, sociales y culturales; y a los derechos colectivos. Sin embargo su enumeración no es exhaustiva ya que contiene una “cláusula de reserva” en el artículo 19, que establece que “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”<sup>7</sup>.

Es claro que la Constitución abre la posibilidad de exigibilidad o justiciabilidad de todos los derechos contenidos en su texto, por las prescripciones referente a las Garantías de los Derechos, y en especial el Recurso de Amparo<sup>8</sup>, garantías que fueron perfeccionadas en el nuevo texto constitucional.

## **B. Constitucionalización de los derechos de las mujeres**

Para Celia Amorós<sup>9</sup>, “poner a las mujeres en la Constitución significa incluirse en el espacio de la más alta valoración social, en la máxima norma pública de una sociedad. La Constitución es el espacio de los iguales y lo público es el espacio más valorado por ser el del reconocimiento”.

La Constitución al ser la norma fundamental del Estado tiene la virtud, aunque sea formalmente, de establecer las bases y condiciones para la organización y funcionamiento del Estado, que al incorporar los derechos, sitúa a estos como esenciales en la vida de una país determinado.

Algunos autores<sup>10</sup> consideran que en el proceso de constitucionalización de los derechos de la mujer se puede encontrar tres momentos:

### a) Desconocimiento de la mujer como sujeto de derechos constitucionales

Las primeras constituciones ignoran a la mujer como “sujetos de derechos constitucionales”, no podemos olvidar a la famosa Olimpe de Gouges que en 1793 fue ejecutada por haber redactado una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana dedicada a la Reina (1791).

Llama la atención de que en la revolución francesa, cuna de la revolución liberal, donde se estableció el principio de la igualdad, se pueda haber dado un hecho de esta naturaleza, pero recordemos que el derecho era exclusivamente “androcéntrico” y por tanto consideraba al “varón como sujeto único o casi único del constitucionalismo”, sin embargo en otros campos del derecho, como el civil, la mujer era considerada sujeto de derechos, aunque recibiendo un trato desigual.

### b. “Formalización del igualitarismo”

Las constituciones del siglo XX buscaron equiparar legalmente al hombre y la mujer. Este proceso se inició con el reconocimiento del derecho al voto<sup>11</sup> de las mujeres, que legalmente en el país fue en el año 1929. La primera vez que una mujer votó<sup>12</sup> fue en el año 1924.

En esta fase del constitucionalismo lo que se busca es la declaración formal y la eliminación de aquellas disposiciones generadoras de un trato diferente.

Una vez “...formalizada la igualdad, en este período se da un paso más que abrirá la tercera fase; ese paso consiste en que el sexo no es un criterio de prohibición de discriminación más, sino que se convierte en lo que se conoce como un criterio o rasgo de clasificación sospechosa, dicho de otra manera, existe la presunción de que cualquier trato diferenciado por razón de sexo es discriminatorio; sólo será justificable cuando quien lo introduce lo pruebe, sometándose a un duro test de razonabilidad, que es constitucionalmente lícito este trato diferenciado”<sup>13</sup>.

### c. “Superación del mero igualitarismo”

Como veremos más adelante, pese a que se ha eliminado la discriminación *de jure*, esto no es suficiente para superar la discriminación *de facto*.

Las Constituciones recientes, entre las que se encuentra la nuestra de 1998, utilizan tres técnicas jurídicas<sup>14</sup> para avanzar de la declaración formal hacia la promoción efectiva de la superación de la discriminación y el fomento de la igualdad:

**i. Profundización de la idea de discriminación**

Esto consiste en usar tres elementos:

- Como se señaló antes, se convierte en “sospechosa” cualquier distinción basada en el sexo. Además, se reitera la prohibición de la discriminación en ciertas circunstancias, en que tradicionalmente se ha dado un trato discriminatorio por el sexo.
- El otro mecanismo es el determinar aquellas situaciones en que se admitiría un trato diferenciado en razón de sexo, por ejemplo en caso de embarazo y maternidad.
- Se establece la “prohibición de discriminación indirecta”, esto se traduce en imposibilidad de establecer criterios aparentemente objetivos que tienen como resultado una discriminación. El ejemplo utilizado tradicionalmente, es la determinación de ciertos requisitos físicos que son imposibles, o muy difíciles de ser cumplidos por las mujeres. Si bien no existe en la Constitución una norma expresa, se colige que esto estaría prohibido, y en caso de existir un caso de estos habría que evaluar si esto es objetivo.

**ii. “Acciones positivas”**

Como se verá más adelante, esto tiene que ver con la “discriminación positiva” y con la obligación del Estado de fomentar la equidad de género. Este tema será tratado con amplitud más adelante, ya que se considera uno de los ejes centrales de la nueva Constitución en relación a las mujeres.

**iii. “Consagración de otros derechos y principios”**

La última técnica jurídica tiene que ver con la reiteración del principio de la igualdad y la no discriminación en aquellas situaciones en las que tradicionalmente existió discriminación. En nuestra Constitución se encuentran varios ejemplos, en lo laboral, en lo político, en lo familiar.

Normas de esta naturaleza, pese a ser repetitivas, aseguran y fortalecen el principio general, en especial cuando algunas prácticas se han considerado socialmente “tolerables”, además sirven “para concretar contenidos específicos del principio genérico y, con ello, dificultan la disponibilidad del legislador y orientan la interpretación”<sup>15</sup>.

### **C. Condiciones generales para el respeto de los derechos**

En la Constitución aparecen tres condiciones necesarias para la vigencia de los derechos: la ciudadanía universal, Estado Social de Derecho, y la existencia de una democracia participativa (que reconozca la diversidad). Estas tres condiciones no eran, ni son, reivindicaciones exclusivas del movimiento de mujeres, reflejan exigencias de amplios grupos sociales, como el movimiento indígena o el de los derechos de niños, niñas y adolescentes<sup>16</sup>, pero que han sido consideradas como indispensables para la vigencia de los derechos de todas las personas.

### **D. Los derechos de las mujeres: ¿ transversalidad o “tema”?**

Nuestra Constitución incorpora en su texto los derechos de las mujeres en función de cuatro principios fundamentales y dos temas centrales:

- a) Reconocimiento de la igualdad de hombres y mujeres frente a la ley.
- b) Universalización de los derechos, pero reconociendo las particularidades de las mujeres, por lo tanto se reconoce las diferencias de una manera positiva, no considerando al hombre como modelo para juzgar lo “diferente”;
- c) Prohibición de la discriminación por sexo.
- d) Fomento de la equidad de género, especialmente por medio de medidas de “discriminación positiva”<sup>17</sup> o “acción afirmativa”.
- e) Dos temas centrales: los derechos sexuales y reproductivos y la violencia contra la mujer.

Los principios enunciados aparecen de distinta forma en los documentos preparatorios de las organizaciones de mujeres hacia la Asamblea Nacional Constituyente, es claro que hubo una decisión respecto a la forma en que la Constitución debía reflejar sus reivindicaciones, ésta debía incorporar la perspectiva de género de manera transversal, superando la forma en que tradicionalmente<sup>18</sup> se habían referido al tema las constituciones, sea por: la “tematización”<sup>19</sup>, o por la ubicación en bloque como grupo “vulnerable”<sup>20</sup>, o el entendimiento de las mujeres y sus reivindicaciones como “problema”<sup>21</sup>.

Se considera, desde algunos sectores del movimiento feminista que la Constitución sí logró una “transversalidad de género”, ya que encuentra a lo largo del texto una explícita intencionalidad de fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y superar la discriminación, además, porque de manera expresa se refiere, en algunos temas, a la naturaleza inclusiva de hombres y mujeres, especialmente en el preámbulo, en los principios fundamentales, en los derechos, garantías y deberes. Hay varias normas que se refieren directamente al enfoque de género. Quizá una de las más importantes es la del artículo 41, que establece la “existencia de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”<sup>22</sup>.

En cualquier caso, uno de los parámetros que utilizan los movimientos feministas para evaluar si un instrumento incorpora una visión de “género” es el lenguaje<sup>23</sup>, en este aspecto la Constitución de 1998 les quedó debiendo a las mujeres, ya que finalmente se impuso el manejo del masculino<sup>24</sup> para referirse a hombres y mujeres, sin embargo varios artículos visibilizaron de manera expresa a las mujeres y no sólo para referirse a ellas en situación de vulnerabilidad, como en el caso del preámbulo<sup>25</sup> o del artículo 3<sup>26</sup>. Otro elemento es la preferencia en el uso de la palabra “persona” frente a “hombre” como en el caso del artículo 23.

Los cuatro principios mencionados se encuentran íntimamente ligados, y se refuerzan entre ellos. A continuación realizaremos un breve análisis de cada uno

#### **a) Reconocimiento de la igualdad de hombres y mujeres frente a la ley**

En el artículo 23, numeral 3 de la Constitución se establece “La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades”.

Como se señala en el párrafo 55 de la Opinión Consultiva 4 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a lo cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos... No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”<sup>27</sup>.

De manera progresiva se ha ido dotando de un nuevo sentido a este principio, la búsqueda fundamental es el reconocimiento de la “igualdad en la diversidad” y la superación de la simple declaración formal de mismo, recordando que a este se lo critica desde el feminismo “porque el principio de igualdad ante la ley ha tomado como referente al varón aún cuando toma en cuenta a las mujeres porque toma a sus necesidades como igualmente humanas sino que parte de que las mujeres tenemos necesidades ‘especiales’”<sup>28</sup>. Alda Facio al referirse a las corrientes feministas que cuestionan este principio dice “...mujeres y hombre somos diferentes (para algunos esencialmente diferentes y para otros culturalmente diferentes) y que esas diferencias sólo han sido tomadas en cuenta por el derecho cuando hacerlo beneficia a los hombre...esta crítica...relativiza los conceptos totalizantes de la igualdad y la diferencia para asumir que en algunos campos las mujeres requerirán de la igualdad y en otros la validación de su diferencia”<sup>29</sup>.

Como hemos visto la Constitución se mueve en los dos terrenos, reconociendo la igualdad, pero también la diferencia, podemos ver que en algunos casos inclusive reconoce que existen tratamientos distintivos en algunas esferas particularmente graves, como se verá más adelante, y por esto es necesario reiterar el principio de la igualdad, y en otros casos hace hincapié en la diferencia, como veremos más adelante.

Dos ejemplos de la búsqueda de reafirmación de este principio la podemos encontrar en lo laboral, el artículo 36 señala que “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”; y, en la propiedad y la producción “El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad”(art. 34)

Un aspecto sensible de este principio, como profundizaremos más adelante, es evaluar si en la consideración clásica de la igualdad se podría aceptar formas de “discriminación positiva”.

#### **b) Universalización de los derechos, pero reconociendo las particularidades de las mujeres.**

La Declaración de Viena<sup>30</sup> establece que “todos los derechos humanos son universales e indivisibles y mantienen una relación de interdependencia ... los derechos de las

mujeres y las niñas constituyen parte integral e indivisible de los derechos humanos universales”.

No existe duda sobre el reconocimiento de este principio en el Ecuador. Un buen ejemplo de esto es que, pese a la aceptación de la diversidad del país, un referente general, aplicable a todos los casos y sin distinción por el principio de la “universalización” son los derechos humanos, así lo establece el artículo 84 de la Constitución, cuando como límite a los derechos colectivos pone “a los derechos humanos” (el resaltado es nuestro) .

El “universalismo” de los derechos humanos, basado en el entendimiento de que las personas somos “agente(s) moral(es) y racional(es), desprovisto(s) de todas las características que le dotan de singularidad, y reconocen a todos los individuos como titulares de esos derechos”<sup>31</sup> ha sido criticado por algunas de las corrientes feministas, por considerar que este se basa en una supuesta “neutralidad” que no existe, ya que “los llamados derechos fundamentales ... reflejan los juicios o criterios masculinos aunque sean externados por mujeres”<sup>32</sup>. Por tanto el “universalismo” se construye sobre la idea de que los derechos se aplican de manera independiente de las características del individuo.

La mayor parte de los movimientos feministas han cuestionado a las corrientes que niegan el “universalismo” por considerarlo en extremo peligroso para la vigencia de los derechos humanos.

En nuestra Constitución, si bien se reconoce el valor de la universalidad, se ha incorporado la aceptación de que algunos sujetos tienen necesidades específicas por su condición y se ha hecho el reconocimiento expreso a esto, sin negar los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, lo podemos observar de lo establecido, no sólo para el caso de las mujeres, sino para el caso de los niños, niñas y adolescentes<sup>33</sup>, los pueblos indígenas y afroecuatorianos.

Ejemplos del reconocimiento constitucional a las necesidades específicas de las mujeres son las contenidas en el artículo 23 numeral 2 referente a la violencia, al considerar que estas son en mayor medida víctimas de estas agresiones, o en el artículo 24 numeral 10 sobre la defensa pública, o la del artículo 36 sobre la mujer trabajadora, al establecer ciertas condiciones especiales, como por ejemplo lo vinculado a la maternidad.

### c) Prohibición de la discriminación por sexo

La no discriminación se encuentra definida en la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”<sup>34</sup>.

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”. Estos principios deben ser estudiados de manera conjunta, aunque por las dificultades prácticas, propias del principio de “igualdad ante la ley”<sup>35</sup>, al evaluarlo se ha generalizado usar el principio de la “no discriminación”. Algunas de estas se refieren, por ejemplo, a la imposibilidad de determinar en países federales cual es el referente legal sobre el que se podría hablar de “igualdad ante la ley” o los casos en que existen estándares legales diversos para distintos grupos poblacionales.

El artículo 17 de la Constitución establece con claridad que “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes...” y se añade, como un principio derivado de la igualdad ante la ley que “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 índole” (artículo 23, numeral 3).

En la primer disposición únicamente se establece el principio, y en la segunda señala los casos específicos en que no se admitirá discriminación<sup>36</sup>, y una de ellas es por “sexo”.

Nuestra Constitución sigue en esta materia, como en otras, lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este instrumento, por un lado establece una norma general en el artículo 1.1 <sup>37</sup> (no discriminación), y por tanto aplicable a todos y a todo el instrumento, y por otro, la norma del artículo 24 <sup>38</sup> que reconoce el principio de igualdad ante la ley <sup>39</sup>.

La discriminación en general, y en especial contra la mujer, presentar dos niveles<sup>40</sup>, la discriminación *de jure y de facto*. Esto en función de que “la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad (pero) su reconocimiento permite impulsar transformaciones en el orden social”<sup>41</sup>.

Otro elemento a considerar en este principio es que “los legisladores se fundan en la idea de que la igualdad es la norma y que, por excepción, alguna persona es discriminada...los gobiernos se preguntan en qué leyes subsisten situaciones discriminatorias para las mujeres y se procede entonces a su reforma. Estas correcciones no bastan para revertir la situación de subordinación en que viven las mujeres, porque su realidad social consiste en una sistemática exclusión del poder, los recursos y las oportunidades y en este modelo no se contemplan las desventajas sistémicas y persistentes”<sup>42</sup>.

Un interesante avance respecto al tema discriminación es el modelo desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de Canadá, para medir la discriminación en términos de desventaja :

“No se necesita ningún patrón de comparación, masculino o de otro tipo. Si una persona es miembro de un grupo en persistente desventaja, y puede demostrar que una distinción basada en características personales del individuo o del grupo, mantiene o empeora la desventaja, la distinción es discriminatoria, sea intencional o no. La desventaja es determinada contextualmente, mediante el examen de la realidad social, política y legal de la persona demandante. A diferencia del modelo igualdad/diferencia, el de las desventajas exige que los jueces ubiquen a los demandantes (sean mujeres, indígenas, niños, niñas, discapacitados) en el lugar que ocupan en el mundo real y que encaran la realidad de que, por ejemplo, el abuso sistemático y la exclusión del poder que sufren las mujeres se debe a su lugar en la jerarquía sexual. Este modelo permite evaluar el impacto de las leyes o políticas, tanto neutrales como específicas de género, sobre las personas y los grupos, y para revisarlas en lo que sea necesario para llegar a una igualdad de *facto*”<sup>43</sup>.

**d) Fomento de la equidad de género, especialmente por medio de medidas de “discriminación positiva” o “acción afirmativa”.**

La búsqueda de la equidad es el reconocimiento de que la declaración de igualdad o no discriminación no son suficientes, ya que esto no se reduce a la ausencia de disposiciones discriminatorias o el reconocimiento formal del mismo, al contrario, el

Estado está obligado a tomar medidas que den efectividad a este principio. Inclusive "... muchas veces la interpretación de la cláusula constitucional de la igualdad tradicionalmente aceptada, no sólo no contribuye a lograr la igualdad de género sino que, aún fomenta una comunidad desigualitaria...esta doctrina de igualdad formal no puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que los individuos no están similarmente situados..."<sup>44</sup>.

La primera parte de este principio se encuentra contenido con claridad en el artículo 41 de la Constitución que establece que "El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres"<sup>45</sup>.

Por otro lado podemos encontrar la norma del artículo 102 "El Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos".

Esto exige que, bajo ciertas circunstancias, se de un trato más favorable para el grupo poblacional que se encuentra en desventaja, con el objetivo de equipararlos a los restantes grupos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos opina que ciertas desigualdades "pueden ser un vehículo para realizar (la justicia )" <sup>46</sup> y el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha considerado que:

...el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto <sup>47</sup>.

Ya no existe una mayor oposición a la existencia de ciertas formas de "discriminación positiva", pero en algunos casos el debate se ha centrado en los efectos que estas

medidas causan, ya que algunas de ellas han acentuado las diferencias. Un ejemplo clásico respecto a este tema son las reglas del derecho de familia que, en una supuesta protección a la mujer, establecen casi de manera obligatoria que a la mujer separada o divorciada le corresponde el cuidado y crianza de los hijos, afectando de esta manera el principio de corresponsabilidad y profundizando el cumplimiento de un rol socialmente impuesto.

La única disposición de acción afirmativa o de “discriminación positiva” existente en el texto constitucional es la de la transitoria decimoséptima, que establece un sistema de cuotas:

Se reconocerá a las mujeres la participación del veinte por ciento en las listas de elecciones pluripersonales, así como todos los derechos y garantías consagrados en leyes y tratados internacionales vigentes.

Técnicamente esta norma es deficiente, la intencionalidad obvia de la norma es que “al menos”<sup>48</sup> un veinte por ciento de las listas de elecciones pluripersonales este conformada por mujeres. Además en la segunda parte del artículo se añade una aclaración innecesaria respecto a la titularidad de todos los derechos. Aparentemente la incorporación de una norma de esta naturaleza no fue entendida por parte de los assembleístas como una forma de “discriminación positiva”, dirigida a promover, como obligación del Estado, los mecanismos adecuados para que las mujeres accedan a los derechos políticos en condiciones de igualdad.

No podemos olvidar que esta posibilidad, la de establecer normas de discriminación positiva, se encuentra contenida en Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>49</sup> (art. 4):

1. La adopción por los Estados Partes de **medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación** en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; **estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.**
2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria. (el resaltado es nuestro)

**e) Dos temas centrales:  
los derechos sexuales y reproductivos y la violencia contra la mujer**

Estos dos temas, por tener una importancia fundamental en las reivindicaciones de las organizaciones de mujeres, van a ser analizados de manera separada. No pretendemos estudiarlos en toda su dimensión, pero sí la forma en que la Constitución los ha recogido, y las implicaciones que tienen para el conjunto de los derechos.

**i. Los derechos sexuales y reproductivos**

La importancia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos está ligado a la de autonomía de las mujeres, y por tanto, la posibilidad de decidir sobre su cuerpo, esto tiene varias implicaciones, además del ejercicio de la sexualidad, ya que “se amplían a los resultados que pueden provenir de ella así implican el respeto hacia la voluntad de tener o no descendencia; de cuidar de la vida de la embarazada tanto en el proceso normal de la gestación como en el caso de peligro de muerte; de protección a las mujeres expuestas a embarazos forzados, a esterilizaciones o abortos impuestos por carencia de anticoncepción eficaz”<sup>50</sup>.

La Constitución en su artículo 23, numeral 25, establece:

“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 ... tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual”.

Una norma complementaria en este tema es aquella que determina el derecho que tienen “**las personas** a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar” (art. 39). El uso del plural es significativo, porque visibiliza el hecho que es una decisión que debe ser tomada por hombres y mujeres, frente a la norma de la anterior Constitución que se refería al “derecho de los **padres**” (art. 34).

**ii. Violencia contra la mujer**

A raíz del reconocimiento, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena<sup>51</sup> (1993), que la violencia contra las mujeres es una violación de derechos humanos, este tema empezó a ser tratado de manera diferente por el Estado. De hecho

esta declaración sirvió de impulso para la posterior adopción de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém Do Pará (1994). Esta Convención contiene la posibilidad de que los casos de violencia de género, inclusive cuando ha sido perpetrada por actores privados, estos generen responsabilidad estatal, y por tanto, de competencia del derecho internacional.

Nuestra Constitución incorporó una norma respecto a la violencia, pero con alcance más general, cubriendo, además de las mujeres, ciertos sujetos vulnerables, como las personas de la tercera edad y los niños, niñas y adolescentes, reconociendo que vivir libre de violencia es parte de los derechos civiles y políticos “El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad” (artículo 23, numeral 2).

Otras normas referentes a la violencia contenidas en la Constitución son:

- El establecimiento de defensores públicos “para los casos en que de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual” (art. 23. Num. 10).
- Las personas víctimas de violencia doméstica son consideradas un grupo vulnerable, y por tanto con derecho a recibir atención prioritaria, preferente y especializada (art. 47).
- La prohibición de publicidad que promueva la violencia (art. 81).
- La necesidad de proteger a niños, niñas y adolescentes para que no reciban una educación que promueva la violencia (art. 50).

## **E. De los derechos en particular**

La Constitución incorpora un número amplio de derechos específicos, que se encuentran a lo largo de su texto, por la naturaleza del presente trabajo no se reproduce el listado completo de los mismos, algunas de estas normas han sido citadas en las secciones pertinentes.

## **A manera de conclusión**

Es innegable el significativo avance que la Constitución de 1998 representa para la búsqueda de una sociedad igualitaria y equitativa, por supuesto que las declaraciones

constitucionales no son suficientes para lograr estos objetivos, pero señalan unas condiciones que deben ser alcanzadas por medio de acciones, que deben ser asumidas como responsabilidad de todos los habitantes de un país, ya que la búsqueda de igualdad, equidad e inclusión no es un tema que le compete exclusivamente a las mujeres.

Un tema central en la búsqueda de la inclusión es asegurar que estas transformaciones cubran a todas las mujeres, y no únicamente aquellas que por su posición social o económica tienen mejores posibilidades de ejercer sus derechos, por esto el lograr la inclusión debe considerar múltiples variables, además de las indispensables sobre la discriminación o exclusión por género, hay que incluir las generadas por la pobreza, o por la pertenencia a un grupo social o étnico.

El primer, y camino más obvio, es el la introducción de reformas a la legislación secundaria<sup>52</sup>, pero en este tema, como en otros referidos a los derechos de las personas, la prioridad debería ser conseguir que las autoridades respeten y acaten las disposiciones constitucionales, ya se establece -de manera positiva- que los “derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad” (art. 18), y por otro -de forma negativa- que obliga a los administradores de justicia en las causas que conozcan podrán “declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido” (art. 274).

Un segundo grupo de tareas se encuentran vinculadas a la necesaria transformación de las instituciones, por ejemplo el hecho de que las entidades públicas asuman en su trabajo cotidiano la introducción de una visión de género, y de la búsqueda de equidad, pero que supere el discurso y se dirija la transformación de aquellas prácticas y tradiciones discriminatorias, ya que es un imperativo constitucional que “... a través de un organismo especializado ... incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su **obligatoria aplicación** en el sector público” (el resaltado es nuestro).

La tercera línea de acciones, son los de naturaleza educativa, que deberían permitir una reforma de las “costumbres”, para asegurar que el principio de la igualdad se haga efectivo tanto en el mundo de lo público, como en lo cotidiano, para que a ninguna niña se le enseñe que por ser mujer “no puede”.

*Quito, junio del 2000.*

**Notas:**

<sup>1</sup> “Sin duda alguna no es tarea fácil proceder a una caracterización del feminismo que englobe a todas las teorías y movimientos que han acudido a este calificativo para definirse; y no es tarea fácil porque una gran pluralidad de ideas y notables diferencias de fondo están presentes en este amplio y diverso mundo del feminismo... no parece aventurado apuntar que el feminismo -como todo- se caracterizaría por hacer el análisis de la condición de la mujer el centro de su preocupación y por denunciar que esa condición es el resultado de una condición de dominación del sexo masculino sobre el femenino, es el resultado de un modo de organización que el feminismo suele calificar como patriarcal. Precisando un poco más, diríamos que las teorías feministas coinciden en proclamar que esa relación de dominación descansa en la construcción diferencial de los seres humanos en categorías masculinas y femeninas, y que dicha constitución de diferencias de género no es un hecho natural sino el resultado de un proceso histórico y social”. Jesús González Amuchastegui (Mujer y Derechos Humanos: Concepto y Fundamento).

<sup>2</sup> Alda Facio. “Hacia Otra teoría crítica del derecho” publicado en la obra colectiva “Género y Derecho”. Editorial LOM, Colección Contraseña: Estudios de Género, Serie Casandra. ILANUD. American University. 1999.

<sup>3</sup> Pese a la importancia que este tema tendría para el análisis de las disposiciones constitucionales el alcance del trabajo no permite profundizar tan interesantes tesis, pero podría revisarse el artículo ya citado de Alda Facio, y el artículo de Jesús Amuchastegui, también citado en el presente trabajo.

<sup>4</sup> Sobre las primeras reacciones de los diversos sectores es interesante revisar la obra colectiva “Alcances y limitaciones de la reforma política del Ecuador”. Asociación Americana de Juristas, Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la Universidad Central, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. Quito. Diciembre 1998.

<sup>5</sup> Para algunos sectores esta era la tarea central de la Asamblea, ya que existía una opinión bastante generalizada respecto a que la Constitución a ese momento vigente ya contenía un buen tratamiento de los derechos.

<sup>6</sup> Art. 3, numeral 2 y artículo 16.

<sup>7</sup> Estos derechos no reconocidos expresamente en los instrumentos legales vigentes no se benefician e la garantía de la “aplicación directa”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18.

<sup>8</sup> Para una ampliación sobre el tema de la Acción de Amparo se podría revisar el trabajo de Michel Andrade y Alicia Arias “Manual sobre la Acción de Amparo Constitucional en el Ecuador”. CLD. 1999.

<sup>9</sup> Citada por María Arboleda. Op. Cit.

<sup>10</sup> Pablo Pérez Tremps. Constitución y Derechos de la Mujer. Anuario de la Facultad de Derecho. Número 14 y 15. Universidad de Extremadura. 1996-1997. En esta sección hemos seguido a este autor, por considerar adecuada su propuesta de establecimiento de fases y sus características.

<sup>11</sup> En el año 1889 se estableció este derecho por primera vez para las mujeres, fue en el Estado de Wyoming, seguido por los países nórdicos.

<sup>12</sup> Natacha Reyes. Op. Cit.

<sup>13</sup> Pablo Pérez. Op. Cit.

<sup>14</sup> Pablo Pérez. Op. Cit.

<sup>15</sup> Pablo Pérez. Op. Cit.

<sup>16</sup> En cuanto a la “ciudadanía universal”, además de las acciones del movimiento de mujeres, dos aspectos fueron esenciales: el reconocimiento constitucional de la existencia de “pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades” (art. 83 Constitución) y las reivindicaciones del movimiento por los derechos de la infancia-adolescencia respecto al tema..

<sup>17</sup> Respecto a este tema es especialmente relevante la Opinión Consultiva No. 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>18</sup> CEPAL. Documento de Referencia DDR/4. Elaborado por Susana Chiarotti. 16 de diciembre de 1999.

<sup>19</sup> Esto implica la consideración como un “aparte” o como tema “secundario” a los derechos de las mujeres, muchas organizaciones reivindican esto como una estrategia para “visibilizar” los temas.

<sup>20</sup> Esto se critica en función de las siguientes consideraciones: a) la vulnerabilidad existe por los prejuicios y discriminaciones, b) las mujeres no son per se vulnerables, en todo caso lo vulnerable es la situación; c) las mujeres consideran que no son un “grupo” sino la mitad de la población; y, d) pueden formar parte de algunos grupos en situación de vulnerabilidad.

<sup>21</sup> Esta visión se critica por considerar: a) el problema no es la mujer, si no la falta de igualdad y equidad entre los sexos; y, b) se debe abordar “los problemas que encaran las mujeres sin rotular, salvo excepciones, a las mujeres que los sufren.

<sup>22</sup> Otra norma en este sentido, además de la referida a la educación, es la del artículo 254, referente al Sistema Nacional de Planificación y se establece que se deberá incorporar el enfoque de género, además de considerar “las diversidades de edad, étnico-culturales, locales y regionales”.

<sup>23</sup> Sobre el uso del lenguaje en el derecho y las mujeres se podría consultar el trabajo de Yadira Calvo De las leyes de la lengua y la lengua de las leyes. “Género y Derecho”. Editorial LOM, Colección Contraseña: Estudios de Género, Serie Casandra. ILANUD. American University. 1999.

<sup>24</sup> Por ejemplo el artículo 6 reza “todos los ecuatorianos son ciudadanos”.

<sup>25</sup> “Inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria ...”

<sup>26</sup> “Son deberes primordiales del Estado... Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social ....”

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No.4.

<sup>28</sup> Facio. Op. Cit.

<sup>29</sup> Facio. Op. Cit.

<sup>30</sup> Declaración de Viena, párrafos 5 y 18.

<sup>31</sup> Amuchategui. Op. Cit.

<sup>32</sup> Facio. Op. Cit.

<sup>33</sup> Art. 49 “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad”.

<sup>34</sup> En el mismo sentido se define a la discriminación racial en el artículo 1 de la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”.

<sup>35</sup> Sobre este punto revisar el libro Daniel O'Donnel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. CAJ. 1989.

<sup>36</sup> El debate central en relación a este tema es la determinación de que no todo trato diferente es discriminatorio, como lo veremos más adelante inclusive es una de las razones por las cuales se justifica la llamada "discriminación positiva". En la ya citada OC-4 se establece que "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana". (párrafo 57).

<sup>37</sup> "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

<sup>38</sup> "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

<sup>39</sup> La OC-4 antes citada en sus párrafos 53 y 54 establece "53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma... 54... Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición (la del artículo 24) reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley".

<sup>40</sup> En opinión del informe de la CEPAL, citado en el presente trabajo, esta diferenciación es el aporte más importante del informe del Relator Especial sobre la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>41</sup> Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas. Doc. OEA/Ser.L/V/II.100. 1998.

<sup>42</sup> Cepal. Op. Cit. Citando a Mahoney.

<sup>43</sup> Cepal. Op. Cit. Citando a Mahoney.

<sup>44</sup> Marcela Rodríguez. Igualdad, democracia y acciones positivas. “Género y Derecho”. Editorial LOM, Colección Contraseña: Estudios de Género, Serie Casandra. ILANUD. American University. 1999.

<sup>45</sup> Otra norma que hace referencia a la equidad de género es la del artículo 67 sobre educación que establece como una de las obligaciones de la educación es la promoción de la equidad de género.

<sup>46</sup> OC-4. Párrafo 56. Op. Cit.

<sup>47</sup> Observación general 18. No discriminación (37 periodo de sesiones, 1989). Párrafo 10.

<sup>48</sup> De esta manera fue interpretada la norma al reformar la Ley de Elecciones. “Las listas de candidaturas en elecciones pluripersonales deberán presentarse con al menos el treinta por ciento (30%) entre los suplentes de forma alternada y secuencial”, señalándose adicionalmente que, esta cuota ira en aumento en un 5 % en cada proceso electoral, hasta llegar al 50 %, es decir, en condiciones normales, en el 2010.

<sup>49</sup> A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981

<sup>50</sup> Natacha Reyes. Hombres públicos, mujeres privadas. Corporación Editorial Eskeletra. Quito. 1999.

<sup>51</sup> En igual sentido se trata el tema en la Plataforma de Acción de Beijing. Párrafo 234.

<sup>52</sup> Sería muy difícil determinar todas las normas y cuerpos legales que requieren de reformas , pero son significativas las que deben introducirse, por ejemplo, en el Código Civil - o crear una Ley especializada para regular los temas familiares- que permita que los cónyuges determinen al momento de celebrar el matrimonio cuál de ellos administra la sociedad conyugal, ó las reformas a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación que permitan el registro de los hijos nacidos de Unión de Hecho legalmente reconocida sin necesidad de la comparecencia conjunta, ó las reformas a las leyes penales que garanticen en el ejercicio de la libertad sexual, etc.

## **EL CASO SUAREZ-ROSERO: ¿ HAN CUMPLIDO LOS AGENTES DEL ESTADO CON LA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ?**

**Dr. Alejandro Ponce Villacís**

*“Pocos sub-grupos sociales están en tan grave peligro de que sus derechos sean conculcados, como el de los detenidos y condenados, pues están en manos de la autoridad gubernamental.”  
(Petición inicial en el caso Suárez Rosero \*)*

### **Antecedentes**

El día 27 de enero de 1994 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos <sup>1</sup> recibió en audiencia de condiciones generales a varios abogados <sup>2</sup> quienes denunciaron la triste realidad del sistema de administración de justicia en el Ecuador. El objetivo de tal denuncia era el colocar al Ecuador, por primera ocasión, en la mira de tal organismo internacional y con ello obtener un cambio tanto en los funcionarios encargados de la administración de justicia como en los miembros de la Policía Nacional.

Durante el curso de la audiencia, el representante del Ecuador trató de impedir cualquier forma de intervención del órgano de protección de los derechos humanos en el Ecuador, e incluso sostuvo que en “la isla de paz” nada sucedía y menos aún que se dieran violaciones a los derechos humanos.

---

\* El Caso Suárez Rosero es el único caso en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado en contra del Ecuador por violaciones a los Derechos Humanos. La Corte ha dictado dos sentencias, la primera de 12 de noviembre de 1997 sobre el fondo, y la segunda sobre reparaciones el 20 de enero de 1999. En un segundo caso que fuera demandado ante la Corte, el Estado llegó a un arreglo amistoso, previo al conocimiento por parte de la Corte.

Este artículo lo escribo con el fin de demostrar la manera en la que el Estado Ecuatoriano de forma deliberada a través de sus agentes ha buscado perjudicar a un hombre inocente, con el fin de mantener el apoyo político y económico irrestricto de un gobierno extranjero. El caso de Iván Suárez Rosero es solo uno más de miles que se dan y se han dado en el Ecuador. Los responsables siempre son los mismos, miembros de la Policía Nacional, miembros del Ministerio Fiscal, Miembros de la Función Judicial y lastimosamente también colegas abogados, que con su conducta y procedimientos desviados de la Ley, permiten y toleran que el Derecho no sea la regla sino la excepción en el Ecuador.

Luego de que públicamente se conociera sobre esta audiencia a través de distintos medios de comunicación, la cónyuge de Iván Suárez Rosero se contactó con el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos y pidió la intervención de esta organización para la defensa de los derechos de su marido quien en aquella época se encontraba detenido por cerca de veinte meses, sin que hubiera recibido ninguna forma de protección por parte del Estado.

Una vez obtenida la información quienes trabajábamos en el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos<sup>3</sup> decidimos que era un caso que de manera urgente debía ser conocido por la Comisión. Por ello, el 24 de febrero de 1994 el caso fue presentado.

### **La petición y el trámite ante la Comisión**

En la petición que presentamos ante la Comisión expusimos lo siguiente:

“1. La República del Ecuador, Estado miembro de la Organización de Estados Americanos, firmó y ratificó la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) sin realizar ninguna reserva. Igualmente reconoció la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo el sistema penal ecuatoriano viola sistemáticamente la Convención. Las violaciones especialmente se dan con respecto a los artículos 1, 5, 7, 8 y 25 de la Convención.

2. Por dichas violaciones se han presentado tres peticiones, una de condiciones generales y dos en las que se hace referencia a casos individuales, pero no exclusivamente dirigidas por las violaciones de dichos individuos sino contra todo el sistema penal. Es justamente dentro de este ámbito que se presenta la presente petición individual, en contra de la República del Ecuador.

### ***II. Los hechos***

3. Durante el mes de junio de 1992 se realizó en el Ecuador la denominada Operación Ciclón por parte de la Policía Nacional del Ecuador, así como la Interpol. En dicha operación se detuvo a personas supuestamente involucradas en el tráfico internacional de estupefacientes. Durante las investigaciones presumariales y el proceso penal que se inició se han violado las garantías consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Constitución de la República y las leyes penales. Constituyen de especial consideración los actos violatorios en el caso del peticionario. A continuación se relatan los hechos en este caso.

4. El día 23 de junio de 1992 a las 1h45, aproximadamente el peticionario salió de su domicilio, ubicado en el sector norte de Quito, le recogió Nelson Salgado su compañero de trabajo para dirigirse a recoger a Rolando Vásquez, otro compañero de trabajo para dirigirse a la Compañía Air Cargo, donde el peticionario cumplía las funciones de agente de seguridad. Al llegar al domicilio de Rolando Vásquez, el peticionario fue detenido conjuntamente con Nelsón Salgado por agentes de la Policía Nacional. Al momento de la detención no se les informó el motivo de ella.

5. Posteriormente fueron llevados a las oficinas de la Interpol hasta las 16h00 del mismo día, a esa hora son llevados hasta el Cuartel de Policía Regimiento Quito No. 2. En ese lugar Nelson Salgado es obligado a declararse culpable y firmar una declaración en su contra y de su amigo, bajo amenazas de incriminar a toda la familia <sup>4</sup>. El peticionario igualmente fue sometido a todo tipo de presiones inclusive maltrato físico para que firme una declaración en su contra.

6. A partir del 23 de junio de 1992, fecha en la que se le detuvo, el peticionario fue mantenido incomunicado por más de un mes.

7. El día 22 de julio de 1992 el Intendente de Policía de Pichincha dicta una supuesta boleta Constitucional de Encarcelamiento en contra de varias personas, entre ellas el peticionario <sup>5</sup>.

8. El día 12 de agosto de 1992, es decir siete semanas después de que se detuvo al peticionario, el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha dicta la Boleta Constitucional de Encarcelamiento.

9. Con fecha primero de diciembre de 1992, el presidente de la Corte Superior de Quito, luego de que el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha se inhibiera de conocer la causa, avoca conocimiento y dicta el auto-cabeza de proceso, con lo que se inicia el sumario. El peticionario en dicho auto es sindicado por intentar desaparecer evidencias del delito de tráfico y tenencia de estupefacientes. Específicamente por haber intentado incinerar la droga, causa del juicio penal.

10. El día 26 de junio de 1992 el Mayor José Castro fue detenido, quien en su declaración y en un careo acepta haber sido él quien tuvo la droga y la quemó.

11. A partir del día 9 de diciembre de 1992 se empiezan a practicar las pruebas, entre ellas:

a) Declaraciones testimoniales, que demuestran que el peticionario no pudo haber participado en el delito que se le inculpa.

b) Inspección del lugar donde supuestamente se quemó la droga, esta diligencia se realizó en horas de la madrugada para reconstruir el supuesto delito. Con ello se probó que la persona o personas que supuestamente lo denunciaron y reconocieron al peticionario, jamás pudieron haberlo distinguido por la obscuridad.

c) Inspección al Libro de Guardia de la Compañía Ir Cargo, del cual se desprende que de dicha Compañía se llamo al peticionario para despartarlo el día en que fue detenido.

d) Reconstrucción del recorrido que hubiera tenido que hacer el peticionario desde que salió de su hogar hasta que fue detenido. De esta prueba se desprende que el tiempo que se hubiera requerido es mucho mayor al que se dio entre el tiempo real desde que salió el peticionario hasta su detención. Con ello también se demostró que no tuvo participación en el delito que se le sindicó.

e) A lo largo del sumario se ha ordenado que los policías Feijoó, Gretty y Guerrero comparezcan a declarar, hasta el momento no lo han hecho. Tampoco se ha ordenado el uso de la fuerza pública para lograr dicho objetivo<sup>6</sup>

12. Con todas estas pruebas aportadas se solicitó al Presidente de la Corte Superior de Quito, que revoque la orden de detención que existe en contra del Peticionario.

13. Con fecha 29 de marzo de 1993, conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal, el peticionario propuso el Recurso de Amparo (o habeas corpus judicial) ante el Presidente de la Corte Suprema (que es el juez competente para conocer sobre dicho recurso). Hasta la presente fecha el Presidente de la Corte Suprema no ha dado trámite a dicho pedido.

14. El día 26 de enero de 1994 el Presidente de la Corte Superior de Quito negó la revocatoria de detención solicitada por el peticionario. Al hacerlo no estableció los fundamentos legales para así proceder.

15. El peticionario ha permanecido ilegalmente detenido por cerca de veinte meses.

16. A través de publicaciones en la prensa en las que aparece el nombre del peticionario se ha afectado su honor y reputación, pues se le trata como narcotraficante, además de que claramente se hacen afirmaciones falsas sobre los hechos.<sup>7</sup>”

Bajo estos fundamentos denunciarnos la violación de los Arts. 5, 7, 8, 11, 25 y el 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir la violación de los derechos a la integridad personal, libertad, garantías judiciales, honra, protección judicial y en conexión con estos derechos el deber general del Estado de garantizar los derechos previstos en la Convención.

De igual manera se alegó que la legislación existente en el Ecuador, en especial aquella que discriminaba a los detenidos, por presuntos delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, estaban siendo discriminados frente a los demás detenidos, por ello, sostuvimos que se estaba también violando el Art. 2 de la Convención, en cuanto el Estado no había tomado medidas legislativas para hacer efectivos todos los derechos y que por el contrario las normas existentes estaban en contra de lo dispuesto en la Convención.

Cabe destacar que en la petición sostuvimos:<sup>8</sup>

“18. El art. 5 (1) de la Convención establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, la República del Ecuador ha violado esta norma al someter al peticionario a maltrato físico y psicológico con el fin de intentar una declaración forzada, que en el caso del peticionario no se la logró obtener debido a su fortaleza. De cualquier manera, el sometimiento a tratos inhumanos y degradantes, de que fuera objeto el Señor Nelson Salgado, trajeron como consecuencia una declaración falsa en contra del peticionario y del mismo declarante. Conforme consta en la Petición General, esta violación contraviene también el ordenamiento jurídico interno.

19. Constituye igual violación del art. 5 (2) de la Convención que determina que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la larga detención e incomunicación a la que fue sometida el Peticionario, al respecto la Corte Interamericana ha señalado:

“... el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivos de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación del artículo 5 ...”<sup>9</sup>

20. De acuerdo con lo previsto en el art. 7 (2) de la Convención, toda persona tiene derecho a su libertad física, salvo por las causas determinadas de antemano en las Constituciones y leyes dictadas conforme a ellas. En el caso del peticionario estas normas han sido violadas, pues su detención se realizó sin que existan los preceptos constitucionales establecidos, es decir, la existencia de la orden de una autoridad competente o en caso de delito flagrante ( Véase Petición de Condiciones Generales). El peticionario fue detenido mientras circulaba libremente, al momento de la detención no se encontraba realizando ningún acto tipificado por la ley como delito y no existía en ese momento orden de detención alguna. Como se desprenden de los hechos relatados, esta orden se dictó luego de siete semanas de detención ilegal. En consecuencia la detención debe ser considerada como arbitraria, por ello no se ha respetado tampoco el art. 7 (3). Pese a que en la Petición de Condiciones Generales se hace una completa descripción del sistema penal ecuatoriano, así como de las normas constitucionales al respecto es necesario, insistir que se ha violado el art. 19 No. 17 lit g) de la Constitución de la República del Ecuador el cual expresamente dispone:

**g) Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. En cualquiera de los casos no podrá ser incomunicado por más de veinticuatro horas.**

La detención bajo la premisa descrita por la norma constitucional es arbitraria. La República del Ecuador no ha respetado el art. 7 (2) por ende también se ha violado el art. 7 (3).

21. Al momento de detenerse al peticionario no se le informó del motivo de su detención, hecho que constituye violación del art. 7 (4) de la Convención. Igualmente se violó el derecho a ser notificado sin demora del cargo o cargos formulados en su contra, pues la providencia inicial del proceso penal, en la que se formulen los cargos, fue dictada **cinco meses** después de la detención. La norma cuya violación se alega expresamente dispone que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

22. Según lo dispone el art. 7 (5) toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. El peticionario fue detenido e informado por más de un mes, conculcándose por ende el derecho antes señalado. El mismo artículo dispone que el detenido tiene así mismo el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El lapso que ha permanecido detenido el peticionario sin que hasta el momento se haya concluido el sumario tipifica la violación alegada.

23. La República del Ecuador, ha violado el art. 7 (6) de la Convención, que dispone el derecho que tiene toda persona de recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que decida, sin demora sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales. El peticionario, a solicitado al Presidente de la Corte Superior de Quito, que es el juez "a quo" para su caso, revoque la orden de detención dicho magistrado ha negado dicha revocatoria sin establecer los fundamentos legales para mantenerla. De igual manera se ha solicitado el Recurso de Amparo ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente del más alto Tribunal del país ha sido incapaz de resolver sobre dicho recurso, han transcurrido más de diez meses desde que se propuso el recurso. El Código de Procedimiento Penal, que establece el recurso, expresamente dispone en su art. 458:

**"Cualquier encausado que con infracción de los preceptos constantes en este código se encuentre detenido podrá acudir en demanda de su libertad al Juez Superior ... La petición se formulará por escrito. El Juez que deba conocer la solicitud ordenará inmediatamente después de recibida ésta la presentación del detenido y oír su exposición ... (c)on tal exposición el Juez pedirá todos los datos que estime necesarios para formar su criterio y asegurar la legalidad de su fallo, y dentro de cuarenta y ocho horas resolverá lo que estimare legal."**

Sin lugar a dudas, con los actos descritos, se ha incumplido con lo previsto en el Art., 7 (6) de la Convención.

24. La República del Ecuador ha violado el Art.8 de la Convención referente a las garantías judiciales. No se ha cumplido con la obligación contenida en el art. 8 (1), con respecto al derecho del peticionario ha ser oído dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente. El peticionario permaneció detenido por más de cinco meses antes de que su caso fuera conocido por el Juez Competente y éste dictare el auto inicial.

25. Se ha violado igualmente el derecho a la defensa consagrado en el art. 8 (2) (d), pues se le mantuvo detenido e incomunicado por más allá del tiempo permitido por la ley y la Constitución.

26. El art. 116 de la Ley de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, determina que la declaración presumarial debe ser considerada como grave indicio de responsabilidad. Norma claramente atentatoria al principio de inocencia establecido por el art. 8 (2) de la Convención; la Constitución de la República del Ecuador por su parte determina que una persona es inocente hasta que se determine su responsabilidad por sentencia ejecutoriada. En el presente caso la aplicación de esta norma inconstitucional y contraria a la Convención ha perjudicado el derecho a la presunción de inocencia del Peticionario.

27. La República del Ecuador ha violado el derecho que tiene el peticionario al respeto a su honra y al reconocimiento a su dignidad, contenido en el art. 11 (1). Pues no ha establecido mecanismos adecuados para proteger este derecho y ha permitido la divulgación de noticias falsas y contrarias a la verdad de los hechos.<sup>10</sup>

**B. La República del Ecuador ha incumplido la obligación contenida en los artículos 1 y 25 de la Convención referentes a la protección judicial y la obligación de respetar los derechos.**

28. La República del Ecuador no respetado el derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo que le amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales. Como se demuestra de los hechos relatados el retardo en la administración de justicia y la resolución de los recursos intentados para obtener la protección de los derechos individuales constituyen actos violatorios a la garantía contenida en el art. 25 (1) de la Convención<sup>11</sup>. Como consecuencia clara de esta violación también se ha dejado de cumplir con el la obligación contenida en el art. 25 (2) (a), es decir el garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso. Por la misma razón se ha violado lo dispuesto en el art. 25 (2) (b), esto es la posibilidad de desarrollar el recurso judicial.

29. Como consecuencia de la violación del art. 25, así como de los arts. 5, 7, y 8 antes discutidos la República del Ecuador ha violado el art. 1 (1) de la Convención el mismo que dispone:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta su jurisdicción.

30. En el caso Velásquez -Rodríguez, la Corte discutió extensamente con respecto a la naturaleza de esta norma. De acuerdo con la Corte, este artículo, contiene la obligación asumida por los Estados Partes con respecto a cada uno de los derechos protegidos por la Convención<sup>12</sup>. La corte explicó esto:

166. La obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar la estructura gubernamental de tal manera de que ellas sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y completo goce de los derechos humanos. Como consecuencia de ello, los estados deben prevenir, investigar y castigar cualquier violación de los derechos reconocidos por la Convención y más aún, si es posible restablecer el derecho violado y proveer la indemnización por los daños causados como consecuencia de la violación de los derechos humanos.

167. La Obligación de garantizar el libre y completo goce de los derechos no está cumplida por la simple existencia de un sistema legal diseñado para cumplir estos requisitos, más bien incluye la obligación de los estados de asegurar efectivamente el libre y completo goce de los derechos humanos.

31. En consecuencia, el ejercicio del poder público, que de cualquier manera que viole derechos reconocidos por la Convención, es ilegal. Cuando un representante de un órgano oficial de gobierno o de alguna entidad pública viola alguno de esos derechos, esto constituye un incumplimiento del deber de respetar los derechos y garantías establecidas por la Convención<sup>13</sup>. La obligación de evitar la violación de dichos derechos “incluyen todos aquellos medios de naturaleza legal, política, administrativa y cultural que permite la protección la protección de los derechos humanos...”<sup>14</sup>

32. Al igual que el Gobierno de Honduras, que se le encontró responsable del quebrantamiento de los derechos de los peticionarios, de acuerdo con los arts. 4, 5 y 7 de la Convención y en consecuencia del art. 1, la República del Ecuador se encuentra violando los artículo 5, 7, 8 y por ende el art. 1 (1) y el artículo 25”.

En la misma petición solicitamos de manera expresa lo siguiente:

“E. Soluciones específicas aplicables al presente caso.

50. Directamente relacionado con el peticionario, se solicita la liberación inmediata, justa compensación, investigación para determinar a los directamente responsables por las violaciones alegadas y el castigo respectivo según la ley ecuatoriana.

51. Libertad Inmediata. El artículo 63 (1) determina que si se ha cometido una violación al derecho de libertad protegido por la Convención, la “parte afectada podrá utilizar su derecho a la libertad que ha sido violada”. Esta solución se encuentra bien fundamentada en el derecho internacional. Uno de los derechos violados en el presente caso ha sido el de la libertad, la cual debe ser restaurada.

52. Investigación y deber del Estado. La Comisión debe recomendar que el Gobierno investigue la denuncia, determine a los responsables y la aplicación de un castigo apropiado de acuerdo con las leyes del país miembro. Esta sería un solución para el presente caso.

53. Justa Compensación. El artículo 63 (1) de la Convención también establece una “justa compensación que debe ser pagada a la parte afectada”. El artículo 47.3 del Reglamento permite a la Comisión recomendar que el Gobierno tome medidas “necesarias para remediar la situación”<sup>15</sup>. El Peticionario o su familia están asegurados para una justa compensación tanto por las pérdidas sufridas por las violaciones cometidas, así como por los daños asociados con el dolor y el sufrimiento atendiendo a las circunstancias. Esta solución está bien argumentada<sup>16</sup>. Por ejemplo, recientemente, en 1992, en el caso Orlando García Villamizar, la Comisión ordenó al Gobierno de Colombia el pago de una compensación a los familiares de aquellos que fueron ejecutados por oficiales de ese Gobierno.<sup>17</sup>

54. Todos los costos incurridos por los Peticionarios y sus abogados. El Peticionario demanda que todos los costos y gastos realizados por ellos, por sus familias o por sus abogados deben ser reembolsados por la República del Ecuador. Además, el Peticionario demanda que la República del Ecuador cubra los gastos que ocurran con posterioridad, incluyendo viajes y estadía cuando el abogado norteamericano viaje al Ecuador para consultar con los otros abogados y el Peticionario.

Las partes pertinentes de la petición fueron transmitidas al gobierno del Ecuador, el mismo que a través de un miembro de la Policía Nacional se limitó a señalar que en el caso del señor Suárez no se había incurrido en tortura. Evidentemente, no se pronunció sobre los demás hechos denunciados como violatorios.

En septiembre de 1994, se dio una audiencia ante la Comisión en la que el delegado del Gobierno ecuatoriano se limitó a escuchar la exposición de los abogados del peticionario, pues según dijo esas eran las instrucciones recibidas, es decir, el silencio.<sup>18</sup>

Sin que exista ningún otro pronunciamiento por parte del Estado Ecuatoriano, en septiembre de 1995, la Comisión adoptó su informe de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y resolvió que si el Estado no cumplía con las recomendaciones previstas en tal documento dentro de un plazo no mayor a sesenta días el caso sería demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Estado nuevamente mantuvo silencio en relación con el informe.

**La Demanda y el Trámite ante la Corte**

El caso fue presentado ante la Corte el día 22 de diciembre de 1995<sup>19</sup>, en la demanda a la Comisión<sup>20</sup>, conforme consta de la propia sentencia sometió el caso con el fin de que:

“La Corte decidiera si hubo violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención como resultado del arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente; la no presentación oportuna del Sr. Suárez ante un funcionario judicial una vez que fue detenido; la ubicación en condiciones de detención incomunicada del Sr. Suárez durante 36 días; la falta de una respuesta adecuada y efectiva a sus intentos de invocar las garantías judiciales internas, así como la no liberación del Sr. Suárez, o la ausencia de la intención de hacerlo por parte del Estado, en un tiempo razonable, así como de asegurarle que sería escuchado dentro de un tiempo igualmente razonable en la sustanciación de los cargos formulados en su contra.

La Comisión solicitó a la Corte declarar que el Ecuador violó el artículo 2 de la Convención, por no haber adoptado las disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivos los derechos mencionados y que :

- a.- debe adoptar las medidas necesarias para liberar al señor Suárez Rosero y garantizar un proceso exhaustivo y expedito en su caso;
- b.- debe asegurar que violaciones como las denunciadas en el presente caso no se repetirán en un futuro;
- c.- debe iniciar una investigación pronta y exhaustiva para establecer la responsabilidad de las violaciones en este caso y sancionar a los responsables; y
- d.- debe reparar al señor Suárez Rosero por las consecuencias de las violaciones cometidas.

2. La Comisión también solicitó a la Corte declarar [que l]a exclusión de todas las personas que son acusadas bajo la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas de la disposición que ordena un juicio oportuno o la liberación, introducida en la Ley 04, le niega a esta categoría de personas la protección legal, en contravención del Artículo 2 de la Convención Americana [...]"<sup>21</sup>

El Ecuador fue notificado con la sentencia y se le concedieron los plazos para que presentara sus excepciones, tanto las preliminares como las de fondo. En relación con las primeras, el Estado tácitamente (por la actitud procesal) renunció a ellas y no las presentó. Con respecto a las segundas se limitó simplemente a señalar que por ser un caso vinculado con el tráfico internacional de narcóticos no puede alegarse la violación de los derechos humanos. En efecto sostuvo que:

“[ha sido ] fehacientemente demostrado que el señor Suárez Rosero [participó] como encubridor en un delito tan grave que atenta no solamente contra la paz y seguridad del Estado ecuatoriano, sino, particular y especialmente, contra la salud de su pueblo.”

El Presidente de la Corte ordenó, a petición de la Comisión, medidas cautelares para que se proteja la integridad física y moral del señor Suárez Rosero y fijó para el 24 de junio de 1996 una audiencia en la sede de la Corte para oír a las partes sobre las medidas cautelares solicitadas por la Comisión, especialmente aquella que requería inmediata liberación del peticionario. Las medidas urgentes fueron adoptadas mediante resoluciones de 12 y 24 de abril de 1996. En vista de un auto dictado por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, de 16 de abril de 1996, Iván Suárez fue puesto en libertad el 29 de abril de 1996, es decir luego de haber permanecido en prisión preventiva por cerca de cuatro años. Si bien en el auto en que se ordenó la libertad del peticionario no se hizo referencia alguna a la resolución de 12 de abril dictado por la Corte Interamericana, fue evidente que la existencia de tal orden impulsó a la Sala a ordenar tal libertad.

El 19 de abril de 1997 en la sede de la Corte se realizó la audiencia pública en la que se receptaron los testimonios de la propia víctima y de testigos así como la del Dr. Ernesto Albán Gómez quien intervino como perito.

Con respecto a la declaración del señor Suárez Rosero la Corte la resumió así:

“Nunca ha visto una orden de detención. En la madrugada del 23 de junio de 1992 fue aprehendido, junto con el señor Nelson Salgado, por dos individuos encapuchados que se desplazaban en un vehículo sin identificación, quienes les informaron que su detención se produjo como consecuencia de una denuncia de que los ocupantes de un vehículo “Trooper” se encontraban quemando droga en la quebrada de Zámbriza. Fueron conducidos a las oficinas de la Interpol, en las cuales fueron trasladados a los calabozos de la parte posterior. Nunca pudo ver o saber el nombre de la persona que hizo la denuncia. Nunca participó en los hechos que le fueron atribuidos. No le permitieron informar a su familia sobre su aprehensión. Le presionaron y amenazaron para que aceptara su implicación en el delito. Durante toda la tarde lo golpearon; le colocaron una bolsa en la cabeza e inyectaron en ella gas lacrimógeno, le amenazaron con colocarlo en una estructura metálica electrizada y un tanque lleno de agua y le increparon que él era narcotraficante; le amenazaron con citar a su esposa y hacerle hablar a través de presiones. Rindió declaración dentro de las primeras 24 horas de su detención ante el Fiscal Tercero, quien no le informó que tenía derecho a acceder a un defensor de oficio. Su celda, de aproximadamente 15 metros cuadrados y en la cual había 17 personas, estaba en un subterráneo aproximadamente a unos dos metros y medio del nivel del patio, era húmeda, sin ventanas o ventilación y sin camas. Durmió durante 30 días sobre un periódico. Le dio pulmonía y le administraron analgésico y, al final de su incomunicación, le administraron penicilina que le había llevado su familia. El 23 de julio de 1992 un grupo de la policía del Grupo de Intervención y Rescate lo llevó a golpes al patio junto con otros detenidos, le hizo poner las manos en la nuca y le puso en posición de cuclillas, le obligó a confesarse como narcotraficante y le golpeó; fue amenazado y, tras taponarle los ojos, fue obligado a correr alrededor del patio. Le dijeron que lo iban a matar. Durante su incomunicación perdió 30 ó 40 libras porque tenía miedo de consumir los alimentos; se volvió alérgico a ciertas cosas y alimentos. El 28 de julio de 1992 pudo ver a su familia. Estuvo preso preventivamente por cuatro años en una celda de cuatro por dos y medio metros aproximadamente; podía salir al patio cuatro horas cada día. Las entrevistas con su abogado se realizaron siempre en presencia de un policía. Nunca compareció ante un juez. Después de su puesta en libertad, siente temor constantemente, se siente alterado con la sola presencia de policías”<sup>22</sup>.

Los testimonios de los testigos fueron concordantes con la declaración de la víctima.

La declaración del perito estuvo dirigida a ilustrar a la Corte sobre las normas penales vigentes en el Ecuador así como sobre la realidad penitenciaria y las prácticas procesales en el Ecuador. La declaración del Dr. Ernesto Albán fue resumida por la Corte de la siguiente manera:

“Para que se produzca una detención en el Ecuador debe existir una orden judicial, con las solas excepciones de la detención para investigaciones y la detención en caso de delito flagrante. La detención ilegal es un delito tipificado en el Código Penal. En el ordenamiento ecuatoriano está permitida la incomunicación máxima de 24 horas. El plazo máximo para que un detenido rinda su testimonio indagatorio ante un juez es de 24 horas y solamente a pedido del propio detenido o por considerarlo necesario el juez, este plazo puede extenderse 24 horas más. Existe una ley especial que limitó la duración temporal de la prisión preventiva en términos de relación con la pena máxima a la cual podría ser condenado el detenido, pero se excepcionó de su aplicación, en forma discriminatoria, a las personas acusadas por delitos de tráfico de drogas o estupefacientes. La Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas establece una presunción de culpabilidad en vez de la presunción de inocencia. Un cuartel de policía no es un lugar adecuado para mantener a un detenido en prisión preventiva según la ley, ya que ésta establece que los lugares en donde pueden estar los internos sobre los cuales versan prisiones preventivas o condenas definitivas son los centros de rehabilitación social determinados en el Código de Ejecución de Penas. El recurso de hábeas corpus judicial debe ser interpuesto por escrito; la decisión tiene que ser tomada en un plazo de 48 horas y si bien la ley no establece cuál es el plazo con el que cuenta el juzgador para llamar a la persona que presenta la solicitud y escucharla, dicho plazo podría ser también de 48 horas. En ningún caso la ley permite la prisión preventiva de un encubridor y la pena máxima por este delito es de dos años de prisión. El juez tiene la obligación de nombrar defensores de oficio en el auto cabeza del proceso penal; existen defensores públicos pero no se puede decir que los detenidos tengan acceso eficaz a ellos. De acuerdo con la legislación ecuatoriana, el procedimiento penal debe durar aproximadamente 180 días. Hay retardo sistemático en la administración de justicia, uno de los graves problemas de la administración de justicia ecuatoriana, que es mucho más grave en materia penal. Más del 40 por ciento de las personas que están en las cárceles ecuatorianas han sido detenidas por delitos relacionados con el narcotráfico.

El artículo 20 de la Constitución Política del Ecuador determina que todos los derechos políticos, civiles, sociales, económicos y culturales que estén establecidos por las Convenciones, Pactos o Declaraciones internacionales son aplicables a quienes viven en su territorio.”<sup>23</sup>

Una vez concluida la declaración de los testigos, al momento de presentar los alegatos orales y frente a la pregunta del Juez Montiel, el delegado del Estado reconoció expresamente que el caso se habían producido dos hechos y por lo tanto tales violaciones eran ciertas, la primera: que en efecto la detención del señor Suárez había sido ilegal; y la segunda que en virtud de la prueba presentada se había producido la incomunicación alegada.

Cerca de cinco años posteriores a la detención del peticionario el Estado reconoció que había violado los derechos humanos de la víctima.

Considero importante destacar del pronunciamiento de la Corte, lo resultado en relación con la única excepción propuesta por el Estado, al respecto la Corte resolvió:

“Sobre la alegación del Estado..., la Corte considera pertinente aclarar que el presente proceso no se refiere a la inocencia o culpabilidad del señor Suárez Rosero de los delitos que le ha imputado la justicia ecuatoriana. El deber de adoptar una decisión respecto de estos asuntos recae exclusivamente en los tribunales internos del Ecuador, pues esta Corte no es un tribunal penal ante el cual se pueda discutir la responsabilidad de un individuo por la comisión de delitos. Por tanto, la Corte considera que la inocencia o culpabilidad del señor Suárez Rosero es materia ajena al fondo del presente caso. Por lo expuesto, la Corte declara que la solicitud del Estado es improcedente y determinará las consecuencias jurídicas de los hechos que ha tenido por demostrados.”

Con este pronunciamiento la Corte reconoció la separación que existe entre inocencia y culpabilidad frente al deber general de protección a los derechos humanos, con independencia de la responsabilidad que pueda tener una persona frente a eventuales hechos ilegales. El Estado debe igual respeto a los derechos humanos del inocente como los del culpable y los estándares mínimos de cumplimiento son los mismos. Sin embargo de ello, hasta el momento muchas autoridades, jueces e inclusive la propia Corte Suprema<sup>24</sup> se niegan a proteger de manera directa y abierta los derechos humanos, quizás bajo el falso temor de que le luego se diga, con absoluta ignorancia jurídica, que “los derechos humanos sólo se protegen cuando se trata de delincuentes”.

Como lo he repetido en distintos foros, la efectiva protección de los humanos con prescindencia de la responsabilidad penal del individuo constituye la verdadera garantía de la protección a la sociedad frente a eventuales hechos que puedan delimitarse como ilegales. De esta manera, si el procesado resultare culpable luego de un debido proceso no existirá fundamento alguno para invalidar el proceso o las pruebas y por el contrario si la presunción de inocencia se confirmare, el Estado no será responsable por acto ilegal alguno, manteniéndose con ello el equilibrio social.

En la sentencia de 12 de noviembre de 1997, la Corte declaró que se habían producido las violaciones alegadas y resolvió:

“... 47. Por las razones antes señaladas, la Corte declara que la aprehensión posterior detención del señor Rafael Iván Suárez Rosero, a partir del 23 de junio de 1992, fueron efectuadas en contravención de las disposiciones contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana.

...52. La Corte, teniendo presente el límite máximo establecido en la Constitución ecuatoriana, declara que la incomunicación a que fue sometido el señor Rafael Iván Suárez Rosero, que se prolongó del 23 de junio de 1992 al 28 de julio del mismo año, violó el artículo 7.2 de la Convención Americana.

...56. El Estado no contradijo la aseveración de la Comisión de que el señor Suárez Rosero nunca compareció ante una autoridad judicial durante el proceso y, por tanto, la Corte da por probada esta alegación y declara que esa omisión por parte del Estado constituye una violación del artículo 7.5 de la Convención Americana.

...66. Con base en las anteriores consideraciones y concretamente al no haber tenido el señor Suárez Rosero el acceso a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, la Corte concluye que el Estado violó las disposiciones de los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana.

...75. Por lo anteriormente expresado, la Corte declara que el Estado del Ecuador violó en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero el derecho establecido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad.

...78. La Corte considera que con la prolongada detención preventiva del señor Suárez Rosero, se violó el principio de presunción de inocencia, por cuanto permaneció detenido del 23 de junio de 1992 al 28 de abril de 1996 y la orden de libertad dictada en su favor el 10 de julio de 1995 no pudo ser ejecutada sino hasta casi un año después. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana.

...83. Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana.

...91. La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador. La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedido de la posibilidad de buscar un abogado y no poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante.

...92. Por las anteriores consideraciones, la Corte declara que el Estado violó el artículo 5.2 de la Convención Americana.

...99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención..”<sup>25</sup>

En virtud de las declaratorias que anteceden se le impuso al Estado la obligación de investigar y sancionar a los reponsables, se ordenó que el Estado tome las medidas necesarias para que su legislación mantenga compatibilidad con la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, de igual manera se dispuso que el Estado tome las medidas necesarias para impedir que estos hechos se vuelvan a repetir y ordenó que se reparen las consecuencias de las violaciones a los derechos señalados, por lo cual se dispuso se abra la etapa de reparaciones.<sup>26</sup>

El peticionario y su familia consideraron que las medidas reparadoras incluían algunas de carácter patrimonial y otras de carácter extrapatrimonial. En la sentencia la Corte reconoció prácticamente en su integridad la totalidad de lo demandado por la familia Suárez Ramón.<sup>27</sup>

La Corte en su sentencia de 20 de enero de 2000 ordenó lo siguiente:

*"XIV*

*Puntos Resolutivos*

113. Por tanto,

La Corte

Decide:

por unanimidad,

1. Ordenar que el Estado del Ecuador no ejecute la multa impuesta al señor Rafael Iván Suárez Rosero y elimine su nombre tanto del Registro de Antecedentes Penales como del Registro que lleva el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en lo que concierne al presente proceso, en los términos del párrafo 76 de esta sentencia.

por unanimidad,

2. Ordenar que el Estado del Ecuador pague, en la forma y condiciones que se expresan en los párrafos 101 a 112 de esta sentencia, una cantidad global de ..... o su equivalente en moneda ecuatoriana, distribuida de la siguiente manera:

a. .... o su equivalente en moneda ecuatoriana, al señor Rafael Iván Suárez Rosero;

b. .... o su equivalente en moneda ecuatoriana, a la señora Margarita Ramón Burbano; y

c. ... o su equivalente en moneda ecuatoriana, a la menor Micaela Suárez Ramón.

por unanimidad,

3. Ordenar que el Estado del Ecuador pague, por concepto de costas y gastos, en la forma y condiciones que se expresan en los párrafos 101 a 112 de esta sentencia, la cantidad de ... o su equivalente en moneda ecuatoriana al señor Alejandro Ponce Villacís y la cantidad de ... o su equivalente en moneda ecuatoriana al señor Richard Wilson.

por unanimidad,

4. Ordenar al Estado del Ecuador la aplicación de las siguientes reglas a los pagos determinados en la presente sentencia:

a. el pago de salarios caídos ordenado en el punto resolutivo segundo (apartado a), estará exento de cualquier deducción distinta a la realizada por la Corte cuando hizo el cálculo respectivo, de conformidad con el párrafo 55.A.a de la presente sentencia; y

b. los pagos ordenados estarán exentos de cualquier gravamen o impuesto existentes o que lleguen a existir en el futuro.

por unanimidad,

5. Supervisar el cumplimiento de esta sentencia.”<sup>28</sup>

Todo lo resuelto por la Corte tanto en la sentencia de fondo como en la de reparaciones implican de una u otra manera la imposición de obligaciones para el Estado o sus agentes. A continuación discutiré la manera en la que el Estado ha cumplido o no cada una de las obligaciones impuestas por la Corte.

### **El cumplimiento de las Sentencias**

En la mayoría de los casos resueltos por la Corte los efectos de las declaraciones de la Corte en cuanto la existencia de las violaciones no han ido más allá del deber general de los Estados de investigar y sancionar a los responsables. Sin embargo, en el presente caso dada la naturaleza de las violaciones y la situación misma del proceso interno las declaraciones realizadas por la Corte debieron tener efectos positivos en favor de la víctima, pero ello no sucedió.

Para el 12 de noviembre de 1997, fecha en que se dictó la sentencia de fondo, existía una sentencia condenatoria de primera instancia en la que se le condenaba a Iván Suárez Rosero a una pena de dos años de prisión como encubridor del delito de tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. Sin embargo tal sentencia no se hallaba firme pues se encontraba pendiente de resolución un recurso de apelación para ante la Primera Sala de la Corte Superior.<sup>29</sup> Por la naturaleza especial de este proceso, en segunda instancia cabía la práctica de prueba a petición de los procesados.

Si bien en materia penal puede presentarse prueba en favor del procesado en cualquier estado de la causa, el estado procesal abría una gran oportunidad de defensa que sin duda alguna podía haber conducido a obtener la absolución del señor Suárez. Sin embargo, la Sala buscó de manera absurda el frustrar la obtención de toda prueba que pudiera conducir a la absolución, más aún la que fue actuada y que le favorecía al señor Suárez no fue mencionada. De tal manera que en la sentencia condenatoria se utilizó como única prueba en contra el informe Policial que fue obtenido mientras se estaban violando los derechos del procesado. Sin que exista prueba válida el señor Suárez fue condenado por sentencia dictada el 14 de julio de 1999 a una pena de 18 meses de prisión.<sup>30</sup>

Al momento de fundamentar el recurso, anuncié a la Sala la practica de una serie de pruebas, las mismas que desde ese momento fueron ignoradas. De igual manera en tal escrito señalé las razones legales y constitucionales por la cuales las declaraciones realizadas en sentencia por la Corte Interamericana tenía directa influencia en el caso y eran de aplicación obligatoria para la Sala. En especial señalé que tanto el reconocimiento de que el procesado había sido detenido ilegalmente como que éste había permanecido incomunicado y que al amparo de tales actos ilegales se había elaborado el informe policial invalidaban cualquier prueba en su contra, más aún cuando la declaratoria de la ilegalidad de la detención y de la existencia de la incomunicación provenían de una sentencia. En otras palabras pedía la aplicación del principio "*injuria non oritur*", es decir que el daño o dolo no genera derecho. Si la Sala hubiese actuado conforme a Derecho jamás podría haber aceptado que los hechos que constituyeron las violaciones a los derechos humanos en las que incurrió el estado le servía como fundamento para condenar.

Aquello que resulta lógico para el común de las personas no resultó para la Sala o quizá no convenía a sus propios intereses. En efecto, se solicitó a la Sala que se exhorte a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que esta remita una serie de piezas procesales, entre ellas las sentencias de 12 de noviembre de 1997 y 20 de enero de 1999, pero pese a que lo ordenaron jamás se ejecutó la orden.<sup>31</sup> Pese a ello, de autos obra una copia de la sentencia, pero los Ministros de la Sala o no la leyeron o no

quisieron leerla o deliberadamente la ignoraron<sup>32</sup>. Esta conducta de los Ministros de la Sala constituye una clara, de claridad meridiana, violación lo resuelto por la Corte, pues resolvieron no dar efecto alguno a una declaración de la violación de derechos humanos, por una parte y por otra dejaron de aplicar el Art. 23 No. 13 de la Constitución en cuanto dieron valor probatorio a pruebas obtenidas en violación de los derechos humanos, más aún, el reconocimiento de tales violaciones fue el fruto de un agente de estado frente a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Explicar los motivos que condujeron a semejante violación de la Ley resulta difícil, sin embargo creo que lo señalado en el escrito de fundamentación del recurso ayuda a dar una explicación, en el mismo sostuve como defensor lo siguiente:

“La Sala y en especial el ministro de sustanciación han violado gravemente mis derechos humanos, en especial aquellos relacionados con el debido proceso al frustrar deliberadamente la defensa limitando ilegítimamente tal derecho.

En efecto, no se me permitió interrogar a todos los testigos miembros de la Policía Nacional, pues el Ministro de Sustanciación se abstuvo de ordenar su comparecencia por medio del uso de medidas coercitivas; el ministro de sustanciación se negó a la calificar la preguntas que estaban dirigidas a demostrar la existencia de tortura cuando presenté a la Dra. Cecilia Jaramillo quien conocía de tal tortura; se me negó un recurso permitido por la Ley y que está dirigido en otras cosas a regular el Derecho previsto en el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; no se ha exigido a la Procuraduría General del Estado que remita los documentos que se le ordenó durante una de las inspecciones realizadas; en fin se han dado una serie de actos que no han permitido una defensa íntegra durante esta etapa de impugnación.

Por otra parte, resulta extremadamente sorprendente que las pruebas solicitadas y actuadas por las otras partes procesales han sido cumplidas y evacuadas de mejor manera que las solicitadas por mí. Curiosamente, soy el único encausado que he recurrido ante los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Esto coincide también con el hecho de que se ha mencionado, entre uno de los responsables por las violaciones a los derechos humanos en las que incurrió el estado ecuatoriano, por pedido de la Procuraduría General del Estado, a uno de los Ministros de la Sala y cuya investigación y sanción se ha perdido.”

Sin duda los Ministros de Primera Sala de la Corte Superior de Quito no son los únicos funcionarios que no han cumplido con la Sentencia de la Corte. Miembros de la Policía Nacional han suscrito documentos según los cuales se niegan a cumplir con al orden de eliminar el nombre del señor Suárez de los registros de antecedentes penales.

Los miembros de la Policía Nacional que fueron responsables directos de la detención e incomunicación de la víctima no solo siguen siendo miembros de la Fuerza sino que han sido promovidos y reconocidos públicamente por su trabajo dentro del denominado “Operativo Ciclón”. Uno de los fiscales que conoció y vio la manera en la que se violaban los derechos humanos de Iván Suárez en la actualidad es Juez. Varios ministros de la Corte Superior de Quito responsables de la demora injustificada en la tramitación del caso continúan en ejercicio de sus funciones, otros continúan ocupando cargos públicos.

Se ha iniciado un juicio penal, sin que se sindique a persona alguna, pese a que se conocen con exactitud los nombres de los responsables.

El Tribunal Constitucional mediante resolución de 16 de diciembre de 1997 resolvió declarar la inconstitucionalidad de varias normas de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas al igual que la norma reformativa del Código Penal introducida por la Ley 04 y a la que hizo referencia expresa la Corte y que establecía una discriminación en perjuicio de los detenidos por delitos sancionados en la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas. Sin embargo, el 18 de diciembre de 1997 se introdujo una reforma al Código de Ejecución de Penas con un texto exacto, por lo que la Corte en su sentencia de reparaciones señaló que el Estado no ha cumplido con lo resulto por la Corte.

Si bien el Estado ha realizado pagos parciales de los montos ordenados por la Corte, estos aún no se completan. Por lo que el propio Procurador General del Estado a suscrito documentos reconociendo tal situación. De hecho se han dado situaciones tan extrañas como que el Ministerio de Finanzas informe que ha realizado las transferencias para los pagos y que la Procuraduría General del Estado niegue la existencia de las transferencias. En este mismo sentido el Procurador General del Estado a suscrito documentos obligándose a presentar denuncias en contra de los funcionarios que no cumplen con lo ordenado por la Corte, pero cuando debe firmar tales documentos no lo hace.<sup>33</sup>

De igual manera el Servicio de Rentas Internas hasta el momento se ha negado a reconocer que debe cumplir con la sentencia en cuanto a la exoneración del pago de impuestos sobre el pago o pagos que debe realizar el Estado. De hecho a cobrado el

impuesto a la circulación de capitales sobre los montos entregados. Además, según se me ha informado la Directora del Servicio de Rentas Internas ha remitido una comunicación dirigida al Procurador General del Estado en la que le indicaría que no se cumplirá con la orden de la Corte por no existir tal presupuesto en la Ley.<sup>34</sup> Más aún en julio de 2000 solicité que se certifique si el Servicio de Rentas Internas cumplirá con la sentencia o no lo hará sin que hasta el momento haya recibido respuesta alguna.

Ahora bien, no todo significa incumplimiento, el Estado ha cumplido con la orden de eliminar el nombre de Iván Suárez del listado existente en el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, además se ha instruido en ese sentido a todas las instituciones del sistema financiero.

La manera en que el Estado y sus agentes han dejado de cumplir con la sentencia refleja por una parte la total inseguridad jurídica existente en el país, pues los funcionarios públicos no asumen que lo ordenado por la Corte Interamericana es una sentencia y que ella es obligatoria, en este mismo sentido olvidan que su incumplimiento no sólo agrava la situación de la responsabilidad internacional del Estado sino que eventualmente les conduce a responsabilidades personales tanto civiles, administrativas o inclusive penales, pues el estado al igual que los derechos y obligaciones previstos en instrumentos internacionales, frente a las sentencias dictadas por la Corte también el deber de proteger, prevenir y sancionar su incumplimiento.

En virtud de todo lo expuesto es posible concluir que en el Ecuador no sólo se violan los derechos humanos de manera sistemática sino también que pese al conocimiento que tienen los agentes de estado sobre tales violaciones tienen la intención de hacerlo y que ni aún la existencia de una sentencia detiene a quienes violan los derechos humanos, pues intereses más poderosos que el Derecho los conducen en sus actuaciones públicas. Sin embargo, este tipo de actuaciones traen consigo el desprestigio del país y por parte de los ciudadanos la búsqueda de soluciones a las violaciones de sus derechos que son tan alejadas del Derecho como las mismas violaciones.

Pese a que le objetivo que tuvimos al llevar el caso Suárez Rosero ante el sistema interamericano de Derechos Humanos fue el mejorar la percepción del Derecho y la protección de los derechos fundamentales, luego de seis años, si bien se han dado mejoras legislativas estas se han quedado en el papel. El sistema de administración de justicia penal en el Ecuador no ha cambiado ni mejorado, por el contrario continua enredado en medio de la corrupción que lo domina.

“La privación de los derechos fundamentales de los procesados no es solo un problema en el Ecuador, por el contrario es un problema universal, inclusive se producen en países en los cuales el desarrollo del Derecho es muy avanzado y que se entiende respetan los derechos humanos. Sin embargo no por ello debe dejarse que este tipo de violaciones continúen, más aún cuando los procesados son inocentes de la infracción que se les acusa, pues claramente puede terminar en un terrible error judicial. Estas violaciones se producen generalmente porque las cárceles y centros de detención no están a la vista y los prisioneros están relegados de la sociedad que los ha separado.

Pocos sub-grupos sociales están en tan grave peligro de que sus derechos sean conculcados, como el de los detenidos y condenados, pues están en manos de la autoridad gubernamental.”<sup>35</sup> Por ello, constituye un imperativo la continua y permanente intervención de los organismos internacionales para la protección de los Derechos Humanos.

**Notas:**

<sup>1</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de Estados Americanos, la misma que tiene como fin fundamental “la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como un órgano consultivo de la organización en esa materia”, conforme lo dispone la Carta de la organización de Estados Americanos.

<sup>2</sup> En tal audiencia estuvieron presentes Frank La Rue y William Harrell, del Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, Alejandro Ponce Villacís en nombre del estudio Quevedo & Ponce y varios estudiantes del Washington College of Law, en representación de la Clínica Internacional de Derechos Humanos. Todos los presentes eran co-peticionarios.

<sup>3</sup> A partir del mes de julio de 1994 intervino como co-peticionaria la Clínica Internacional de Derechos Humanos del Washington College of Law, dirigida por el Prof. Richard J. Wilson.

<sup>4</sup> Consta dicha afirmación en el testimonio indagatorio rendido ante el juez competente.

<sup>5</sup> Esta boleta no cumple los requisitos formales.

<sup>6</sup> Conforme a las reglas de Procedimiento el juez puede obligar la comparecencia de testigos mediante el uso de la fuerza pública.

<sup>7</sup> Diario Ultimas Noticias, Quito, 24 de junio de 1992.

<sup>8</sup> Las normas legales que se citan en la petición son las vigentes en febrero de 1994, por ello podría existir diferencias con los actuales textos legales.

<sup>9</sup> Caso Godines Cruz, para.164. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1989.

<sup>10</sup> Véase noticia publicada en el diario Ultimas Noticias de Quito, de fecha 24 de junio de 1992. Debe compararse con los partes policiales y el autocabeza de proceso. Como se aprecia la noticia en la que se hace aparecer al peticionario como narcotraficante, dice que fue detenido mientras quemaba la droga. Ni del parte policial ni del autocabeza de proceso se desprende esta información. No debe dejarse de indicar que la información publicada proviene claramente de fuentes policiales.

<sup>11</sup> No debe olvidarse, pues resulta de especial importancia en el presente caso, que el juicio penal en contra del peticionario ha sido tramitado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito. Dicha Corte ha sido considerada por observadores como la “mejor” Corte del país. Verdaderamente dice mucho sobre el bajo nivel de responsabilidad del resto de las Cortes del país.

También debe recordarse en todo momento que el recurso de amparo ha sido propuesto ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, la máxima autoridad dentro de la función judicial. Han transcurrido cerca de once meses y no ha conocido sobre el recurso. Verdaderamente esta actuación no es rara dentro del sistema de justicia penal ecuatoriano, y verdaderamente sirve para demostrar que en el Ecuador a todo nivel existe corrupción, incompetencia manifiesta y poco o ningún respeto por la Constitución, la Ley y los Tratados Internacionales.

<sup>12</sup> Caso Godines Cruz, para. 162

<sup>13</sup> Ib. para. 169.

<sup>14</sup> Ib. para. 175.

<sup>15</sup> Ver también, Norris, and Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, 270-276 (3d. ed., 1990) citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velasquez Rodríguez, Juicio del de julio de 1989.

<sup>16</sup> Ver el caso Velasquez-Rodriguez.

<sup>17</sup> Caso 10.235, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 27, OEA/Ser. L/V/II.81, doc. 6 rev.1 (1992).

<sup>18</sup> En mi criterio esa parece ser la tónica que el Estado trató de dar al caso, y de alguna manera aún se mantiene de esa manera. En efecto, en junio de 1994 tuve la oportunidad de discutir del caso con el entonces Presidente de la Corte Superior de Quito, Dr. Héctor Gavilanes, quien de manera enérgica y ruda señaló que ningún organismo internacional puede intervenir en lo que haga o deje de hacer la función judicial en el Ecuador.

<sup>19</sup> El texto original de la demanda fue escrito en inglés, posteriormente la Corte ordenó que la Comisión presentara una traducción de ella.

<sup>20</sup> De conformidad con la Convención Americana únicamente los Estados o la Comisión son partes procesales.

<sup>21</sup> Corte IDH. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35 Para. 1

<sup>22</sup> Id. Para 23 (d).

<sup>23</sup> Id. Para. 23 (e)

<sup>24</sup> En un reciente fallo, la Segunda Sala de la Corte Suprema, con el exclusivo fin de sancionar a una persona, probablemente por las presiones de una agencia extranjera (inclusive varios meses antes de que se emita la sentencia en los medios de comunicación se afirmó que la Corte Suprema había confirmado la sentencia condenatoria), se negó a pronunciarse sobre el principio “non bis in idem”, pese a que en la sentencia recurrida se reconocía que el sentenciado había sido procesado previamente sobre los mismos hechos.

<sup>25</sup> En relación con este último punto la Corte lo expuso así: “XIV, Violación del artículo 2, 93. La Comisión solicitó en su demanda que la Corte declare que el artículo sin numeración que está incluido después del artículo 114 del Código Penal ecuatoriano (en adelante “artículo 114 bis”) viola “el derecho a la protección legal” establecido en el artículo 2 de la Convención. De acuerdo con la Comisión, es obligación de los Estados organizar su aparato judicial para garantizar el “libre y pleno ejercicio de los derechos ahí establecidos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

94. En su escrito de alegatos finales el Ecuador manifestó haber iniciado los trámites pertinentes con el objeto de armonizar dicha ley con su Constitución Política, ya que esta es la Ley Suprema a la cual están supeditadas las demás normas y disposiciones de menor jerarquía.

95. El artículo 114 bis en estudio establece que [l]as personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso.

Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

96. El artículo 2 de la Convención determina que [s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.”

26 En la etapa de reparaciones se discuten y solicitan las medidas adecuadas para reinstaurar a la víctima en los derechos que le han sido violados. De manera distinta a la etapa del fondo, en la etapa de reparaciones la víctima tiene representación directa ante la Corte. La Comisión continúa interviniendo como parte. En el caso Suárez Rosero, el señor Suárez y su familia estuvieron representados por el Prof. Richard J. Wilson Director de la Clínica Internacional de Derechos Humanos del Washington College of Law y el autor. La demanda de reparaciones fue preparada por dos estudiantes que tomaban el trabajo clínico como parte de su formación académica, bajo la supervisión del Prof. Richard J. Wilson y con discusiones sobre cuestiones de hecho y prueba con el autor.

27 La única cuestión no aceptada por la Corte fue aquella de que el Estado publicase por la prensa una disculpa pública por las violaciones en que incurrió. Sin embargo la Corte reconoció que la sola publicación de la sentencia constituía una forma de reparación moral.

28 Corte IDH. Serie C No. 44, 20 de enero de 1999, para. 113.

29 Por existir un sindicado que gozaba de fuero de Corte Superior el caso fue conocido en primera instancia por el Presidente de la Corte Superior de Quito y en virtud del recurso de apelación de la sentencia por una de las Salas de la Corte Superior de Quito.

30 El señor Suárez estuvo detenido 46 meses y 6 días. Los 18 meses de prisión impuestos en realidad equivalen a 9 meses de tiempo real en virtud de las rebajas que tendría derecho, por ello en realidad estuvo detenido por un tiempo que supero en cinco veces el que debió haber cumplido según la sentencia.

31 Mediante oficio No. 12750-471-AJ-DGAL de 12 de julio de 1999 el Director General de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores informa que hasta dicha fecha, no se ha recibido por parte de la Corte Suprema de Justicia el exhorto librado por la Primera Sala de la Corte Superior, dirigido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionado con el caso Suárez Rosero.

32 La Sala señala que a fojas 413 a 431 de la segunda instancia obra la protocolización de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

33 Información proporcionada por funcionarios de la Procuraduría General del Estado

34 Información proporcionada por el Dr. Erick Roberts, Procuraduría General del Estado

35 Párrafos finales que se incluyeron en la petición presentada en 1994, los mismos que aún mantienen vigencia para el caso y para muchos detenidos en el país y cuyas vidas se encuentran en manos de jueces y tribunales.

## EL RECONOCIMIENTO ESTATAL DE LA PLURICULTURALIDAD

Dr. Pablo Sarzosa

### 1. Entrada

La posibilidad de la conversión de las culturas indias en actores sociales relevantes en los limitados sistemas democráticos andinos, no debió haber formado parte del cúmulo de expectativas atribuidas a las culturas indígenas por parte del estado, mas bien parece ser que éste miró en la movilización política india de las dos últimas décadas el factor central destinado a superar las posiciones discursivas folcloristas de la pluralidad cultural y quizá incluso, dentro de sus propias estrategias en el campo político en los noventa, asumió la contingencia de una futura reforma constitucional, que en todo caso no pondría en peligro el sistema imperante, atento a la tarea constitucional de un estado que tiende a funcionalizar los imaginarios que puedan universalizarse.

A fines de los ochenta e inicio de los noventa, el inventario de los grandes temas de orden constitucional plasmado en los pronunciamientos indígenas a nivel regional, recogía los siguientes requerimientos en la configuración política de los *proyectos* de estados nacionales:

- Configuración legal del estado como pluriétnico, pluricultural y, en algunos casos, plurinacional.
- Autonomía de los pueblos indígenas en sus territorios.
- Respeto efectivo de los imaginarios colectivos indígenas.
- Representación efectiva de los pueblos indígenas en las instituciones y organismos del estado.
- Reconocimiento de la propiedad colectiva y tenencia sobre las tierras ocupadas por tradición, y sobre sus recursos renovables, así como autorización, participación e indemnizaciones respecto de los no renovables.

Pero la estrategia indígena no implicaba únicamente la enunciación de los preceptos que debían acoger las cartas constitucionales de los estados, la movilización política se encontraba fuertemente vinculada a las ideas de *subalteridad* y *otraedad* que ganaron posición en los espacios público y privado, por lo que, como veremos más adelante, una vez que fueron superadas las posiciones indigenistas y reformadas en diverso grado las cartas constitucionales de los estados *plurinacionales*, las identidades indígenas

han empezado a manifestarse, en el caso ecuatoriano, como sectores relevantes políticamente, con lo cual se exteriorizan los verdaderos conflictos interculturales que se dan a todo nivel y básicamente en la consciencia política de una sociedad *nacional* que establece las bases para la construcción de un estado pluricultural.

El nivel actual de desarrollo de los ordenamientos jurídicos de nuestros pueblos, han tendido en los años noventa al reconocimiento multicultural de los estados, y por lo mismo, al de la existencia dentro aquellos, de pueblos indígenas como culturas diversas y portadores de atributos culturales propios y derechos específicos, habilitados para ejercer ciertos niveles de autoridad y autogestión en sus territorios <sup>1</sup>.

La experiencia latinoamericana más interesante en este sentido la ha tenido el Ecuador, cuya Carta Política presentada por la Asamblea Constituyente en el año 1998, que contó con el acervo constitucional de los otros países de la región y con el patrimonio renovado de los recientes instrumentos y discursos de organismos internacionales al respecto, es el reflejo actual del contexto legal intercultural de este continente. En ella se reconoce los postulados inherentes a la garantía territorial, organización social, aplicación de los principios de interculturalidad en los ámbitos de administración de justicia, educación y salud, así como la reconfiguración de los espacios públicos.

Su normatividad extiende el uso oficial del quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales para los pueblos indígenas (Art. 1); reconoce el deber primordial del estado de fortalecer la unidad nacional en la diversidad (Art. 3) y de fomentar en sus políticas la interculturalidad (Art. 62); en materia de salud establece la obligación estatal de promoción del desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa (Art. 44); en la cuestión educativa garantiza el sistema de educación intercultural bilingüe (Art. 69); en el ámbito de administración de justicia faculta el ejercicio jurisdiccional a las autoridades de los pueblos indígenas en la solución de sus conflictos internos de conformidad con su derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes secundarias. (Art. 199).

Se establece además un capítulo específico atinente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Arts. 83 al 85), conjunto de principios jurídicos, normas, prácticas y procedimientos reivindicados por éstos para su libre determinación y atinentes al fortalecimiento identitario, reconocimiento de la propiedad colectiva imprescriptible y la tenencia sobre las tierras ancestrales, organización social y administración de sus espacios acorde con sus prácticas y usos tradicionales, representación efectiva en las instituciones y organismos del estado, participación en los planes, programas y proyectos de desarrollo que los afecten, entre otros.

Finalmente un articulado que rediseña los principios generales del sistema económico y su planificación (Arts. 245, 246, 248, 254), y reconfigura los espacios públicos y la organización territorial del estado, incorporando las circunscripciones territoriales indígenas, como regímenes seccionales especiales (Arts. 224, 228, 241).

El resultado político de los requerimientos indígenas en el caso ecuatoriano como vemos, ha abarcado la mayoría de las demandas regionales de estas identidades, sin embargo de lo cual ciertos enunciados no lograron pasar por el tamiz institucional occidental, tal el caso de la tesis de la plurinacionalidad.

Fundamental resultó en estos cambios constitucionales, la referencia directa y permanente a instrumentos de carácter internacional cuya finalidad es el establecimiento de un estatuto de derechos de los pueblos indígenas a través de leyes extraterritoriales de efecto personal como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El Convenio 169 aprobado por la 76ta Reunión de la Conferencia de la OIT en 1989 está basado en tres principios básicos: el respeto a las culturas de los pueblos indígenas<sup>2</sup>, incluyendo la relación especial que tienen con las tierras que ocupan y los espacios colectivos de esta relación; la participación efectiva de estas culturas en las decisiones que les afectan; y, el establecimiento de mecanismos y procedimientos adecuados para dar cumplimiento al Convenio de acuerdo a las condiciones de cada país.<sup>3</sup>

## **2. Estrategias del sector indígena que desembocaron en las mesas de concertación de 1997 y 1998.**

Pero ¿cuáles fueron las estrategias del sector indígena que desembocaron en estas reformas?

Roberto Santana<sup>4</sup> nos acerca al pensamiento político indígena y el proceso de empoderamiento de estas nacionalidades, ligados a la etnicidad como estrategia identitaria y de identificación social subalterna, y ubica en la década del ochenta, la nueva dinámica organizacional de los pueblos indígenas, fruto de las estrategias locales y regionales de los años previos.

Estas estrategias darán lugar primero a una coordinación nacional de nacionalidades indígenas (CONACNIE) y posteriormente (1984) a la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), como necesidad urgente de un órgano de representación nacional, debidamente estructurado a diferentes niveles territoriales, demostrando que la reivindicación étnica identitaria tenía una fuerza política y una base social autónoma.

En efecto, la primera organización que se funda desde y para los indígenas es la CONACNIE y posteriormente la CONAIE.

Los años previos, forman la etapa fundamental del RICCHARISHUM<sup>5</sup> : el “levantémonos”, como símbolo identitario al cual los negros de Esmeraldas se unen, compartiendo una pertenencia a una identidad no reconocida por el estado, una visión identitaria en cuanto excluidos. Etapa en la que la figura clave la constituye Luis Macas quien marcó un ciclo en el movimiento indígena, reivindicando lo indio en este periodo y proclamando incluso una identificación étnica<sup>6</sup> al plantear una indinización del Ecuador.<sup>7</sup>

Para fines de los ochenta, es esta la posición con la que, en el campo político, cuentan los indígenas para desplegar sus estrategias en los noventa, o mejor dicho, para cosechar los productos de esta estrategia identitaria y de identificación étnica<sup>8</sup>, una ubicación si se quiere privilegiada en tanto ha sido fruto de un fortalecimiento identitario local, que va a servir de base y puntal legítimo para que la intelectualidad indígena que se encuentra en la dirigencia, haga sus elecciones.

Y la elección de la acción social, por parte del movimiento indígena, tuvo sus problemas.

Hablamos del escogimiento de la participación política, aún cuando sea como contrapoder en términos de algunos de los intelectuales indígenas, pues si bien es evidente el triunfo en 1996 del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País (MUPP-NP), liderado como propuesta por la organización indígena, y cuyo triunfo fue efectivamente resultado de la estrategia identitaria, en cambio, la iniciativa de jugar dentro del campo político criticado en su esencia misma, fue objeto de mucha polémica.

En efecto, la participación política dentro del movimiento electoral MUPP-NP que agrupaba a diversas organizaciones sociales<sup>9</sup>, fue fruto de una primera decisión de consenso entre los indígenas, muchos de los cuales fueron reticentes a este cambio que suponía dejar atrás una conducta contestataria frente a la política ecuatoriana.

La discusión sobre el tema de la participación política, fue forzada por parte de las nacionalidades amazónicas, aquellas cuya memoria histórica y habitus no proyectaba toda la adversidad contra la cual habían batallado los indígenas de la costa y de la sierra, y por lo mismo se encontraban más dispuestas a pelear con las propias armas de los grupos hegemónicos y dentro del campo político, demandando una democratización de la sociedad ecuatoriana.

Con el respaldo de una de las organizaciones más fuertes de Latinoamérica, como la CONFENIAE, los amazónicos lograron el consenso requerido para la participación electoral de la identidad colectiva<sup>10</sup>, finalmente aceptada bajo el lema de que se trataba de una intervención contestataria a través de un movimiento electoral, un contrapoder antes que un mando político tradicional.

Pero ante los ojos de los sectores críticos de las estrategias de los grupos enmarcados en la subaletridad del Tercer Mundo, no existe nada de contestatario en esta conducta y pareciera por el contrario, que fue ésta la única estrategia de las nacionalidades indígenas en estas últimas décadas: insertarse en el sistema político, y que fue aquella la apuesta que hicieron cuando desplegaron las estrategias sociales o colectivas<sup>11</sup> como elección consciente para defender su acceso a los recursos políticos.

No compartimos esta afirmación, pues la simple incursión del movimiento indígena dentro del sistema político, no aparece en el contexto histórico como exclusiva estrategia de estas identidades colectivas, y si no recordemos que la postura de las nacionalidades indígenas de 1990 “ni una hacienda más”, -pretensión específica de un colectivo- se enriquece dos años más tarde cuando formalmente se incluye la demanda nacional de una Asamblea Constituyente, petición cuyo origen incluso se remonta a 1987 con la fundación de la CONAIE.

El resultado de su nuevo estatus, es ya conocido: la presencia de las nacionalidades indígenas en las mesas de concertación de 1997 y 1998, a las que concurrieron con su propia agenda de diálogo, permitió la atención de los grupos hegemónicos a las pretensiones de estas identidades colectivas, lo que desembocará en las reformas constitucionales en materia intercultural, sobre la base de las propuestas del movimiento indígena.

Efectivamente, para 1997 y 1998 los grupos hegemónicos que conforman políticamente el estado ecuatoriano, se sentaron a las mesas de concertación a negociar espacios de poder con la dirigencia e intelectualidad indígena, pero ¿cuáles fueron los factores que desencadenaron una conducta no concebida por un estado que se maneja apenas y a penas con una democracia política limitada?

### 3. Un intento de explicación política-sociológica de la posición estatal.

Para el estado ecuatoriano, la cosecha del movimiento indígena en el último decenio del siglo, resultó inicialmente impredecible por la irrupción de un fenómeno nuevo de impugnación de la realidad, que habría forzado a las élites a una práctica política, igualmente imprevista.

Nos referimos al cuestionamiento del estado nacional <sup>12</sup> .

Cuestionamiento directo planteado en los levantamientos nacionales y regionales, que fue sin embargo recibido por las élites con una significación distinta y desafiante, atentatorio de la unidad nacional, y por lo mismo, del supuesto sistema político imperante en América Latina: el Estado-Nación.

La verdad es que con la posición del movimiento indígena respecto de la impugnación del estado nacional, lo que se produjo no es una crisis sistémica, pero al contrario, la evidencia de una crisis de configuración del estado ecuatoriano, que salió a relucir como producto del conflicto social cuya posibilidad de creación demostró tener la cultura indígena, en tanto identidades que normativamente se encontraban integrando una organización sociopolítica, y que sin embargo, -por una realidad radicalmente opuesta- levantaron discursos contestatarios en cuanto a las bases estructurales justamente de esa organización.

Colocando el acento en el conflicto social, como lo suelen hacer los sociólogos del conflicto, lo que se produjo en esta lógica de la situación, fue un periodo temporal en el cual se interrumpió el proceso de dominación de las élites <sup>13</sup>.

Con estas posiciones en los campos social y político, y por qué no decirlo cultural, al estado le correspondió ejecutar sus distintas estrategias en los diferentes campos, para cerrar estos conflictos abiertos. Los grupos relevantes se vuelven entonces aliados hasta que el momento de crisis se debilita y los enemigos, como potenciales, desaparecen, entonces si aquellos pueden volver a participar del juego aparente de antagonismos, para la distribución de sus privilegios y el reparto del poder.

¿Cómo entonces actuaron los grupos hegemónicos para mantener el control mental de los sectores enmarcados en la subalteridad?

Definiendo a su modo en qué consiste la revolución y quién es el enemigo.

Recordemos que la consigna general que permitió a los indígenas concentrarse como colectivo, fue la de identificarse como nacionalidades, adoptando esta coalición como interés general del grupo, interés malinterpretado por los grupos hegemónicos, que vieron justamente en esta posición el punto más frágil para la supervivencia del sistema, y el más fuerte para la persistencia o permanencia del momento de crisis <sup>14</sup>.

¿En qué consiste la revolución y quién es el enemigo?

En la concertación social y la unidad nacional para enfrentar al enemigo común: llámese corrupción, ingobernabilidad, crisis internacional, fenómenos naturales, todo y todos, menos el sistema o los grupos que lo conforman.

En el campo político, considerado como fundamental por el estado, su estrategia tendió hacia la funcionalización de las culturas indígenas a la estructura normativa del estado moderno. Efectivamente, la participación del movimiento indígena, que nunca antes lo había hecho, en un proceso de forjamiento de la norma fundamental, a través de su intervención activa en la Asamblea Constitucional convocada para el efecto, condujo por primera vez al reconocimiento y aceptación por parte de un fuerte grupo emergente (la tercera parte de la sociedad) del nuevo contrato social: las reformas constitucionales de 1998, que no permitieron la institucionalización de un estado plurinacional.

El ajuste recíproco en materia política, en la práctica no resultó mayor según el criterio de las élites: una declaración de principios de interculturalidad en los ámbitos territoriales, de administración de justicia, educación y salud, a través de una garantía constitucional, efectiva en tanto y cuanto esos reconocimientos se encuentren delimitados y por lo mismo sojuzgados dentro de los lineamientos esenciales del estado occidental, y -hasta cuando puedan aprobarse los proyectos de legislación secundaria- sujetos además a las leyes vigentes ecuatorianas.

Un ejemplo:

El Art. 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Estado, textualmente dice:

“Título VIII.- DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.- CAPÍTULO I.- DE LOS PRINCIPIOS GENERALES: Art. 191 ... Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, **siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes ...**”

Esta reforma aprobada en la Asamblea Constituyente de 1998, -al parecer todo cambia para seguir igual- revive, irónicamente y luego de ciento setenta años, disposición similar contenida dentro de las normas protectivas incluidas en la Recopilación de las Leyes de las Indias de 1680 y que supervivieron durante siglo y medio hasta cuando fueron abolidas y derogadas por parte de los próceres independentistas en su camino al intento de configuración de los primeros estados nacionales. La disposición garantizaba el respeto a la vigencia de las costumbres jurídicas de los indígenas, en tanto no estén en contradicción insalvable con los principios básicos de la Corona ni constituyan un peligro para la seguridad y soberanía del nuevo Estado.<sup>15</sup>

Una vez expedida la codificación de la Constitución Política del Estado el 11 de agosto de 1998, el discurso del poder hegemónico buscó ahora, como estrategia, mayores bases de legitimación para la definición oficial de la revolución pertinente que debía considerar la sociedad ecuatoriana, la concertación y el consenso, para enfrentar a su enemigo común: la corrupción y la ingobernabilidad, como pecado original y realidad atávica, y la crisis económica internacional, como culpa externa.

Reprimida la malinterpretada consigna general de la identidad indígena e incorporadas nuevas estructuras simbólicas, el sistema sobrevive y el momento de crisis, fundamental para todo cambio trascendental, se debilita.

De lo que hemos visto hasta aquí, pareciera que los participantes jugaron sus estrategias en todos los campos, pero apostaron a ganar, dependiendo de sus posiciones y disposiciones en aquellos, en el que consideraron más importante para sus aspiraciones futuras, malinterpretando en ocasiones las expectativas de sus contendientes.

El estado podría ser el aparente perdedor.

Así, si bien en el campo político una revisión rápida parecería dar la razón a los grupos hegemónicos; en cambio, en el campo cultural o social, al cual cierto sector de la intelectualidad indígena parece haberlo considerado fundamental, se puede percibir fácilmente los resultados de una identificación étnica en el nivel de los sectores subalternos o movimientos sociales y el apareamiento de una nueva forma de mirar a la cultura indígena, respetada y reconocida ahora por parte del sector mestizo, hablamos especialmente de la clase media.

Más allá de lo anterior, si vale la pena cuestionarse, como lo hace Mario Roberto Morales, si una vez que la identidad cultural ha sido respetada y reconocida, sea lo valedero y legítimo para los grupos étnicos<sup>16</sup> el reclamar ahora, no la destrucción de la

nación burguesa y el cambio de estructuras económicas, sino su ingreso como grupo relevante en el mundo de privilegios hasta ahora negado a ellos por parte de los clanes hegemónicos: la subalternidad étnica parecería querer pues, una tajada del pastel de la dominación y la hegemonía.

“Un planteamiento utópico podría pasar por la propuesta de la superación de la nación y, con ella, una superación de la burguesía, el liberalismo, las élites y el autoritarismo, pero la subalteridad posmoderna aún no da para tanto y por eso el espacio nacional aparece siempre como algo a ser reparado y remozado, y no destruido ni sustituido”.<sup>17</sup>

Verdaderamente la incomodidad del estado sería más aguda el momento que que este otro actor político cuestiona la filosofía y el proyecto de construcción nacional ecuatoriana, así como el funcionamiento del sistema republicano y democrático en vigor. El estado estaría desprovisto de medios eficaces para afrontar esta nueva realidad.<sup>18</sup>

**Notas:**

<sup>1</sup> Cárdenas 1998, 27 ss.

<sup>2</sup> El Convenio no obstante, no otorga a los pueblos indígenas el ejercicio de decisiones orgánicas diferenciadas y al margen de la política de los estados en donde aquellos se encuentran, pero sí deja en claro la identidad específica de estos grupos que los distancia “de los demás componentes de la sociedad en la que están insertos, reconociendo sus características sociales, culturales y económicas propias, así como, su derecho a poseer el sustento territorial y el hábitat que precisan”. (M. Gómez. Ob. Cit. Pags. 53 y 54.)

<sup>3</sup> WALSH, Catherine, La Interculturalidad en el Ecuador: Visión, principio, y estrategia indígena para un nuevo país, en “Revista Identidades”, IADAP, 1999.

<sup>4</sup> SANTANA, Roberto, Ciudadanos en la etnicidad: los indios en la política o la política de los indios. Ediciones Abya Yala, 1995. P. 141 ss.

<sup>5</sup> ECUARRUNARI es una construcción inventiva de los términos ECUADOR -RUNACUNAPAC - RICCHARISHUM: Indio del Ecuador levántate.

<sup>6</sup> El término identificación étnica lo utilizamos con el contenido y alcance que a esta construcción idiomática le da Ricardo Calla Ortega, aludiendo a prácticas de adscripción discursiva y activa que, referidas a las luchas emergentes de la problemática étnica en una realidad determinada, “no se reducen ni son equivalentes a la identidad étnica, aunque obviamente se relacionan con ella”, sirviendo como base para la acción política. (Calla Ortega Ricardo, Identificación étnica y procesos políticos en Bolivia: 1973-1991, en Adrianzén et al 1993, 57 ss.

<sup>7</sup> Cuando Roberto Santana hace referencia a los procesos étnicos, asimila políticamente los años setentas como “la toma de conciencia colectiva donde los diferentes grupos étnicos plantean múltiples estrategias identitarias, creando así un medioambiente local o regional de ‘revitalización étnica’ que no puede pasar por desapercibido a nivel nacional”. El resultado se proyecta en los ochentas, en el desafío indígena de buscar una identidad política nacional que materialice su presencia como movimiento social relativamente unificado a la búsqueda de un programa político común, pasándose a una estrategia nacional que tiene su carta de triunfo en ese proceso de revitalización étnica local y regional. (Santana 1995)

<sup>8</sup> La identificación étnica en el caso ecuatoriano se habría desarrollado desde la identidad indígena hacia fuera de sí, implicando alianzas y operaciones ideológicas con los movimientos sociales que finalmente se agruparían en la Coordinadora de Movimientos Sociales, fortalecida en 1996 con la creación del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País (MUPP-NP). (c.f. Calla Ortega Ricardo, Identificación étnica y procesos políticos en Bolivia: 1973-1991, en Adrianzén et al 1993 57 ss.

<sup>9</sup> Movimiento que tuvo tanta acogida, que terminó incluso trasladando a los finalistas la propuesta nacional de una convocatoria a la Asamblea Constituyente, finalmente aceptada y llevada a la práctica por el Gobierno electo.

<sup>10</sup> Ciertamente, para 1995, entre los dirigentes de la CONAIE, con Luis Macas como Presidente, y los amazónicos de la CONFENIAE, como fundadores del PACHAKUTIK, se produce un fuerte debate respecto de la posición que debía adoptar el movimiento indígena frente a las elecciones del próximo año. Luego de fuertes reuniones entre la dirigencia de la CONAIE Y CONFENIAE, en enero de 1996 se decidirá, conjuntamente con las bases, la participación indígena en el proceso político, en unión estratégica con la Coordinadora de Movimientos Sociales, organización que ciertamente saldrá fortalecida y consolidada con tal resolución.

<sup>11</sup> La capacidad de actuar colectivamente contra ‘otros’ es decisiva para el éxito de las estrategias. En este punto la construcción de una identidad colectiva puede desempeñar un papel central para dar cohesión, continuidad y legitimidad a la acción estratégica. Ciertamente tales marcos colectivos están basados en un fondo de elementos existentes o estructurales del que se sirven los involucrados, sin embargo estos elementos se vuelven a (re)construir, seleccionar, ordenar o completar de forma continua. Los movimiento étnicos a menudo contienen elementos sociales y económicos, que no llaman la atención a primera vista, por eso existen muchas razones para utilizar un conjunto más complejo de marcos colectivos, en el que de ante mano no se de prioridad ni a la clase, ni a la etnicidad ni al género. (Baud et al 1996 ss.)

<sup>12</sup> El levantamiento del 90 (Galo Ramón, ¿Hay nacionalidades Indias en el Ecuador?. Sismo étnico en el Ecuador, CEDIME/Abya-Yala, 1.996) causó estupor básicamente por la propuesta del reconocimiento a los indios como nacionalidades en igualdad de condiciones a la nacionalidad ecuatoriana o mestiza y la tentativa de que se declare al país como un Estado multinacional o pluricultural. La diferencia entre etnia y nacionalidad aparece referida al ámbito político que una y otra categoría interpela y, a la voluntad subjetiva de quienes la reivindican. Desde el punto de vista del ámbito que ella interpela, la idea de “etnia” se diferencia de la idea de “nacionalidad” en tanto que esta última aparece como un salto cualitativo en el que la problemática indígena deja de ser un planteamiento reducido a reivindicaciones locales o regionales, para convertirse en un problema nacional que pone en cuestionamiento de manera radical, los fundamentos básicos de la nacionalidad ecuatoriana, de la concepción occidental de “democracia” y de “desarrollo”, pasando a cuestionar de manera frontal a la constitución y legitimidad del Estado nacional en su conjunto. Respeto a la voluntad subjetiva de los actores, la diferencia entre las categorías “etnia” y “nacionalidad” ha sido comparada a la muy conocida diferencia entre “clase en sí” y “clase para sí”. La etnia sería en este caso una nación en sí, que reúne todos los elementos objetivos de una nación, en tanto nacionalidad invocaría la decisión subjetiva de un grupo de reivindicarse como tal, es decir, cuando se convierte en comunidad de destino, como diría Ber Borjov (Nacionalismos y luchas de clase, 1.979, México, Cuadernos Pasado y Presente, número 83, Siglo XXI Editores). El salto en nación “para sí” puede captarse en la voluntad por recrear, recuperar y desarrollar un sistema educativo propio, y un tratamiento particular en justicia, salud, religión.

<sup>13</sup> Cf. con Randall Collins 1996, 51 ss.

<sup>14</sup> ¿Cuál es la propuesta indígena en torno a la plurinacionalidad? Los pueblos indígenas, en la lucha y en la vivencia, se han dado cuenta -comenta Luis Macas- de que son diferentes y estas nacionalidades tienen que poseer una autonomía y tienen que autogestionarse. En este contexto la autodeterminación es el hecho de que un pueblo, una nacionalidad, pueda desarrollarse organizativa, económica, social y culturalmente, y que esto permita el reconocimiento de los ecuatorianos en el intercambio de estos valores. “Lo que queremos es que también se valore, al igual que otras culturas, nuestra cultura, que se universalicen nuestros conocimientos ... Nuestra reivindicación abarca el reconocimiento del estado ecuatoriano como plurinacional, no pretendiendo construir un Estado aparte”. (Macas 1991, p. 11)

<sup>15</sup> OTS y CAPDEQUI, José María, Instituciones. Salvat Editores S.A., Barcelona, 1959. p. 233.

<sup>16</sup> M. Morales, Cuestión étnica y debate interétnico en Moraña 1998, p 299 ss.

<sup>17</sup> Santana 1995, p. 331 ss.

<sup>18</sup> Ibid.

# **LAS “MEJORES PRACTICAS” PARA LA CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACION RACIAL, LA XENOFOBIA Y LAS FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA EN RELACION A LA POBLACION AFRO-DESCENDIENTE EN AMERICA LATINA**

**Ariel E. Dulitzky**

## **Resumen**

Las Naciones Unidas han convocado a la tercer Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia a celebrarse en Sudáfrica en agosto de 2001. La Conferencia será un importante acontecimiento internacional, que dará lugar a un proceso crítico, para que se pueda llegar a un consenso mundial para la articulación y la ejecución de métodos nuevos y efectivos para eliminar el racismo, la discriminación racial y la xenofobia.

Para realizar este enorme potencial, la Conferencia Mundial contra el Racismo debe adherirse a las resoluciones de las Naciones Unidas, que llaman a concentrarse en estrategias prácticas y de acción, compromisos concretos y específicos y metas mensurables y alcanzables. La Conferencia Mundial debe identificar los mecanismos y los recursos necesarios para implementar las estrategias y los planes de acción.

La presentación esboza algunas recomendaciones encaminadas a procurar que la Conferencia Mundial alcance su potencial y promesa de contribuir a la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en contra de los afro-descendientes. Se concentra en una serie de “mejores prácticas” surgidas de las lecciones aprendidas de conferencias mundiales anteriores, sus objetivos, metas y resultados previstos, sus logros concretos y sus oportunidades perdidas. En particular esboza una serie de “mejores prácticas” en tres áreas:

1. La temática, a fin de que la Conferencia Mundial reconozca los problemas de racismo y discriminación racial en contra de los millones de afro-descendientes de nuestra región y que incluya los temas relevantes en su agenda de trabajo;

2. La participación en la Conferencia, con el fin de que las víctimas, en este caso los afro-descendientes y sus organizaciones tengan la posibilidad de participar efectivamente en los trabajos de la Conferencia así como que otros sectores relevantes para la situación de la población negra del hemisferio también tengan espacios dentro de la Conferencia; y

3. Los resultados esperados, donde se delinearán algunas de las medidas concretas que deberían adoptarse en la Conferencia Mundial para ayudar a superar el racismo y la discriminación en contra de la población negra de nuestra región.

### **LAS “MEJORES PRACTICAS” PARA LA CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACION RACIAL, LA XENOFOBIA Y LAS FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA EN RELACION A LA POBLACION AFRO-DESCENDIENTE EN AMERICA LATINA**

La tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (en adelante la Conferencia o Conferencia Mundial) se celebrará en Sudáfrica del 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001. La Conferencia será un importante acontecimiento internacional, que dará lugar a un proceso crítico, para que se pueda llegar a un consenso mundial para la articulación y la ejecución de métodos nuevos y efectivos para eliminar el racismo, la discriminación racial y la xenofobia. La Conferencia Mundial puede tener un efecto profundo y duradero a los niveles local, nacional, regional e internacional en la lucha contra las diferentes formas de discriminación racial. Por cierto, para los grupos, comunidades e individuos más afectados por el racismo y la discriminación, la Conferencia Mundial tiene el potencial de afectar su vida y sus oportunidades de manera muy profunda.

Para realizar este enorme potencial, la Conferencia Mundial contra el Racismo debe adherirse a las resoluciones de las Naciones Unidas, que llaman a concentrarse en estrategias prácticas y de acción, compromisos concretos y específicos y metas mensurables y alcanzables. La Conferencia Mundial debe identificar los mecanismos y los recursos necesarios para implementar las estrategias y los planes de acción.

La venidera Conferencia Mundial es la culminación de acciones y decisiones tomadas por los gobiernos miembros de las Naciones Unidas en los últimos tres decenios. La Asamblea General de la ONU designó el año 1971 como el Año Internacional de la Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial. Desde entonces ha designado tres Decenios de Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial (1973-1983, 1983-1993, 1993-2003). La Asamblea General ha decidido observar el año 2001 como Año Internacional de Movilización contra el Racismo.

**La Conferencia Mundial contra el Racismo en 2001 será la tercer conferencia mundial de la ONU sobre este tema. Las anteriores tuvieron lugar en Ginebra en 1978 y en 1983. Se concentraron principalmente en poner fin al apartheid en Sudáfrica, pero también pusieron de relieve otros aspectos, incluidos los derechos de las minorías, los pueblos indígenas y los trabajadoresmigrantes, y la importancia de la educación en la prevención del racismo y la discriminación. La Conferencia Mundial contra el Racismo en 2001 se concentrará en elaborar medidas y estrategias prácticas, orientadas hacia la acción, para combatir las formas contemporáneas del racismo y la intolerancia.**

La presentación esboza recomendaciones encaminadas a procurar que la Conferencia Mundial contra el Racismo alcance su potencial y promesa de contribuir en medida importante a la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Elabora una serie de recomendaciones y propuestas para que la Conferencia Mundial logre el éxito y alcance su potencial.

La presentación se concentra en una serie de “mejores prácticas” surgidas de las lecciones aprendidas de conferencias mundiales anteriores, sus objetivos, metas y resultados previstos, sus logros concretos y sus oportunidades perdidas.<sup>1</sup> En particular esboza una serie de “mejores prácticas” en tres áreas: 1. La temática, a fin de que la Conferencia Mundial reconozca los problemas de racismo y discriminación racial en contra de los afro-descendientes<sup>2</sup> y que incluya los temas relevantes en su agenda de trabajo; 2. La participación en la Conferencia, con el fin de que las víctimas, en este caso los afro-descendientes y sus organizaciones tengan la posibilidad de participar efectivamente en los trabajos de la Conferencia así como que otros sectores relevantes para la situación de la población negra también tengan espacios dentro de la Conferencia; y 3. Los resultados esperados, donde se delinean algunas de las medidas concretas que deberían adoptarse en la Conferencia Mundial para ayudar a superar el racismo y la discriminación racial.

## **OBJETIVOS DE LA CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO**

Seguidamente se consignan los principales objetivos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, enunciados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 52/111 (1997):

- Examinar los progresos logrados en la lucha contra la discriminación racial y volver a evaluar los obstáculos que impiden seguir avanzando en esa esfera y los medios para superarlos
- Analizar cómo garantizar una mejor aplicación de las normas existentes, a fin de combatir la discriminación racial
- Aumentar el nivel de concienciación sobre el racismo y sus consecuencias
- Formular recomendaciones sobre los medios de aumentar la eficacia de las actividades y mecanismos de las Naciones Unidas en la lucha contra el racismo
- Analizar los factores políticos, históricos, económicos, sociales, culturales y de otro tipo que han contribuido al racismo
- Formular recomendaciones para la posible adopción de nuevas medidas en el plano nacional, regional e internacional para combatir el racismo, y
- Formular recomendaciones sobre cómo garantizar que las Naciones Unidas cuenten con recursos suficientes para ejecutar un programa eficaz de lucha contra el racismo y la discriminación racial.

### **1. LA CUESTIÓN TEMÁTICA: EL RECONOCIMIENTO DEL PROBLEMA Y LA INCLUSIÓN DE LOS TEMAS RELEVANTES PARA LOS AFRO-DESCENDIENTES**

#### **a. El reconocimiento de la xenofobia y el racismo**

El racismo, la discriminación racial y la xenofobia existen y persisten, en cierta medida, en todas las sociedades, en todos los países y en todas las regiones del mundo.

El racismo y la xenofobia se encuentra en todas partes, aunque no son visibles necesariamente en la conducta social. De hecho, en todas las culturas, países y regiones se niega la mera existencia de la xenofobia y el racismo. Este fenómeno de la negación dificulta mucho el reconocimiento y las medidas efectivas que se pueden tomar en contra de la discriminación<sup>3</sup>. La negación funciona a muchos niveles, hasta en el lenguaje que se emplea para describir ciertas situaciones. Se emplean términos como “minoría étnica”, “conflicto étnico”, “pobreza urbana” y “ceguera ante el color” (*colour-blindness*) para negar u oscurecer los aspectos racistas de ciertas conductas sociales o políticas gubernamentales. En el caso específico que nos ocupa, la negación parte desde el momento mismo en que se niega la propia existencia de la población negra en nuestras sociedades. “Somos todos mestizos”, “somos café con leche” o expresiones por el estilo, no solamente invisibilizan a los millones de afro-descendientes en nuestros países sino que impiden a la vez la identificación de políticas públicas para superar la discriminación racial de la que son víctimas.

Desde esta perspectiva, el paso fundamental para que la Conferencia Mundial sea productiva partirá por el hecho de que los gobiernos, en particular en nuestro hemisferio, reconozcan que el tema de la xenofobia y la discriminación racial es un problema presente y pendiente en nuestras sociedades y que debe ser necesaria, seria y maduramente tratado en la Conferencia Mundial así como en la conferencia regional preparatoria para el continente americano. El primer paso, por supuesto, deberá ser un reconocimiento del carácter multiracial y pluriétnico de nuestras sociedades y en dar visibilidad a importantes sectores actualmente invisibilizados por los discursos oficiales.

#### **b. La inclusión de la temática relativa a los afro-descendientes en la agenda de la Conferencia Mundial**

### **TEMAS DE LA CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO**

Los siguientes son los temas para la Conferencia Mundial contra el Racismo, tal como fueron aprobados por el Comité Preparatorio (PrepCom) en su primera reunión en Mayo de 2000:

- Causas, formas y manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia

- Víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.
- Medidas de prevención, educación y protección destinadas a la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia, a los niveles nacional, regional e internacional.
- Remedios, recursos, [compensaciones]\* y otras medidas, a nivel nacional, regional e internacional.
- Estrategias para lograr plena y efectiva igualdad, incluyendo la cooperación internacional y el fortalecimiento de las Naciones Unidas y otros mecanismos para combatir la discriminación racial, el racismo, la xenofobia, formas conexas de intolerancia así como los mecanismos de seguimiento.

Como puede observarse la agenda es sumamente amplia. Tanto en el primer aspecto (causas, formas y manifestaciones contemporáneas del racismo y la xenofobia) como en el segundo (víctimas del racismo y la xenofobia) se encuentran posibilidades de que las cuestiones relativas a los afro-descendientes sean incluidas en las discusiones.

Sin embargo, cuestiones conexas y cruciales para resolver las manifestaciones de racismo y discriminación racial en contra de los afro-descendientes están siendo seriamente resistidas por varios países. Por ejemplo, la cuestión de las secuelas del colonialismo y el esclavismo, los efectos de la globalización económica en la cuestión racial o el crucial tema de las reparaciones han procurado ser bloqueadas principalmente por los países desarrollados.

Por ello, hasta que la agenda definitiva de la próxima Conferencia Mundial sea adoptada será necesario mantener un constante trabajo a fin de que los temas cruciales para los afro-descendientes, sean debidamente incluidos en la misma.

### **c. Un enfoque integral: múltiples manifestaciones del racismo**

Las manifestaciones del racismo, la discriminación racial y la xenofobia varían entre culturas, contextos y momentos históricos, y las estrategias para combatirlo deberán variar en la misma medida. Los afro-descendientes conocen muy bien que el racismo y la discriminación racial de la que son víctimas se relaciona con otras formas de

discriminación e intolerancia. La identidad de la inmensa mayoría de los afro-descendientes como la de todo ser humano tiene bases múltiples, incluidos raza, color, etnicidad, origen nacional o lingüístico, clase, casta, sexo y orientación sexual. La discriminación racial y el racismo en contra de la población negra magnifica otras formas de discriminación que los afectan. Particularmente, en el caso de las mujeres de color, generalmente son víctimas de discriminación en razón de su origen nacional, su lengua y su género.

Por ello, la Conferencia Mundial debería adoptar un enfoque integral para tratar las múltiples y paralelas manifestaciones de discriminación y racismo que se producen en contra de la población negra<sup>4</sup>. Las diferentes resoluciones de las Naciones Unidas han sido particularmente cuidadosas en insistir que la perspectiva de género sea debidamente tratada en la Conferencia Mundial<sup>5</sup>. Si bien este es un aspecto de la doble discriminación que sufren las afro-descendientes, no debe olvidarse que hay otros aspectos discriminatorios lengua o clase social, por solamente citar dos ejemplos, que son particularmente importantes en materia de afro-descendientes y que deben ser incluidos en la Conferencia.

## **2. LOS PARTICIPANTES EN LA CONFERENCIA**

A partir principalmente del análisis de las “oportunidades perdidas” de conferencias anteriores, a continuación se esbozan algunas de las que serían las mejores prácticas para obtener resultados satisfactorios en la Conferencia Mundial contra el Racismo en cuanto a quiénes serán los que participen en la Conferencia.

El formato tradicional de las Conferencias Mundiales de la ONU incluye dos reuniones paralelas: la conferencia gubernamental, en la cual los gobiernos toman las decisiones y los representantes de las ONG actúan principalmente como grupos de presión, observadores y aportantes de información, y el “Foro de las ONG”, que se realiza paralelamente (en el mismo lugar de la conferencia gubernamental o cerca de él) en el cual las ONG son las principales protagonistas. Por lo general se puede decir que el acceso por diferentes grupos al Foro de las ONG es más abierto que a la reunión gubernamental.

### **a. Las representaciones gubernamentales**

**Los Estados Miembros son los únicos miembros que votan en las Conferencias Mundiales de la ONU y en las reuniones preparatorias. El tamaño y la composición de las delegaciones gubernamentales que asisten a las Conferencias**

**Mundiales varían mucho, desde tres o cuatro hasta 80. Las delegaciones también varían considerablemente con respecto a la experiencia, pluralidad de la composición del grupo y conocimientos de la materia entre los delegados, así como la autonomía que tienen para tomar decisiones en nombre del gobierno. Las delegaciones gubernamentales pueden incluir funcionarios jerárquicos, diplomáticos, técnicos o peritos en el tema y en algunos casos “miembros del público” es decir delegados que no pertenecen al gobierno, incluidos representantes de ONG.**

**Teniendo en cuenta las experiencias de conferencias pasadas, sería fundamental:**

- Convencer a los gobiernos de que en sus delegaciones incluyan a sus mejores negociadores y funcionarios gubernamentales de alto nivel. Las delegaciones gubernamentales deben incluir a personas que hayan demostrado experiencia y conocimientos del tema de la Conferencia Mundial y entre otros sobre la población negra, y deben incluir a miembros públicos (no gubernamentales).
- Particularmente en relación al tema de los afro-descendientes, los gobiernos deberían enviar, o apoyar la participación de autoridades cuyo trabajo influya, tanto en lo positivo como en lo negativo, sobre el racismo y la discriminación racial. Así pensamos por ejemplo, en autoridades policiales, funcionarios de los ministerios de trabajo, salud, educación, autoridades municipales, etc.

#### **b. Las víctimas de la discriminación racial y el racismo**

La capacidad de la Conferencia Mundial de alcanzar su objetivo de elaborar estrategias prácticas orientadas hacia la acción, dependerá de la presencia, contribución y participación de todos los protagonistas y sectores de la sociedad que tengan interés en el proceso. La Conferencia Mundial no sólo debe permitir, sino que debe fomentar activamente y apoyar la participación de las personas más afectadas y marginadas por el racismo y la intolerancia, las cuales tendrán menos recursos y acceso a la Conferencia Mundial.

Para ello, se recomienda que dentro del programa de la Conferencia Mundial (gubernamental) se incluya un panel de víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia, en el que la población negra deberían tener un rol

importante. El objetivo es ofrecer a grupos e individuos una plataforma desde la cual hacer conocer sus problemas, preocupaciones y expectativas, así como destacar las finalidades de la Conferencia Mundial y el trabajo que allí se realizará. El panel también daría visibilidad a aquellas manifestaciones de racismo que en la actualidad se niegan o permanecen invisibles.

### **c. La participación de las ONG**

Afirmar el rol y la condición de las ONG como aliadas en la Conferencia Mundial es fundamental para el éxito y los resultados de la Conferencia Mundial contra el Racismo, especialmente porque los gobiernos necesitarán de los esfuerzos de las ONG para poner en acción las estrategias de la Conferencia Mundial. El análisis de las “lecciones aprendidas” en el pasado, confirma que el no haber dado cabida adecuada a las contribuciones de las ONG socavó gravemente los objetivos de conferencias mundiales recientes y les restó efectividad. El análisis también confirma que los mejores resultados se lograron cuando se emplearon las “mejores prácticas” que permitieron a los gobiernos aprovechar al máximo el aporte de las ONG, como ocurrió en la reciente Conferencia Diplomática sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (Conferencia de Roma).

Por ello se recomienda que la Conferencia Mundial contra el Racismo siga el modelo favorable de la Conferencia de Roma y procure a las ONG la información y asistencia necesarias para su participación, vele por que las ONG tengan tiempo y espacios adecuados para la reunión, y tengan acceso a todas las reuniones de la Conferencia gubernamental y sesiones de preparación de documentos.

Al mismo tiempo, y desde el lado de las ONG, se debe reconocer que la Conferencia Mundial es un proceso, no un evento, y que los preparativos de participación deben comenzar lo antes posible. Las ONG deben participar en reuniones preparatorias regionales y nacionales, y organizar reuniones y actividades propias en preparación para la Conferencia Mundial. Se debe ofrecer apoyo para facilitar la participación de ONG de países y regiones más pobres.

En materia de afro-descendientes, también se debe ofrecer apoyo para facilitar la participación de ONG nacionales y otros grupos (no gubernamentales), incluidas organizaciones comunitarias y grupos de base que no necesariamente encuadran en la definición tradicional de ONG pero que desempeñan un papel crucial en cuanto al combate a la xenofobia y la discriminación que sufre la población negra.

#### **d. Sectores no tradicionales**

Teniendo en cuenta las múltiples facetas en que el racismo y la discriminación racial en contra de los afro-descendientes deberían celebrarse reuniones especiales dentro de la Conferencia (gubernamental) para protagonistas y sectores de la sociedad que tradicionalmente no participan en conferencias internacionales pero que son clave para esta Conferencia Mundial contra el Racismo. Entre ellos se encuentran políticos y parlamentarios<sup>6</sup>, instituciones financieras multilaterales y bancos de desarrollo, empresas multinacionales y privadas, medios de comunicación y compañías de Internet, sindicatos e instituciones educativas.

### **3. LOS RESULTADOS ESPERADOS**

#### **DOCUMENTOS FINALES DE LA CONFERENCIA**

De una Conferencia Mundial de la ONU pueden surgir tipos diferentes de documentos, acuerdos, compromisos, resoluciones y decisiones. Por lo general los documentos finales de una conferencia se componen de:

- Una **declaración**, o enunciado de principios, que sienta tanto el tono moral como el imperativo político del tema.
- Un **programa de acción**, o plataforma para la acción, que sirve de plan sobre los pasos que los gobiernos conviene se deben tomar a los niveles nacional, regional e internacional.
- Los **medios de realización**, los cuales incluyen la determinación de las necesidades de financiamiento y establecimiento de mecanismos institucionales para llevar a la práctica las recomendaciones del programa de acción.

Las experiencias recogidas de conferencias pasadas demuestran que para que la Conferencia Mundial sea efectiva en la mejora de la situación de los millones de afro-descendientes, el programa de acción que resulte de la Conferencia Mundial, y los planes nacionales de acción elaborados por los gobiernos después de la misma, deben contener compromisos específicos así como metas, objetivos y puntos de referencia mensurables e indicadores para medir el progreso, cronogramas para alcanzar objetivos, y recursos y mecanismos identificados para vigilar su ejecución y cumplimiento.<sup>7</sup>

Algunos ejemplos ilustran lo que llevamos dicho. La Cumbre Mundial de la Infancia, celebrada en 1990 adoptó en su Plan de Acción conteniendo siete metas específicas y mensurables a alcanzarse en el año 2000 incluidas: reducción de la mortalidad infantil en una tercera parte, reducción de la mortalidad materna por la mitad, reducción de la tasa de malnutrición por la mitad, acceso universal a educación y agua potable, y aumento del cincuenta por ciento en el alfabetismo de adultos<sup>8</sup>.

La Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada en Roma en 1996, en el mismo sentido estableció como objetivo inmediato de reducir el número de personas desnutridas a la mitad de su nivel actual no más tarde del año 2015.

Asimismo, a fin de ejecutar y vigilar las estrategias y las respuestas establecidas en los planes de acción, se deben fijar mecanismos efectivos de responsabilidad para la ejecución, implementación y revisión de los resultados, además de asignarse los recursos adecuados.

Un punto fundamental es que se establezcan mecanismos de seguimiento para velar porque las medidas que se propongan en el Plan de Acción se traduzcan en acciones prácticas, al ritmo fijado como meta de la Conferencia o si es posible con mayor rapidez. La práctica de las Conferencias anteriores demuestra la conveniencia de establecer un mecanismo de seguimiento y en particular encargar a un organismo existente o crear uno con el mandato de vigilar y evaluar la situación internacional en materia de racismo y discriminación racial. Particularmente dicho organismo debería estar facultado para recibir y analizar informes de, al menos, los gobiernos nacionales; organismos de las Naciones Unidas relevantes; y otras instituciones internacionales pertinentes.

Finalmente, la convocatoria a sesiones especiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas para analizar los resultados alcanzados a una década de cada Conferencia Mundial han demostrado ser de utilidad para revisar los logros, identificar las dificultades y obstáculos y para renovar el compromiso de la comunidad internacional en el tema específico de que se trate.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Desde 1990 la comunidad internacional ha organizado 12 conferencias mundiales que han congregado a Gobiernos en la búsqueda de soluciones a algunos de los problemas más importantes del mundo actual. La situación de la niñez, la mujer, los derechos

humanos, población, desarrollo social, alimentación o medio ambiente fueron el tema central de estas conferencias.

Cada una de estas conferencias han marcado la culminación de meses de consultas entre gobiernos, agencias de las Naciones Unidas y organizaciones de la sociedad civil. Cada conferencia ha demostrado la universalidad del problema bajo atención y la imposibilidad de su solución mediante iniciativas aisladas. Todas han llamado la atención de medios de comunicación y han generado mayor conciencia sobre la existencia de los problemas objeto de análisis en cada una de las conferencias. En gran medida, cada una de las conferencias en la última década han permitido que la comunidad internacional en su conjunto llegue a un consenso sobre ciertos valores básicos comunes, objetivos compartidos y estrategias compartidas para alcanzarlos.

La Conferencia Mundial contra el Racismo vendrá a integrarse al continuo esfuerzo para combatir temas complejos y de alcance mundial. La Conferencia Mundial es una única e importante oportunidad para crear una nueva visión en el mundo en la lucha contra el racismo para el Siglo XXI. El objetivo de la Conferencia es que dé un mensaje positivo sobre los beneficios de la diversidad e igualdad en las comunidades nacionales e internacionales. Puede promover que los Gobiernos asuman compromisos concretos para prevenir y remediar prácticas discriminatorias. El éxito de la Conferencia dependerá en gran medida de la capacidad que tenga la sociedad civil de movilizarse y movilizar a la comunidad internacional en torno a un tema de difícil pero impostergable tratamiento.

**Notas:**

<sup>1</sup> Entre las conferencias mundiales recientes se cuentan la Cumbre Mundial de la Infancia (1990), la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994), la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995), la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (1995), la Conferencia sobre Asentamientos Humanos (Habitat II) (1996), la Cumbre Mundial de la Alimentación (1996) y la Conferencia Diplomática de Roma sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (1998).

<sup>2</sup> En el presente artículo utilizaremos indistintamente Afro-descendientes o población negra, dos de las expresiones más utilizadas como autoidentificación.

<sup>3</sup> Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que se encarga de supervisar la aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, mediante el examen de los informes presentados por los Estados partes en la Convención ha señalado como una área de especial preocupación la afirmación hecha por varios países de nuestra región acerca de que en sus sociedades no existen problemas de discriminación racial. Ver por ejemplo, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial : República Dominicana. 26/08/99. A/54/18, paras.504-522 Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial : Haití. 26/08/99. A/54/18, paras.253-271

<sup>4</sup> La Asamblea General ha recomendado que al prepararse el programa para el Comité Preparatorio de la Conferencia se tome en cuenta la "necesidad de ocuparse detalladamente de todas las formas de racismo, discriminación racial y xenofobia y de las formas contemporáneas conexas de intolerancia (A/RES/53/132, art. 29 inc. d) y que al decidirse el programa de la Conferencia se tenga en cuenta "la necesidad de hacer frente de una manera global" a todas las formas de racismo, discriminación racial y xenofobia (A/RES/52/111, art. 29 inc. b)

<sup>5</sup> Ver por ejemplo, la resolución de la Asamblea General A/RES/54/154, art. 36 (subrayando la importancia de tener sistemáticamente en cuenta una perspectiva de género en el curso de los preparativos de la Conferencia Mundial y en sus resultados).

<sup>6</sup> La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha alentado "a todos los parlamentos a que participen activamente" en la Conferencia Mundial (art. 65, E/CN.4/RES/2000/14)

<sup>7</sup> Para conocer algunas de las propuestas del International Human Rights Law Group para la Conferencia Mundial, puede verse las conclusiones de la Consulta de Bellagio, convocada por Gay J. McDougall, Directora Ejecutiva de la organización y que se encuentran en el documento A/CONF.189/PC.1/10.

<sup>8</sup> Una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas se reunirá en septiembre de 2001 para revisar la implementación del Plan de Acción acordado en 1990 en la Cumbre Mundial e identificar las necesidades para acelerar el cumplimiento de las metas acordadas o establecer nuevas metas. Ver resoluciones A/RES/51/186 y A/RES/51/186.



## **FORTALECER O REFORMAR EL SISTEMA INTERAMERICANO**

**José Miguel Vivanco**

Este pareciera ser el dilema que enfrentan los estados de la región: fortalecer o reformar el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Creo que estas opciones son incompatibles y dadas las condiciones políticas que se describen más adelante, de triunfar la alternativa que promueve la reforma estaríamos abriendo una caja de pandora que terminaría por debilitar un sistema que hasta ahora ha logrado importantes resultados con mínimos recursos. Si se quiere, en cambio, fortalecer y consolidar este mecanismo regional de protección, hace falta reexaminar la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) y revisar los reglamentos que guían el trabajo de los dos órganos encargados de supervisar el estado de los derechos humanos en el sistema interamericano, para lo cual es imprescindible el concurso de estos últimos. En este sentido planteo varios temas de carácter procesal que merecen ser estudiados con miras a fortalecer el sistema. Aunque no soy partidario de reformar el tratado que constituye la base del sistema, creo que es necesario, primero exponer las razones que llevan a algunos estados a hablar de reformas, para luego poner las cosas en su contexto, haciendo una breve descripción del panorama actual de derechos humanos, debido a que es importante verificar la validez de la premisa que sustenta la reforma y tomarle el peso a lo que se está jugando cuando se habla de modificar este sistema.

### **I. PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN DEMOCRACIA**

Una de las premisas invocadas frecuentemente por los estados para justificar la necesidad de introducir ajustes al sistema interamericano, es que en las actuales democracias de la región, no existen o no se darían con tanta gravedad y en términos masivos, las pasadas violaciones a los derechos humanos que caracterizaron a América Latina durante las dictaduras militares. De tal modo que, en el nuevo contexto democrático del continente los organismos internacionales dedicados a supervisar la vigencia de los derechos humanos deberían orientarse más a la promoción y menos a la protección de estos derechos. Ese es quizás, uno de los argumentos que con mayor

---

\* Esta es una reimpresión del artículo publicado en el libro “El Futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, publicación que se hace con expresa autorización de su autor.

insistencia se escucha en las reuniones oficiales de la Organización de Estados Americanos (OEA), unido al obligado reconocimiento a la Comisión por el importante papel cumplido en las décadas de los setenta y ochenta, cuando las dictaduras militares prevalecían en gran parte de la región. Tareas de carácter educativas y de promoción de normas internacionales serían más adecuadas por parte de estos organismos, en lugar de fortalecer y perfeccionar su función de defensa de derechos humanos mediante el conocimiento de casos individuales.

En este sentido, vale la pena destacar que el pasado 25 de septiembre, la OEA, en una ceremonia celebrada en Washington, enmendó su Carta con el propósito de excluir de la organización a cualquier gobierno que pudiera llegar al poder a través de un golpe de estado. Este importante paso demuestra el creciente consenso regional a favor de la protección del orden constitucional y democrático. Ciertamente, esta región se destaca en el mundo como una donde gobiernos elegidos democráticamente por el pueblo están cada vez más consolidados. Cuba - donde el gobierno de Fidel Castro completó treinta y ocho años en el poder - sigue siendo la única excepción de una clara tendencia regional orientada a lograr mayores espacios de desarrollo político.

La historia demuestra que los gobiernos democráticos son aquellos que permiten el más amplio ejercicio de las garantías individuales; en el pasado, la ruptura del orden constitucional en varios estados del continente fue la causa inmediata de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

Sin perjuicio que el régimen democrático de gobierno constituye un requisito sine qua non para mejorar el respeto de los derechos humanos, el preocupante récord de la región muestra que no es, de ninguna manera, suficiente. Graves y masivas violaciones a los derechos humanos se siguen cometiendo a pesar que se disfruta de alternancia regular en el poder.

Por ejemplo, la tortura sigue siendo el método habitual de represión o de investigación policial y si bien, en general, han disminuido las desapariciones forzadas de personas, aún continúa denunciándose esta horrenda práctica en más de un estado del continente; de igual modo aunque han disminuido los casos de violaciones a los derechos humanos con motivación política, agentes del estado son denunciados a diario por su participación en hechos que van desde ejecuciones extrajudiciales a detenciones arbitrarias, extorsiones y amenazas, frente a lo cual los recursos judiciales se muestran normalmente ineficaces; la situación de las prisiones no puede ser más apremiante con niveles de hacinamiento, corrupción y violencia extrema; los tribunales de justicia - salvo algunas excepciones - por su lentitud, corrupción y falta de independencia no se han constituido en una instancia válida y creíble de investigación, abdicando de su

tarea de defender el ejercicio y promover la expansión de las libertades públicas en el continente. La prensa, que en la práctica se ha transformado en el más eficaz recurso de denuncia de los abusos de poder, se encuentra permanentemente defendiendo sus fueros ante una autoridad que aún no se acostumbra a la fiscalización de la opinión pública. Por último, un fenómeno que es común a toda la región y que complica y agrava aún más el panorama es el de la impunidad, es decir, la falta de eficacia de los órganos encargados de administrar justicia para investigar hechos que son imputables a agentes del estado.

En todo caso cabe subrayar que las violaciones a las que hemos hecho referencia no son, en términos generales, como lo fue en el pasado, el resultado de políticas oficiales dirigidas a violar sistemática y conscientemente los derechos humanos de algunos sectores de la población. Más bien refleja una profunda crisis en la administración de justicia en América Latina; una crisis que demuestra que la justicia en sí, como demanda social, aún no forma parte de las prioridades de la agenda gubernamental interamericana.

Con distintos grados estos fenómenos se reproducen tanto en Sudamérica como en Centroamérica y el Caribe, teniendo como característica común la falta de políticas adecuadas de seguridad ciudadana por parte de instituciones policiales y de seguridad, que han llegado a convertirse en uno de los mayores obstáculos para el desarrollo y crecimiento democrático. En general las policías no han sido objeto de programas dirigidos a profesionalizarlas, a hacerlas más eficaces; siguen operando con importantes niveles de corrupción y en términos brutales e impunes; no tienen capacidad de investigación científica; tampoco cuentan con credibilidad y respeto de la población: en muchos sitios se teme tanto de la policía como de los delincuentes; la policía sigue empleando la tortura y los apremios físicos como método habitual de investigación, amedrentamiento o para extraer información o confesiones que lamentablemente los tribunales normalmente convalidan.

Otro problema de repercusiones continentales es la sobrepoblación de las prisiones, donde la gran mayoría de los reclusos son procesados sin condena, lo cual también es, en parte, un efecto de la ineficacia y lentitud de la administración de justicia. En general las condiciones de vida en los centros de detención son inhumanas y crueles y una buena parte de los abusos provienen de los propios reclusos debido a la falta de presencia de la autoridad al interior de los recintos penitenciarios.

El personal de las fuerzas militares - en algunos casos junto al policial - sigue cometiendo violaciones a los derechos humanos en la democracia de Colombia, Perú, Guatemala o México, a diferencia de Brasil, Venezuela, Argentina, Haití o República Dominicana donde la gran mayoría de los más graves abusos provienen fundamentalmente de la policía. A estos actores hay que agregar los llamados grupos paraestatales que actúan con la protección y tolerancia de agentes del estado; en Colombia estos grupos - también conocidos como paramilitares o autodefensas - siguen cometiendo las mayores atrocidades, sin embargo, también están creciendo organizaciones similares, aunque de menor envergadura, en algunas zonas rurales de México. Por último, a este cuadro de violencia e impunidad hay que sumar a los grupos irregulares armados o guerrillas que, tanto en Colombia como en Perú, continúan violando las normas fundamentales del derecho internacional humanitario, mediante ejecuciones extrajudiciales o “ajusticiamientos”, secuestros extorsivos o constantes ataques a la población civil no combatiente.

Desde otro punto de vista, aún subsisten importantes disposiciones de la legislación que se encuentra en directa contradicción o son incompatibles con bienes jurídicos que cuentan con protección a nivel internacional en tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”). Por ejemplo la legislación antiterrorista peruana desconoce los principios más elementales del principio de legalidad y el debido proceso legal; la legislación que castiga penalmente como desacato o falta de respeto a la autoridad la crítica política a los funcionarios públicos o a las corporaciones, por considerar que merecen una protección especial a su reputación; la legislación que regula la llamada justicia penal militar en prácticamente toda América Latina, pero con mayor gravedad en Colombia, Perú, México, Brasil e incluso Chile, crea tribunales que carecen de independencia y extiende el concepto de acto de servicio a las atrocidades más increíbles para proteger a la institución armada de investigaciones judiciales externas. Desde luego, las leyes de amnistías que han sido promulgadas precisamente con el objeto de impedir la investigación, procesamiento y castigo de aquellos que han violado derechos humanos y que han proliferado en el último tiempo, como pro ejemplo, en El Salvador, Perú, así como aquellas promulgadas en Argentina, Uruguay, o la autoamnistía de Chile que data de 1978. Todas ellas han sido declaradas por la Comisión como violatorias de la Convención, por suprimir la vigencia de un recurso adecuado y efectivo, faltando el estado a su obligación de garantizar investigaciones judiciales exhaustivas frente a violaciones a los derechos humanos. Por último, en Cuba la legislación que regula el ejercicio de derechos como la libertad de expresión o asociación o garantías judiciales, es totalmente incompatible con los tratados internacionales existentes en la materia.<sup>1</sup>

## II. ACTITUD DE LOS ESTADOS DE LA OEA FRENTE A LA COMISIÓN

En general, la actitud de los líderes democráticos de la región frente a la situación de los derechos humanos, continúa orientándose hacia una mayor apertura, con disposición a reconocer la existencia de graves deficiencias en esta materia, lo cual no significa que no exista una gran distancia entre el discurso y la práctica; por supuesto, todavía hay notables excepciones, es decir gobiernos que niegan la existencia de violaciones a estos derechos, pero la tendencia es aceptarlas como un hecho e incorporar esta preocupación al discurso oficial.

Muy distinta suele ser la situación cuando el estado se ve enfrentado a un caso, es decir una denuncia concreta ante un órgano internacional de protección de los derechos humanos como la Comisión. En cuyo caso el discurso oficial varía, e incluso, en ocasiones, se llega a dudar de la necesidad de mantener un sistema como el interamericano o de inmediato se empieza a imaginar fórmulas de reforma, que bajo el rótulo de fortalecimiento persiguen precisamente lo contrario, es decir el debilitamiento de este sistema mediante el recorte de las facultades de los órganos de protección, con el fin de socavar su eficacia relativa. Asimismo, usualmente la actitud de los estados cuando deben comparecer ante la Comisión, no es de cooperación sino más bien de resistencia y desconfianza, procurando dilatar los procedimientos, al extremo de generar serias dudas respecto de la buena fe con la que se conducen. Todo ello a pesar de los múltiples pronunciamientos públicos reconociendo la importancia de la vigencia de estos derechos y de la existencia de un sistema internacional de control.

A pesar de estas dificultades, la contribución de la Comisión a la defensa de los derechos humanos ha sido enorme, permitiendo desarrollar una doctrina y práctica que han sido muy valiosas para defender derechos y, en casos extremos, salvar vidas en el hemisferio. Desde luego, el costo político que en la actualidad debe pagar la Comisión por cumplir su tarea - en un continente gobernado por autoridades civiles democráticamente electas -es mayor que en los tiempos que debía enfrentarse a desacreditadas dictaduras militares. Es más difícil condenar a un estado que goza de prestigio, por tratarse de una democracia, que a un gobierno que se ha transformado en un paria internacional.

En relación al trámite de casos individuales ante la Comisión, salvo algunas notables excepciones, los estados suelen rechazar las denuncias sin realizar investigaciones mínimas para establecer la veracidad de los hechos denunciados. En otros casos intentan desacreditar al denunciante o presionan a la Comisión con argumentos de

carácter abiertamente políticos y no jurídicos. Otros abusan del requisito del previo agotamiento de los recursos internos exigiendo su formal cumplimiento a pesar de su reconocida ineficacia. Sin duda estas condiciones de trabajo dificultan la tarea de protección de los derechos humanos y afecta la manera en que la Comisión ejecuta su mandato en casos individuales. La Comisión no debe dejarse presionar, por el contrario, debe tomar cuantas medidas sea necesarias para asegurar que el debate sobre casos de derechos humanos se limite a argumentos de buena fe elaborados por las partes, basados en análisis factuales y jurídicos sólidos, y acompañados de evidencias creíbles.

### **III. DESPOLITIZACION DE LA DEFENSA INTERNACIONAL**

Con razón o sin ella, todo sistema internacional de protección de los derechos humanos ha sido acusado de estar politizado. En el caso del sistema interamericano pareciera que estados y organizaciones no gubernamentales (ONG), coinciden en señalar que la politización es un problema grave y generalizado que amenaza su credibilidad. Sin embargo, el sentido de la expresión varía según quién es consultado.

Muchos estados consideran que la Corte, por ejemplo, es menos política que la Comisión y eso sería lo que en parte explica el mayor respeto que aparentemente tienen por la autoridad del tribunal. El hecho que la mayoría de los gobiernos no cuestionen la fuerza obligatoria de las decisiones de la Corte también ayuda a entender este fenómeno, sobre todo si se tienen en cuenta las dificultades de la Comisión para hacer cumplir sus recomendaciones. Otro factor que contribuye a crear esta percepción es que la Convención asigna múltiples y amplias funciones a la Comisión: no sólo el examen de peticiones individuales, sino también tareas de promoción y elaboración de informes sobre las condiciones generales de los derechos humanos en el continente.<sup>2</sup>

Asimismo, desde un punto de vista estructural, la falta de transparencia en el proceso de elección de los miembros de la Comisión y los jueces de la Corte contribuye también a aumentar la percepción de politización en el sistema. Este fenómeno se ve agravado por la posibilidad de reelección de quienes integran estos órganos. En el proceso de reelección los estados - que son el objeto de la fiscalización interamericana - deciden y emiten sus votos muchas veces castigando y/o premiando a los comisionados y jueces de acuerdo a su conducta, debilitando de esta manera la credibilidad de ambas instituciones. Un elemento adicional lo constituye la antigua práctica que permite a los estados demandados nombrar jueces ad hoc en los casos ante la Corte; esta norma debería ser suprimida con el fin de eliminar las influencias políticas<sup>3</sup> y preservar, a lo menos, la apariencia de imparcialidad que debe mantener dicho tribunal.

Otra cuestión preocupante es la carencia de coherencia y consistencia en las decisiones adoptadas por la comisión en casos individuales, materia que tradicionalmente ha recibido muy poca atención pero que indudablemente compromete la credibilidad del organismo.

Dado que la Convención confiere ciertas facultades y responsabilidades políticas, diplomáticas y cuasi-judiciales a la Comisión, los estados y los denunciantes deben fomentar también la despolitización del sistema, limitándose a presentar argumentos estrictamente jurídicos en sus casos. Lamentablemente, la experiencia demuestra que en ocasiones la Comisión ha tomado en cuenta en sus deliberaciones argumentos extrajurídicos introducidos con frecuencia por los estados.<sup>4</sup> Los hechos del caso, la legislación aplicable y las pruebas presentadas por las partes deben constituir los elementos fundamentales que la Comisión debe tomar en consideración al decidir una materia. Cuando la Comisión sucumbe a las presiones y empieza a considerar factores extralegales en la evaluación y decisión de los casos, compromete su credibilidad. En la medida que la Comisión pueda indicar de manera consistente los principios jurídicos utilizados en el análisis de casos individuales y elabore sus conclusiones valiéndose de una interpretación adecuada de la Convención, se estará protegiendo de cualquier intento por desacreditar su misión.

Algunos gobiernos en ciertas circunstancias han utilizado la estrategia de plantear a la Comisión las presuntas consecuencias devastadoras que para la estabilidad política del estado podría tener una condena o el sometimiento del caso a la Corte. Los comisionados no deben dejarse impresionar tampoco por estas exageraciones y, en cambio, ejecutar su mandato de conformidad con las normas preestablecidas.

Un paso importante que ayudaría a reducir las desconfianzas y aumentar la credibilidad se lograría si la Comisión desarrollara e hiciera públicos sus criterios para someter un caso a la Corte. Se ha especulado durante más de diez años sobre este asunto, pero la Comisión hasta ahora se niega a fijar criterios claros y prefiere conservar su total discrecionalidad. Algunos criterios que se podrían utilizar son: (i) el potencial del caso para desarrollar jurisprudencia internacional; (ii) los nuevos temas legales que plantea el caso en materia de derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional y (iii) si el caso representa una práctica sistemática de violaciones o constituye uno de los problemas más apremiantes.

En este sentido, de acuerdo a la Opinión consultiva N° 13 de la Corte, la decisión de someter casos "... no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la protección de los derechos establecidos en la Convención"<sup>5</sup> Este

texto deja abiertas todas las posibilidades de una interpretación subjetiva por parte de la Comisión. Mucho mejor es el lenguaje de la Opinión Consultiva N° 5 que estableció criterios concretos a tener en cuenta por la Comisión a la hora de decidir someter casos a la Corte, por ejemplo: (i) “decisiones judiciales [nacionales] contradictorias” (que podrían permitir al sistema interamericano aportar una contribución importante a la legislación regional); (ii) cuando “la [...] Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre criterios puntos jurídicos”; o (iii) “una materia que reviste especial importancia para el continente”.<sup>6</sup>

La Comisión debe realizar un esfuerzo serio para minimizar la discrecionalidad y aumentar la seguridad jurídica durante el procedimiento de casos individuales. Es más, la Comisión debe aplicar los mismos criterios y doctrinas jurídicas al tomar decisiones en los diferentes casos cuando ello sea pertinente, sin tener en cuenta las condiciones políticas del estado en cuestión, protegiendo de esta manera su credibilidad al exhibir una práctica consistente y despolitizada.

#### **IV. ADMISIBILIDAD DE LA DENUNCIA ANTE LA COMISION**

Uno de los problemas prácticos a los que se enfrentan las partes de un caso es la falta de claridad acerca de los criterios de admisibilidad del mismo,<sup>7</sup> lo cual es ilustrativo del actual estado del proceso ante la Comisión. Por ejemplo algunos estados se preocupan por el hecho de que una vez que la Comisión admite a trámite un caso, tras haberlo considerado admisible prima facie, es muy probable que la petición sea declarada admisible definitivamente y vaya acompañada de una previsible condena al estado. Teniendo en cuenta esta posibilidad, algunos estados han desarrollado ciertas prácticas lamentables como, por ejemplo: (i) presionar a la Comisión para que no abra casos y/o (ii) dilatar el proceso una vez que el caso ha sido formalmente abierto.

Dado el alto índice de casos admitidos prima facie,<sup>8</sup> es posible que los estados crean estar en una posición de desventaja en un sistema donde la condena final es sólo cuestión de tiempo. Por ello, algunos estados presionan a la Comisión para que acepte intercambios irregulares de información, no previstos en la Convención, antes de la apertura oficial del caso. En esta etapa, el estado intenta aportar a la Comisión información que lo exculpe de responsabilidad con la esperanza que no se dará curso a la petición. Este intercambio de información viola el debido proceso, mantiene al individuo al margen, retrasa el proceso y provoca, por supuesto, un aumento de desconfianza en la Comisión como organismo imparcial.

Con el fin de asegurar que el sistema opere de un modo equitativo para las partes, la Comisión debe adoptar una doctrina de admisibilidad pública y consistente que establezca criterios conocidos de antemano. Como parte de esta práctica, luego de registrar todas las peticiones y, ya que los comisionados sólo se reúnen dos o tres veces al año durante un par de semanas, la Secretaría de la Comisión debería abrir todos los casos a no ser que la petición sea inadmisibile *in limine*. Un ejemplo de dicha circunstancia se daría frente a una petición en la que se alegan violaciones cometidas por parte de un estado fuera del hemisferio, en cuyo caso queda claro que la Comisión carecería de jurisdicción para intervenir. Igual cosa podría ocurrir tratándose de una denuncia relativa a materias no comprendidas en la Convención. Si una petición es inadmisibile *in limine* debe ser rechazada en un escrito breve dirigido al denunciante en el que se expliquen las razones que justifican dicha decisión. Si la petición es admisible *prima facie*, pero presenta algún tipo de efecto procesal, el Secretario Ejecutivo, junto al Presidente de la Comisión, deben solicitar al denunciante que enmiende la petición, realice las correcciones necesarias y presente de nuevo la petición enmendada.

Tras comprobar que la petición está referida a: (i) una violación de los derechos humanos protegidos en la Convención, (ii) un Estado Parte en la Convención y también (iii) contiene una referencia al agotamiento de los recursos internos, el abogado de la Secretaría de la Comisión debe abrir inmediatamente el caso y remitirlo al estado en cuestión para que presente sus descargos. Cualquier examen adicional es injustificado y podría afectar el futuro del caso, especialmente si se trata de examinar detalladamente si los hechos demuestran agotamiento de los recursos internos, cuestión que por lo demás forma parte de los argumentos que podría presentar el estado demandado. Sin perjuicio de lo anterior, como veremos más adelante, el caso podría declararse inadmisibile por falta de agotamiento, mediante una decisión fundada de la Comisión.

Hasta ahora, la Comisión no ha establecido procedimientos detallados y prácticas claras sobre las distintas etapas que deben cumplirse en la admisibilidad de una denuncia. A pesar de los reclamos, la Comisión continúa con la práctica de no declarar formalmente admisibles las peticiones que se encuentran bajo su conocimiento antes de decidir sobre el fondo.<sup>9</sup> Además, la Comisión debería dejar claramente establecido que la admisibilidad *prima facie*, de ninguna manera impide la posibilidad de un rechazo posterior de la denuncia, una vez que se examinen los hechos, incluyendo los recursos internos.<sup>10</sup> Esta práctica protegería la integridad de la comisión y evitaría las presiones gubernamentales para preseleccionar peticiones. Dado que ni siquiera se ha iniciado el litigio, esta admisibilidad *prima facie* de carácter meramente procesal, también ayudaría a incrementar la seguridad jurídica de las partes en el proceso. En todo caso, en lo que concierne a la decisión formal de admisibilidad y con el fin de evitar mayores

retrasos en un sistema caracterizado por su lentitud, dicha decisión debería producirse en la etapa inicial del procedimiento y dentro de un plazo previsible, como por ejemplo, la primera sesión de la Comisión desde que se abrió el caso y, luego que el estado ha tenido oportunidad de responder.

La Comisión en pleno debe tomar la decisión definitiva sobre la admisibilidad o inadmisibilidad y debe hacerla pública. Esta decisión tampoco debe ser objeto de recursos por parte del denunciante o el estado. Por supuesto, esto no impide que el denunciante vuelva a presentar la petición alegando los mismos hechos, tras haber agotado de manera adecuada los recursos internos (si ésta fue la causa de la decisión de inadmisibilidad).<sup>11</sup> De hecho, el requisito del previo agotamiento de los recursos internos es un privilegio que se concede al estado - el estado puede utilizarlo en su defensa. El hecho de que el estado no utilice este beneficio debe ser considerado una renuncia tácita al mismo. En todo caso la excepción de falta de agotamiento debe interponerse en la primera oportunidad procesal del caso, de lo contrario precluye el derecho al operar el principio del *stoppel*. Una vez que la denuncia ha sido declarada admisible por la Comisión y de llegar el caso a la Corte, no se debe permitir que el estado plantee esta excepción como defensa. De hecho, si el estado lo hiciera se provocarían graves problemas de equidad ya que el denunciante carece de legitimación procesal activa ante dicho tribunal.

Una decisión temprana sobre admisibilidad también puede ayudar a acercar la posición de las partes para alcanzar una solución amistosa. Es evidente que una declaración en tal sentido constituye un mensaje contundente para el estado y puede servir a los intereses de la justicia, al acelerar la solución de un caso mediante la participación directa de ambas partes.

## V. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

El agotamiento de los recursos internos no debe ser entendido sólo como un requisito formal que el denunciante debe cumplir para acceder a la protección internacional de los derechos humanos, sino también debe ser visto como una oportunidad para exigir del estado el perfeccionamiento de los recursos judiciales de acuerdo a los estándares del derecho internacional. Sin tal mejoría el estado corre el riesgo de verse inundado de demandas internacionales, ya que los denunciantes pueden demostrar con gran facilidad que no existen recursos internos eficaces a su disposición. La obligación de que los sistemas judiciales nacionales cuenten con recursos judiciales adecuados, surge a partir de la ratificación de la Convención, instrumento que exige a los estados que su legislación interna se ajuste a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Hoy en día, el requisito de agotar los recursos internos constituye quizás la exigencia más difícil que debe satisfacer un denunciante al presentar un caso ante la Comisión. Según las normas generales del derecho internacional, comunes al sistema interamericano, el denunciante debe acreditar que ha realizado un esfuerzo de buena fe para agotar los recursos internos al presentar una petición ante la Comisión. Esto incluye proporcionar información específica sobre cómo, cuándo y dónde se interpusieron los recursos judiciales a nivel interno y no se obtuvieron resultados.<sup>12</sup> En esta etapa el estado puede decidir argumentar que el denunciante no ha cumplido plenamente con su deber; es decir que todavía quedan recursos internos por agotar. En tal caso el estado debe indicar los recursos que debieron haber sido agotados y de qué forma. En esencia, el estado debe demostrar que existían recursos internos disponibles, adecuados y eficaces.<sup>13</sup> La Comisión debe entonces emitir una decisión relativa a la admisibilidad del caso.

Cabe destacar, en todo caso, la función subsidiaria del sistema interamericano al ofrecer una instancia de supervisión, una vez que los tribunales nacionales han dejado de cumplir con su obligación básica. En el caso *Marzioni vs. Argentina*,<sup>14</sup> la Comisión reafirmó la conocida doctrina de la “cuarta instancia” desarrollada en Europa, según la cual un órgano de supervisión internacional no puede actuar como tribunal superior de una corte nacional, ni revocar las decisiones tomadas por ésta de acuerdo a las leyes nacionales, a no ser que el procedimiento seguido por esta última o su decisión constituya una flagrante violación de la Convención, en cuyo caso se habría violado el artículo 8 ó 25 del tratado.

En el sistema interamericano, algunos estados han alegado que el régimen democrático actual ofrece per se recursos efectivos en casos de violaciones de los derechos humanos. Sostienen, además, que las normas y criterios empleados por la Comisión para examinar el agotamiento de los recursos internos no deben presumir su ineficacia, como durante las dictaduras militares, sino al contrario, teniendo en cuenta que los recursos internos están disponibles y son eficaces, se debe otorgar especial deferencia a los tribunales nacionales, quienes tienen el deber primario de proteger estos derechos.

La experiencia demuestra, sin embargo, que tal nivel de deferencia hacia las judicaturas nacionales es un error. La mayoría de los sistemas judiciales están plagados de ineficacia, corrupción y una enorme carencia de recursos materiales y humanos.

En tales circunstancias, se debe evaluar cuidadosamente el principio de subsidiariedad, que se asienta en el presupuesto que las cortes nacionales tienen la responsabilidad primaria en la protección de los derechos humanos, otorgándose a los organismos internacionales una misión secundaria. Precisamente en estas circunstancias un sistema

internacional de protección de los derechos humanos debe ser una alternativa real para lograr lo que no pueden los recursos internos. Es probable que en Europa, donde los sistemas judiciales disfrutan de cierto grado de independencia frente a la autoridad y la impunidad es la excepción, pueda existir un grado de deferencia mayor a los sistemas judiciales internos. En consecuencia, en las democracias industrializadas, los organismos internacionales de derechos humanos pueden aplicar criterios más estrictos al considerar el agotamiento de los recursos internos. Allí, las cortes nacionales son verdaderamente los juzgados primarios de los hechos y están en la mejor disposición para administrar justicia a la víctima. La Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos son, por lo tanto, actores normalmente secundarios. Aceptar dicha premisa en el caso de América Latina supone como veíamos anteriormente ignorar la realidad.

Por otra parte la obligación de agotar los recursos internos, si se encuentran comprometidos derechos calificados como no derogables, no debe convertirse en un obstáculo para la efectiva protección de los derechos fundamentales. Si, en cambio, se trata de derechos derogables, en el que no se produciría un daño irreparable y fatal a la víctima, la Comisión podría ser más estricta al evaluar este requisito.

En cualquier caso, la obligación general de agotar los recursos internos no se aplica cuando no existen recursos disponibles o el denunciante ha sido intimidado para no agotarlos o no puede hacerlo por falta de recursos económicos, una situación que no es excepcional en el continente.<sup>15</sup> Además, también se puede obviar el requisito de agotamiento si el denunciante demuestra que su caso sigue pendiente ante las cortes nacionales, en cuyo caso existe un retraso injustificado en el proceso que equivale a una denegación de justicia.<sup>16</sup> Finalmente, en algunas circunstancias, una práctica sistemática de graves violaciones de los derechos humanos puede hacer que se presuma que no existen recursos internos o que éstos son inefectivos, y que por lo tanto es innecesario agotarlos.

## **VI. SOLUCION AMISTOSA**

El mecanismo de solución amistosa contemplado en la Convención permite a las partes negociar directamente una solución efectiva al conflicto, con la mediación de la Comisión.<sup>17</sup> Esta opción está disponible durante el curso del proceso y mientras exista un interés sincero de negociar. Aunque las partes pueden iniciar negociaciones en cualquier momento del proceso, usualmente se recurre a este procedimiento tras algún tipo de indicio que la Comisión va a tomar una decisión definitiva. No obstante, la Comisión debe aprobar los términos de una solución amistosa para garantizar que respeta el objeto y fin de la Convención. Tras esta aprobación, las partes suelen

también acordar que la Comisión supervise el cumplimiento de los términos del acuerdo.

Una vez que se ha alcanzado un acuerdo y que la Comisión lo ha aprobado, ésta publica un informe en el que expone los hechos y la solución lograda.<sup>18</sup> Aunque la Convención declara que debe publicarse una exposición breve,<sup>19</sup> la Comisión debe aprovechar esa oportunidad para analizar públicamente la importancia del caso y la aplicabilidad de la solución a situaciones similares. Si las negociaciones se rompen, el caso retoma el trámite habitual ante la Comisión.

El mecanismo de solución amistosa se ha ganado recientemente la confianza de las partes en el sistema interamericano debido a que la Comisión suele asumir un papel de mediador activo. En los últimos años la Comisión ha entendido que promover una solución amistosa es una fase obligatoria del proceso y, por ello, incentiva a las partes a negociar en todos los casos, desempeñando el papel de “conciliador” antes de que el caso sea sometido a la Corte o que se haga pública la decisión de la Comisión.<sup>20</sup>

En la práctica, como la Comisión es la que somete casos a la Corte y el peticionario no puede trasladar su caso ante dicho tribunal, las limitaciones del sistema constituyen el mejor incentivo para que el denunciante negocie una solución amistosa. Además, aunque los estados han cuestionado la fuerza obligatoria de las recomendaciones de la Comisión,<sup>21</sup> hasta ahora no han puesto en entredicho el valor del acuerdo alcanzado mediante solución amistosa.

Por otro lado también existen múltiples incentivos para que los estados participen en estas negociaciones. Es posible que un estado quiera demostrar su compromiso con los derechos humanos discutiendo directamente con el denunciante el fondo de su petición e intente resolver el asunto por medio de indemnización y/o reparación. También es probable que algunos gobiernos busquen soluciones amistosas para evitar el estigma que puedan provocar las decisiones de la Comisión y la Corte, que no sólo se publican en la prensa nacional e internacional sino que también se incluyen en los informes a la Asamblea General de la OEA. Por último, si el estado considera que existen buenas razones para que el caso se envíe a la Corte, es posible que intente negociar una solución amistosa a tiempo.

Como decía anteriormente, una decisión temprana sobre la admisibilidad de un caso, también puede incentivar el estado a participar en negociaciones para solucionar el asunto. La declaración de admisibilidad representa una muestra clara para el estado que la Comisión está tomando el caso en serio y que existen buenas posibilidades que

el resultado final sea perjudicial a sus intereses. Es interesante subrayar que la práctica habitual de la Comisión Europea, una vez que se declara admisible la denuncia, es informar confidencialmente a las partes sobre las consideraciones preliminares de dicha Comisión relativas a la existencia o no de una violación, con el fin de alentar una solución amistosa.<sup>22</sup>

En todo caso es fundamental que se garantice la confidencialidad a las partes, sobre todo a los estados, para promover una discusión sincera de los puntos a negociar. No se debe permitir que las declaraciones de una de las partes durante las negociaciones sean utilizadas en su contra posteriormente.

Aunque es posible que se implementen inmediatamente los términos de algunas soluciones amistosas, en la mayoría de los casos se alcanza primero un acuerdo preliminar, al que sigue un proceso complejo de cumplimiento. En dichas circunstancias, las partes deberían incorporar una agenda cronológica, supervisada por la Comisión, hasta alcanzar un cumplimiento pleno, momento en el cual se habrá alcanzado en efecto una solución amistosa y la Comisión podrá publicar su informe.

Los denunciantes se han dado cuenta de que la calidad y la fuerza obligatoria de una solución amistosa, puede ser considerablemente mejor que una decisión tardía de la Comisión o incluso que una sentencia definitiva de la Corte. De hecho, es posible que los denunciantes puedan negociar términos de una solución amistosa que no están normalmente a su disposición en el sistema interamericano.<sup>23</sup> Por ejemplo, cuando las partes acuerdan los puntos a discutir en las negociaciones, los denunciantes pueden intentar introducir temas más amplios, buscando resolver el caso y también extender sus efectos jurídicos a otras víctimas en situación similar. Según los términos del acuerdo en el caso *Verbitsky vs. Argentina*,<sup>24</sup> el estado no sólo aceptó retirar los cargos contra el denunciante sino que también derogó la legislación que criminalizaba el desacato de funcionarios públicos. En *Garrido y Baigorria vs. Argentina*,<sup>25</sup> las partes negociaron una solución amistosa relativa a las indemnizaciones y reparaciones, mientras el caso estaba pendiente ante la Corte. Como resultado de las negociaciones, el estado aceptó incluir en las discusiones el caso *Guardatti*, que aún sigue pendiente ante la Comisión. En estos dos casos, Argentina aceptó investigar el paradero de las tres personas desaparecidas así como intentar establecer la responsabilidad penal de los responsables. Además, durante las negociaciones los denunciantes solicitaron, y Argentina aceptó, elaborar legislación, que aún no se ha presentado al Congreso, para asignar jurisdicción federal en casos de violaciones de los derechos humanos.<sup>26</sup> Dicha legislación también incluiría una cláusula que impondría la obligación al Estado de

cumplir las recomendaciones de la Comisión o de lo contrario debe transferir el caso a la Corte.

## VII. PARTICIPACIÓN DEL PETICIONARIO ANTE LA CORTE

En el sistema interamericano, cuando la Comisión decide someter un caso a la Corte, el denunciante pierde su estatus y técnicamente está imposibilitado de participar en los procedimientos independientemente de la Comisión. Sólo la Comisión y el estado denunciado se consideran partes ante la Corte.

A diferencia del sistema interamericano el europeo permite que el denunciante participe plenamente ante el tribunal, una vez que la Comisión Europea o un estado han iniciado los procedimientos.<sup>27</sup> Esto es el resultado de una iniciativa promovida por el Tribunal Europeo de modificación de su Reglamento; en sus inicios, el denunciante europeo tampoco tenía legitimidad procesal. Hoy en día, en cambio, los denunciantes participan de manera directa e independiente en cuanto se inician los procedimientos ante dicho Tribunal, eligiendo a sus asesores e interviniendo en todas las etapas del proceso. Por ejemplo, al presentar pruebas ante el Tribunal Europeo, disfrutan de los mismos derecho que los estados. Más aun recientemente, el Consejo de Europa adoptó el Protocolo 9, según el cual aquellos denunciantes que presentan demandas contra estados que hayan ratificado dicho protocolo pueden incluso someter su caso al Tribunal Europeo.

Lamentablemente, a pesar del magnífico precedente europeo, el sistema interamericano no ha logrado un avance sustancial dirigido a asegurar una verdadera paridad procesal entre el denunciante y el estado. Hasta la fecha, los peticionarios en el sistema interamericano sólo han podido participar de manera muy limitada en los procedimientos de la Corte. El papel de los abogados de la víctima se limita al de asesores de la Comisión, por lo que depende de la supervisión y control de ésta. El Reglamento de la Corte estipula que si entre quienes asisten a los delegados figuran abogados representantes designados por el denunciante original, esta circunstancia deberá comunicarse a la Corte.<sup>28</sup>

La Comisión actúa como representante del denunciante y, al mismo tiempo, como un "Ministerio Público" que protege la integridad del sistema interamericano. Por consiguiente, los denunciantes deben supeditar sus intereses y estrategias a la opinión de la Comisión. Un lamentable precedente, que ejemplifica claramente este problema es el caso Cayara que se perdió por irregularidades procesales cometidas por la

comisión en el trámite ante la Corte, sin escuchar la opinión de los peticionarios.<sup>29</sup> Esto sucedió en relación a la cuestión de las indemnizaciones en los casos Velásquez y otros, donde hubo discrepancias sobre la cuantía de las indemnizaciones y el monto de la compensación adecuada.<sup>30</sup> Tras la decisión sobre los casos Velásquez y otros se produjeron algunos pequeños avances, como que la Corte enmendara su Reglamento para permitir a los abogados de los denunciantes que presenten alegatos independientes, durante el procedimiento relativo a las reparaciones.<sup>31</sup>

Sin embargo, la resolución de la Corte en el caso Genie Lacayo<sup>32</sup> es una muestra de falta de interés por lograr una paridad procesal mayor entre las partes y hacer progresar un sistema que garantice los derechos del denunciante. En este caso, la Corte optó por impedir la participación del abogado del denunciante en una audiencia pública por ser extemporal, a pesar de no existir norma al respecto. A pesar de que el abogado ya había sido reconocido como miembro y asesor de la delegación de la Comisión, la Corte aceptó la objeción del gobierno fundada en que la acreditación del abogado horas previas a la audiencia violaba el derecho a la defensa del estado. La decisión de la Corte no sólo afectó la preparación del caso por parte de la Comisión, sino que el propio peticionario volvió a sufrir una violación de los derechos que supuestamente protege el sistema.

Al conceder un estatuto independiente a los denunciantes se podría restablecer el principio de igualdad de las partes y la garantía del debido proceso legal en los casos ante la Corte. Un sistema internacional de protección de los derechos humanos debe preocuparse del respecto a las garantías judiciales más básicas.

## **VIII. CONFIDENCIALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS**

Una de las características que distinguió durante años al sistema interamericano del resto de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos fue la transparencia con la que funcionaba. La Comisión acostumbrada siempre a mantener al denunciante informado del estado de su caso, transmitiéndole inmediatamente todos los escritos presentados por el estado así como las decisiones de la Comisión relativas al caso, sin ninguna restricción sobre su publicidad.

Ante la creciente presión ejercida por algunos estados en los últimos años, la Comisión comenzó a imponer restricciones sin mayor sentido a la publicidad de casos pendientes. Por ejemplo, durante un tiempo se advirtió a los denunciantes que cualquier publicidad sobre su petición podría provocar el cierre definitivo del caso. Una iniciativa que no

tenía fundamento jurídico en la Convención o el reglamento de la Comisión.<sup>33</sup> Es más, con motivo de la estigmatización pública a la que fueron expuestos algunos estados, cuando se hicieron públicos el contenido de las audiencias, la Comisión reprendió en varias ocasiones a los denunciantes.<sup>34</sup>

En este sentido, se produjo un grave retroceso para el denunciante cuando, mediante una interpretación desafortunada de la Convención, la Corte decidió que el informe relativo al artículo 50, con conclusiones preliminares de la Comisión, sólo debería ser transmitido al estado interesado, y no al denunciante; según la Corte el Reglamento de la Comisión que permitía que el denunciante recibiera una copia de dicho informe violaba el requisito de confidencialidad de la Convención.<sup>35</sup> De hecho, la Corte confundió la entrega de una copia del informe al denunciante, que se ajusta claramente a los principios del debido proceso, con la necesidad de mantener la confidencialidad de la información. Al parecer, la decisión de la Corte estaban motivada por las quejas de varios estados que alegaban que los denunciantes habían filtrado a la prensa los contenidos de los informes preliminares de la Comisión.<sup>36</sup>

En principio, el propósito de mantener la confidencialidad del informe preliminar de la Comisión es ofrecer al estado en cuestión un incentivo para que cumpla con las recomendaciones de la Comisión, antes de ser condenado. Pero la persecución de este objetivo no justifica que se sacrifique la obligación de respetar el debido proceso en todas las etapas del litigio, sobre todo ante un organismo de derechos humanos. Al no poder recibir una copia del informe preliminar, el denunciante se queda en situación de desventaja en un momento crítico del proceso. Para poder resolver este problema con equidad, la Comisión debe enviar el informe preliminar al estado y al denunciante con una anotación que recuerde a ambas partes la confidencialidad del documento. Si la Comisión llega a la conclusión que el denunciante ha filtrado un informe a la prensa (o lo ha hecho público por otros métodos), tiene todavía la posibilidad de no publicar su informe definitivo, de acuerdo al artículo 51 de la Convención.

Al no someterla al análisis necesario, la Comisión ha aplicado de manera formalista la opinión de la Corte hasta el punto de marginar a los denunciantes desde el mismo momento en que ésta decide emitir su informe preliminar hasta que se publica el informe relativo al artículo 51. Sin lugar a dudas, la lamentable decisión de la Corte y la interpretación al pie de la letra de la Comisión constituye hasta la fecha uno de los mayores retrocesos del sistema interamericano.

A no ser que se modifique la Convención - cuestión que no promovemos- o que la Corte cambie su interpretación de la misma, la Comisión podría respetar al requisito de confidencialidad entregando exclusivamente los informes preliminares al estado durante un plazo razonable (sesenta días), y enviando una notificación al denunciante informándole de dicha decisión, para que al menos conozca el estado procesal del caso.<sup>37</sup> Tras un plazo razonable, se debe remitir el informe al denunciante. En el caso en que el estado responda dentro del período fijado, es esencial que el denunciante reciba una copia confidencial de las observaciones mientras la Comisión decide confirmar su informe preliminar y aprobar el informe definitivo contemplando en el artículo 51, este último debe ser enviado simultáneamente a las dos partes.<sup>38</sup> Por medio de esta práctica, la Comisión respondería a la preocupación de publicidad expresada por la Corte mientras mantiene el respeto al debido proceso.<sup>39</sup>

## IX. CONCLUSIÓN

Un sistema internacional de protección de los derechos humanos, al igual que cualquier sistema judicial nacional, exige la existencia de normas y procedimientos claros que inspiren confianza por igual a ambas partes: denunciantes y estados. En tal sentido, el conjunto de normas procesales del sistema interamericano han sido diseñadas para asegurar o facilitar la eficacia y la seguridad jurídica en el proceso, y reducir las posibilidades de abuso o decisiones arbitrarias y caprichosas. Cualquier sistema que aspire a alcanzar credibilidad y prestigio requiere la existencia de una serie de procedimientos objetivos destinados a proteger el debido proceso legal. Se trata pues, que las partes involucradas en un caso conozcan de antemano sus derechos y estén convencidas de que sus intereses serán tratados con equidad por una autoridad imparcial, independiente y cuasi-judicial como la Comisión. Es evidente que estos principios no son ajenos al sistema interamericano cuya existencia se remonta a más de tres décadas. No obstante, sólo en los últimos diez años el sistema se ha dedicado especialmente a examinar peticiones individuales en gran escala, en ocasiones con participación de la Corte. Por tal motivo y justificadamente, la atención se ha concentrado cada vez más en los temas relacionados a la imparcialidad y transparencia de los procedimientos utilizados por la Comisión. Si la Comisión tiene el propósito de constituirse, como señala su mandato, en el principal órgano de derechos humanos del continente, debe desarrollar y aplicar normas procesales objetivas y actualizadas que den garantías a todos.

El actual Reglamento de la Comisión fue adoptado hace unos quince años para interpretar y aplicar la Convención, desde entonces ha sido objeto de varias

modificaciones menores.<sup>40</sup> Tal como sabemos, el sistema interamericano se creó en individual el derecho a que su predecesor europeo, que también otorga al denunciante individual el derecho a que su caso sea escuchado por un órgano regional, pero que, como hemos visto, se ha desarrollado mucho más en este campo. Los procedimientos para conocer peticiones individuales establecidos en la Convención <sup>41</sup> en los sesentas constituyen el reflejo de una época en que los estados recién empezaban a reconocer no sólo derechos fundamentales sino, también, la novedad de incipientes derechos procesales en favor del individuo que presenta peticiones ante un órgano internacional. Hasta ahora algo se ha avanzado en la región pero no lo suficiente como, por ejemplo; permitir la participación individual independiente ante la Corte, lo cual constituye una demostración clara de las falencias existentes y de la necesidad de reexaminar la posición del individuo con el fin de asegurar una igualdad mayor entre las partes. Cuando un individuo recurre a un órgano internacional debe tener la seguridad de que el sistema respetará el debido proceso legal y que tendrá, además, una justa oportunidad de ser debidamente escuchado.

La Comisión ha permitido con demasiada frecuencia que la discrecionalidad juegue un importante rol en su toma de decisiones, tanto en cuestiones sustanciales como procesales, sin darse cuenta que en el politizado ambiente de la OEA la mejor manera de proteger los derechos humanos y de paso defender sus propios fueros, es mediante la invocación y aplicación consistente de normas preestablecidas y conocidas por todos.

**Notas:**

<sup>1</sup> Véase la Evaluación General de la sección de las Américas del Informe Anual Sobre la situación de los Derechos Humanos en el Mundo 1998 de Human Rights Watch, diciembre de 1996, páginas 85-91.

<sup>2</sup> Artículo 41 de la Convención.

<sup>3</sup> Ver el artículo 18 del Reglamento de la Corte y el artículo 10 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>4</sup> Lo usual es que los estados intenten utilizar el contexto político del gobierno para librarse de responsabilidad, mientras que los denunciantes normalmente se limitan a presentar los hechos y las pruebas de su caso. No obstante, los gobiernos también han acusado a las ONG de politizar el trabajo de la Comisión debido, sobre todo, a la creciente confianza que los órganos del sistema depositan en ellas.

<sup>5</sup> Corte I.D.H., Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, párrafo 50.

<sup>6</sup> Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Art. 13 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 25.

<sup>7</sup> En todo caso, las pautas generales están establecidas en los artículos 44-46 de la Convención y en los artículos 30-41 del Reglamento de la Comisión.

<sup>8</sup> Durante muchos años, la Comisión ha mantenido una política abierta y flexible en la admisión de casos prima facie, lo que ha significado que la gran mayoría de las peticiones son finalmente declaradas admisibles. Esto representa un claro contraste con el sistema europeo en el que cerca del 70% de las peticiones se declara inadmisibles prima facie y el 15% se declaran definitivamente inadmisibles en una etapa posterior.

<sup>9</sup> En los casos Velásquez, Godínez y Fairén Garbi y Solís Corrales, el gobierno hondureño interpuso una excepción preliminar ante la Corte basada en el hecho de que la comisión no había declarado formalmente admisible los casos. La Corte desestimó la excepción y decretó que si bien se requería una decisión oficial sobre la inadmisibilidad de una petición, en el caso de la admisibilidad esto no era un requisito. Ver Sentencia del Caso Velásquez, Corte I.D.H., Serie C N° 4 (1988); Sentencia del Caso Godínez Cruz, Corte I.D.H., Serie N° 5 (1989); Sentencia del Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Corte I.D.H., Serie C N° 6 (1989).

<sup>10</sup> Ver Corte I.D.H., Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13. (En adelante "Opinión Consultiva N° 13") Op. cit. supra nota 5.

<sup>11</sup> En este caso, la Comisión devuelve el caso al denunciante quien debe recurrir a los tribunales nacionales. Una vez que las cortes nacionales han decidido y si el denunciante sigue considerando que existe una violación de la Convención, tiene el derecho a presentar nuevamente su caso ante la Comisión.

<sup>12</sup> Párrafos 59, 60, 63 y siguientes en la Sentencia del Caso Velásquez.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Párrafos 50-52 del Informe N° 39/96, Caso 11.673 (Marzióni vs. Argentina), 15 de octubre de 1996.

<sup>15</sup> Corte I.D.H. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Humanos (art. 46.1, 46.2° y 46.2b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de Agosto de 1990. Serie A N° 11.

<sup>16</sup> Artículo 46.2 de la Convención.

<sup>17</sup> Artículo 49 y siguientes de la Convención.

<sup>18</sup> Artículo 49 de la Convención. Cuando participa la Corte, ésta publica una resolución en la que expone los hechos y cierra el caso. Ver en general Corte I.D.H., Caso Maqueda, Resolución de 17 de enero de 1995, Serie C N° 18.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> La Corte recomendó en sus Excepciones Preliminares sobre el caso Caballero Delgado y Santana que la Comisión adoptara el mecanismo de solución amistosa como práctica habitual. Según la Corte, antes de emitir su informe relativo al artículo 50, la Comisión debería invitar a las partes a que emprendan negociaciones de acuerdo al artículo 48(1) (f) de la Convención. Corte I.D.H., Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 17, en los párrafos 27 y sucesivos. La decisión sobre el caso Caballero cambió significativamente las prácticas anteriores, por las cuales la Comisión consideraba “discrecional”, y no recomendable en algunos casos, su intervención en una solución amistosa. Ver Excepciones Preliminares del Caso Velásquez en los párrafos 44 y sucesivos.

<sup>21</sup> La Corte declaró en el caso Caballero y otros que “las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes.” Ver, Corte I.D.H., Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, en el párrafo 67. No obstante, creo que la Corte se refería a las recomendaciones relativas al artículo 50, y no a las contenidas en el artículo 51, que son las que se publican en el Informe Anual.

<sup>22</sup> Ver Harris, O’Boyle y Warbrick, “The Law of the European Convention on Human Rights”, 1995, pág. 599.

<sup>23</sup> Cabe recordar que el propósito de la supervisión internacional es determinar si un estado ha cumplido sus responsabilidades en materia de derechos humanos contenidas en la Convención, y no, por ejemplo, establecer la responsabilidad individual, lo cual puede lograrse en un proceso de una solución amistosa.

<sup>24</sup> OEA/Ser.L/V/II.88, 17 de febrero de 1995, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, Informe N° 22/94, Caso 11.012 sobre la solución amistosa alcanzada en el caso Verbitsky (20 de septiembre de 1994), pág. 40.

<sup>25</sup> En este caso, Argentina aceptó su responsabilidad internacional y aceptó participar en las negociaciones de una solución amistosa con los denunciantes. Ver Sentencia de la Corte del caso Garrido y Baigorria, 2 de febrero de 1996.

<sup>26</sup> Argentina tiene una estructura constitucional federal, en el que las provincias son relativamente independientes, una legislación de este tipo puede representar un gran avance en la protección de los derechos humanos, al permitir a la justicia federal intervenir en casos de violaciones graves a los derechos humanos.

<sup>27</sup> Ver Harris, O’Boyle y Warbrick, The law of the European Convention on Human Rights, 1995, pág. 659.

<sup>28</sup> Artículo 22 (2), Reglamento de la Corte.

<sup>29</sup> Corte I. D. H., “Caso Cayara, Excepciones Preliminares”, Sentencia de 3 de febrero de 1993 Serie C No. 14. Ver también: Méndez, Juan y José Miguel Vivanco, “El caso Cayara y el sistema interamericano”, Revista IDL, Edición Especial No. 50, Año 4 (abril 1993) Lima, Perú, p.49-51. Ver: Pinto Mónica “Y Cayara pasó a la historia” Revista No hay derecho, Año IV, No. 10, diciembre 1993-marzo 94) Buenos Aires, Argentina, p. 23-25.

<sup>30</sup> Ver, Méndez y Vivanco, “Disappearances and the Inter- American Court: Reflections on a Litigation Experience” (Desapariciones y la Corte Interamericana: reflexiones sobre la experiencia de litigación), Hamline Law Review, vol. 13, No. 3 (Verano de 1999), pág. 565.

<sup>31</sup> Artículo 23 del Reglamento de la Corte.

<sup>32</sup> Ver Caso Genie Lacayo, Resolución de la Corte de 27 de Noviembre de 1995.

<sup>33</sup> Afortunadamente, esta práctica se ha ido abandonando progresivamente.

<sup>34</sup> Por su parte, en relación a la confidencialidad de la información entregada a las partes, el Presidente de la Corte, hablando en representación de sus miembros y sin citar ninguna fuente jurídica, informo a la comisión que los documentos relacionados con los procedimientos públicos normales ante la Corte eran confidenciales. Ver Carta de Héctor Fix-Zamudio, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ref. CDH- 10792/150, 20 de mayo de 1995.

<sup>35</sup> Ver la Opinión Consultiva No. 13 de la Corte, párrafos 48 y 49. El artículo 50(2) de la Convención dice así: “el informe será transmitido a los estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo”.

<sup>36</sup> Hasta la fecha, no existe ninguna prueba que demuestre que los denunciantes hayan sido responsables de filtraciones a la prensa de informes relativos al artículo 50.

<sup>37</sup> En su sesión de octubre de 1996, la Comisión aparentemente decidió incorporar este procedimiento en su práctica.

<sup>38</sup> No existe ninguna disposición en la Convención que estipule que los informes relativos al artículo 51 son confidenciales.

<sup>39</sup> Cuando se escribió este artículo, la Comisión estaba en el proceso de revisión de las encomiendas propuestas para corregir esta práctica desafortunada.

<sup>40</sup> Ver: Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser. L./V/II.92 doc. 6 rev. 1 (julio de 1992), aprobado por la comisión en su 660ª Reunión, 49ª Sesión celebrada el 8 de abril de 1980, pág. 111.

<sup>41</sup> Ver en general los artículos 48-51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **RECOMENDACIONES DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**Mario López Garelli \***

### **Introducción**

El sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos está integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en Washington, D.C., y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica.<sup>1</sup> La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos, cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que actúa en representación de todos los Estados del hemisferio. Siete expertos independientes elegidos por la Asamblea General de la OEA integran la Comisión Interamericana, se desempeñan en forma personal y, en ejercicio de sus funciones, no representan a su país de origen ni a cualquier otro. La CIDH actúa en forma permanente y sus miembros se reúnen cada año en dos períodos ordinarios de sesiones, y en uno o más períodos extraordinarios.

La CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, para cuyo desempeño desarrolla diversas actividades. Una parte importante de dichas actividades resulta en informes, con conclusiones y recomendaciones de carácter individual o general. En más de cuarenta años de intensa labor, la Comisión Interamericana ha formulado una muy amplia variedad de recomendaciones, tanto para estimular la conciencia de las Américas en materia de derechos humanos, así como para la protección de tales derechos en el marco de un caso individual. En las siguientes páginas se intenta una breve referencia a las principales modalidades que adoptan tales recomendaciones, así como algunos ejemplos concretos de su aplicación en el hemisferio.

### **INFORMES SOBRE CASOS INDIVIDUALES**

La CIDH estudia aquellas peticiones cuyos alegatos indican que los agentes de un Estado han cometido una violación de derechos humanos. Igualmente, la Comisión

---

\* Las opiniones aquí expresadas son del autor y no reflejan necesariamente la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Interamericana está facultada para abrir casos respecto a un Estado cuando se alegue fundadamente que éste ha faltado a su deber de prevenir una violación de los derechos humanos, o que ha incumplido su obligación de efectuar una investigación completa y posterior sanción de todos los responsables de tales violaciones, así como la reparación correspondiente, que comprende el pago de una indemnización a la víctima o a sus familiares.

El trámite del caso se inicia al solicitar información al Estado sobre los alegatos contenidos en la denuncia, lo cual abre un procedimiento contradictorio que puede incluir la celebración de audiencias con las partes. Una vez que éstas han expuesto sus respectivos puntos de vista y la Comisión Interamericana considera que posee suficiente información, aquélla debe analizar si se ha verificado una violación imputable a algún Estado miembro. Si tal fuera el caso, la CIDH prepara un informe en el cual incluye sus conclusiones y formula recomendaciones al Estado en cuestión para remediar la situación violatoria.<sup>2</sup> Dicho documento es conocido en el sistema interamericano como “informe del artículo 50” por ser el previsto en dicha disposición de la Convención Americana. De acuerdo a la interpretación vigente de dicho instrumento, el informe del artículo 50 tiene carácter reservado, por lo cual se traslada solamente al Estado, y se notifica al peticionario que la CIDH ha adoptado un informe sobre el fondo de la denuncia. La Comisión Interamericana otorga al Estado un plazo a fin de que resuelva la situación y tome las medidas para cumplir con lo recomendado.

La CIDH tiene dos opciones luego de expirar el plazo arriba mencionado: puede preparar un segundo informe (conocido en el sistema interamericano como “informe del artículo 51”) el cual generalmente contiene el mismo análisis del primer informe y las conclusiones y recomendaciones de acuerdo a la situación. En este caso, se otorga un nuevo plazo al Estado para cumplir con las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana; una vez cumplido dicho plazo, ésta debate y adopta una decisión respecto a la publicación del informe del artículo 51. Si se trata de un Estado que ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, la otra opción disponible es la de someter el caso a dicho órgano.

Las recomendaciones de la Comisión Interamericana en los informes sobre el fondo de los casos individuales incluyen, generalmente, la de realizar una investigación de los hechos violatorios que han generado la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. Tal investigación debe ajustarse a los parámetros de debido proceso exigidos por los instrumentos de derechos humanos en el sistema interamericano y por la jurisprudencia de sus órganos.

En años recientes, la CIDH ha dividido sus informes de fondo en capítulos que reflejan las distintas etapas del proceso.<sup>3</sup> Ello incluye el análisis de las actuaciones de las autoridades, medidas concretas de cumplimiento de las recomendaciones, intentos de solución amistosa o cualquier otro hecho relevante para el caso, que se haya producido con posterioridad al informe del artículo 50. Luego de las conclusiones y recomendaciones finales, se incluye un último capítulo sobre la publicación del informe. Esta etapa final del proceso constituye una práctica iniciada con arreglo a los parámetros definidos por la Corte Interamericana respecto a los informes de la Comisión Interamericana.<sup>4</sup>

## INFORMES SOBRE PAÍSES

En las últimas décadas, varios países del hemisferio han atravesado coyunturas críticas en las cuales las violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos, cuya debida atención excede el marco de los casos individuales. En tales situaciones se vuelve vital la facultad de la CIDH de realizar visitas de observación *in loco* para constatar en el terreno las denuncias recibidas por distintos medios y la información de carácter público sobre la situación en un Estado determinado.

Aún cuando no se tratara de una situación como la arriba descrita, las observaciones *in loco* constituyen un mecanismo eficaz de protección de los derechos humanos que permite a la CIDH acceder directamente a la información sobre la materia. La documentación y las experiencias de dichas observaciones son luego actualizadas y complementadas por documentos presentados por los Estados, por las distintas expresiones de la sociedad civil, y cualquier otra información que permita percibir tanto los avances como los problemas persistentes en un país determinado.

Los informes de la Comisión Interamericana sobre la situación de derechos humanos en un Estado pueden publicarse de varias maneras. La CIDH transmite una versión preliminar del informe al Estado en cuestión y le brinda la oportunidad de exponer observaciones o información relevante. Uno de los tipos de informe es el que sigue a las visitas *in loco*, conforme al artículo 62 del Reglamento de la CIDH, y que se publica habitualmente por separado. Los más recientes son el “Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú” (junio de 2000), el “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia” (1999), y los informes sobre República Dominicana (1999), México (1998), Brasil (1997) y Ecuador (1997).<sup>5</sup>

Por otro lado, las funciones de la Comisión Interamericana también incluyen la realización de visitas de observación *in loco* a un Estado miembro para ocuparse de cuestiones específicas. Por ejemplo, la CIDH se trasladó a Canadá en octubre de 1997 para recopilar información acerca de la situación de los solicitantes de asilo en dicho país y publicó recientemente el informe sobre la materia.<sup>6</sup> Asimismo, durante 1999 estuvo en varias localidades de Texas, Estados Unidos, para tomar conocimiento directo de la situación de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias.<sup>7</sup> Son dos casos en los cuales las observaciones *in loco* de la Comisión Interamericana, y las correspondientes recomendaciones no responden a una situación de violación sistemática o generalizada de derechos fundamentales, pero igualmente constituyen un mecanismo eficaz de protección y promoción.

La situación general de los derechos humanos en un país también puede ser estudiada en un informe con arreglo al artículo 63.h del Reglamento, que ha sido tradicionalmente incluido en uno de los capítulos del Informe Anual de la CIDH. Hasta el año 1994, tales informes conformaban el capítulo IV del Informe Anual, denominado “Situación de los derechos humanos en varios Estados”. El Informe Anual de 1995 no contempla un capítulo o sección destinada a la materia mencionada, pero el Informe Anual de 1996 retoma la práctica en el capítulo bajo el título “Desarrollo de los derechos humanos en la región”, al igual que los informes correspondientes a 1997, 1998 y 1999.

Los informes sobre países culminan con conclusiones y recomendaciones a los Estados miembros. Éstas pueden ser de carácter general o referirse a un tema concreto, como por ejemplo el impulso de legislación para conformar la normativa interna de uno o más países a las obligaciones en materia de derechos humanos que impone la Convención Americana.

## **INFORMES ESPECIALES O TEMÁTICOS**

La Comisión Interamericana también impulsa el tratamiento de ciertos temas especiales o la situación de los derechos humanos de grupos particulares de personas, usualmente en el marco de las llamadas relatorías temáticas. El colegiado encomienda las relatorías a uno de sus miembros, o a un especialista independiente en la materia, a fin de evaluar la situación y realizar distintas actividades, incluyendo la preparación de informes para la consideración del plenario de la CIDH. Entre otras, la Comisión Interamericana ha creado relatorías sobre los siguientes temas: libertad de expresión, derechos de la mujer, derechos del niño, derechos de los pueblos indígenas, condiciones de los centros de detención en las Américas, desplazados internos, y derechos de los trabajadores migratorios y sus familias.

La Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión ha sido constituida por la CIDH como una unidad independiente, en el marco de la Secretaría Ejecutiva.<sup>8</sup> El énfasis especial que ha tenido dicha relatoría corresponde a la importancia del derecho a la libertad de pensamiento y expresión como garantía de todos los demás derechos humanos. Los informes anuales de la CIDH correspondientes a 1998 y 1999 contienen un volumen separado en el cual consta el informe del Relator Especial sobre Libertad de Expresión. Ambos informes exponen una serie de recomendaciones a los Estados miembros de la OEA referidos a la protección del derecho a la libertad de expresión.<sup>9</sup>

Las recomendaciones sobre distintos temas que suscitan la atención especial de la Comisión Interamericana, dentro de sus funciones de protección y promoción de los derechos humanos, se fundan generalmente en un estudio específico. Entre los ejemplos recientes, cabe mencionar el “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos de las mujeres en las Américas”, publicado como documento separado en 1998.<sup>10</sup> Asimismo, el Informe Anual 1999 de la CIDH dedica el capítulo VI a estudios especiales sobre los siguientes temas: medidas de acción afirmativa, recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados, y un informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio.

## **RECOMENDACIONES GENERALES**

El fundamento de las recomendaciones de carácter general surge del artículo 41.b de la Convención Americana, que otorga a la CIDH la siguiente función:

Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.

Durante muchos años, la Comisión Interamericana ha emitido recomendaciones sobre temas generales en una sección especial de su informe. El Capítulo VI del Informe Anual de 1994 las incorpora bajo el título “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Luego de una interrupción de esta práctica en 1995, los informes sobre las actividades de la Comisión Interamericana en 1996, 1997 y 1998 incluyen un capítulo que reúne las recomendaciones generales.<sup>11</sup>

La CIDH decidió en 1999 modificar la estructura de su Informe Anual: en lugar del habitual capítulo primero que expone las bases jurídicas y otra información de carácter general, en dicho informe se ofrece un análisis de la situación de los derechos humanos en el hemisferio. Este análisis enfoca los principales avances y retrocesos percibidos, que incluyen los siguientes:

El proceso de democratización de parte importante de los países de la región, basado en la celebración de elecciones libres en casi todos los Estados del Hemisferio, ha constituido un avance esencial en el cumplimiento con los propósitos de la Organización y con los presupuestos básicos de la protección de los derechos fundamentales de nuestros habitantes. Asimismo, la elección democrática de las autoridades, que ya se encuentra en muchos países en su tercer o cuarto ciclo consecutivo, ha facilitado auspiciosamente la tarea de supervisión hemisférica de la Comisión y de la Corte Interamericanas.

Sin embargo, el funcionamiento institucional de la mayoría de los Estados miembros aun padece de deficiencias que obstaculizan el imperio de la ley, afectando la vigencia de los derechos fundamentales de los habitantes, e impidiendo alcanzar la estabilidad necesaria para hacer posible un sostenido desarrollo social, económico y cultural. La Comisión nota con preocupación que durante 1999 han ocurrido varias crisis político-institucionales en diversos Estados que confirman la gravedad de los problemas que se enfrentan, así como las dificultades de los sistemas políticos en su intento de dar respuesta a las demandas de la sociedad. En este sentido, resulta evidente que debe trabajarse con seriedad y de manera urgente en la consolidación del imperio de la ley y el Estado de Derecho a la luz de los estándares de nuestro sistema regional, evitando retrocesos que afecten la legitimidad y la legalidad de las instituciones.

La Comisión debe señalar que, a pesar de la vigencia de la democracia, numerosos habitantes del Hemisferio continúan siendo víctimas de violaciones a derechos fundamentales como la vida, la libertad y la integridad personal. El 70% de los casos individuales pendientes ante la CIDH, así como un número significativo de las peticiones que continúa recibiendo, versan sobre la presunta violación del derecho a la vida. Los abusos de autoridad por parte de la policía, las fuerzas armadas, las deficiencias y flaquezas de los poderes judiciales los agentes del servicio penitenciario u otros servidores públicos persisten, así como en muchos casos continúa el incumplimiento de la obligación de prevenir o reparar con justicia las consecuencias de las violaciones cometidas.<sup>12</sup>

El análisis y conclusiones globales de la CIDH en su Informe Anual 1999 podrían describirse como una especie de diagnóstico de la situación de los derechos humanos en el hemisferio, que sirven de fundamento a las recomendaciones generales expuestas en el Capítulo I del mismo. El cambio estructural parece orientado a llamar la atención de los usuarios y estudiosos del sistema hacia la situación general dentro la cual se desarrollan los hechos, en especial los contenidos en informes sobre casos individuales.

## **CUMPLIMIENTO Y SEGUIMIENTO**

Para analizar el cumplimiento de las recomendaciones y al seguimiento de las mismas por parte del órgano que las ha emitido, es necesario distinguir entre aquellas que la CIDH formula en un informe sobre un caso individual, y las demás recomendaciones.

### **Informes sobre el fondo en casos individuales**

La discusión acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH en sus informes sobre casos individuales parte del origen mismo de las obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados miembros del hemisferio. En efecto, cuando un Estado ratifica la Convención Americana, asume de manera libre y soberana la obligación de respetar los derechos consagrados en ella, y de garantizar su ejercicio a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Se han constatado en años recientes varios avances en esta materia en decisiones adoptadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros,<sup>13</sup> así como un interés en la dimensión nacional de las obligaciones internacionales de derechos humanos.<sup>14</sup>

La Corte Interamericana sentó su posición en el marco de un caso sometido a su conocimiento por la CIDH:

La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, Párr. 67 y Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 93).

En virtud del principio de buena fe consagrado en el mismo artículo 31(1) de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio” (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). (énfasis agregado)

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.<sup>15</sup>

La Asamblea General de la OEA aprobó el 5 de julio de 2000 en Windsor, Canadá una resolución acerca del perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos. Dicha resolución insta a que los Estados miembros de la Organización

“Realicen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el principio de buena fe [y] otorguen el tratamiento que corresponda a los informes anuales de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos... a fin de hacer efectivo el deber de los Estados de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los instrumentos del sistema”.<sup>16</sup>

Aunque es cierto que siguen pendientes de cumplimiento pleno las recomendaciones de la Comisión Interamericana, también lo es que la resolución citada recoge el lenguaje de la Corte Interamericana y crea un escenario propicio para impulsar medidas al efecto señalado.

Una consecuencia de la facultad de formular recomendaciones a los Estados —sobre todo en un caso individual en el que se ha establecido la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos— es la de evaluar y supervisar su cumplimiento. En tal sentido, la Comisión Interamericana ha recurrido a distintos mecanismos en los últimos años para acceder a información acerca de las acciones tomadas por los Estados para el cumplimiento de las recomendaciones expuestas en sus

informes. Uno de ellos ha sido la solicitud de información actualizada al Estado en cuestión acerca de recomendaciones específicas. La Comisión Interamericana también ha recibido y procesado información de particulares, familiares de víctimas, y organizaciones no gubernamentales respecto a dicho tema. Asimismo, ha convocado a los representantes de los Estados y de las víctimas a audiencias en las cuales se ha analizado la adopción de medidas concretas para el cumplimiento de las recomendaciones formuladas en informes sobre casos individuales.

A partir de 1997 la Comisión Interamericana inició la práctica de incluir una fórmula en el párrafo final de los informes sobre el fondo de los casos individuales, en estos términos: “La Comisión, conforme a las disposiciones contenidas en los instrumentos que rigen su mandato, continuará evaluando las medidas adoptadas por el Estado [...] respecto a las recomendaciones mencionadas, hasta que éstas hayan sido cumplidas por dicho Estado”.<sup>17</sup>

### **Otras recomendaciones**

La CIDH ha dedicado un capítulo especial de sus informes anuales de los dos últimos años al seguimiento de las recomendaciones contenidas en los informes sobre la situación de los derechos humanos en Estados miembros de la OEA. El procedimiento consiste en solicitar información al Estado y a las organizaciones no gubernamentales y otras expresiones de la sociedad civil, respecto al cumplimiento de tales recomendaciones. En el capítulo V del Informe Anual de 1998, se evalúa el cumplimiento de las recomendaciones del “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador”, que había sido publicado en 1997. Más recientemente, el capítulo V del Informe Anual 1999 de la Comisión Interamericana comprende una evaluación análoga del “Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Brasil” (publicado en 1997), el “Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998)” y el “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia” (1999).

Las demás recomendaciones de carácter general y temático también son objeto de evaluación de la Comisión Interamericana. El seguimiento de tales recomendaciones es un mecanismo eficaz para cumplir con las funciones que establece el artículo 41 de la Convención Americana, sobre todo las de “estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América” y la de buscar que los Estados miembros “adopten medidas progresivas dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

La CIDH formuló varias recomendaciones de carácter general a los Estados miembros en 1998 y las incluyó en el Informe Anual correspondiente a dicho año. Una de ellas consiste en recomendar a los Estados miembros de la OEA que ratifiquen el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado por la Conferencia Diplomática de Roma el 17 de julio de 1998.<sup>18</sup> Desde que la recomendación fue formulada hasta la fecha en que se escribe este artículo, cuatro Estados del hemisferio han completado el proceso de ratificación y depósito del instrumento respectivo: Trinidad y Tobago (6 de abril de 1999), Belice (5 de abril de 2000), Venezuela (7 de junio de 2000) y Canadá (7 de julio de 2000). El total de ratificaciones del Estatuto de Roma hasta agosto de 2000 era de 14, y sigue el avance hacia la cifra de 60 que es la requerida para la entrada en vigor de dicho instrumento.<sup>19</sup>

Una vez establecida, la Corte Penal Internacional será un tribunal penal de carácter permanente con jurisdicción universal para procesar a personas acusadas de cometer los más graves crímenes contra el derecho internacional humanitario: el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Por ahora, estos delitos aberrantes permanecen con demasiada frecuencia en la impunidad debido a la aprobación de leyes nacionales que imponen la amnistía o el punto final para la investigación y sanción penal de los responsables. En otros casos, los criminales eluden la acción de la justicia fugándose de los países en los que saben que existe la posibilidad de que los alcance la justicia. En la medida en que la CPI contribuya a impartir justicia en los casos sometidos a su conocimiento brindará un aporte invaluable a la paz internacional fundada en el respeto de la persona humana.<sup>20</sup> Por todo ello, reviste especial interés el desarrollo de medidas de cumplimiento de la recomendación de la CIDH referida a la ratificación del citado instrumento internacional.

## **COMENTARIO FINAL**

Se han comentado aquí, brevemente, algunas de las formas en que la CIDH formula recomendaciones a los Estados miembros de la OEA. La voluntad de los Estados de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos es esencial en el proceso de aplicación de medidas de cumplimiento, con la cooperación de la Comisión Interamericana. En tal sentido, aunque hay muchas asignaturas pendientes, es alentadora la actitud positiva asumida por los Estados en la última Asamblea General de la OEA, en la que plantearon el fortalecimiento del sistema través

del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana y las decisiones y recomendaciones de la CIDH.

Las víctimas y familiares de quienes han sufrido violaciones de derechos humanos, gracias a la firmeza y convicción en su búsqueda por la justicia en los casos que los afectan, han contribuido a mejorar las condiciones para otros ciudadanos de sus comunidades, de sus países y del hemisferio. Asimismo, las distintas organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación han colaborado activamente a crear y desarrollar un marco de respeto a las garantías fundamentales de los habitantes de las Américas. Debe agregarse el aporte de numerosos —y a veces anónimos— funcionarios gubernamentales que cumplen sus tareas de manera digna y comprometida con el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Con la dinámica participación de todos los actores mencionados, las recomendaciones de la CIDH seguirán siendo un mecanismo efectivo para contribuir a la justicia, al establecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas de violaciones. Al mismo tiempo, seguirán estimulando la conciencia de los derechos humanos de los pueblos del hemisferio, en los términos de la Convención Americana.

**Notas:**

<sup>1</sup> La dirección de la página electrónica de la CIDH es [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org), en la que está disponible la información general sobre la Comisión Interamericana, así como los documentos básicos sobre derechos humanos del sistema interamericano y sus principales documentos e informes.

<sup>2</sup> Respecto a los Estados miembros de la OEA que no son partes en la Convención Americana, la CIDH sigue un procedimiento similar en el cual se analizan los alegatos sobre los derechos definidos en la Declaración Americana, que puede concluir igualmente en un informe sobre el fondo de la cuestión. Este procedimiento está previsto en el Capítulo III del Reglamento de la Comisión Interamericana (“De las peticiones referentes a Estados que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”). El artículo 54 del Reglamento permite la reconsideración del informe final de la CIDH, posibilidad no contemplada en el procedimiento bajo la Convención Americana.

<sup>3</sup> Ver CIDH, informes anuales correspondientes a 1997, 1998 y 1999, Capítulo III “El sistema de peticiones y casos individuales. Informes de fondo”.

<sup>4</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-13 del 16 de julio de 1993, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” solicitada por los Gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay.

<sup>5</sup> CIDH, página electrónica (<http://www.cidh.oas.org/Publicaciones.htm>).

<sup>6</sup> CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000. El informe se basa, fundamentalmente, en la información recibida durante la visita in loco que llevó adelante la CIDH en 1997 a Ottawa, Toronto y Montreal. En la introducción del informe, la CIDH aclara que en términos generales, el sistema de determinación de la condición de refugiado en Canadá “es sumamente generoso en la aceptación y el reasentamiento de refugiados y ejemplar en muchos aspectos importantes”. Sin perjuicio de ello, la Comisión Interamericana expone sus conclusiones, formula las correspondientes recomendaciones y expresa su disposición de cooperar con el Estado canadiense a efectos de llevarlas a la práctica.

<sup>7</sup> CIDH, Informe Anual 1999, Capítulo VI “Estudios especiales”, Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio, párrs. 22 a 27, págs. 1631 y 1632.

<sup>8</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 18/98, Washington, D.C., 13 de octubre de 1998, párrs. 6 a 12. Igualmente, respecto a la designación del Relator de Libertad de Expresión, ver CIDH, Comunicado de Prensa No. 17/98, Washington, D.C., 6 de octubre de 1998.

<sup>9</sup> En el Informe Anual más reciente, la Relatoría Especial recomienda que los Estados modifiquen sus legislaciones para proteger la libertad de expresión, que deroguen la figura del desacato, que garanticen el acceso a la información, que eliminen las normas que tienden a la censura previa, que se abstengan de regulaciones del internet que resulten contrarias a la Convención Americana, etc. CIDH, Informe Anual 1999, Volumen III, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III Consideraciones finales y recomendaciones.

<sup>10</sup> CIDH, <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mujeres98/Mujeres98.htm>. Ver igualmente, CIDH, Informe Anual 1994, Capítulo V “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

<sup>11</sup> CIDH, Informe Anual 1996, Capítulo VII “Recomendaciones a los Estados miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los derechos humanos, de conformidad con la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

<sup>12</sup> CIDH, Informe Anual 1999, Capítulo III “Introducción”, párrs. 2, 3 y 4.

<sup>13</sup> El catedrático venezolano y miembro de la CIDH (1996-1999) Carlos Ayala Corao destaca en tal sentido que “la obligatoriedad de las decisiones tanto de la Comisión Interamericana como de la Corte Interamericana ha venido siendo reconocida expresamente por las propias altas jurisdicciones latinoamericanas, particularmente en casos relativos a Argentina, Costa Rica y Colombia”. Carlos M. Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1998, pág. 84. Por ejemplo, en un caso concreto en el cual se discutía el derecho de apelar una sentencia condenatoria, la Corte Suprema de Justicia de Argentina aplicó el artículo 8.2.h de la Convención Americana y determinó que debía “aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado...ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, Sentencia del 7 de abril de 1995, Causa 32/93.

<sup>14</sup> Al respecto, el profesor argentino Julio Maier sostiene:

Desde el punto de vista del Derecho internacional, la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el Derecho interno es irrelevante. El Estado, al ratificar un convenio internacional, se compromete a garantizar el goce efectivo de los derechos reconocidos en ese convenio, de modo tal que resulta indistinto para el Derecho internacional si la obligación se cumple por aplicación directa de la Constitución local, del tratado o de otras disposiciones de rango inferior, que garantizan de igual manera el ejercicio de esos derechos...

Julio B.J. Maier, *Derecho procesal penal* (Tomo I - Fundamentos), Ediciones del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1996, 2a. edición. pág. 186.

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 80.

<sup>16</sup> Asamblea General, Resolución No. OEA/Ser.P/AG/RES 1701(XXX-O/00), Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento, 5 de junio de 2000, punto resolutivo 5, literales a y b.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, CIDH, Informe Anual 1997, Informe No. 48/97 - Caso 11.520 (Tomás Porfirio Rondín y otros, “Aguas Blancas”), México, párr. 136, pág. 711; Informe Anual 1998, Volumen I, Capítulo III, Informe No. 63/99 - Caso 11.427 (Victor Rosario Congo), Ecuador, párr. 111, pág. 516.

<sup>18</sup> CIDH, Informe Anual 1998, Volumen II, Capítulo VII “Recomendaciones a los Estados miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Recomendación No. 21 sobre jurisdicción universal y Corte Penal Internacional, pág. 1246.

<sup>19</sup> Una noticia alentadora en tal sentido ha sido la votación y aprobación del Estatuto de Roma por parte del Senado de Argentina, que lo ha pasado a la Cámara de Diputados. El Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores de Senado argentino afirmó que la aprobación del Estatuto de Roma es “uno de los pasos más trascendentes en la historia de la defensa de los derechos humanos... pese a que existen tratados y leyes que reprimen los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la falta de un organismo que haga efectivas las garantías para evitarlos trajo como consecuencia una extendida impunidad.” Diario “La Nación”, edición electrónica de 3 de agosto de 2000, [www.lanacion.com.ar/00/08/03/index.asp](http://www.lanacion.com.ar/00/08/03/index.asp).

<sup>20</sup> El Prof. Valencia-Villa, especialista colombiano en la materia y Secretario Ejecutivo Adjunto de la CIDH entre 1998 y 2000, concluye:

La nueva Corte Permanente es el resultado de más de cincuenta años de esfuerzos y trabajos de muchas personas y organizaciones comprometidas con el fin de la impunidad y con el castigo de los verdugos de sus pueblos, y entraña la promesa de la justicia, la justicia judicial, la única que los hombres tienen derecho a impartir, para los humillados y ofendidos que no han encontrado la protección de la ley bajo su bandera y la buscan ahora a la sombra de la humanidad, nuestra auténtica ciudadanía.

Hernando Valencia-Villa, *El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional*, ponencia presentada en el Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, celebrado en la Casa de América, Madrid, España, los días 22 y 23 de mayo de 2000.

## LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

**Brian Tittmore y Verónica Gómez \***

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha adoptado distintos enfoques con relación a la aplicación de las normas del derecho internacional al resolver casos individuales sobre abusos a los derechos humanos cometidos durante períodos de violencia política en distintos países del Continente Americano. En algunas instancias, este órgano se ha pronunciado sobre los casos sometidos a su jurisdicción exclusivamente sobre la base de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin hacer referencia a otras obligaciones vigentes para los Estados involucrados conforme al derecho internacional. En otros casos, sin embargo, la Comisión ha tomado en consideración normas de derecho internacional humanitario con el fin de determinar de manera más precisa la responsabilidad del Estado por la violación de derechos humanos en situaciones de conflicto armado, particularmente, con relación al derecho a la vida.

Al asumir este enfoque amplio en el examen de los reclamos sobre violaciones a los derechos humanos en situación de conflicto armado, se han planteado dos cuestiones: en primer término, si la Comisión tiene jurisdicción para interpretar y aplicar normas del derecho internacional humanitario; y, en segundo término, de ser así cómo ese régimen de derecho internacional debe integrarse al sistema normativo de los instrumentos interamericanos de derechos humanos en la determinación de la responsabilidad de los Estados.

El presente artículo tiene como propósito de hacer un recuento sobre el modo en el cual los órganos principales de derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos han resuelto, hasta el momento, estas cuestiones. El análisis incluye la reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las excepciones preliminares en el caso “Las Palmeras”, el cual brindó a la Corte una primera oportunidad para pronunciarse en un caso contencioso sobre el rol del derecho internacional humanitario en el sistema interamericano.

---

\* Las opiniones vertidas en el presente artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente la posición de la Comisión Interamericana (CIDH) ni de la Organización de los Estados Americanos.

Cabe resaltar como una observación preliminar, que la Convención Americana y el Reglamento de la Comisión sólo atribuyen jurisdicción a ésta última para determinar la responsabilidad de los Estados miembros por la violación de la Convención Americana y/u otros instrumentos aplicables<sup>1</sup>. Como consecuencia, la Comisión sólo puede considerar la responsabilidad de los Estados y no de otros actores no estatales, por violaciones cometidas en el curso de conflictos armados internos, a pesar del hecho que los grupos armados disidentes puedan también cometer abusos de comparable magnitud. Esto no significa, sin embargo, que la Comisión haya evitado adoptar acción alguna con relación a los abusos de origen no estatal. De hecho, frecuentemente condena acciones de este tipo por parte de grupos armados disidentes en sus análisis sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA<sup>2</sup> para lo cual retiene y analiza información y pruebas aportadas por peticionarios con el fin de comprender las dimensiones humanitarias del conflicto de que se trate en el contexto más amplio del mandato de la Comisión de evaluar la situación en ese Estado miembro en particular. Sin embargo, la Comisión puede hacer poco más que rechazar *in limine litis* peticiones sobre casos individuales presentadas contra dichos grupos ya sea por individuos o Estados. A este respecto, cabe señalar que se trata de una limitación jurisdiccional común a todos los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos que en términos prácticos, debe admitirse, debilita la tarea de protección efectiva de las víctimas de atrocidades en situaciones de conflicto armado.

## I. EL DERECHO A LA VIDA Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

El derecho internacional humanitario, también conocido como el derecho de los conflictos armados, se basa en las normas internacionales establecidas por los tratados y la costumbre específicamente dirigidos a resolver problemas humanitarios relacionados con el desarrollo de los conflictos armados internos e internacionales. Estas reglas limitan, por motivos humanitarios, el derecho de las partes en conflicto a utilizar cualquier método o medio de combate y a la vez protegen a las personas y la propiedad que resulten o puedan resultar afectadas por el conflicto<sup>3</sup>.

El derecho internacional humanitario se aplica a los conflictos de naturaleza interna o internacional. Los conflictos internacionales se producen toda vez que dos o más Estados recurren a la fuerza en sus relaciones mutuas<sup>4</sup>. Los conflictos armados internos, en los términos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, se caracterizan por la violencia prolongada entre autoridades de gobierno y grupos

armados organizados o entre dichos grupos, dentro de un Estado<sup>5</sup>. Los conflictos a los que se refiere el artículo 3 común por lo general involucran luchas armadas entre las Fuerzas Armadas del Estado y los grupos armados de insurgentes organizados. También incluyen situaciones en las cuales dos o más facciones armadas se confrontan entre sí sin la intervención de fuerzas del gobierno donde, por ejemplo, éste último ha sido disuelto o es demasiado débil como para intervenir. El derecho internacional humanitario se aplica desde el comienzo de estos conflictos y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta llegar a la conclusión de la paz o, en el caso de los conflictos armados internos, a que se logre un acuerdo de pacificación. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario continúa aplicándose en la totalidad del territorio de los Estados en conflicto o en el caso de los conflictos internos, en la totalidad del territorio bajo el control de una de las partes ya sea o no que se verifiquen situaciones de combate<sup>6</sup>.

Las reglas fundamentales que gobiernan los conflictos armados internos se encuentran previstas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 que establece:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto<sup>7</sup>.

La Corte Internacional del Justicia ha confirmado que las disposiciones del artículo 3 común reflejan “consideraciones elementales de humanidad” aplicables bajo el derecho consuetudinario a cualquier conflicto armado ya sea de carácter interno o internacional<sup>8</sup>. Según surge de la lectura del artículo 3 común, el propósito fundamental del derecho internacional humanitario es el de establecer restricciones a la conducción de las hostilidades con el fin de disminuir sus efectos. Esto incluye, en particular, la prescripción de ciertas reglas mínimas para la protección de personas que no han tomado parte o ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Los beneficiarios de la protección obligatoria del artículo 3 común incluyen a los miembros tanto del Estado como de las fuerzas disidentes que se hayan rendido, hayan sido capturados o se encuentren fuera de combate (*hors de combat*). Los civiles se encuentran asimismo individualmente protegidos por las salvaguardias del artículo 3 común cuando son capturados o de algún otro modo se encuentran sujetos al control de una de las partes, aun en el caso de que previamente hayan participado activamente en las hostilidades.

Durante las situaciones de conflicto armado interno los derechos humanos y el derecho humanitario convergen y se refuerzan mutuamente<sup>9</sup>. Dados los numerosos reclamos recibidos por la Comisión como consecuencia de los abusos cometidos durante este tipo de conflictos, éstos últimos han mayormente provisto el contexto en el cual la CIDH ha analizado esta convergencia normativa, en lo que respecta al derecho a la vida<sup>10</sup>. El artículo 4(1) de la Convención Americana prevé el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida<sup>11</sup>. Además de las disposiciones específicas contenidas en los artículos 4(2) a 4(6), que establecen limitaciones sobre la imposición de la pena de muerte, el derecho a la vida ha sido consagrado en el artículo 4 de manera general por lo cual no enumera, por ejemplo, las circunstancias particulares en las cuales puede o no verificarse una privación “arbitraria” de la vida.

El derecho internacional humanitario, por su lado, prescribe reglas específicas que gobiernan cuándo y de qué modo personas y bienes pueden ser blancos legítimos de ataque. En particular, el derecho de los conflictos armados que gobierna tanto los conflictos internos como internacionales, obliga a las partes contendientes a abstenerse de atacar en forma directa a la población civil y a los civiles individualmente, así como a distinguir a los civiles y combatientes de otros blancos militares legítimos<sup>12</sup>. También obliga a las partes a evitar o minimizar la pérdida de vidas civiles o daño incidental o colateral a la propiedad por ataques a objetivos militares. De manera concordante, los objetivos militares legítimos, incluyendo a los individuos que toman parte activa en las hostilidades, pueden ser considerados como blancos sin que se verifique violación alguna de las normas internacionales del derecho humanitario.

Como consecuencia, el derecho internacional humanitario puede ser considerado como una fuente de normas de mayor especificidad -vale decir una *lex specialis*<sup>13</sup>- que rige las circunstancias en las cuales los individuos pueden o no ser privados de su vida en el contexto de los conflictos armados.

Al reconocer esta convergencia entre los dos regímenes de derecho internacional en el contexto de los conflictos armados, la Comisión Interamericana ha consultado y aplicado los estándares de definición y las normas relevantes del derecho humanitario como guía y fuente de autoridad en la resolución de reclamos referidos a la violación de la Convención Americana en situaciones de combate, incluyendo, en particular, alegadas violaciones al derecho a la vida. La Comisión ha señalado a este respecto que

[su] competencia [...] para resolver denuncias sobre violaciones al derecho no suspendible a la vida que surjan de un conflicto armado, podría encontrarse limitada si se fundara únicamente en el Artículo 4 de la Convención Americana. Esto obedece a que la Convención Americana no contiene disposiciones que definan o distingan a los civiles de los combatientes, y otros objetivos militares ni, mucho menos, que especifiquen cuándo un civil puede ser objeto de ataque legítimo o cuándo las bajas civiles son una consecuencia legítima de operaciones militares.<sup>14</sup>

La Comisión ha reconocido asociaciones similares entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario con relación a la detención de civiles<sup>15</sup>.

También existen áreas en las cuales los regímenes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario prescriben normas de contenido y especificidad aparentemente equivalente. Por ejemplo, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>16</sup> y el artículo 5 de la Convención Americana<sup>17</sup> prohíben de manera similar el “trato cruel” y la “tortura” en toda circunstancia. En este caso, la interrelación entre los dos regímenes de derecho parece tener un rol menos significativo debido a que la invocación de derecho internacional humanitario, a pesar de reforzar la naturaleza seria y fundamental de dichas violaciones, no aumenta capacidad de la Comisión para aplicar de manera efectiva la Convención Americana con relación a abusos de esta naturaleza cometidos en el contexto de un conflicto armado.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CASOS INDIVIDUALES ANTE LA CIDH

Uno de los primeros casos en los cuales la Comisión consideró y aplicó el derecho internacional humanitario involucró un ataque contra la ciudad de Caracoles en la República de Bolivia, por parte de contingentes del Ejército de ese país, en 1980<sup>18</sup>. Los peticionarios alegaron que el 4 de agosto de 1980, tras una huelga de varias semanas de duración por parte de los mineros de la comunidad, el Ejército lanzó un ataque con infantería, morteros y tanques con el fin de ocupar la ciudad. Los mineros respondieron el ataque con resistencia armada. Durante el curso de las hostilidades, el Ejército cometió abusos contra los prisioneros y otras personas que ya no se encontraban oponiendo resistencia al ataque, incluyendo ejecuciones, violaciones de mujeres y niñas, golpizas a los niños, pillaje de hogares y destrucción de ganado. A pesar de que el Estado se abstuvo de participar en el procedimiento, la Comisión contó con la prueba necesaria para concluir que los “excesos y abusos” cometidos por el Ejército constituían violaciones a los estándares de los tratados vigentes, en particular “el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internos”, y resolvió, *inter alia*,

Observar al Gobierno de Bolivia que tales hechos configuran graves violaciones al derecho a la vida (artículo 4); el derecho a la integridad personal (artículo 5); y al derecho a la libertad personal (artículo 7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 3 de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de la guerra, ratificada por el Gobierno Boliviano<sup>19</sup>.

El estudio de la jurisprudencia indica que en años posteriores a su Informe en el caso *Caracoles*, la Comisión continuó recibiendo quejas derivadas de las consecuencias de la violencia política en algunos de los Estados miembros de la OEA pero que resolvió dichos casos en ausencia de la consideración de normas de derecho internacional humanitario, potencialmente aplicables. Aunque los motivos de esta discrepancia en el enfoque de la Comisión no son del todo claros, pueden ser en parte atribuibles a la infame metodología utilizada por ciertos Estados para combatir a los grupos armados disidentes durante este período. La desaparición forzada, por ejemplo -que abundó en el Cono Sur y fue también empleada en El Salvador, Guatemala, Perú, Honduras y en la Colombia de los años 80'- a pesar de ser utilizada como medio para "combatir" disidentes, por su naturaleza, no necesariamente sugiere la aplicación potencial de reglas del derecho internacional humanitario. Más aun, la falta de cooperación de los Estados con la Comisión durante este período puede también haber contribuido a la no utilización del derecho internacional humanitario debido la ausencia de alegaciones que pudieran haberse basado en esta rama del derecho internacional con el fin de justificar la conducta de los Estados involucrados. Durante varios años, particularmente durante los setenta y principios de los ochenta, la falta de cooperación de los Estados -en el sentido no sólo del silencio de los gobiernos acusados<sup>20</sup> sino también de la omisión en la presentación de información relevante sobre los casos en cuestión-<sup>21</sup> prevaleció como una reacción instintiva hacia la Comisión por parte de regímenes no democráticos o inestables que hasta la fecha no habían sido investigados por un órgano cuasi-judicial internacional<sup>22</sup>.

En cualquier caso, años más tarde la Comisión tuvo la oportunidad de considerar la aplicación del derecho internacional humanitario bajo la Convención Americana en el caso *Abella y otros*<sup>23</sup>, referido a los eventos que tuvieron lugar el 23 y 25 de enero de 1989 en el cuartel del Regimiento de Infantería No. 3 conocido como "La Tablada" en la provincia de Buenos Aires, Argentina, y las consecuencias que siguieron a dichos eventos. El 23 de enero de 1989, 42 personas armadas lanzaron un ataque al mencionado cuartel, el cual precipitó un combate de aproximadamente 30 horas de duración entre los atacantes y personal militar, que resultó en la muerte de 29 de los atacantes y varios agentes del Estado. El cuartel albergaba un arsenal del cual se nutrieron los atacantes tras haber ingresado al lugar con el fin de defender sus posiciones. En su petición ante la Comisión, los peticionarios alegaron, *inter alia*, que el Estado se había excedido en el uso de la fuerza al recapturar el cuartel y, que por lo tanto, la muerte de los atacantes constituía una violación de la Convención Americana. El Estado defendió su conducta en parte alegando que los atacantes intentaban llevar acabo una insurrección armada los cual necesariamente requería la intervención de las Fuerzas Armadas con el fin de restaurar el orden.

En este contexto, la Comisión concluyó que los hechos del caso Abella sugerían la existencia de un conflicto armado no internacional y que, a pesar de su corta duración, la conducta de las partes durante las hostilidades debía regirse por las reglas sobre conflictos armados internos.<sup>24</sup> En esa oportunidad, la Comisión expresó los motivos por los cuales había considerado como justificada la aplicación de las reglas del derecho internacional humanitario ya sea en forma directa o para informar su interpretación de las disposiciones de la Convención a la luz de dichas normas<sup>25</sup>. Entre otros argumentos, la Comisión consideró que en situaciones en las cuales la Convención Americana y los instrumentos de derecho internacional humanitario se aplican en forma concurrente, el artículo 29(b) de la Convención Americana “requiere tomar debida nota de ello y, cuando resulte apropiado, otorgar efecto legal a las normas aplicables del derecho humanitario”<sup>26</sup>. El artículo 29(b) establece que ninguna disposición de la Convención Americana debe ser interpretada de modo de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. La Comisión explicó que:

El objeto de este artículo es el de evitar que los Estados partes utilicen la Convención Americana como fundamento legal para limitar derechos más favorables o menos restrictivos, que de otra manera corresponderían a un individuo bajo la legislación nacional o internacional. Por lo tanto, cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de Derecho humanitario, la Comisión está obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado con el estándar más elevado que resulte aplicable a los derechos o libertades en cuestión. Si dicho estándar se encuentra en una norma de derecho humanitario, la Comisión debe aplicarla<sup>27</sup>.

En opinión de la Comisión, la cercana interrelación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario justificaba también su autoridad bajo el artículo 29 (b) para aplicar el derecho humanitario cuando resultara relevante<sup>28</sup>.

A este respecto, en materia de interpretación de tratados, pueden imaginarse circunstancias en las cuales las reglas del derecho internacional humanitario bien podrían prever estándares más altos para la protección de los derechos individuales que aquéllos previstos en la Convención Americana. Las disposiciones del Tercer Convenio de Ginebra, por ejemplo, prevén un sofisticado régimen legal para la detención de prisioneros de guerra que, podría decirse, supera los estándares sugeridos

por el artículo 5 de la Convención Americana<sup>29</sup>. En otras circunstancias, sin embargo, la pertinencia de la aplicación del derecho internacional humanitario parece estar ligada no a consideración de estándares más o menos protectores sino al empleo de la *lex specialis* prevista por el derecho humanitario, en el marco de la *lex generalis* de la Convención Americana. Justamente la interrelación entre el artículo 4 de la Convención y las reglas del derecho humanitario que definen los objetivos de ataque legítimos e ilegítimos parece caer dentro de esta última categoría ya que el derecho internacional humanitario no necesariamente contempla un estándar más favorable *vis á vis* el derecho a la vida previsto en el artículo 4 de la Convención Americana, sino que más bien establece reglas de mayor especificidad con relación a la protección de la vida durante los conflictos armados.

En lo que respecta a la responsabilidad de la República Argentina por los eventos de La Tablada, la Comisión concluyó que debido a la insuficiencia de pruebas que indicaran que los agentes del Estado involucrados habían utilizado métodos y medios de combate no permitidos, la muerte o las heridas infligidas a los atacantes, perpetradas con anterioridad al cese del combate el 24 de enero de 1989, se habían producido como consecuencia legítima del combate y, por lo tanto, no constituían violaciones a la Convención Americana o a normas aplicables del derecho humanitario. Enfatizó, sin embargo, que las personas que habían participado en el ataque del cuartel habían sido blancos legítimos de ataque solamente durante el tiempo en que tomaron parte activa en el combate. Consideró que los atacantes que se rindieron, fueron capturados o heridos y cesaron sus actos hostiles, se encontraban bajo el control efectivo de agentes del Estado quienes ya no estaban habilitados para atacarlos o someterlos a otros actos de violencia. Estas personas tenían derecho a la protección de las garantías no derogables y al trato humano previstos en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el artículo 5 de la Convención Americana<sup>30</sup>.

Ese mismo año, y en contraste con la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario en el contexto de un incidente aislado de combate, como fuera el caso en *Abella y otros*, la Comisión recurrió al artículo 3 común con el fin de determinar violaciones al derecho a la vida en el contexto del conflicto armado interno que se desarrolla en Colombia<sup>31</sup>.

En el caso *Arturo Ribón Avila*<sup>32</sup> la Comisión se abocó al análisis de las circunstancias de una confrontación armada ocurrida el 30 de septiembre de 1985 entre agentes del Estado -Ejército, Policía y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)- y miembros de entonces grupo armado disidente M-19. En esa ocasión, un comando del M-19 capturó un camión repartidor de leche en el barrio San Martín de Loba en el sur

de Santafé de Bogotá. Mientras los miembros del M-19 distribuían leche a los pobladores, el área fue acordonada en una operación conjunta con la participación de no menos de 500 agentes del Estado. Tras ser dispersados por miembros de las fuerzas de seguridad, los miembros del M-19 escaparon en tres direcciones distintas lo cual originó episodios armados en tres vecindarios. Como resultado de estos sucesos, once personas -algunas de ellas sin conexión alguna con el incidente- fueron ejecutadas extrajudicialmente mientras se encontraban en estado de indefensión.

En su análisis del caso, la Comisión reconoció el derecho del Estado a defenderse y tomar acción militar contra grupos armados disidentes tales como el M-19. A este respecto, consideró a los miembros del M-19 que capturaron el camión repartidor de leche como combatientes armados y -como tales- blancos militares legítimos, sujetos a ataques individualizados hasta el momento de su rendimiento, arresto o hasta que cayeran heridos<sup>33</sup>. Sin embargo, la Comisión consideró que

Una vez que los miembros del M-19 estuvieron fuera de combate y en manos de las autoridades colombianas, el Estado de Colombia no tenía el derecho de atacarlos o matarlos. Estos combatientes heridos o en estado de indefensión, así como cualquier civil herido, tenían el derecho absoluto a las garantías a un trato humano, establecidas en las garantías no-suspendibles del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y de la Convención Americana<sup>34</sup>.

La Comisión concluyó que la prueba producida respaldaba las alegaciones de los peticionarios en el sentido de que las once víctimas habían sido ejecutadas extrajudicialmente por agentes del Estado en violación del artículo 3 común de los Convenios del Ginebra así como de las normas de la Convención Americana.

La Comisión no sólo ha utilizado el derecho internacional humanitario para decidir casos que involucran el tratamiento de grupos armados disidentes en el conflicto armado en Colombia. También se ha referido al deber del Estado bajo el derecho internacional humanitario de respetar y proteger a la población civil. En el caso *Alexis Fuentes Guerrero y otros*<sup>35</sup> la Comisión determinó que el 3 de enero de 1994 un batallón del Ejército llevó a cabo una operación contrainsurgente en el caserío de Puerto Lleras, departamento de Arauca, durante el curso del cual civiles desarmados fueron víctimas de disparos indiscriminados con armas de fuego, con un resultado de ocho víctimas. Tras la masacre, los cuerpos de las víctimas, quienes habían sido acusadas públicamente de simpatizar con grupos armados disidentes, fueron vestidos con ropas de combate para crear la apariencia de que habían perecido en una batalla. Miembros del Ejército forzaron a los sobrevivientes a tenderse sobre el piso a la orilla

de un río cercano mientras sus hogares eran saqueados. Al día siguiente, las tropas utilizaron a los sobrevivientes como escudos humanos en caso de que se produjera una атака por parte de grupos armados disidentes.

En vista de contexto del caso, la Comisión examinó los hechos a la luz de las normas del derecho internacional humanitario que prohíben el lanzamiento de ataques contra la población civil. La Comisión basó su evaluación del caso en estándares tanto consagrados en el derecho consuetudinario como en los tratados sobre la protección de la población y los bienes civiles en conflictos armados sea cual fuere su naturaleza. La Comisión tomó en consideración las Resoluciones de la ONU 2444 y 2675 que prohíben el lanzamiento de ataques contra la población civil y requieren que las partes en un conflicto armado distingan, en toda circunstancia, entre miembros de la población civil y personas que participan en forma activa de las hostilidades con el fin de dirigir sus ataques sólo en contra de estos últimos y, por inferencia, otros objetivos militares legítimos<sup>36</sup>. La Comisión también se refirió al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 que, según ya se ha señalado, expresamente prohíbe, bajo toda circunstancia, la “violencia contra la vida y la persona” de quienes “no toman parte activa en las hostilidades” o quienes han cesado de participar activamente en las hostilidades, además del artículo 13 del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>37</sup>. La Comisión señaló que las expresiones de simpatía por la causa de una de las partes en el conflicto no pueden ser consideradas como equivalentes a la ejecución de actos de violencia que constituyan un riesgo inmediato y real al adversario. Por lo tanto, aun si los señalamientos relacionados con la presunta simpatía de los residentes de Puerto Lleras por los grupos armados disidentes hubiesen tenido asidero, los agentes del Estado involucrados en la masacre no se encontraban habilitados para considerar a estos civiles como blancos legítimos<sup>38</sup>.

La Comisión concluyó que no existían elementos que indicaran que la muerte de las víctimas hubiese ocurrido en circunstancias que podrían haber justificado el accionar de los miembros del Ejército involucrados. Por lo tanto declaró al Estado responsable, *inter alia*, por la violación del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana, así como el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra<sup>39</sup>.

En 1999, la Comisión consideró las normas del derecho internacional humanitario en la resolución de otro caso concerniente a la protección de civiles, esta vez con relación a la ampliamente difundida ejecución sumaria de seis sacerdotes Jesuitas, la cocinera de la residencia y su hija de 15 años, en El Salvador<sup>40</sup>. La trágica ejecución tuvo lugar durante los estadios finales del conflicto armado que afectó a El Salvador entre 1980 y 1992. Durante aquéllos años, esa orden religiosa de la Iglesia Católica se encontraba

al frente de quienes reclamaban una solución pacífica del conflicto. Esta actitud los hizo objeto de numerosos ataques por parte de miembros del Gobierno y de las Fuerzas Armadas que culminaron en la ejecución extrajudicial de las víctimas.

En la mañana del 16 de noviembre de 1999, miembros del batallón contrainsurgente del Comando Unidad del Atlacatl despertaron a los sacerdotes y les ordenaron salir de sus dormitorios en la residencia jesuita de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA). Acto seguido, hicieron yacer boca abajo en el piso a los cinco sacerdotes que salieron al patio de la residencia -el Padre Ellacuría, el Padre Martín-Baró, el Padre Montes, y los Padres López Quintana y Ramón Moreno- tras lo cual fueron ejecutados con disparos de arma de fuego. El Padre López y López fue ejecutado en su cuarto. La señora Julia Elba Ramos, quien se desempañaba como cocinera de la residencia y su hija de 15 años, Celina Mariceth Ramos, también fueron ejecutadas. Subsecuentemente, miembros del Ejército simularon una confrontación frente a la residencia de los sacerdotes en un esfuerzo por culpar de estos hechos al FMLN, tras lo cual un soldado escribió un cartel con la leyenda: “Hemos ejecutado a los sucios informantes. Victoria o muerte. FLMN” el cual fue colgado en la puerta de la UCA.

En su Informe, la Comisión señaló que durante la etapa final del conflicto, agentes del Estado se habían ocupado de identificar públicamente a los sacerdotes Jesuitas con la subversión<sup>41</sup> y los habían hecho víctimas de un ataque a pesar de no ser blancos militares legítimos sino parte de la población civil<sup>42</sup>. A este respecto, la Comisión señaló, como lo había hecho en el caso *Alexis Fuentes Guerrero*, que la mera simpatía por la causa de una de las partes no resulta equivalente ni puede ser equiparada a la participación en actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata y real contra el adversario. Por lo tanto, aun en el caso de que las afirmaciones sobre la alegada simpatía de las víctimas por los disidentes armados hubiesen tenido asidero, los miembros del Ejército no tenían derecho a tratar a las víctimas en el presente caso como objetivos militares legítimos<sup>43</sup>.

En base a estas consideraciones, la Comisión concluyó que el Estado había violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. Resulta interesante señalar que la Comisión también concluyó que el Estado había violado “los principios reconocidos” en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, en vez de la violación del artículo 3 común *per se*, según lo había hecho en decisiones anteriores.

### III. LA DEFINICIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA PARA APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONFORME A LA DECISIÓN DE LA CORTE EN EL CASO “LAS PALMERAS”

En la *Opinión Consultiva OC-1/81* de 1981, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respaldó la práctica de la Comisión de aplicar otras fuentes de derecho internacional aparte de la Convención Americana. En dicha oportunidad, la Corte señaló que

en sus informes y resoluciones la Comisión ha invocado correctamente “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral, o de que se hayan adoptado o no dentro del marco de o bajo los auspicios del sistema interamericano.

Entre dichos informes la Corte citó la *Resolución 30/82* sobre el caso *Caracoles*, analizado *supra*, donde la Comisión declaró a Bolivia responsable por la violación de los artículos 4 de la Convención Americana y 3 común de los Convenios de Ginebra. En su decisión del 4 de febrero de 2000 sobre las excepciones preliminares en el caso *Las Palmeras*, sin embargo, la Corte concluyó que carecía de jurisdicción para establecer la violación de esa misma norma del derecho humanitario en un caso relativo al derecho a la vida en el contexto de un conflicto armado. En su opinión, la Convención

[...] sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la Convención y no con las Convenciones de Ginebra de 1949.<sup>44</sup>

A pesar de la objeción del Juez Jackman, reflejada en su inteligente Opinión Parcialmente Disidente analizada *infra*, la Corte también concluyó que la Comisión carecía de jurisdicción para establecer tales violaciones. La Corte indicó, sin embargo, que cualquier norma, incluyendo aquellas consagradas en los instrumentos internacionales aplicados por los Estados en tiempos de guerra, podía ser analizada con el propósito de determinar su compatibilidad con la Convención Americana<sup>45</sup>.

Esta Sentencia resolvió la objeción a la jurisdicción de la Corte interpuesta por la República de Colombia con relación a la demanda presentada por la Comisión ante el Tribunal el 6 de julio de 1998<sup>46</sup> con motivo de la ejecución extrajudicial de seis civiles por parte de miembros de la Policía Nacional en la escuela del pueblo conocido como

“Las Palmeras” en el departamento de Putumayo. En su demanda, la Comisión solicitó a la Corte que declarara al Estado en violación del derecho a la vida conforme al artículo 4 de la Convención y del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>47</sup>.

En respuesta, y entre otras objeciones a la jurisdicción de la Corte que fueron desestimadas en su momento, el Estado cuestionó la competencia de ambos órganos para establecer responsabilidad sobre la base del incumplimiento del artículo 3 común. Colombia sostuvo que no había prestado su consentimiento a la aplicación de los Convenios de Ginebra por parte de la Comisión y la Corte. A su juicio, las normas de la Convención que establecen la competencia de los órganos del sistema para examinar casos no prevén una base legal para la determinación de la responsabilidad del Estado a la luz de otros tratados<sup>48</sup>.

Sin embargo, cabe aclarar a esta altura que aunque la interpretación textual de los artículos 33, 44, 48, 62 y 63<sup>49</sup> de la Convención Americana formulada por el Estado es *prima facie* correcta, resulta inexacta a la luz del desarrollo del sistema legal interamericano. El cumplimiento con las obligaciones de carácter sustantivo previstas en la Convención Interamericana para la Prevenir y Sancionar la Tortura así como en la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas se encuentra sujeta al mecanismo de aplicación previsto en los artículos 48 a 50 de la Convención Americana. Es justo asumir que los Estados miembros de la OEA que adoptaron estos tratados tuvieron la intención de facultar a la Comisión y la Corte para establecer responsabilidad estatal en base a éstos, toda vez que lograran verificar su violación. En su Sentencia, la Corte reconoció sucintamente esta extensión de jurisdicción *ratione materiae* como una excepción a la regla que indicaría que el examen del cumplimiento con las obligaciones de los Estados en el contexto de casos individuales debe limitarse a los derechos protegidos en la Convención Americana<sup>50</sup>.

En cualquier caso, los Convenios de Ginebra -a diferencia de estos tratados interamericanos- no incluyen normas de atribución de competencia. El único órgano creado por estos instrumentos de derecho humanitario es el Comité Internacional de Encuestas previsto en el artículo 90 del Primer Protocolo a los Convenios de Ginebra, el cual posee un mandato inquisitivo pero de ningún modo judicial.

En la audiencia sobre excepciones preliminares, la Comisión sostuvo que la regla de derecho humanitario invocada en el examen del caso y en los argumentos sobre el fondo presentados ante la Corte -codificada en el artículo 3 común- era obligatoria para el Estado no sólo en virtud de los Convenios de Ginebra de las cuales es parte, sino

como una norma de derecho internacional consuetudinario que ha alcanzado el *status* de norma *jus cogens*. A su juicio, los órganos del sistema no deberían inhibirse ya sea de aplicar en forma directa o de informar la interpretación de la Convención a la luz de esta fuente del derecho internacional. La Comisión alegó que las normas *jus cogens* así como otras fuentes del derecho internacional, son parte del contexto normativo del derecho internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, la interpretación y aplicación de un tratado de derechos humanos con contenido sustantivo y jurisdiccional puede requerir su consideración. Sostuvo que los deberes impuestos por el artículo 3 común pertenecen a la categoría de obligaciones *erga omnes* que los Estados tienen en relación a la comunidad internacional en su conjunto. En su opinión, la Corte no debía inhibirse de pronunciarse con relación al cumplimiento con las normas imperativas del derecho internacional en tanto y en cuanto tal pronunciamiento estuviese ligado a la aplicación efectiva de los derechos no derogables consagrados en la Convención Americana<sup>51</sup>.

A pesar de que en su Voto Razonado el Presidente de la Corte<sup>52</sup> resaltó la importancia de promover la aplicación efectiva de las obligaciones *erga omnes* en el área de los derechos humanos a través de la jurisprudencia, la Corte omitió referirse a esta cuestión en su Sentencia. Según ya se señalara, el Tribunal, basado sólo en las normas de la Convención Americana, decidió que tanto la Comisión como la Corte carecen de jurisdicción para establecer violaciones al derecho humanitario en casos relativos al derecho a la vida en el contexto de un conflicto armado. En su Opinión Parcialmente Disidente, sin embargo, el Juez Jackman distinguió la validez de la objeción planteada por el Estado en relación a la jurisdicción de la Comisión para aplicar normas del derecho humanitario, de aquella planteada con relación a la jurisdicción de la Corte. A su juicio, una vez remitido a la jurisdicción contenciosa de la Corte, el caso ya no se encuentra bajo la esfera de competencia de la Comisión y, por lo tanto, el propósito de la excepción preliminar planteada por el Estado con relación a la jurisdicción *ratione materiae* de la Comisión “era en el mejor de los casos abstracta y en el peor impertinente e irrelevante.”

#### IV. CONCLUSIONES

La revisión del tratamiento del derecho internacional humanitario en el sistema interamericano de derechos humanos hasta el presente sugiere las conclusiones que se reseñan brevemente a continuación. Evidentemente, la sentencia sobre excepciones preliminares de la Corte Interamericana en el caso *Las Palmeras* parece haber resuelto en forma negativa la cuestión de si los órganos del sistema se encuentran habilitados para determinar la responsabilidad del Estado por la violación de los tratados sobre

derecho internacional humanitario, incluyendo el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949.

Los fundamentos de la sentencia, sin embargo, no parecen impedir la utilización de las normas y principios del derecho humanitario por la Comisión y la Corte para mejor informar su interpretación de las disposiciones relevantes de los instrumentos de derechos humanos vigentes en el sistema interamericano, con relación a reclamos surgidos en el contexto de situaciones de conflicto armado. Más aun, los Estado parecen no haberse opuesto a la práctica de la Comisión a este respecto<sup>53</sup>. De hecho, resulta sorprendente que no hayan sido los Estados mismos quienes hayan pujado de manera agresiva en favor de la invocación del derecho humanitario por la Comisión y la Corte, dado que las reglas de esta rama del derecho internacional están diseñadas para justificar conductas estatales características de las situaciones de conflicto armado que, de otro modo, podrían resultar condenadas en virtud de la aplicación insular del artículo 4 de la Convención Americana.

**Notas:**

<sup>1</sup> El artículo 44 de la Convención Americana dispone que “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. El artículo 31 del Reglamento de la Comisión dispone que “La Comisión solamente tomará en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de derechos humanos definidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con un Estado parte, cuando llenen los requisitos establecidos en la misma, en el Estatuto y en este Reglamento.” Con relación a los Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención Americana, el artículo 51 del Reglamento de la Comisión establece que “La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en relación a los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

<sup>2</sup> Ver por ejemplo el Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999), Capítulo IV, párrafos 84 a 149. La Comisión también emite comunicados de prensa condenatorios de actos particularmente objetables cometidos por grupos armados disidentes tales como secuestros de personas y aeronaves o ejecuciones de civiles, entre otros.

<sup>3</sup> I.C.R.C., Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987), p. xxxvii.

<sup>4</sup> Ver Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña [Geneva I], 75 U.N.T.S. 31 (12 de agosto de 1949) (“Primer Convenio de Ginebra”); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar [Geneva II], 75 U.N.T.S. 85 (12 agosto de 1949) (“Segundo Convenio de Ginebra”); Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra [Geneva III], 75 U.N.T.S. 135 (12 de agosto de 1949) (“Tercer Convenio de Ginebra”); Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra [Geneva IV], 75 U.N.T.S. 287 (12 agosto de 1949) (“Cuarto Convenio de Ginebra”), artículo 2 común (establece que los Convenios “se aplicarán en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”).

<sup>5</sup> The Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-I-AR72 (2 de octubre de 1995) (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia) (“Tadic Appeal Jurisdiction Decision”), párrafo 70.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Primer Convenio de Ginebra, Segundo Convenio de Ginebra, Tercer Convenio de Ginebra, Cuarto Convenio de Ginebra, *supra*, artículo 3.

<sup>8</sup> Case Concerning Military and Paramilitary Operations in and against Nicaragua (Nicar. V. U.S.) (Merits), 1986 I.C.J. Rep. 14, párrafo <sup>218</sup>.

<sup>9</sup> Los autores de uno de los comentarios a los dos Protocolos Adicionales de 1977 a las Convención de Ginebra de 1949 expresan con relación a este punto: "Aunque es cierto que cada instrumento legal especifica su propio campo de aplicación, es innegable que las reglas generales contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se aplican a los conflictos armados no internacionales así como las reglas más específicas del derecho humanitario. M. Bothe, K. Partsch & W. Solf, *New Rules For Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional To The Geneva Conventions Of 1949*, (1982), pág. 619.

<sup>10</sup> La excepción es el Informe N° 109/99, Informe Anual de la CIDH 1999, que se refiere a la detención de un número de individuos durante la acción militar llevada a cabo por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en Grenada el 1° de octubre de 1983 y a la potencial invocación de normas del derecho internacional humanitario que rigen la detención en el contexto de conflictos armados internacionales u ocupaciones beligerantes.

<sup>11</sup> El artículo 4 de la Convención Americana dispone: 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. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

<sup>12</sup> Ver Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y con relación a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados No Internacionales, U.N. Doc. A/32/144, Anexos I, II (1977) ("Protocolo II"), artículo 13 (dispone que: 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes. 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. 3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación). Ver también Resolución de la Asamblea General 2444, U.N. GAOR, 23rd Sess., 1748 mtg., at 7, 12, U.N. Doc. A/PV.1748 (1968) (la cual afirma "the following principles for observance by all governmental and other authorities responsible for action in armed conflict: (a) That the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited; (b) That it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such; (c) That distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible."; Resolución de la Asamblea General 2675, U.N. GAOR, 1922 mtg., at 12, U.N. Doc. A/PV.1922 (1970); Tadic Appeal Jurisdiction Decision, supra, párrafos 110-112 (en la cual se establece que los principios contenidos en las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU 2444 y 2675 recogen los principios de derecho consuetudinario internacional sobre la protección de personas y bienes civiles en conflictos armados de cualquier tipo).

<sup>13</sup> Ver ICJ, Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996, párrafo 25.

<sup>14</sup> Informe N° 55/97, Informe Anual de la CIDH 1997, párrafo 161.

<sup>15</sup> Informe N° 109/99, *supra*, párrafos 42, 46 (en los cuales se hace notar que en una situación de conflicto armado el test para la evaluación de la observancia de un derecho en particular, tal como el derecho a la libertad puede, bajo ciertas circunstancias, ser distinto al aplicable en tiempos de paz y en particular que los Convenios de Ginebra prevén un espectro mayor de justificaciones para la privación de la libertad que la Declaración Americana).

<sup>16</sup> Artículo 3 común (que prohíbe en cualquier tiempo y lugar con relación a las personas protegidas "los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios").

<sup>17</sup> Convención Americana, artículo 5(2) (que prevé que "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes").

<sup>18</sup> Resolución N° 30/82, Informe Anual de la CIDH 1981-82.

<sup>19</sup> *Ibid.*, parte resolutive.

<sup>20</sup> Ver, por ejemplo, Resolución N° 20/82, Informe Anual de la CIDH 1981-1982, página 47.

<sup>21</sup> La Comisión ha considerado como equivalentes a falta de cooperación a las respuestas que constituyen un mero acuse de recibo (ver, por ejemplo, Resolución N° 37/82 y N° 52/82, Informe Anual de la CIDH 1982-1983); respuestas protocolares que no remiten información relevante (ver Resolución N°12/80, Informe Anual de la CIDH 1979-1980); confirmaciones de hechos sin mayores explicaciones (ver Resolución N° 41/83, Informe Anual de la CIDH 1983-1984) negaciones globales de hechos alegados en varias peticiones (ver Resoluciones N° 20/78, 21/78, 22/78, 27/78, Informe Anual de la CIDH 1979-1980). Ver Pinto, Mónica La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 101.

<sup>22</sup> CIDH Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador (1994), pág. 44.

<sup>23</sup> Abella y otros, *supra*.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párrafo 156.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párrafo 157.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párrafo 164.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párrafo 165.

<sup>28</sup> *Ibid.*, párrafo 166.

<sup>29</sup> Ver por ejemplo, Tercer Convenio de Ginebra, *supra*, secciones II, III, IV y V (que prescriben reglas específicas sobre el internamiento, trabajo y recursos financieros de los prisioneros de guerra, así como sus relaciones con el exterior).

<sup>30</sup> *Ibid.*, párrafos 188 y 189.

<sup>31</sup> Durante los últimos años las partes en este complejo conflicto armado interno –el Ejército y la Policía, los grupos armados disidentes y los grupos armados ilegales conocidos como "paramilitares"— han entrado en combate de manera regular y han cometido serios abusos contra los derechos humanos. Algunos de los abusos más serios traídos a conocimiento de la Comisión involucran la ejecución extrajudicial de personas hors de combat así como de civiles inocentes. Para una breve reseña histórica de este conflicto ver CIDH Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999), Capítulo I.

<sup>32</sup> Informe N° 26/97, Informe Anual de la CIDH 1997.

<sup>33</sup> *Ibid.*, párrafo 133.

<sup>34</sup> *Ibid.*, párrafo 134.

<sup>35</sup> Informe N° 61/99, Informe Anual de la CIDH 1998.

<sup>36</sup> *Ibid.*, párrafo 38.

<sup>37</sup> Protocolo II, artículo 13, *supra*.

<sup>38</sup> Informe N° 61/99, *supra*, párrafo 41.

<sup>39</sup> *Ibid.*, párrafos 42 y 43.

<sup>40</sup> Informe N° 136/99, Informe Anual de la CIDH 1999.

<sup>41</sup> El día 11 de noviembre de 1989, fecha en que comenzó la ofensiva militar del FMLN, en la radio oficial de la Fuerza Armada salvadoreña se abogó por la violencia contra miembros de la Iglesia y contra el Padre Ellacuría, a quien se acusó de haber envenenado las mentes de los jóvenes de El Salvador. Ya en 1978, en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador, la CIDH dejó constancia de que las autoridades de la Iglesia Católica de El Salvador le habían informado que tanto el Gobierno como organizaciones que gozaban del favor oficial, hostigaban sistemática y gravemente a monjas, sacerdotes y seglares que participaban en actividades que formaban parte de la acción social de la Iglesia. Las autoridades de la Iglesia, además, habían informado que con motivo de tales actividades la Iglesia en general, y los obispos en particular, eran atacados públicamente por supuestos vínculos con el terrorismo y la subversión. Lo anterior llevó a la CIDH a concluir en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador, que estas personas habían "sido objeto de persecución sistemática por parte de las autoridades y las organizaciones que gozan del favor oficial". En dicho informe la CIDH recomendó al Estado salvadoreño que adoptara "las medidas necesarias para prevenir que continúe la persecución de los miembros de la Iglesia Católica que actúan en ejercicio legítimo de su misión pastoral". *Ibid.*, párrafos 165, 167 y 168.

<sup>42</sup> *Ibid.* párrafo 158.

<sup>43</sup> *Ibid.* párrafo 166.

<sup>44</sup> Corte IDH Caso "Las Palmeras", Excepciones Preliminares, Sentencia del 4 de febrero de 2000, ("Caso Las Palmeras"), párrafo 33.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> La Comisión abrió el caso N° 11237, conocido como "Las Palmeras", el 16 de febrero de 1994 y se pronunció sobre el fondo el 20 de febrero de 1998. Tras un intento infructuoso de solucionar la cuestión de manera concertada entre las partes, la Comisión decidió referir el caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte. Según señala el resumen de la demanda que aparece en la Sentencia de la Corte, el 23 de enero de 1991, miembros de la Policía Nacional Colombiana con el apoyo del Ejército llevaron a cabo una operación militar en Las Palmeras (departamento de Putumayo), durante la cual fueron detenidos en la escuela del pueblo: el maestro Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, quien había llegado al lugar con el fin de dictar sus clases; Julio Milciades Cerón y Artemio Pantoja Odonez, que se encontraban reparando las cañerías de la escuela; los hermanos William y Edebraiz Cerón Rojas, quienes se encontraban ordeñando una vaca; y otra persona no identificada. Más tarde agentes del Estado ejecutaron extrajudicialmente a estas personas, vistieron sus cuerpos en uniformes de combate y los presentaron como miembros de un grupo armado disidente muertos en una confrontación. Al momento de escribir el presente artículo la decisión sobre el fondo de este caso se encuentra pendiente ante la Corte Interamericana.

<sup>47</sup> La Comisión también solicitó a la Corte la que declarara la violación de los derechos a la protección judicial establecidos en los artículos 8(1) y 25 de la Convención en conjunción con la obligación del Estado de respetar y asegurar el cumplimiento con los derechos protegidos por la Convención.

<sup>48</sup> Caso Las Palmeras, *supra*, párrafo 28.

<sup>49</sup> El artículo 33 establece “:Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención: a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.” El artículo 44 establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.” El artículo 48(1) establece: “1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: a. si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso; b. recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente; c. podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes; d. si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias; e. podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados; f. se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.” El artículo 62 establece: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.” El artículo 63 establece “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión."

<sup>50</sup> Las Palmeras, *supra*, párrafo 34.

<sup>51</sup> Corte IDH Caso Las Palmeras, Transcripción de la audiencia pública sobre las excepciones preliminares celebrada el 31 de mayo de 1999 en la sede de la Corte, pág. 19-20.

<sup>52</sup> Voto Razonado del Presidente de la Corte, Juez A.A. Cançado Trindade en Las Palmeras, *supra*.

<sup>53</sup> En este sentido, aunque Colombia ha objetado la jurisdicción de los órganos del sistema para establecer la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 3 común, no ha cuestionado la prerrogativa de la Comisión y de la Corte de recurrir a las normas del derecho internacional humanitario para interpretar las disposiciones de la Convención Americana.

## **DELITOS COMUNES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

**Iganicio J. Alvarez \***

### **Introducción**

Una tendencia muy marcada que puede observarse en América Latina actualmente es que a medida que se ha ido profundizando la crisis económica en la mayoría de nuestros países y se ha ido expandiendo la pobreza, se ha producido un aumento muy significativo de delitos comunes, tales como robos, secuestros y asesinatos, por ejemplo. Tal realidad produce justificado temor en la población en general, acentuado a menudo por una sensación generalizada de impunidad que puede producir el observar como tal situación parece desbordar la capacidad de algunos Estados de hacerle frente.

En relación a tal aspecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), conforme ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”), implica para los Estados determinadas obligaciones relacionadas con la prevención, investigación y sanción a los responsables por delitos comunes, entendiendo en general por tales, en el contexto del presente trabajo, aquellos ilícitos penales no cometidos por agentes del Estado en tal carácter.

Al respecto, en el presente trabajo planteamos algunos aspectos atinentes a la responsabilidad internacional del Estado en relación a los delitos comunes; y reseñamos doctrina de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“Comisión Interamericana” o “CIDH”) en relación al tema de la impunidad generalizada que implica la falta sistemática de investigación y castigo de delitos comunes por parte de los Estados.

### **Régimen de responsabilidad internacional**

El régimen de la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a derechos humanos cometidas por sus agentes es mucho más conocido que el relativo a las obligaciones de los Estados, en el marco del derecho internacional de los derechos

---

\* Las opiniones aquí expresadas son del autor y no reflejan necesariamente la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ni de la Organización de los Estados Americanos.

humanos, respecto a los delitos comunes. Sin embargo, en ambos casos el Estado tiene una serie de obligaciones, y el incumplimiento de éstas, cuando se trata de delitos comunes, también le puede generar responsabilidad internacional al Estado.

Un ejemplo clásico para comparar la responsabilidad internacional de los Estados en ambos casos pudiera ser un homicidio cometido por un agente del Estado, como sería un policía, por una parte, y, por la otra, un homicidio cometido por un delincuente común. En el primer supuesto, puede generarse para el Estado responsabilidad internacional por la violación al artículo 4 de la Convención Americana, relativo al derecho a la vida.<sup>1</sup> En cambio, en el segundo supuesto, relativo al homicidio cometido por el delincuente común, la situación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, es diferente.

El artículo 1(1) de la Convención Americana establece que “los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La Corte Interamericana ha explicado que la referida obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a que se refiere el artículo antes transcrito

implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Ello comprende la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención; procurar el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, reparar los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (...)

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.

No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos.

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

Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.<sup>2</sup>

De acuerdo con dicha explicación de la Corte Interamericana, el Estado, en el caso del homicidio cometido por el delincuente común, puede incurrir en responsabilidad internacional si no previno en lo posible el hecho y si no lo investiga luego de manera seria, con miras a sancionar al homicida, pero no tiene una responsabilidad directa, digamos, ni tiene tampoco, en principio, la obligación de indemnizar a la víctima o a sus familiares por la violación del derecho a la vida, pues tal violación no fue cometida por un agente del Estado. En el ejemplo del homicidio cometido por el policía el régimen de responsabilidad internacional es distinto, puesto que el agente policial es un agente del Estado. En ese supuesto opera igualmente la obligación que tenía el Estado de tratar de prevenir el hecho, y también se encuentra el Estado obligado a investigar de manera seria el homicidio, y a sancionar a los responsables.

La diferencia fundamental se refiere entonces a la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas o a sus familiares. En el caso de la violación no cometida por un agente del Estado éste no tiene, en principio, obligación de indemnizar. En cambio, si la violación es cometida por un agente del Estado, se entiende que fue el propio Estado el que la cometió, y en tal virtud tiene la obligación, asumida internacionalmente al ratificar la Convención Americana, de indemnizar a la víctima o a sus familiares. Y tal responsabilidad opera aun cuando no se haya iniciado un proceso internacional, pues, en nuestra opinión, las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos son declarativas de la responsabilidad, y no constitutivas.

Nótese sin embargo que en el caso del homicidio cometido por el delincuente común, el Estado se encuentra obligado a investigar el asunto de una manera seria, y de lo contrario, puede incurrir en responsabilidad internacional. La Corte Interamericana ha clarificado que

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.<sup>3</sup>

La Comisión ha señalado asimismo, en relación a la obligación que tienen los Estados de investigar seriamente los delitos comunes, que

La obligación de investigar no se incumple solamente porque no exista una persona condenada en la causa o por la circunstancia de que, pese a los esfuerzos realizados, sea imposible la acreditación de los hechos. Sin embargo, para establecer en forma convincente y creíble que este resultado no ha sido producto de la ejecución mecánica de ciertas formalidades procesales sin que el Estado busque efectivamente la verdad, éste debe demostrar que ha realizado una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial.<sup>4</sup>

Un ejemplo interesante sobre la responsabilidad internacional de los Estados en supuestos en que no se ha determinado que los hechos hayan sido cometidos por agentes estatales, puede encontrarse en un caso en el que se denunció a la Comisión Interamericana que agentes del Estado habían asesinado a varias personas, y la Comisión no encontró suficientes pruebas para establecer que agentes públicos fueron los responsables. La CIDH, sin embargo, declaró la responsabilidad internacional del Estado por no haber efectuado una investigación apropiada.

En dicho caso, referido a una petición en la cual se denunció que en el marco de elecciones celebradas el 3 de diciembre de 1989 en el estado de Guerrero, México, se efectuaron “varios ataques generalizados a la soberanía popular y a los derechos políticos de los habitantes de dicho Estado, concretadas en diversas etapas (‘preparación, votación, escrutinio, y cómputo en casilla, en comités municipales y distritales, de certificación de resultados y de calificación...’)” y se agregó que “los diversos hechos denunciados, que supuestamente habrían cometido agentes del gobierno de Guerrero, o personas protegidas por el mismo, incluyen el homicidio de varias personas”.<sup>5</sup>

En su Informe sobre el fondo del caso la Comisión señaló que no contaba con pruebas que le permitieran establecer que los homicidios fueron cometidos por agentes del Estado, pero determinó que la investigación de los hechos no fue adecuada, determinó en base a ello que el Estado tenía responsabilidad internacional por la violación de otros derechos humanos distintos al derecho a la vida, y le indicó al Estado que debía indemnizar a los familiares de las víctimas con ocasión de tal violación. La Comisión estableció textualmente lo siguiente:

La Comisión, conforme a las pruebas que le fueron aportadas en el presente procedimiento, reitera que no ha podido establecer que el Estado mexicano es responsable por la violación del derecho a la vida de las personas individualizadas en la sección respectiva del análisis precedente (...).

La CIDH ha establecido que las autoridades mexicanas no han llevado a cabo, con la debida diligencia, una investigación seria ante graves denuncias por violaciones de los derechos humanos, cuyo resultado definitivo ha sido la impunidad de los responsables. (...).

En consecuencia, la Comisión reitera la siguiente conclusión: el Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25), ambos establecidos en la Convención Americana, en concordancia con la obligación impuesta por el artículo 1(1) del referido instrumento internacional, en perjuicio de los familiares de las siguientes personas: Clemente Ayala Torres, (...).

En virtud del compromiso libremente asumido al ratificar la Convención Americana, el Estado mexicano está obligado a reparar las consecuencias de las violaciones establecidas en este informe.<sup>6</sup>

De acuerdo con lo anterior, la falta de investigación apropiada de los delitos comunes, con miras a sancionar a los responsables, puede implicar violaciones por parte del Estado a distintos derechos humanos de las víctimas o de sus familiares, entre ellos los contemplados en los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana.<sup>7</sup> Así, el artículo 8(1) de la Convención establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El artículo 25 de la Convención contempla el derecho a un recurso efectivo, y la obligación de los Estados de garantizar que la autoridad competente decida el recurso y que su decisión sea cumplida:

#### **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso 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.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De acuerdo con lo anterior, el ilícito penal le genera al delincuente responsabilidad penal individual, a nivel nacional, y puede generar al Estado responsabilidad internacional en el plano del derecho internacional de los derechos humanos. En cambio, la violación de un derecho humano por un agente del Estado le genera responsabilidad internacional al Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, salvo que el Estado hubiera hecho esfuerzos por prevenir la violación, y, luego de su ocurrencia, haya investigado seriamente los hechos con miras a sancionar a los responsables, y haya asimismo indemnizado a la víctima o a sus familiares, en la forma explicada.

Es importante agregar que el incumplimiento sistemático de la obligación de los Estados de investigar los delitos comunes y sancionar a los responsables crea situaciones de impunidad, respecto a la cual la Comisión Interamericana ha sostenido que “es uno de los serios problemas concernientes a la administración de justicia en el Hemisferio”<sup>8</sup> y que “la impunidad y las violaciones al debido proceso legal constituyen un grave problema que afecta tanto a las víctimas como a los ciudadanos acusados de quebrantar la ley”.<sup>9</sup> El problema de una impunidad sistemática, como ha sostenido la Comisión, trasciende el dejar impunes numerosos crímenes individuales, y se convierte en una situación que impacta en la vida misma de la nación y en su cultura, afectando no sólo a las personas que han sido víctimas de violaciones a derechos humanos u otros crímenes, sino también a la sociedad en general.<sup>10</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana ha definido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.<sup>11</sup>

La impunidad constituye así una situación de grave violación a las obligaciones de los Estados, e implica una suerte de círculo vicioso que tiende a reiterarse y perpetuarse, aumentando la ocurrencia de delitos, mayormente violentos.<sup>12</sup> La impunidad genera situaciones de injusticia que pueden implicar nuevas violaciones a derechos humanos, cuando las personas optan por sistemas primitivos de procurarse justicia por su propia mano.

## **Conclusiones**

El Estado, además de la obligación internacional de tratar de prevenir la ocurrencia de delitos comunes que violen derechos fundamentales, tiene la obligación de investigar de manera seria dichos delitos con el objeto de sancionar a los responsables. El incumplimiento de tal obligación le genera responsabilidad internacional al Estado, aún cuando el hecho que la originó haya sido cometido por un delincuente común.

Por otra parte, un incumplimiento reiterado y sistemático de los Estados de cumplir con su obligación de prevenir, investigar seriamente y sancionar las violaciones que implican muchos delitos comunes crea situaciones de impunidad, que tienen un impacto muy importante en la vida de la sociedad, y en el derecho humano de cada persona a vivir una vida digna y sin temor.

**Notas:**

<sup>1</sup> Al respecto, véase: Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4.

<sup>2</sup> *Ibidem*, párr. 166, 172, 176 y 177.

<sup>3</sup> *Ibidem*, párr. 177

<sup>4</sup> CIDH, Informe Anual 1997, Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 (Juan Carlos Abella y otros), Argentina, párr. 412. Sobre el mismo tema, veáse también: CIDH, Informe Anual 1997, Informe No. 52/97, Caso No. 11.218 (Arges Sequeira Mangas), Nicaragua, párr. 96 y 97.

<sup>5</sup> CIDH, Informe Anual 1998, Informe No. 48/99 - Clemente Ayala Torres y otros, Caso 10.545 (México), párr. 2 y 3.

<sup>6</sup> *Idem*, párr. 137 a 140.

<sup>7</sup> Con respecto al tema de los derechos de las víctima o de sus familiares a un juicio justo, véase también: Corte I.D.H., Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

<sup>8</sup> CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, Informe Anual 1999, Cap. II, párr. 255.

<sup>9</sup> CIDH, Informe Anual 1999, Cap. I, Introducción, párr. 7.

<sup>10</sup> CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999, Cap. V, párr. 16.

<sup>11</sup> Corte I.D.H., Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 173. Ver también Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párrafo 170.

<sup>12</sup> Véanse al respecto las consideraciones de la Comisión en su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, *ob. cit.*, cap. V., párr. 16.

## EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS ELEMENTOS PARA SU PREVENCION

José Antonio Guevara

El orden jurídico internacional ha establecido una serie de principios y normas de obligatoriedad general para los Estados que en definitiva establecen límites a su soberanía: a los actos, prácticas y acuerdos entre los Estados.<sup>1</sup> Efectivamente, desde la aprobación en 1945 de la Carta de Organización de las Naciones los integrantes de la comunidad internacional dejaron de tener absoluta autonomía para actuar, los propósitos y principios de la Carta de la ONU representan ser sus límites, suponen obstáculos al poder, trabas que lo que pretenden es alcanzar una comunidad internacional que viva en la paz, la justicia, y que las relaciones entre los sujetos de aquella se basen en un fortalecido derecho internacional<sup>2</sup>. En concreto, los Estados se comprometen a comportarse conforme a los principios a que se refiere el artículo 2 de la Carta<sup>3</sup> con el objeto de alcanzar los propósitos a que se refiere la misma: mantener la paz y seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, emplear la cooperación internacional para la solución de los problemas económicos, sociales, culturales y humanitarios, así como ser el punto de confluencia para armonizar los intereses **de las naciones**.<sup>4</sup>

En concordancia con sus propósitos la Asamblea General de la ONU aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que define un amplio catálogo de derechos humanos y establece los criterios para comprender con seguridad el alcance y contenidos de las obligaciones a que se refiere la Carta.<sup>5</sup> La obligatoriedad jurídica de la Declaración no se dio por sí misma, sino por el uso que le han dado diversos órganos de Naciones Unidas (tales como la Asamblea General, la Corte Internacional de Justicia, la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, así como los relatores y grupos de trabajo temáticos y geográficos creados en el marco de la organización<sup>6</sup>), por la propia práctica de los Estados y el reconocimiento que le da la Doctrina. Además de ello, a partir de los años finales de la década de los sesenta y principios de los setenta, con las resoluciones 1235 y 1503, los mismos Estados deben *rendir cuentas de sus comportamientos*, al menos en los supuestos que revelaban situaciones persistentes de violaciones manifiestas, graves y masivas de derechos humanos.<sup>7</sup>

Sin embargo, los límites al poder del Estado no han podido ser consensados en su totalidad, por lo menos no con el alcance que nos gustaría, por tanto no hay unanimidad en las normas que deben ser consideradas como *-erga omnes-*. En la redacción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, había posturas que pretendían atribuirle tal característica a ciertos principios de la Carta, y a algunos los derechos a que se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos lo cual no fue posible<sup>8</sup>; sin embargo, la práctica internacional, antes aludida, le ha atribuido a ciertos principios y a algunos derechos de la Declaración de Derechos Humanos el carácter de normas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*.<sup>9</sup> Ello supone que ningún Estado puede celebrar acuerdos que vayan en contra de ellas ni mucho menos llevar a cabo prácticas en contrario<sup>10</sup>, independientemente de sus objeciones persistentes.<sup>11</sup>

Como mencionamos, también la doctrina ha participado en este proceso<sup>12</sup>. Por ejemplo, el *Comité de Derechos Humanos de la International Law Association* ha dado una breve lista de los derechos que son de cumplimiento obligatorio para todos y cada uno de los Estados de la comunidad internacional: 1. "...el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en el goce de los derechos"<sup>13</sup> por razón de sexo, posición política o social, religión, origen étnico o racial; 2. El "derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad ... (incluida la prohibición de) la práctica de los asesinatos, desapariciones, y la privación arbitraria de la vida"<sup>14</sup>; 3. "La prohibición de la esclavitud...la prohibición de la tortura...la prohibición de las detenciones arbitrarias prolongadas...el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica...el derecho a un juicio justo...el derecho a contraer matrimonio."<sup>15</sup> Asimismo, algunos académicos emplean un test para saber cuáles derechos humanos son considerados normas de *ius cogens* internacional, haciéndose la pregunta ¿qué derechos no son suspendibles ni aún en casos de conflictos armados?<sup>16</sup> Tales derechos inderogables los podemos observar en los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Dichos derechos son: la prohibición de la privación ilegal de la vida, la prohibición de aplicar tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, la prohibición de la detención y privación de la libertad arbitrarias, las garantías de debido proceso, la prohibición de la discriminación, la libertad de conciencia y de religión, la prohibición de la esclavitud, las garantías judiciales para hacer exigibles los derechos antes aludidos.<sup>17</sup> En suma, son *ius cogens* la prohibición contra la tortura y tratos análogos que producen sufrimientos a las víctimas, la prohibición de la privación ilegal o arbitraria de la vida y de la libertad, las garantías de debido proceso y el derecho a un recurso judicial para garantizar dichos derechos.

Pero ¿que pasa cuando un Estado incumple con normas del derecho internacional general o *ius cogens*? El derecho internacional público desde su definición lo que busca es regular la conducta de los sujetos que integran la comunidad internacional, primariamente los Estados y las organizaciones internacionales y secundariamente a los individuos. En este tenor, y para salvaguardar la propia existencia de la comunidad internacional o mejor dicho de la humanidad, se ha creado la institución jurídica de *crimen internacional*, que supone la prohibición o criminalización de aquellas violaciones a las normas de derecho internacional general que son del interés supremo de la humanidad, tales como aquellas que buscan garantizar la paz y seguridad internacionales, el respeto y no violación grave ni sistemática de los derechos fundamentales de la persona humana y la protección del medio ambiente.<sup>18</sup> Dichos bienes jurídicos deben ser protegidos por la humanidad entera, debido a que, como la profesora Alicia Gil Gil señala "... son patrimonio de la humanidad, necesarios para su subsistencia como especie y para su desarrollo. Lo que legitima la intervención por la fuerza del Derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran. De esta manera el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional."<sup>19</sup> Es paradójico que la obligación de prevenir dichos crímenes internacionales -aún siendo parte del *ius cogens*- siguiendo a Bassouni, está a cargo de los mismos que usualmente los cometen, es decir por órganos del Estado o bien por su incitación, apoyo o aquiescencia. Sea con o sin el apoyo del Estado (salvo cuando se trate de organizaciones que ejerzan un poder efectivo en un territorio determinado), si algún Estado incurre o comete crímenes internacionales, ello lo que acarrea es la responsabilidad internacional del Estado e incluso de individuos a través de los cuáles aquel actúa.<sup>20</sup>

Así, los Estados, para no verse comprometidos por la comunidad internacional con hechos ilícitos, de conformidad con dicho *ius cogens* debe de tomar medidas que reflejen el cumplimiento de sus obligaciones *erga omnes*. En ese sentido el Estado además de las implicaciones que le supone el no llevar actos contrarios a dicho derecho internacional (obligaciones de resultado) debe tomar todas las medidas a su alcance para prevenir dichos actos bajo su jurisdicción (obligaciones de comportamiento).<sup>22</sup> Sean de la naturaleza u origen que sean las obligaciones,<sup>22</sup> de haber un acto atribuible al Estado que represente ser una violación a normas internacionales que a su vez representen un crimen internacional, ese hecho acarrea una responsabilidad colectiva a cargo del Estado, así como posiblemente la responsabilidad individual de las personas que participaron en los mismos.<sup>23</sup> De tal manera al Derecho Internacional le resulta irrelevante el órgano de Estado al que se le atribuya la responsabilidad dentro de éste, no obstante, sí debiera importarle la clase de obligaciones a cargo de los órganos de

Estado que le ayudarían a no incurrir en responsabilidad internacional. Entonces bien, si el Estado está obligado internacionalmente a no incurrir en ciertas conductas, dicha obligación supone que el Estado tome medidas dentro de su jurisdicción de tal manera que con las mismas se prevengan dichos ilícitos.<sup>24</sup>

El deber de prevención consiste en tomar todas aquellas medidas necesarias, sean administrativas, legislativas, judiciales o de cualquier otra índole siempre y cuando supongan que el Estado tomó “la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por”, diríamos nosotros, el derecho internacional (consuetudinario y convencional).<sup>25</sup> Creemos que tales medidas, para ser efectivas, suponen la obligación del Estado, además de muchas otras de carácter legislativo y administrativo, la de tipificar conductas.<sup>26</sup> Dicha tipificación tendría como propósito hacer patente, en la sociedad de que se trate, y frente a la comunidad internacional, que dichos actos son reprobables<sup>27</sup> Si bien una de las obligaciones de reparar que nacen por hechos ilícitos atribuibles a los Estados es la de investigar y sancionar a los responsables directos de los mismos (a partir de la investigación), aquel, para cumplir también con la obligación de prevenir, debe de contar con normas que prohiban dichas conductas. Es por ello que la eficacia de la reparación supone la prohibición previa de la conducta y su fuente de obligación es la misma norma imperativa de derecho internacional, o mejor dicho un cúmulo de normas de *ius cogens*. El relator Chernichenko, de la otrora Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías, afirmó que: “La cuestión relativa a saber si una violación de los derechos humanos se puede considerar hecho del Estado es de carácter fundamental. Esa violación se considera acto de Estado si es perpetrada por órganos o funcionarios del Estado que actúen dentro de los límites de su legítima autoridad o ultra vires... (por ejemplo) un parlamento que sanciona legislación racista o un gabinete que aplica políticas represivas”<sup>28</sup> Pero ¿no podría entenderse esto en contrario sensu? Podríamos decir entonces que un Estado es responsable cuando no hace lo que debe, independientemente de la fuente de obligaciones. Si lo que el Estado debe hacer es prevenir, por ejemplo en alguna sociedad en donde los valores culturales generen prácticas racistas, el Estado pues debe expedir legislación por medio de la cual se desincentiven, unas o incentiven otras, conductas para erradicar el racismo de la sociedad, inclusive la criminalización de conductas que atenten en contra de los derechos fundamentales de otros. ¿Podríamos decir que un parlamento que no sanciona legislación que le ayudará a proteger y garantizar normas de *ius cogens* sería el órgano que generó la responsabilidad internacional de Estado?

Si bien reconocemos ese deber de prevenir, a su vez, el Estado debe garantizar otros muchos derechos de la misma jerarquía. El reconocimiento y garantía del principio de legalidad es a su vez una norma del derecho internacional general lo cual no acepta ni práctica ni pacto en contrario,<sup>29</sup> por tanto, consideramos que la tipificación de las conductas dentro del derecho interno, para poder cumplir con las obligación que el incumplimiento de las mismas pueden generar como reparaciones (prevenir, investigar y sancionar), supondría que a su vez se cumpliría con otras obligaciones internacionales en materia de derechos humanos como lo es el principio de legalidad penal o los principios generales de derecho *nullo crime sine lege y nulla poena sine lege*, incluidos ambos en las garantías de debido proceso o due process, mismos que como vimos con anterioridad no son suspendibles ni en casos de conflictos armados. De no garantizar los principios penales aludidos el Estado incurriría en violaciones a normas de igual jerarquía en materia de derechos humanos.<sup>30</sup> Además, “El principio de legalidad exige que la conducta haya sido declarada por la ley, no sólo contraria a Derecho, sino penalmente punible. No basta con la existencia de una norma, es preciso constatar la existencia de una ley penal.”<sup>31</sup>

Lo anterior supone que los Estados cuando se encuentran frente a normas de obligatoriedad general (*erga omnes*) o bien convencionales, están obligados a *respetar y a hacer respetar* los derechos en cuestión por todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción.<sup>32</sup> La obligación de hacer respetar supone, y hacemos énfasis en su fase preventiva, el deber a cargo de los Estados de tomar todas aquellas medidas incluso legislativas que aseguren el respeto de dichas normas.<sup>33</sup> La Corte Interamericana ha señalado desde sus primeras sentencias contra Honduras que “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto de poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado el autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”<sup>34</sup> ¿A qué se refiere la Corte? Amnistía Internacional señala que un “Derecho cuya transgresión no sea susceptible de ser conocida por la justicia es un derecho imperfecto”.<sup>35</sup>

Si bien los crímenes contra la humanidad tienen su definición originaria en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>36</sup> y posteriormente, en 1946 la Asamblea General “...<confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Tribunal de Nuremberg y por la sentencia de ese Tribunal>” convirtiendo a los crímenes en derecho internacional consuetudinario de alcance universal<sup>37</sup>, la práctica de la represión de los mismos ha traído serias críticas sobre el respeto de la ya mencionada norma de *ius cogens* que es la legalidad en el derecho penal. Viene al caso resaltar la importancia que tiene el proceso de codificación del derecho consuetudinario, en particular para el reconocimiento de ciertas prácticas (*opinio juris*)<sup>38</sup> como costumbre, y sobre todo en el hecho que las convenciones que reflejan normas de *ius cogens* en su forma de crímenes internacionales, establecen obligaciones concretas a cargo de los Estados de tipificar ciertas conductas como punibles. En el derecho internacional se tienen un enorme número de tratados que reflejan normas de *ius cogens* que imponen obligaciones de esta naturaleza a los Estados<sup>39</sup> y creemos que es ahí en donde debemos de presionar en aras de obligar a los Estados a que legislen en la materia. Por tanto, coincidimos con Gil Gil que señala que “...hay que rechazar la mera costumbre como fuente del Derecho penal internacional, pues aunque sea posible constatar la preexistencia de una norma consuetudinaria, ésta difícilmente podrá dar cumplimiento al principio de taxatividad o concreta delimitación de la conducta punible que exige la ley escrita y estricta...Cuando un tratado internacional es dotado por la costumbre del carácter de *ius cogens* o una costumbre es recogida en un tratado o proclamada en una declaración de la Asamblea General, etc., el resultado de este proceso conjuga la seguridad jurídica y la taxatividad que permite el texto escrito con el carácter general y obligatorio que le aporta la costumbre.”<sup>40</sup>

Independientemente de nuestra posición, la práctica internacional para prevenir los más graves crímenes internacionales de la historia, de Nuremberg al Tribunal de Rwanda, pasando por muchos juicios incoados con fundamento en el principio de jurisdicción penal universal<sup>41</sup> -como bien afirma Cherif Bassiouni- son producto tanto de fuentes internacionales convencionales como consuetudinarias.<sup>42</sup>

Para poner fin a esta discusión, además de por otros motivos y con otros propósitos, el 17 de julio de 1998, en Roma se aprobó el Estatuto que crea la Corte Penal Internacional que, como señala la profesora Gil : “...ha venido a recoger únicamente aquellos delitos que forman parte, sin duda alguna, del *ius cogens* internacional, o sobre los que existe un amplio consenso, de forma que mediante su inclusión en el Estatuto puede afirmarse que han adquirido dicho carácter.”<sup>43</sup> Dichos crímenes (los más graves de trascendencia internacional<sup>44</sup>) son: el crimen de genocidio<sup>45</sup>, los

crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.<sup>46</sup> La Corte tendrá competencia para investigar, procesar y sancionar a las personas físicas que hayan cometido cualesquiera de dichos crímenes, siempre y cuando los mismos sean cometidos en el territorio de un Estado parte del Estatuto o bien por algún nacional de dicho Estado parte.<sup>47</sup> La competencia de la CPI tendrá una doble restricción temporal consistente en que solo conocerá de aquellos crímenes que se cometan después de la entrada en vigor del Estatuto así como a partir de la fecha en que los Estados en particular se hagan parte del mismo.<sup>48</sup>

Es importante mencionar que la Corte Penal Internacional conocerá de aquellas prácticas de Estado o crímenes internacionales que representen ser 'parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil' (por lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad) o 'como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala' (por lo que se refiere a los crímenes de guerra). Asimismo, se establece como requisito de admisibilidad para que la Corte conozca de algún o algunos crímenes que el Estado no pueda o no quiera investigar, dichos crímenes.<sup>49</sup> Lo relevante de esto es que la Corte podrá conocer de violaciones a los derechos humanos cometidos por particulares que representen ser crímenes internacionales de lesa humanidad con toda la problemática que ello trae consigo<sup>50</sup>, ya que, en definitiva, no toda violación a los derechos humanos es un crimen internacional.<sup>51</sup>

El que los Estados se hagan parte del Estatuto supondrá que los mismos deberán de modificar su legislación interna con el propósito de que la Corte Penal Internacional efectivamente cumpla con su mandato de ser un organismo subsidiario o complementario de las jurisdicciones penales domésticas de los Estados parte, y que, a su vez, éstos cumplan con su deber de cooperar plenamente con la Corte.<sup>52</sup> Por tanto, los Estados parte deberán tomar en consideración en su legislación los tipos del Estatuto al adecuar su legislación penal. La Corte al entrar en funciones será rigurosa en la aplicación del Derecho, es decir, el Estatuto establece la obligación a cargo de la Corte de respetar y garantizar los derechos de debido proceso de los acusados -presunción de inocencia, impugnación de pruebas y testigos, libertad provisional, etc.-, tal como la aplicación estricta del derecho penal.<sup>53</sup> Dentro del derecho aplicable se hace referencia, en primer lugar, al Estatuto, los Elementos del Crimen<sup>54</sup> y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Estos últimos son, instrumentos auxiliares de interpretación para la Corte y como se dice en la introducción general de los Elementos del Crimen, los mismos "...ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto..."<sup>55</sup>

Uno de los crímenes de lesa humanidad sobre los que tendrá competencia la Corte es la Desaparición Forzada de Personas. El inciso i) de la fracción 2 del artículo 7 del Estatuto señala: “Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa de informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.”

La desaparición forzada tiene sus orígenes normativos en la Resolución 33/173 del 20 de diciembre de 1978 de la Asamblea General de la ONU; en la cual se recuerdan los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la prohibición contra la tortura, a la prohibición de arrestos y detenciones arbitrarios (artículos 3, 5, 9, 10 y 11 de la Declaración y 6, 7, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).<sup>56</sup> La justificación para que la Asamblea se ocupe de esta, entonces reciente, práctica execrable radica en la ‘angustia’ y los ‘sufrimientos’ que las desapariciones producen en los familiares de los desaparecidos, en concreto en las esposas e hijos.<sup>57</sup> La Asamblea General en dicha resolución, invita, llama a los gobiernos a responsabilizar a los agentes de seguridad y los órganos encargados de hacer cumplir la ley por lo abusos de autoridad que cometan y que puedan traer como consecuencia la desaparición forzada de personas.<sup>58</sup> Para el profesor brasileño Tarciso Dal Maso, la desaparición forzada como institución jurídica del derecho internacional nace con dicha resolución que expresa incipientemente la complejidad en la violación a los derechos humanos aludidos.<sup>59</sup> Sin embargo, posteriormente, en 1980, la Comisión de Derechos Humanos crea el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (en adelante “GTD”), para “examinar cuestiones relativas desapariciones”<sup>60</sup>, el cual además de su relevancia, marcó el inicio de lo que ahora conocemos como mecanismos temáticos para tratar violaciones de un determinado derecho humano alrededor del planeta.<sup>61</sup> Por su parte, el Comité de Derechos Humanos creado a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Observación General número 6, en el año de 1982, al referirse a los alcances del derecho a la vida del artículo 6 del Pacto señaló lo siguiente: “Los Estados Partes deben también tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos, algo que desgraciadamente se ha hecho demasiado frecuente y desemboca demasiadas veces en una privación arbitraria a la vida. Más aún, los Estados deben establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación al derecho a la vida.”<sup>62</sup>

La definición de la institución jurídica internacional -como la llama Dal Maso- ve la luz en el año de 1992, con la aprobación de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (en adelante “DDFP”)<sup>63</sup>; en la que, en su Preámbulo además de recordar la resolución de la Asamblea General del año 1978, hace referencia a un gran número de instrumentos internacionales<sup>64</sup> y enfatiza en la importancia que trae consigo el “...elaborar un instrumento que haga que todos los actos de desaparición forzada delitos de extrema gravedad y establezca normas destinadas a castigarlos y prevenirlos.”<sup>65</sup> Asimismo, reconoce que las desapariciones forzadas suponen violaciones graves a múltiples derechos humanos<sup>66</sup> y se amplía la noción de víctima no solo a las personas que se encuentran bajo esa deleznable situación, sino a sus familiares y amigos.<sup>67</sup> La DDFP establece una serie de obligaciones a cargo de los Estados no sólo de carácter legislativo (tipificación de la desaparición forzada, definición del mismo como delito permanente, imposibilidad de ser amniable), sino también administrativo, que, de ser cumplidas por los Estados supondrían la desinsensibilización de todas o gran parte de las conductas que integran la desaparición forzada de personas. En efecto, nos referimos a reglas que ven influidas las conductas de los funcionarios o agentes del Estado encargados de hacer cumplir la ley y de seguridad al momento de la detención y traslado (legales por supuesto) de una persona, a las personas o funcionarios que tienen a su cargo la administración y custodia de todo centro de detención, reclusión o prisión<sup>68</sup>, y de los encargados de emitir o expedir órdenes de detención, aprehensión o captura, así como el deber de los funcionarios (gracias a las leyes) de garantizar el derecho a la información de las personas (o garantizar el derecho a la verdad en la nomenclatura de algunos, en aras de recuperar la memoria de los hechos del pasado, y efectivamente saber el alcance y dimensiones de lo que sucedió). Además la DDFP establece el derecho de las víctimas y de sus familiares de una justa reparación e indemnización en casos de que se comentan en su perjuicio desapariciones forzadas<sup>69</sup>.

El GTD, actualmente cuenta con un amplio mandato “...que consiste en servir de conducto de comunicación entre las familias de los desaparecidos y los gobiernos de que se trate, a fin de que se investiguen los casos debidamente documentados y claramente identificados y se aclare el paradero de las personas desaparecidas...(así como) vigilar el cumplimiento por los Estados de las obligaciones derivadas de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.”<sup>70</sup>

Paralelamente a este desarrollo normativo de la Desaparición Forzada de Personas, en el marco de la Organización de Estados Americanos se ha dado uno más antiguo y más doloroso, por ser las dictaduras del cono sur del continente aquellas que hicieron que

se alterara la consciencia de la humanidad.<sup>71</sup> El profesor Dal Maso en su multicitada obra nos hace un recorrido histórico de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana desde la primera ocasión en que aparece una referencia a la desaparición forzada de personas (como ‘desaparecido’) en el año de 1974. No obstante, la definición jurídica de lo que hoy podemos identificar como desaparición forzada no viene a darse sino con el propio desarrollo jurisprudencial pero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sumado a la DDFP, trajo como consecuencia la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La génesis de dicho concepto jurídico, entre nosotros, se dio con el Caso *Velásquez Rodríguez* en el que la desaparición se eleva a crimen de lesa humanidad<sup>72</sup>, se define como crimen continuado, así como violación múltiple de derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>73</sup> Los derechos violados por la desaparición como se ha venido diciendo por la jurisprudencia de la Corte Interamericana que inicia con los casos contra Honduras<sup>74</sup> son el derecho a la vida<sup>75</sup>, a la libertad personal<sup>76</sup>, a la integridad personal<sup>77</sup>, a las garantías de debido proceso<sup>78</sup> y a la protección de la familia<sup>79</sup>. Además, por la jurisprudencia también se reconoce una noción ampliada de víctima, de tal forma que no solo se trata de la persona ‘desaparecida’ sino también de sus familiares.<sup>80</sup>

A pesar de estos grandes esfuerzos por definir a la desaparición como un crimen o delito autónomo, lo importante es la prevención y en su caso prohibición e investigación subsecuente del mismo. Para ello hay que hacer hincapié en su conceptualización como unidad, como un tipo penal autónomo, en el cual confluyen diversos actos que en conjunto traen como resultado el propio crimen. Habría que evitar entonces, como nos señala el juez Cançado, la ‘fragmentación indebida del delito de desaparición forzada’<sup>81</sup>, y en su lugar entender a la desaparición forzada como “una cadena de sucesos que requiere una división específica del trabajo, así como de una entidad responsable -usualmente un organismo del Estado...- que debe observar el proceso.”<sup>82</sup> El maestro González Cueva ha señalado que la desaparición cuenta con cuatro fases en las cuáles participan diversos actores (criminales todos): (a) la detención inicial (en la que pueden participar miembros de las fuerzas armadas o de seguridad del Estado, o civiles bajo la autorización, incitación o aquiescencia de aquellos), (b) la continuación de la detención -en la que se practica la tortura- (en la que pueden participar miembros de las fuerzas armadas o bien de la policía o seguridad pública), (c) la continuación de la detención -en donde se asesina a la víctima y se ‘desaparece’ el cuerpo- (por miembros de las fuerzas armadas, de la policía o bien por civiles bajo su autorización, incitación o aquiescencia), y finalmente, (d) la negativa de informar sobre la suerte o paradero de la víctima (en la que participan autoridades policíacas, militares, judiciales, administrativas, gubernamentales).<sup>83</sup>

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas según su preámbulo, pretende, 'prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas', por medio de la imposición de obligaciones a cargo de los Estados para que sancionen en su jurisdicciones a los "autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas"<sup>84</sup>, por medio de la tipificación "como delito la desaparición forzada de personas...".<sup>85</sup> Define la desaparición en los siguientes términos: "...la privación de la libertad de una o más personas cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes."<sup>86</sup>

En las sentencias aludidas podemos ver como se llega a establecer como obligación de reparar, por razón de la responsabilidad de los Estados, que los mismos continúen con las investigaciones judiciales y sancionen a los responsables de las violaciones, en casos de desapariciones.<sup>87</sup> Pero ¿cómo hacerlo si los Estados, o la gran mayoría de los Estados, no han tipificado la desaparición forzada de personas como un crimen complejo en el que participan una gran variedad de sujetos y representan una gran gama de conductas? <sup>88</sup>

Para cumplir con su obligación de reparar, los Estados, entonces, lo que hacen es precisamente 'fragmentar', en primer lugar la noción de desaparición como la suma de varios delitos, privación ilegal de la libertad, asesinato, denegación de justicia, etc., y por tanto, persiguen cada uno de ellos, privándole así su penosa dimensión intrínseca de crimen de lesa humanidad. De suyo es difícil la definición de un delito con estas características; no obstante el ejercicio que se ha llevado a cabo en diversos países nos puede ser de utilidad para tipificar el delito de desaparición y cumplir así con la obligatoriedad que impone el *ius cogens*, las obligaciones producto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y por supuesto, el Estatuto que crea la Corte Penal Internacional.

Por todo lo anterior, consideramos que cualquier legislación que pretenda prevenir por medio de prohibición de la desaparición forzada de personas debe de contemplar,<sup>89</sup> que la tipificación de la desaparición se haga como delito complejo, en el que participan varios actores con un propósito delictivo común (sean funcionarios del Estado o personas bajo la incitación, apoyo o aquiescencia) en diversas fases: aprehensión, detención y negativa de brindar la información sobre el paradero o suerte de la víctima.

Cuando se trate de (a) la aprehensión los responsables pueden ser cualquier persona, sea o no funcionario público, p.e. ministerio público, fiscal, policía, militar. En la fase de (b) la detención los responsables serán aquellas personas que (no necesariamente tienen que ser las mismas que en la fase anterior) (i) tengan el deber de informar a alguna autoridad sobre la detención de alguna persona y no lo hagan; (ii) deban de poner a una persona a disposición de un juez y no lo hagan (todo funcionario debe hacerlo); (iii) sean funcionarios de prisiones o centros de detención o arresto que reciban un preso o detenido sin sentencia u orden de detención o de prisión preventiva; o bien (iv) el médico (o servicios conexos) que conozca de la salud del detenido no denuncie sobre la detención ilegal. Finalmente, en la última fase (y la que le da su nota característica a la desaparición forzada de personas respecto de otros delitos vinculados con la privación ilegal de la libertad) se refiere a (c) la negativa de informar por parte de cualquier persona que tenga conocimiento o deba tener conocimiento (por jerarquía) de la aprehensión o detención y que jurídicamente esté obligado a informar y no lo haga cuando se le solicite, sea por negativa expresa o simplemente por no responder.

Asimismo, los Estados deben establecer agravantes en su legislación penal cuando (i) el sujeto pasivo del delito sea mujer embarazada, menor de edad, persona discapacitada, persona de la tercera edad, o la desaparición se cometa en contra de periodistas, comunicadores sociales, defensores de derechos humanos, dirigentes políticos, sindicales, religiosos, testigos, familiares de algunos de estos últimos. Asimismo, se deberán agravar aquellas desapariciones cuando; (ii) el sujeto activo sea un funcionario que forme parte de las fuerzas armadas o de seguridad del Estado; y si, (iii) durante la detención se infligen en contra de la víctima torturas o actos similares, o se cometen crímenes sexuales en contra de la persona detenida o se le priva de la vida.

También se deberá establecer el delito como delito permanente, imprescriptible, no sujeto a amnistías<sup>90</sup>, no considerable como delito político y por lo tanto extraditable. A su vez se deberá garantizar el principio de jurisdicción universal para juzgar este crimen independientemente del lugar en el que se haya cometido, no conceder asilo a personas que ‘por razones de peso’ se presuma estén involucradas en desapariciones, y ser un delito excluido de la jurisdicción militar.

Por otro lado se deberá reconocer legalmente que en la conducta participan más de una persona que no necesariamente tienen conocimiento de todo el crimen, por lo que se tienen que establecer obligaciones concretas a los funcionarios que se encargan de hacer cumplir la ley y de aquellas que tienen bajo su cuidado cualquier centro de detención, prisión o arresto, traslado de prisioneros, así como para las personas a las que se les encomienda el cuidado de las personas sujetas a cualquier forma de

detención, prisión o arresto, incluidos los médicos. En particular, implementar en su legislación interna instrumentos tales como: las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos<sup>91</sup>, los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>92</sup>, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad<sup>93</sup>, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios fundamentales sobre la utilización de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.<sup>94</sup>

Una manera de prevenir eficazmente este crimen internacional es por medio de garantizar en su jurisdicción el derecho a la información (o el derecho a la verdad), por medio de la creación de procedimientos o recursos tales como el Habeas Data.

Se deberán establecer fondos especiales con cargo a los patrimonios de los responsables de estos crímenes con el objeto de que las víctimas (desaparecidos y sus familiares) obtengan reparaciones e indemnizaciones, y de no poder ser cubierto con ello, el Estado responderá subsidiariamente.

Prestar especial atención a los mecanismos a que se refiere la Convención sobre Derechos del Niño, y en particular la DDFP respecto de la adopción de niños nacidos durante el cautiverio, de tal manera que se garantice el 'interés superior de los niños' (art. 20 DDFP). Asimismo, se deberán establecer mecanismos para la 'búsqueda, identificación, localización y restitución de menores' (art. XII CIDFP).

## **Notas:**

<sup>1</sup> Asdrúbal Aguiar, nos dice lo siguiente: "El Derecho internacional evolucionado, comunitario o estatal mundial, por el contrario, subvierte la autoridad y el peso de las voluntades públicas internas sujetándolas; revela grados crecientes de centralización orgánica revalorizando el rol jurídico del individuo con independencia de su adscripción nacional o territorial; y, además, se construye sobre principios jurídicos prescriptivos o heterónomos que emula al Derecho interno de los Estados, diferenciando intereses (sociales vs personales), si bien aquellos emergen dentro de un ámbito intergubernamental (tratado marco) que todavía legitima la autoridad ordenadora inicial de las soberanías estatales (pacto societario)." AGUIAR, Asdrúbal. Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado, Monte Ávila Editores Latinoamericana y Universidad Católica Andrés Bello, Colección: Estudios Serie Sociales, 1ª Ed., Venezuela 1977, p. 83-4.

<sup>2</sup> En el preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la “Carta” y la “ONU”, respectivamente) encontramos que en su primer párrafo se refiere a ‘preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra’, en el tercer párrafo se pretende ‘crear las condiciones bajas las cuales pueda mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional’. Tomada de <http://www.un.org/>

<sup>3</sup> Ver: artículo 2 de la Carta.

<sup>4</sup> Ver: Artículo 1 de la Carta que se refiere a los propósitos de la ONU.

<sup>5</sup> La doctrina ha señalado que la Declaración Universal de Derechos Humanos tiene validez jurídica ya que se considera como la interpretación auténtica de las referencias que a ella se hacen en la Carta de la ONU. Dichas referencia las encontramos en el Preámbulo, los artículos 1.3, 55, 56, 62, fracción 2 y 68 de la Carta. Entre ellos, VILLÁN Durán, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Instituto Internacional de Derechos Humanos René Cassin, Estrasburgo, 1997. Carrillo Salcedo señala que “...con el reconocimiento de los derechos humanos, el Derecho internacional penetra en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones de un Estado con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado.” Retoma afirmaciones del expresidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que “...la continua utilización de la Declaración Universal por la Organización de las Naciones Unidas permite sostener que aquella fue aceptada como interpretación legítima de las normas relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las relativas a la obligación jurídica de los Estados de promover la observancia de los derechos humanos.” CARRILLO Salcedo, Juan Antonio. Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después, Ed. Trotta, Colección Mínima, Madrid 1999, pág. 20 y 88-9, respectivamente. Para profundizar al respecto, Ver: ORAÁ, Jaime; GÓMEZ Isa, Felipe. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario, Ed. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao 1998; ORAÁ Oraá, Jaime. En torno al valor jurídico de la Declaración Universal, en AA.VV. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar, Ed. Universidad de Deusto, Serie Ayuda Humanitaria: Monografías, vol. 1, Bilbao 1999; GÓMEZ Isa, Felipe. La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido, en AA.VV. La Declaración Universal de Derechos..., Op. Cit., págs. 15-92.

<sup>6</sup> Carrillo Salcedo nos dice que “La Declaración Universal, por último, ha servido de base a numerosas Declaraciones y resoluciones del Consejo Económico y Social y de la Asamblea General, entre las que destacan la Declaración sobre el asilo territorial (1967), la Declaración sobre los derechos del retrasado mental (1971), la Declaración sobre derechos de los impedidos (1975), la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986); la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzosa (1992); la Declaración sobre los derechos de las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas (1992); etcétera.” CARRILLO Salcedo, Juan Antonio. Dignidad frente a ..., Op. Cit., pág. 89 y 103.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados señala en su artículo 53 lo siguiente: “Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite

acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

<sup>9</sup> Sobre el contenido de dichas normas imperativas el expresidente del Tribunal para la exyugoslavia, Antonio Cassese ha señalado que: “...gradualmente se ha creado un restringido núcleo de valores y criterios universalmente aceptados por todos los Estados. Se tiene la impresión, ante todo, de que gradualmente se va perfilando cierto consenso sobre el orden de importancia de los diversos derechos; en otras palabras, un acuerdo de principio acerca de su jerarquía...el primer núcleo fundamental de derechos humanos está formado por el derecho a la vida y a la seguridad: el derecho a no ser torturados ni muertos ilegalmente...Prácticamente todos los Estados del mundo parecen compartir la idea de que entre las más graves violaciones de los derechos humanos han de contarse el genocidio, la discriminación racial (especialmente el apartheid), la práctica de la tortura y la negativa de considerar el derecho de los pueblos a la autodeterminación.” CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona 1991, pág. 77.

<sup>10</sup> Para un análisis sobre las normas de *ius cogens* como elemento definitorio de la licitud en el objeto y fin de los tratados, así como la discusión que se llevó en el seno de la Comisión de Derecho Internacional sobre las propuestas acerca de las normas que se consideraban como potencialmente de *ius cogens*, que con la intención de no incluir una lista exhaustiva mejor se dejó abierta la norma. Ver: CORCUERA, Santiago. *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (en imprenta). En este sentido ya la CIJ en su opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención sobre el Genocidio de 1949 y en su sentencia en el caso *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* ha señalado que hay ciertos derechos y por tanto obligaciones a cargo de los Estados gracias a los cuales “...todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en la protección de esos derechos; las obligaciones correspondientes son pues obligaciones *erga omnes*.” Posteriormente en su opinión consultiva del año “...de 1971 sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia, la Corte sostuvo que: <en antiguo mandatario se había comprometido a observar y respetar, en un territorio con estatuto internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza. El hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones y limitaciones basadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona, es una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta>.” Finalmente la Corte se pronunció sobre la Declaración en su sentencia “...de 1980, relativa al asunto del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos de América en Teherán, en la que sostuvo que <el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles en condiciones penosas a coacción física es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.>” CARRILLO Salcedo, Juan Antonio. *Dignidad frente a ...*, Op. Cit., pág. 97 y 100, respectivamente.

<sup>11</sup> El profesor Swinarski señala “Dejando de lado todas las controversias sobre la naturaleza misma de estas reglas imperativas y tomando el concepto de *ius cogens* en una acepción más amplia que la que tiene en el derecho internacional de los tratados (en los artículos 53 y 64 de los Convenios de Viena sobre el derecho de tratados de 1969 y 1986, respectivamente) es menester poner de relieve el carácter imprescindible para la supervivencia de la comunidad internacional de los principios del Derecho Humanitario, por lo menos en el sentido mínimo del ‘orden público internacional’”. SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Ed. IIDH, San José 1991, pág. 27; por su lado el profesor Remiro Brotons señala que “El *ius cogens* no sólo impone un límite a la libertad de los Estados en la

concertación de sus obligaciones jurídicas, sino que además escapa a la voluntad de cada Estado en singular la calificación de una norma como imperativa. El efecto relativo de los tratados ... y la oponibilidad de la costumbre general al objetor persistente ... chirrían. Normas y obligaciones de las que un Estado pretendía zafarse pasarían a obligarlo de ser consideradas imperativas por la comunidad internacional en su conjunto, aunque ese Estado, opuesto a la norma como tal, no lo fuera menos a su carácter imperativo.” REMIRO Brotons, Antonio; etal. *Derecho Internacional Público*, Ed. McGraw Hill, Colección Jurídicas, Madrid 1997, pág. 24.

<sup>12</sup> Recordemos que es fuente auxiliar del derecho internacional aplicable por la Corte Internacional de Justicia según lo señala el artículo 38 de su Estatuto de la misma.

<sup>13</sup> ORAÁ, Jaime. En torno al valor jurídico de la Declaración..., Op. Cit., pág. 196.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Ver: CANÇADO Trindade, Antonio Augusto. Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos, en *Memoria: Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia*, Ed. CICR, IIDH y Gobierno de Suiza, 1ª Ed., San José 1996. pág. 36; Asimismo, SWINARSKI, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José-Ginebra 1984, págs. 5-19, 47-51, 57-67; SASSOLI, Marco; BOUVIER, Antoine A.; etal. *How does law protect in war. Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Ed. International Committee of the Red Cross, Geneva 1999, Cap. 14, págs. 264-272; CORCUERA Cabezut, Santiago. *Derecho Constitucional y...*, Op. Cit.

<sup>17</sup> El Presidente de la Corte IDH el juez A.A. Cançado ha señalado los aportes de la misma Corte en este sentido: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Opiniones Consultivas nos. 8 y 9, ha dado una valiosa contribución con este propósito. En la octava Opinión Consultiva (El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías, 1987), la Corte consideró que los recursos de amparo y habeas corpus, “garantías judiciales indispensables”, no podrán ser suspendidos bajo el artículo 27(2) de la Convención, y se imponía considerar los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autorizasen explícita o implícitamente tal suspensión como “incompatibles” con las obligaciones internacionales a ellos impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, El Habeas Corpus bajo suspensión de Garantías, del 30/01/1987, pp. 3-25, párrafos 1-44). En la novena Opinión Consultiva (Garantía Judiciales en Estados de Emergencia, 1987), la Corte precisó además que los recursos del derecho interno deben necesariamente ser “idóneos y eficaces” y el *due process of law* (consagrado en el artículo 8 de la Convención) se aplica a “todas las garantías judiciales” referidas en la Convención, aún bajo el régimen de suspensión regido por el artículo 27 de la misma; se imponía asegurar que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia cuentan con garantías judiciales y estén sujetas a un control de legalidad, a efectos de preservar el Estado de Derecho (Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, del 06/10/1987, pp. 3-22, párrafos 1-41). CANÇADO Trindade, Antonio Augusto. *Aproximaciones o convergencias entre el derecho ...*, Op. Cit., pág. 77

<sup>18</sup> Artículo 19 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados. “Crímenes y delitos internacionales. 1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad

acumulada, en términos colectivos (v.gr. la responsabilidad del Estado) o individuales (v.gr. la responsabilidad de los criminales de guerra); si bien debe admitirse que, en el estadio actual de evolución del Derecho internacional, el régimen sancionatorio continua siendo colectivo y encuéntrase prácticamente reducido a los supuestos de ruptura de la paz y de la seguridad internacionales, según los cánones de la Carta de San Francisco.” AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos humanos...*, Op. Cit., pág. 123.

<sup>24</sup> El profesor Cançado concluye en un trabajo sobre la interrelación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la siguiente manera: “Los desarrollos recientes en la protección internacional de la persona humana, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado...realzan la obligación general de la debida diligencia por parte del Estado, desdoblable en sus deberes jurídicos de tomar medidas positivas para prevenir, investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos, lo que además resalta e inserta en la orden del día el debate sobre la protección erga omnes de determinados derechos y la cuestión del *Drittwirkung*, su aplicabilidad en relación a terceros. La nueva dimensión del derecho de protección del ser humano, dotado reconocidamente de especificidad propia, viene siendo jurisprudencialmente erigida sobre el binomio de las obligaciones de “respetar” y “hacer respetar”, en todas las circunstancias, los tratados del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.” CANÇADO Trindade, Antonio Augusto. *Aproximaciones o convergencias entre el derecho...* Op. Cit., pág. 87

<sup>25</sup> Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 172

<sup>26</sup> Christophe Swinarski señala al respecto que “La existencia de un sistema de sanciones en el Derecho Internacional Humanitario condiciona, de manera fundamental, su eficacia...Su propósito es punitivo como el de todo sistema de sanciones, pero este andamiaje tiene ante todo un propósito preventivo, dado que su incorporación al derecho interno de los Estados influye en los comportamientos de las personas y en la actuación del propio Estado, tanto para prevenir como para castigar.” SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Ed. IIDH, San José 1991, pág. 57

<sup>27</sup> “...el Estado es responsable por acciones u omisiones de carácter constituyente, legislativo o jurisdiccional tanto como lo es por sus actuaciones netamente administrativas o de ejecución; y, además, también le son atribuibles los comportamientos de los órganos de sus entidades públicas territoriales (regionales, provinciales, departamentales, cantonales, municipales, etc.) así como los de otras entidades que no formando parte ni del Estado ni de sus reparaciones territoriales ejercen -sea de derecho sea de hecho debido a la carencia de autoridades oficiales- prerrogativas del poder público.” AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos humanos...*, Op. Cit., pág. 127.

<sup>28</sup> Examen de los nuevos acontecimientos ocurridos en las esferas de que se ha ocupado la Subcomisión. Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales, Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, 45 Periodo de Sesiones, Tema 4 del programa provisional, Documento E/CN.4/Sub.2/1993/10, 8 de junio de 1999, Tomado de Internet: <http://www.unhchr.ch/>, p. 5

<sup>29</sup> La profesora Gil Gil al respecto señala: “...el principio de legalidad debe ser respetado en el Derecho penal internacional, igual que en los Derechos nacionales, como exigencia de la seguridad jurídica, como garantía contra el abuso y la arbitrariedad que podrían transformar la justicia penal en un instrumento de opresión o de venganza y como expresión de la igualdad ante la ley.” GIL Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional (Especial consideración del delito de genocidio)*, Ed. Tecnos, Madrid 1999, pág. 72. Continúa la profesora afirmando que “El principio de legalidad es un principio

internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, como la que prohíbe la agresión; b) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c) De una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid; d) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.” El Proyecto de fue tomado de la versión que se encuentra en: AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos humanos...*, Op. Cit., pág. 307

<sup>19</sup> GIL Gil, Alicia. *Derecho Penal Internacional (Especial consideración del delito de genocidio)*, Ed. Tecnos, Madrid 1999, pág. 34

<sup>20</sup> AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos humanos...*, Op. Cit., pág. 113; CANÇADO Trindade, Antonio Augusto. *Aproximaciones o convergencias entre el derecho...*, Op. Cit., pág. 69

<sup>21</sup> “En presencia de obligaciones internacionales de comportamiento o de medio, es decir, aquellas en las que el Estado se obliga a lograr o prevenir el advenimiento de una finalidad o resultado absteniéndose o ejecutando <determinadas actividades>, la valoración conductual del Estado reviste mayor complejidad...en el ámbito jurídico internacional, visto que la selección de los medios puede corresponder o estar referida al ámbito soberano del destinatario u obligado por la norma, es posible que las consecuencias esperadas con ocasión de aquella no sean exactamente las previstas por los beneficiarios. De allí que, la ilicitud internacional en estos supuestos tiene lugar si el destinatario no asumió la actitud que de él se esperaba, con independencia de las fórmulas que definitivamente adoptó o dejó de adoptar para ejecutar aquello a lo cual se había obligado.” AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos humanos...*, Op. Cit., pág. 115

<sup>22</sup> Es importante hacer hincapié en que la fuente de obligaciones puede ser el derecho internacional general o bien los tratados internacionales, y no necesariamente los tratados internacionales generan las obligaciones relativas a la represión de conductas. Por ejemplo el derecho internacional humanitario tiene como fuentes tanto los tratados como la costumbre. Para el profesor Christophe Swinarski: “Son, pues, fuente principal los tratados internacionales bi y multilaterales celebrados por los Estados y que se encuentran vigentes según las reglas del derecho de los tratados...En segundo lugar debemos mencionar la costumbre; las principales normas del derecho internacional de la guerra han logrado carácter consuetudinario que les confiere un título autónomo y separado de vigencia, aunque luego se encuentren estas normas posterior y repetidamente codificadas en distintos convenios y demás instrumentos jurídicos.” Ver: SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*, Ed. IIDH, San José 1991, pág. 17

<sup>23</sup> “Dentro de tal contexto, por derivar los crímenes internacionales del incumplimiento o violación de normas imperativas y de validez erga omnes, situadas más allá del escenario contractual de los Estados, aparejan un interés colectivizado, un derecho a la reclamación solidaria (actio popularis) y, sus consecuencias jurídicas no deberían ser otras que afflictivas y, subsidiariamente, reparatorias. Además la responsabilidad sobreviniente puede quedar comprometida, de manera alternativa o

fundamental del Derecho penal de los países civilizados y forma parte hoy en día, sin duda alguna, del Derecho internacional general, al haber sido recogido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.” *Ibidem*, pág. 73.

<sup>30</sup> “...la CDI ha señalado que -en los supuestos de violación de derechos humanos- l’action publique sólo procede cuando las acciones u omisiones del Estado responsable asumen un carácter sistemático y generalizado, o sea, al ser constitutivas de un crimen internacional.” AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos humanos...*, Op. Cit., pág. 156.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 83.

<sup>32</sup> El profesor Cançado nos dice lo siguiente acerca de la obligatoriedad erga omnes de las disposiciones del derecho internacional humanitario (normas que según la definición de Swinarsky se trata de aquellas que tienen origen convencional o consuetudinario que regulan la conducta de las partes en un conflicto armado internacional o no internacional): “El binomio ‘respetar/hacer respetar’ significa que las obligaciones de los Estados Partes abarcan incondicionalmente el deber de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de aquellos tratados por todos sus órganos y agentes así como por todas las personas sujetas a su jurisdicción, y el deber de asegurar que sus disposiciones sean respetadas por todos, en particular por los demás Estados Partes. Tales deberes se sitúan claramente en el plano de las obligaciones erga omnes. Se trata de obligaciones incondicionales, exigibles por todo Estado independientemente de su participación en un determinado conflicto, y cuyo cumplimiento integral interesa a la comunidad internacional como un todo...” CANÇADO Trindade, Antonio Augusto. *Aproximaciones o convergencias entre el derecho...*, Op. Cit., pág. 51.

<sup>33</sup> Nuevamente el profesor Cançado nos dice: “Tal obligación posee además una dimensión preventiva, al requerir de los Estados las medidas necesarias que les posibiliten asegurar el respeto del derecho humanitario: estas medidas -adopción de leyes, instrucciones y ‘órdenes’ pertinentes, en suma, conformidad del derecho interno en todos los niveles con el derecho humanitario -han de ser tomadas por los Estados a través de su acción legislativa y reglamentadora interna no solamente en tiempo de conflicto, sino también preventivamente en tiempo de paz (un aspecto del derecho internacional humanitario contemporáneo aún no suficientemente examinado).” CANÇADO Trindade, Antonio Augusto. *Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y...*, Op. Cit., pág. 53.

<sup>34</sup> Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 172; Corte I.D.H. Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 181-182; Corte I.D.H. Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 56.

<sup>35</sup> Tomado de Amnistía Internacional. Memorial en Derecho Amicus Curiae presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Consuelo Benavides Cevallos-Ecuador, 18 de diciembre de 1997, (mimeo), párr. 49.

<sup>36</sup> Los crímenes son “...<el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra la población civil, antes o durante la guerra, o bien la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos cuando esos actos o persecuciones...hayan sido cometidos como consecuencia de cualquier crimen que sea comprendido en la competencia del Tribunal o vinculado con ese crimen>.” LÓPEZ Garrido, Diego. La represión de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional, en GARCÍA Arán, Mercedes; GARRIDO López, Diego (Coords). *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (El caso Pinochet)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, pág. 43-4.

<sup>37</sup> LÓPEZ Garrido, Diego. La represión de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional, en GARCÍA Arán, Mercedes; GARRIDO López, Diego (Coords). Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (El caso Pinochet), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, pág. 44.

<sup>38</sup> “Lo decisivo, pues, para la formación e identificación de una norma imperativa es la percepción de un hecho psicológico, una opinio iuris cogentis que se aprecia en función de un juicio de valor ampliamente compartido por los miembros de la sociedad internacional, aunque no necesariamente unánime, y que puede expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de normas generales (así por ejemplo en un tratado de vocación universal o en una declaración de la AGNU...)” REMIRO Brotons, Antonio; et al. Derecho Internacional Público..., Op. Cit., pág. 24.

<sup>39</sup> Ver: BASSIOUNI, Cherif. International Criminal Law..., Op. Cit.

<sup>40</sup> GIL Gil, Alicia. Derecho Penal Internacional..., Op. Cit., pág. 89.

<sup>41</sup> Para casos recientes, fundamentos jurídicos y entrelazamiento del derecho convencional y consuetudinario en materia penal internacional, Ver: REMIRO Brotons, Antonio. El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad, Ed. Estudios de Política Exterior y Biblioteca Nueva, Madrid 1999. Asimismo, AMBOS, Kai. La nueva Justicia Penal Internacional, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala 2000. También Ver: REISMAN, Michael; LEVIT, Janet K. Reflections on the Problem of Individual Responsibility for Violations of Human Rights, en AA.VV. The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal, Ed. IIDH, Costa Rica 1996, págs. 419-436.

<sup>42</sup> BASSIOUNI, Cherif. International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions, Ed. Transnational Publishers Inc, Irvington-on-Hudson, New York, pág. 15.

<sup>43</sup> GIL Gil, Alicia. Derecho Penal Internacional..., Op. Cit., págs. 89-90.

<sup>44</sup> Preámbulo del Estatuto.

<sup>45</sup> Se define de la misma manera que la Convención del Genocidio de 1948. Ver definición del crimen en el artículo 6 del Estatuto.

<sup>46</sup> El artículo 5 del Estatuto contempla también el crimen de agresión, no obstante el mismo no fue definido.

<sup>47</sup> Art. 12 del Estatuto.

<sup>48</sup> Art. 11 del Estatuto.

<sup>49</sup> Stanislav Chernichenko señaló que “6. Las violaciones de los derechos humanos pueden afectar a las personas o tener un carácter masivo que podría indicar que la situación de derechos humanos en un Estado determinado es deplorable. Además, ambos tipos de violaciones pueden ser relativamente poco importantes, más graves o incluso manifiestas. Por último, puede tratarse de episodios aislados o sistemáticos. Es menester distinguir, pues, entre las violaciones de los derechos humanos de la persona, por un lado, y las situaciones en las cuales esas violaciones son la norma, por el otro...las violaciones de los derechos humanos de la persona y las violaciones masivas de los derechos humanos pueden perpetrarse por distintos grados de complicidad por parte del Estado...” Examen de los nuevos acontecimientos ocurridos en las esferas de que se ha ocupado la Subcomisión. Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales, Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, 45 Período de Sesiones, Tema 4 del programa provisional, Documento E/CN.4/Sub.2/1993/10, 8 de junio de 1999, Tomado de Internet: [www.unhchr.ch/](http://www.unhchr.ch/), p. 3

<sup>50</sup> “13...Aunque la definición del caso individual no presenta dificultades, no es posible enunciar criterios para definir las violaciones masivas mientras éstas se compongan de casos individuales; es

imposible decir cuántos casos individuales constituyen una violación masiva.” Documento E/CN.4/Sub.2/1993/10, 8 de junio de 1999, p. 4.

<sup>51</sup> Hacemos hincapié en la afirmación del profesor Bassiouni: “It should be also stated that most of the surveyed instruments were drafted with a view to establishing individual criminal responsibility and that they do not establish state criminal responsibility. This is so despite the fact that clearly some of the crimes are the product of state policy or, likely, the product of state sponsorship.” BASSIOUNI, Cherif. *International Criminal Law...*, Op. Cit., pág. 31.

<sup>52</sup> Párrafo 10 del Preámbulo y artículo 1º del Estatuto. Otto Triffterer señala lo siguiente: “... the Statute and the exercise of the jurisdiction of the Court are based on the assumption that there exists complementary national jurisdiction. Such a jurisdiction presupposes that the ‘essence’ of the Statute can be executed in the respective State and that especially the crimes defined in it may and ought to be prosecuted primarily before national courts. Thus, the implementation of all relevant provisions, of substantive and procedural law, is equally and indispensable condition to fulfill the purposes of the Statute.” TRIFFTERER, Otto. *Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes*, en KRE\*, Claus; LATTANZI, Flavia (eds.). *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*. Volume I, Eds. Nomos Verlagsgesellschaft y Editrice il Sirente, Baden-Baden y Ripa di Fagnano Alto 2000, pág. 4. Esta obra contiene, además de dos ensayos generales sobre la ratificación y los problemas constitucionales que se pueden presentar para adecuar la legislación interna al Estatuto, el análisis de la legislación y los procesos de implementación del Estatuto de por lo menos 10 países que están por ratificarlo o ya lo hicieron.

<sup>53</sup> Inciso a) Fracción I del artículo 21 del Estatuto que se refiere al Derecho Aplicable por la Corte Penal Internacional. Los Elementos del Crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba fueron aprobados el pasado 30 de junio de 2000 por la Comisión Preparatoria que para tales efectos fue conformada por la resolución F del Anexo I del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. A/CONF.183/10 del 17 de julio de 1998. Tomado de edición a cargo de la Asociación Pro Derechos Humanos de Perú, la Coalición por la Corte Penal Internacional y la Federación Internacional de Derechos Humanos.

<sup>54</sup> El artículo 9 del Estatuto se refiere a los Elementos del Crimen como instrumentos que “ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto...”

<sup>55</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, aprobado en Nueva York, el 30 de junio de 2000. Documento: PCNICC/2000/INF/3/Add.2, párr. 1.

<sup>56</sup> Asamblea General. Resolución 33/73 del 20 de diciembre de 1978. “Recalling the provisions of the Universal Declaration of Human Rights and in particular articles 3, 5, 9, 10 and 11, concerning, inter alia, the right to life, liberty and security of persons, freedom from torture, freedom from arbitrary arrest and detention, and the right to a fair and public trial; and the provisions of articles 6, 7, 9 and 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which define and establish safeguards for certain of these rights...” Tomado de MASO Jardim, Tarciso Dal. *Crime do Desaparecimento Forçado de Pessoas: Aproximações e Dissonâncias entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a Prática Brasileira*, (mimeo), pág. 133, Anexo A.

<sup>57</sup> “Deeply moved by the anguish and sorrow which such circumstances cause to the relatives of disappeared persons, especially to spouses, children and parents...” *Ibíd.*

<sup>58</sup> “1. Calls upon Governments...(b) To ensure that law enforcement and security authorities or organizations are fully accountable, especially in law, in the discharge of their duties, such

accountability to include legal responsibility for unjustifiable excesses which might lead to enforced or involuntary disappearances and to other violations of human rights..." Ibidem.

<sup>59</sup> Ver: MASO Jardim, Tarciso Dal. *Crime do Desaparecimento...*, Op. Cit., pág. 17.

<sup>60</sup> Tomado de Folleto Informativo N° 6 (Rev. 1) sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Naciones Unidas.

<sup>61</sup> El Grupo de Trabajo se crea mediante resolución 20 (XXXVI) del 29 de febrero de 1980.

<sup>62</sup> CCPR. Observación General 6 (General Comments). Del derecho a la vida (art. 6). Adoptada en su 16° periodo de sesiones, 1982.

<sup>63</sup> Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992. Documento: A/RES/47/133.

<sup>64</sup> Los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a sus dos Protocolos Adicionales del año 1977, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios fundamentales sobre la utilización de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias.

<sup>65</sup> Preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>66</sup> Ver: MAZUELOS Cuello, Julio Fernando. La desaparición forzada o involuntaria de personas desde la perspectiva del derecho internacional, en Revista de la Academia Diplomática del Perú, Enero-Marzo 1997, N° 47 sobre Política Internacional: Violencia y Criminalidad: Casos y tendencias en el escenario internacional de fin de siglo, págs. 137-174.

<sup>67</sup> Art. 1 Fracción 2. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.

<sup>68</sup> Art. 10 de la DDFP.

<sup>69</sup> Art. 19 de la DDFP. Para un análisis detallado sobre las obligaciones que emanan de la DDFP, Ver: Ver: MASO Jardim, Tarciso Dal. *Crime do Desaparecimento...*, Op. Cit., págs. 37 y ss.

<sup>70</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 56° periodo de sesiones, aprobado el 21 de diciembre de 1999. Documento: E/CN.4/2000/64, párr. 2.

<sup>71</sup> En las primeras sentencias contra Honduras encontramos un listado de pronunciamientos por parte de la Asamblea General de la OEA y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del crimen de desaparición forzada de personas. Ver: Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 149-152; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 1157-160.

<sup>72</sup> “153. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la prácticas internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que “es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES. 666, supra). También la ha calificado como “un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal (AG/RES.742, supra).” Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 153; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 161.

<sup>73</sup> “155. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos...”, los derechos violados son el derecho a la libertad, a la vida, a la integridad, al debido proceso, la prohibición de ser sometido a torturas u otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes y los sufrimientos a los que sus familiares se ven sometidos por dicha desaparición se consideran a su vez crueles, inhumanos o degradantes. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 155-7; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 163-165; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989, Serie C No. 6, párrs. 147-150; Caso Blake, Excepciones Preliminares, Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C No. 27, párr. 35.

<sup>74</sup> Los casos en los que se han presentado desapariciones forzadas son: Velásquez Rodríguez; Godínez Cruz; Neira Alegría, Caballero Delgado y Santana; Castillo Páez; Blake, Paniagua Morales y otros.

<sup>75</sup> Art. 4 CADH.

<sup>76</sup> Art. 7 CADH.

<sup>77</sup> Art. 6 CADH.

<sup>78</sup> Arts. 8 y 25 CADH.

<sup>79</sup> Artículo 17 CADH. Esto lo podemos observar en las sentencias: Corte I.D.H. Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34, párrs. 85; Caso Blake, Serie C No. 36, párrs. 114-5.

<sup>80</sup> Vale la pena citar al Profesor Cançado en este sentido: “38. En una situación continuada propia de la desaparición forzada de persona, las víctimas son tanto el desaparecido (víctima principal) como sus familiares; la indefinición generada por la desaparición forzada sustrae a todos de la protección del derecho...No hay cómo negar la condición de víctimas también a los familiares del desaparecido, que tienen el cotidiano de sus vidas transformado en un verdadero calvario, en el cual los recuerdos del ser querido se mezclan con el tormento permanente de su desaparición forzada. En mi entender, la forma compleja de violación de múltiples derechos humanos que representa el delito de desaparición forzada de persona tiene como consecuencia la ampliación de la noción de víctima de violación de los derechos protegidos.” Corte I.D.H. Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 38.

<sup>81</sup> “13. En el cas d’espece, la limitación racione temporis de la competencia de la Corte Interamericana, al restringir el alcance de la vía judicial, conlleva a la casi desfiguración del delito de desaparición forzada en el caso Blake. Dicha limitación descompone aquel delito complejo, reteniendo para consideración, en cuanto a los derechos protegidos por la Convención, los elementos referentes tan sólo a las garantías judiciales (artículo 8(1) de la Convención Americana) y al derecho a la integridad psíquica y moral (artículo 5 de la Convención), ambos en relación con los familiares de la persona desaparecida.” Continúa el juez brasileño “14. Hay otros aspectos preocupantes en la ‘fragmentación’

del delito de desaparición forzada de personas en violaciones sucesivas de los derechos humanos en el curso del tiempo: mas allá de la artificialidad de tal descaracterización reside el hecho de que, en la desaparición forzada de personas, estamos ante la violación de derechos de carácter inderogable, como el propio derecho fundamental a la vida, en el marco de una situación continuada. Es lo que oportunamente advierte el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que agrega -al igual que el preámbulo de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas- que la práctica sistemática de dicha desaparición constituye un crimen de lesa humanidad." Corte I.D.H. Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 13.

<sup>82</sup> GONZÁLEZ Cueva, Eduardo. A Latin American Perspective on Enforced Disappearance of Persons. Jurisprudence and Testimonies, documento preparado para la Coalición por la Corte Penal Internacional, Marzo de 2000, (mimeo).

<sup>83</sup> *Ibidem*. El maestro Cueva en dicho documento incluye un cuadro en el que sistematiza la información que sobre las desapariciones forzadas extrajo de las sentencias de la Corte I.D.H.

<sup>84</sup> Art. I.b) Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (CIDFP).

<sup>85</sup> Art. III CIDFP.

<sup>86</sup> Art. II CIDFP.

<sup>87</sup> "Por unanimidad...5. Decide que la República de Colombia está obligada a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y su sanción conforme al derecho interno." Corte I.D.H., Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 72.5.

<sup>88</sup> Con sus críticas tenemos legislación sobre la materia en Brasil, Colombia, Guatemala y Perú.

<sup>89</sup> Ver: Amnistía Internacional. Manual para la Acción. Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa, Ed. EDAI, Madrid 1994, en particular los Capítulos 9, 10 y 11.

<sup>90</sup> Para un análisis sobre las leyes de amnistía desde el Derecho Internacional, Ver: CORCUERA Cabezut, Santiago. Las leyes de amnistía en el derecho internacional de los derechos humanos, en *Juridica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 29, 1999, págs. 23-38.

<sup>91</sup> Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

<sup>92</sup> Adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982.

<sup>93</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>94</sup> Tomados del Preámbulo de la DDFP.

## EL DERECHO A LA HONRA Y LA REPUTACION \*

Diego Rodríguez-Pinzón

En el presente ensayo abordaremos algunas de las cuestiones de mayor relevancia en relación al derecho que todo ser humano tiene a que se le proteja la honra y la reputación. No pretendemos agotar el tema referido sino realizar algunas reflexiones sobre algunos de los aspectos de mayor importancia para su promoción y protección. En el presente trabajo haremos referencia esencialmente a las normas internacionales que regulan la materia, resaltando la jurisprudencia y los estándares desarrollados por diferentes órganos de supervisión de tratados, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos. De esta forma buscamos hacer un aporte sobre el papel del Ombudsman como garante natural de una adecuada estructura jurídica que asegure la vigencia del derecho a la honra y la reputación en los Estados del continente americano.

### 1. Normas internacionales que regulan el derecho a la honra y la reputación

Un punto de partida para abordar la discusión del tema que nos ocupa son los tratados internacionales de derechos humanos que regulan la materia. Dichas normas constituyen un común denominador que rige la conducta de los Estados que han ratificado dichos instrumentos. Por lo tanto, las pautas que los órganos de supervisión señalan al interpretar dichos tratados son guías muy autorizadas para orientar la normatividad y práctica interna de los Estados.

El derecho a la honra y la reputación está reconocido expresamente en tratados internacionales de derechos humanos tanto universales como regionales, así como en algunas de las constituciones políticas de América Latina. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "el Pacto") establece en su Artículo 17 que:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación;

---

\* Este artículo fue presentado ante el IV Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) en septiembre de 1999.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por su parte, el Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana”) dispone:

**Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

A diferencia del Pacto y de la Convención Americana, el Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convención Europea”) no tiene una disposición que consagre expresamente el derecho a la honra y reputación de las personas. Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Europea”) y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Europea”) han desarrollado el concepto jurisprudencialmente interpretando extensivamente el Artículo 8 (derecho a la privacidad e intimidad) de la Convención Europea.<sup>1</sup> Además, también han determinado el alcance de la noción de “reputación” al hacer referencia al Artículo 10 (libertad de expresión) de la Convención Europea, ya que el párrafo 2 de dicha disposición establece que entre las razones válidas para limitar este derecho está la necesidad de proteger la reputación de las personas.<sup>2</sup>

El Artículo 11 de la Convención Americana garantiza entonces el derecho de toda persona a que *se respete* su honra y a que se le garantice el que no haya injerencias *arbitrarias o abusivas* contra su vida privada. Ello implica que el Estado tiene dos tipos de obligaciones: el deber de respetar, o sea de abstenerse de interferir en dicho derecho, y el deber de garantizar, o sea asegurar que bajo su jurisdicción ese derecho no sea vulnerado por las acciones de cualquier persona o entidad.<sup>3</sup> El deber de respetar implica el que los agentes del Estado deben evitar vulnerar los derechos de las personas ya sea por acción o por omisión. El deber de asegurar o garantizar tiene dos dimensiones fundamentales: 1) el Estado debe prevenir las violaciones estructurando su sistema doméstico y sus normas para garantizar los derechos de las personas, y 2) el

Estado debe tomar las medidas necesarias en casos específicos, tales como ofrecer los recursos judiciales y/o administrativos necesarios para remediar y reparar una violación. El deber de garantizar opera frente a acciones de actores privados o públicos que vulneren el derecho garantizado.

El aparte más relevante del Artículo 11 de la Convención Americana en el tema que nos ocupa establece que nadie puede ser objeto de *ataques ilegales a su honra y reputación*, calificando el tipo de ataques que son arbitrarios o abusivos. El concepto *ilegales* implica entonces que puede haber “ataques” *legales* contra la reputación y la honra. El hecho de que la Convención consagre dicha calificación nos remite a la legislación interna para determinar el tipo de “ataques” que son legales, y cuáles son ilegales. No obstante, el que la legislación doméstica establezca la ilegalidad de cierto tipo de “ataques” no basta para determinar si dicha clasificación se ajusta a la Convención. Como veremos a continuación, a lectura del Artículo 11 debe someterse a ciertas reglas de interpretación y de restricción o limitación de los derechos reconocidos en la Convención.

## **2. Restricciones al derecho a la honra y la reputación**

El Artículo 29.<sup>4</sup> establece que la Convención no puede ser interpretada de manera tal que se permita a los Estados o a las personas “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. En consecuencia, es necesario determinar cuáles son las limitaciones autorizadas por la Convención en el caso del Artículo 11, ya sea en el texto mismo del artículo o en otras disposiciones de la Convención que regulan de manera general las restricciones o limitaciones permisibles (Artículos 32.2. y 30 de la Convención).

El Artículo 11 de la Convención Americana no establece expresamente la posibilidad de que se pueda restringir o limitar el derecho a la honra y la dignidad. Al no existir norma especial que autorice restricciones específicas, opera entonces el Artículo 32.2 de la Convención que contiene la cláusula genérica de restricciones de la Convención<sup>5</sup> y que dice:

Artículo 32.- Correlación entre Deberes y Derechos. . . . 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Al respecto la Corte Interamericana ha dicho: “El 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”.<sup>6</sup> El Artículo 32 de la Convención prescribe una serie de reglas para interpretar los derechos reconocidos en este instrumento. Entre otros aspectos, el Artículo 32 establece que los derechos de otros, la seguridad y el bien común de una sociedad democrática deben orientar la interpretación y aplicación de estos derechos. En otras palabras, los derechos de los demás y las necesidades colectivas en una sociedad democrática deben ser la guía necesaria para establecer limitaciones al derecho a la honra y la reputación.

De otra parte, el Artículo 30<sup>7</sup> de la Convención señala cómo tienen que establecerse las limitaciones autorizadas por este instrumento (aquellas permitidas por el Artículo 32.2 o las específicamente señaladas en otras disposiciones como sucede con la libertad de expresión). Las restricciones que buscan proteger la reputación y honra de las personas deben dictarse de conformidad con las leyes, y dichas leyes deben cumplir con ciertos requisitos. Deben ser legítimas<sup>8</sup> y además su contenido y finalidad deben atender el interés general. La noción de “interés general” en el Artículo 30 debemos entenderla en los mismos términos en que la Corte caracteriza los conceptos de “orden público” o “bien común” del Artículo 32.2.<sup>9</sup>: “[e]sos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.<sup>10</sup>

Las limitaciones contenidas en el Artículo 32.2. o en aquellas normas que establezcan restricciones específicas permisibles para ciertos derechos deben cumplir, de acuerdo con la Corte, con las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, . . . , establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”.<sup>11</sup>

En general se puede afirmar que las disposiciones que autorizan limitaciones a derechos consagrados en un tratado de derechos humanos deben ser interpretadas en forma restrictiva de manera que esos derechos no sean limitados más allá de lo requerido.<sup>12</sup> Ello implica que las medidas de restricción deben ser “necesarias” para lo cual no basta el que la medida sea conveniente, suficiente o útil para proteger el derecho, sino que debe ser “estrictamente necesaria”.<sup>13</sup> Asimismo, las medidas deben ser *necesarias en una sociedad democrática*, para lo cual no es suficiente una justificación que pretenda proteger a las mayorías de una conducta considerada ofensiva.<sup>14</sup> Además, el Estado debe optar por aquella medida que sea la *menos intrusiva posible*, de manera que quede reducida a un mínimo ineludible.<sup>15</sup>

Adicionalmente, una medida necesaria y lo menos intrusiva posible debe ser además proporcional, de forma tal que el derecho protegido no sea rebasado por un interés legítimo del gobierno que compita directamente con el derecho en cuestión.<sup>16</sup> Dicho interés debe tener una importancia especial para el gobierno y se refiere solo a aquellos “intereses legítimos” establecidos en el Artículo 32.2 de la Convención Americana (u otros que se establezcan en disposiciones que consagren derechos específicos): los derechos de otros, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común.<sup>17</sup> Sin embargo es necesario recordar que, según el criterio de la Corte, en la medida que un Artículo de la Convención autorice limitaciones específicas a cierto derecho, el Artículo 32.2. deja de ser aplicable para restringir dicho derecho.<sup>18</sup>

A los anteriores elementos debe sumársele el que los estándares legales que establezcan las limitaciones tienen que ser específicos y claros de manera tal que se reduzca el margen de discreción al aplicar dichas normas.<sup>19</sup> Esto involucra dos elementos: 1) el que la descripción normativa sea “accesible” a los funcionarios y las personas, y 2) que la descripción de la conducta sea lo suficientemente precisa para que las personas puedan prever las consecuencias legales y así puedan regular su conducta. Cuanto más intrusiva sea la restricción, más precisa debe ser la regulación.<sup>20</sup>

No solamente es importante analizar las normas que establecen limitaciones a los derechos protegidos. Es igualmente relevante establecer si la práctica o aplicación de una norma es excesivamente restrictiva. Una norma puede ajustarse a los parámetros establecidos para limitar un derecho pero su aplicación puede exceder dichos límites.<sup>21</sup> Dicha práctica puede presentarse en el ámbito de los tribunales de justicia así como en la administración pública (rama ejecutiva).

Por último, al justificar una limitación a un derecho protegido, las autoridades nacionales deberán demostrar que el fin y objeto de la norma (protección del bien común) es el de evitar un daño cierto o tangible a la sociedad. No es suficiente argumentar la limitación sobre la base de afirmaciones no sustentadas o meras especulaciones de un daño presumido al bien común.

En consecuencia, una norma interna (una ley) que establezca que cierto tipo de “ataques” a la honra y la reputación de las personas son ilegales, puede ser inaceptable a la luz de la Convención en la medida que afecte indebidamente otros derechos (como lo podría ser la libertad de expresión), ya sea porque es una norma emitida en forma ilegítima o porque su contenido y finalidad son excesivamente restrictivos o afectan indebidamente otros derechos consagrados en la Convención. En otras palabras, sería incompatible con la Convención no porque se vulneren las limitaciones permitidas al Artículo 11 (honra) sino aquellas relacionadas con el Artículo 13 (expresión). Luego el análisis elaborado respecto a las limitaciones permitidas para el derecho a la honra y reputación bajo la Convención no se limita a dicha disposición, sino que es necesario analizar otras normas de la Convención que puedan ser relevantes frente a un caso o situación específica.

Es importante anotar que en materia de limitaciones al Artículo 11 también son relevantes otros derechos reconocidos en la Convención Americana. Este es el caso del Artículo 8.5 de la Convención que señala que el “proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Si bien la honra y la reputación de un procesado puede verse afectada por la publicidad del proceso penal, el Estado no puede proteger ese derecho del imputado estableciendo un procedimiento secreto. Sin embargo, en el caso de los menores de edad puede ofrecerse una mayor protección como lo dispone en forma genérica el Artículo 19 (Derechos del Niño)<sup>22</sup> de la Convención y el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>23</sup>, que, como hemos señalado, deben ser tomadas en cuenta al interpretar la Convención en virtud del Artículo 29 de la misma.<sup>24</sup> La protección del menor procesado puede responder claramente a la necesidad de “preservar los intereses de la justicia”.

## Suspensión

Adicionalmente, es importante recordar que el Artículo 27 de la Convención Americana autoriza la *suspensión* de ciertos derechos “en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. . .” pero solo “en la medida y por tiempo estrictamente limitados. . .” Es difícil concebir una situación de emergencia bajo la cual sea necesario suspender el derecho a la honra y la reputación protegido en el Artículo 11. En qué situación puede hacerse necesario

atacar arbitrariamente la honra y reputación de una persona? Podría concebirse una situación de guerra interior de alta intensidad en la que el Estado considere necesario hacer propaganda negativa, atacando, por lo tanto, la reputación del enemigo. Pero dichos supuesto son extremos y es necesario realizar un esfuerzo “garciamarquino” para siquiera imaginar una hipótesis ilustrativa. En todo caso, las motivaciones y consideraciones que lleven a un Estado a suspender este derecho están sujetas a la supervisión internacional, para determinar si dicha suspensión se ajusta a los límites establecidos por la Convención.<sup>25</sup>

### **3. Relación entre el Artículo 11 y el Artículo 13 de la Convención**

Debido a su naturaleza, el derecho a la honra y la reputación guarda una estrecha relación con la libertad de expresión<sup>26</sup> en razón a que en general los ataques a la honra y reputación de las personas se realizan generalmente mediante la diseminación de ideas e informaciones. El Artículo 13 de la Convención Americana dispone:

#### Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente 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 o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. 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.

5. 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 Comisión y la Corte le reconocen un valor “sumamente elevado” a la libertad de expresión dentro del catálogo de garantías fundamentales de la Convención debido a su importancia central para toda sociedad democrática. Según la Corte Interamericana, “[l]a 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, 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 libre”.<sup>27</sup> De hecho, la Corte ha indicado que la Convención Americana es mucho más generosa al garantizar la libertad de expresión que la Convención Europea o el Pacto. Es importante señalar que este derecho no solo protege el discurso o expresión inofensivos o bien recibidos por la opinión pública, sino también aquel que ofende o perturba al Estado o a una parte de la población.<sup>28</sup> Un caso interesante de la Corte Europea es el de *De Haes y Gijssels v. Bélgica* que ilustra la forma en que las normas internacionales sobre libertad de expresión son interpretadas cuando involucran ataques a la reputación de las personas. En el mencionado caso se denunció la violación a la libertad de expresión de un periodista. El periodista había sido condenado por difamar a un tribunal mediante un artículo en el que se cuestionaba duramente la labor de los jueces en la resolución de un caso de divorcio. La Corte Europea sostuvo que el artículo periodístico no atentaba contra el honor de los jueces en forma desproporcionada como para justificar la responsabilidad ulterior del periodista en el ejercicio de su libertad de expresión.<sup>29</sup>

Evidentemente, el alcance de las medidas de garantía al derecho a la honra y la reputación que el Estado considere adoptar deben tomarse sin limitar indebidamente el derecho a la libertad de expresión. Dado el alto grado de protección del cual goza la libertad de expresión en la Convención, las medidas de garantía del derecho a la honra y la reputación se encuentran limitadas desde varias perspectivas.

En primer lugar, como hemos mencionado anteriormente, el Artículo 30 de la Convención señala la forma en que deben establecerse las limitaciones del Artículo 32.2 o las contenidas en otras disposiciones como sucede con la libertad de expresión. Como hemos indicado, el Artículo 11 hace referencia a que nadie puede ser objeto de ataques *ilegales* a su honra y reputación.<sup>30</sup> Por lo tanto, aquellas normas que caracterizan dicha *ilegalidad* pueden constituir, a su vez, limitaciones a la libertad de expresión (Art. 13), autorizadas por dicho artículo en el numeral 2.a. Este artículo requiere que toda limitación a la libertad de expresión esté 1) consagrada en la ley y 2) sea necesaria. En razón de lo anterior, toda medida que pretenda proteger el derecho a la honra y la reputación (Art. 11) y que a su vez limite la libertad de expresión (Art. 13) debe cumplir con esas dos características. En otras palabras, la noción de *ilegalidad* en el Artículo 11.2. está íntimamente vinculada a la noción de *ley* consagrada en el Artículo 13.2., lo cual implica que dicha ley debe someterse a los estándares de restricción que hemos desarrollado con anterioridad.

Otra limitante que afecta el derecho a la honra y la reputación es la prohibición de la censura previa expresamente establecida en el Artículo 13.3 de la Convención Americana.<sup>31</sup> Los Estados no pueden censurar informaciones ni directa ni indirectamente. Esta prohibición, según la jurisprudencia de la Corte, parece ser absoluta.<sup>32</sup> En consecuencia, no está permitido proteger el derecho a la honra y la reputación mediante medidas previas que se puedan caracterizar como censura. Teniendo en cuenta que la responsabilidad internacional del Estado se ve comprometida no solo por actos del ejecutivo sino también del poder legislativo y el poder judicial, no está permitido a estos órganos tomar medidas previas que constituyan censura.

En este sentido la Comisión Interamericana se pronunció en el Caso *Martorell vs. Chile*<sup>33</sup> al señalar que:

“... las disposiciones del artículo 11 no pueden interpretarse, por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación del artículo 13 de la Convención Americana, que prohíbe la censura previa. En el escrito de respuesta a la denuncia de los peticionarios, el Gobierno de Chile sostuvo que:

En la especie no se ha impedido la publicación de ninguna opinión, pensamiento o idea, y solamente se ha buscado proteger la honra de las personas, como lo autorizan -más precisamente, lo ordenan- tanto la Convención, el Pacto y la Constitución Chilena, todas en esta materia en perfecta armonía.

... La Comisión no está de acuerdo con ese argumento porque la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del señor Martorell implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.

... Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana -y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia- los Estados Parte tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención”.<sup>34</sup>

Sin embargo, el hecho de que los Estados no puedan recurrir a la censura para proteger el derecho a la honra y la reputación no implica que el Estado esté desprovisto de mecanismos para asegurar y garantizar el derecho a la honra y reputación de las personas bajo su jurisdicción. En primer lugar, el Estado dispone de la posibilidad de adoptar medidas para establecer responsabilidades ulteriores, tales como los mecanismos judiciales para establecer la responsabilidad civil de aquellos que hayan vulnerado este derecho. Así mismo, en las legislaciones latinoamericanas existe la posibilidad de establecer responsabilidades penales por conductas que atenten contra la honra y reputación de las personas<sup>35</sup>. Adicionalmente, los afectados pueden recurrir a su derecho de rectificación y respuesta reconocido en el Artículo 14 de la Convención Americana, como se expone más adelante.

Estas formas ulteriores de garantizar este derecho, sin embargo, están condicionadas a que no vulneren otros derechos consagrados en la Convención Americana o en otros cuerpos normativos internacionales o domésticos. Los controles ulteriores deben cumplir con requisitos de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad, menor limitación posible y finalidad legítima<sup>36</sup>.

La Corte Europea se ha referido a las responsabilidades ulteriores para proteger la libertad de expresión señalando la necesidad de limitar el tipo de medidas ulteriores permisibles en relación a la condición de la personas objeto de los “ataques” a su reputación u opiniones<sup>37</sup>:

“La libertad de debate político no tiene indudablemente una naturaleza absoluta. Un Estado contratante puede imponerle ciertas “restricciones” o “sanciones” pero es la Corte [Europea] la que tiene la última palabra en cuanto a la compatibilidad de dichas medidas y la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 (ver *mutatis mutandis*, la sentencia de *The Observer y The Guardian . . .*). Los límites de crítica permisible son más amplios para el gobierno que para un ciudadano privado o incluso un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sometidas al control cercano no sólo del legislativo y el ejecutivo sino también de la prensa y la opinión pública. Es más, la posición dominante que el gobierno ocupa hace necesario que éste restrinja su potestad para recurrir a procedimientos penales, particularmente cuando hay otros medios disponibles para responder a ataques y críticas injustificadas de sus adversarios y de los medios de comunicación. En cualquier caso, queda abierto a las autoridades competentes del Estado, en su capacidad de garantes del orden público, el adoptar las medidas, incluso de naturaleza penal dirigidas a reaccionar adecuadamente y sin exceso ante las acusaciones difamatorias sin fundamento o formuladas de mala fe (subrayado agregado)”.<sup>38</sup>

#### 4. Rectificación y respuesta

Otro mecanismo posible para garantizar este derecho es el derecho de rectificación y respuesta consagrado en la Convención misma. El Artículo 14 de la Convención Americana establece el “Derecho de Rectificación o Respuesta”, que es una disposición única en materia de protección internacional de derechos humanos, señala:

##### Artículo 14.

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Esta norma ha sido utilizada por tribunales domésticos en forma creativa. Por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina, en el Caso *Ekmekdjian Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*,<sup>39</sup> consideró que el Artículo 14 de la Convención Americana era aplicable directamente a un caso en el que el recurrente alegaba que se le había negado su derecho de rectificación en un programa de televisión. La Corte consideró que si bien no existía norma constitucional que consagrara dicho derecho, la Convención Americana, de la cual era parte Argentina, podría ser fuente legal para el caso específico. La Corte estableció que el Artículo 14 podía entonces operarse directamente ya que no requería de implementación normativa adicional (*self-executing*)<sup>40</sup> para poder ser aplicado al caso en cuestión.

Otras altas cortes de los Estados del hemisferio han aplicado dicho derecho teniendo como fuente la norma constitucional que lo consagra.<sup>41</sup> Más allá de discutir en el presente análisis si el contenido de dichas sentencias se ajusta o no a los estándares internacionales, nos referimos a la jurisprudencia de los tribunales nacionales porque es una fuente importante para el debate sobre un tema que admite una amplia variedad de interpretaciones, que consulta ciertas tradiciones legales regionales y que se está modificando constantemente.

## 5. Criminalización de expresiones ofensivas contra funcionarios públicos

En relación a las medidas ulteriores para proteger el derecho a la honra y la reputación, la Comisión Interamericana se ha pronunciado sobre las leyes que criminalizan la expresión ofensiva contra funcionarios públicos en su *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.<sup>42</sup> De acuerdo con la Comisión, las leyes de desacato son "...una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales".<sup>43</sup>

En dicho informe la Comisión se refirió fundamentalmente a las limitaciones a la libertad de pensamiento y expresión reconocida en el Artículo 13 de la Convención. Como hemos mencionado con anterioridad, el Artículo 13.3.a. dispone expresamente que la libertad de pensamiento y expresión solo puede estar sujeta a "...responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás". La Comisión consideró que existen fines legítimos para establecer mecanismos que garanticen la reputación de los funcionarios públicos. Pero señaló que existe una diferencia entre la honra y reputación de personas públicas, y aquella de las personas privadas, lo cual tiene efectos en la forma en que se implementa dicha

protección. Según la Comisión, las normas que limitan la libertad de expresión para proteger la honra y reputación de funcionarios públicos deben atenerse a ciertos criterios esenciales. La defensa del periodista o crítico no puede circunscribirse solamente a probar la verdad de sus afirmaciones ya que usualmente dichas afirmaciones involucran juicios de valor.<sup>44</sup>

La Comisión concluyó que la responsabilidad penal por la expresión ofensiva contra funcionarios públicos es incompatible con la Convención y solo sería permisible cuando existe “una amenaza evidente y directa de violencia anárquica” en los términos del Artículo 13.5 de la Convención. Por lo tanto, para proteger la honra y reputación de funcionarios públicos solo es posible utilizar medidas posteriores de carácter civil, tales como la responsabilidad civil y/o la rectificación y respuesta de las informaciones infamantes.

La Comisión, al considerar que un funcionario público, como persona pública, estaba expuesto a un nivel menor de protección de su derecho a la honra, reputación y propia imagen debido al amplio alcance que la libertad de expresión e información tiene en las sociedades democráticas, indirectamente reconoció que la protección de la honra y reputación de personas sin notoriedad pública es mayor. En estos casos las responsabilidades posteriores pueden tener carácter civil o penal.<sup>45</sup> Sin embargo, dichas medidas posteriores tienen que someterse al análisis de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad, finalidad legítima y restricción mínima posible requeridos para las restricciones a los derechos. Luego, es posible afirmar que ciertas normas penales sobre injuria, calumnia y/o difamación a particulares podrían ser incompatibles con la Convención si la libertad de expresión se ve afectada en forma desproporcionada. Esto puede ocurrir cuando la pena es excesiva, de forma tal que desincentiva en forma desproporcionada el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>46</sup> En este mismo sentido, la responsabilidad civil por difamación debe ser igualmente proporcionada.<sup>47</sup>

## **6. Otras dimensiones del concepto de “honra” según la casuística de la Comisión Interamericana sobre el Artículo 11 de la Convención**

Existen otros aspectos del derecho a la honra y la reputación que vale la pena resaltar ya que en el sistema interamericano la jurisprudencia sobre el Artículo 11 se ha desarrollado en casos que se refieren a la honra desde una perspectiva vinculada con la noción de “dignidad” en el párrafo 1 de dicho artículo.

La Comisión Interamericana se ha pronunciado en pocas ocasiones sobre el Artículo 11 de la Convención. En dos ocasiones ha determinado que la violación sexual constituye una violación del honor: 1) en el caso *Ita Ford y otros vs. El Salvador*<sup>48</sup> en el cual cuatro monjas norteamericanas fueron detenidas por agentes del Estado de El Salvador y fueron violadas y asesinadas; y 2) en el caso *Raquel Martín de Mejía vs. Perú*<sup>49</sup> en el cual una mujer, cuyo marido había sido desaparecido forzosamente, fue violada por agentes del Estado peruano en una zona de emergencia. En el caso *Raquel Martín de Mejía vs. Perú* la Comisión consideró que la violación sexual de la Sra. Mejía no solamente constituyó tortura bajo la Convención, sino que se refirió al Artículo 11 en los siguientes términos:

Los peticionarios asimismo han reclamado que los abusos sexuales de los que fue objeto Raquel Mejía transgreden lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención.

El mencionado artículo establece que un Estado debe garantizar a toda persona la protección de su honra y dignidad, en el marco de un derecho más amplio cual es el derecho a la intimidad. En efecto, los incisos 1 y 2, en sus partes pertinentes, prevén:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada...

El Relator Especial contra la Tortura ha manifestado que “[u]n ataque particularmente vil a la dignidad humana es la violación. Las mujeres se ven afectadas en la parte más sensible de su personalidad y los efectos a largo plazo son por fuerza sumamente dañosos, pues en la mayoría de los casos no se dará ni podrá darse el tratamiento psicológico y los cuidados necesarios”.

La Comisión considera 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.

De este modo, para la Comisión, las violaciones de las que fue objeto Raquel Mejía en tanto afectaron su integridad física y moral, incluida su dignidad personal, configuraron una transgresión de su derecho a la intimidad cuya responsabilidad resulta atribuible al Estado peruano.

Asimismo, la Comisión se refirió al Artículo 11 en el caso *Piché Cuca vs. Guatemala*<sup>50</sup> en el que estableció que el reclutamiento forzado de campesinos para el cual el ejército guatemalteco utilizaba medios irregulares. Sin embargo, en el razonamiento de dicha decisión no queda claro cuál es el fundamento jurídico que la Comisión utiliza para considerar que dicha práctica es violatoria del derecho a la dignidad humana.

## **7. Comentarios finales sobre el papel del Ombudsman frente al derecho a la honra y la reputación**

La figura del Ombudsman en América Latina tiene generalmente una variedad de funciones que le permite asumir un papel preponderante en muchos niveles de la promoción y protección de derechos humanos, y en particular en lo que se refiere al derecho a la honra y la reputación. El delicado equilibrio entre este derecho y el derecho a la libertad de expresión requiere una activa y constante labor promoción y protección en el ámbito doméstico y en la esfera internacional para mantener un balance adecuado entre estos derechos.

En materia de promoción, el Ombudsman juega un papel crucial en la educación de la sociedad sobre la importancia que estos derechos tienen en la defensa de las instituciones democráticas. Esto puede concretarse garantizando que funcionarios del Estado y figuras públicas en general conozcan los límites del derecho a su honra y reputación debido a la importancia que la función o visibilidad pública tienen en las sociedades democráticas del hemisferio. Las necesidades de una sociedad democrática requieren que se asegure el escrutinio público de dichas figuras públicas con el fin de garantizar los niveles de responsabilidad esperados de aquellos que ejercen el interés general.<sup>51</sup>

Pero es igualmente importante concientizar a los medios de comunicación sobre los límites que tiene el ejercicio de la libertad de expresión. El desarrollo de reglas claras y puntuales para el ejercicio responsable, veraz e imparcial del periodismo es una necesidad ineludible para garantizar el derecho a la honra y la reputación de las personas y el derecho a recibir informaciones que tiene cada persona y la sociedad en general. En este sentido, además del control judicial existente en cualquier sociedad democrática, el desarrollo de mecanismos de auto-control y auto-regulación de los medios parece ser una herramienta preventiva muy importante. En el desarrollo y ejercicio de dichos mecanismos el Ombudsman podría jugar un papel central, como representante del interés colectivo de la sociedad.

Asimismo, el aparato judicial debe ser el organismo oficial llamado a dirimir potenciales controversias y establecer el balance adecuado entre estos derechos. Para ello es necesario que existan normas que consulten y se ajusten a los estándares internacionales que hemos mencionado. La iniciativa legislativa de los Ombudsman es una herramienta esencial en este proceso. Es más, la constante actualización de los operadores de justicia sobre las tendencias contemporáneas, tanto nacionales como internacionales, en materia de derechos fundamentales debe ser una prioridad. El Ombudsman puede constituirse en gestor y facilitador de este tipo de iniciativas en las cuales pueden involucrarse, además de los Estados y las judicaturas de América Latina, a la academia, a las organizaciones de la sociedad civil y a las organizaciones internacionales que tienen experticia en la materia.

En el ámbito internacional, el Ombudsman es sin lugar a dudas uno de los interlocutores más apropiados para que los órganos de supervisión de derechos humanos de la OEA, en particular la Comisión Interamericana y su Relator para la Libertad de Expresión, puedan desarrollar su labor de promoción y protección contando con la información y apoyo necesarios sobre las experiencias y particularidades de los Estados del hemisferio.

Cabe señalar que en materia de protección de derechos a través de casos individuales ante la Comisión y la Corte, el Ombudsman es una institución nacional que puede presionar la adecuada administración de justicia. La subsidiaridad que caracteriza al sistema internacional busca garantizar que la protección de los derechos de las personas se realice en el ámbito interno. Las instituciones domésticas son las llamadas a ejercer primordialmente la función de protección de los derechos humanos, y sólo cuando dicha protección no sea adecuada podrán activarse los mecanismos internacionales. El Ombudsman debe, pues, velar porque los recursos internos operen apropiadamente maximizando así la efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En general, en materia de educación es importante promover la difusión de los derechos humanos, su incorporación a los programas curriculares de las carreras profesionales en las universidades, así como en el pénsum de la educación primaria y secundaria. Estas son estrategias de mediano plazo frente a las cuales el Ombudsman tiene un importante papel que desempeñar. Sólo en la medida que se enfoquen recursos y esfuerzos en las aulas podremos concebir en el futuro una verdadera cultura de los derechos humanos en nuestros países.

**Notas:**

<sup>1</sup> Nadine Strossen, *Recent U.S. and International Judicial Protection of Individual Rights: A Comparative Legal Process Analysis and Proposed Synthesis*, 41 *Hastings L.J.* 805 (1990).

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, la decisión más reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos en este sentido, en el Caso *Bladet Tromsø and Stensaas*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, Application No. 21980/93, 20/05/1999 (disponible en página de Internet: <http://www.dhcour.coe.fr/hudoc/>) En este caso, la Corte Europea analizó el Artículo 10 (libertad de expresión) de la Convención buscando determinar si la decisión de un tribunal de Noruega, que responsabilizó civilmente a *Bladet Tromsø*, un periódico noruego, de haber menoscabado la reputación de 17 pescadores al publicar varios artículos sobre la cacería de focas, constituyó una limitación indebida al derecho a la libertad de expresión. La Corte consideró que el periódico realizó las publicaciones en forma veraz e imparcial, tomando como fuente un informe oficial sobre la práctica de cacería de focas y había publicado diferentes puntos de vista sobre el asunto.

<sup>3</sup> El Artículo 11 de la Convención plantea esta doble dimensión del derecho a la honra y la reputación bajo la Convención, lo cual se ve reforzado por la obligación genérica del Artículo 1.1 de este instrumento que establece esas mismas obligaciones de respeto y garantía para todos los derechos reconocidos en la Convención Americana.

<sup>4</sup> El Artículo 29 de la Convención Americana así como el Artículo 5.2. del Pacto consagran además la llamada “cláusula de menor restricción”. Esta disposición obliga la aplicación de la interpretación del Pacto y/o la Convención Americana que sea más favorable a la protección de los derechos del individuo. En otras palabras, debe adoptarse la interpretación de cualquiera de los dos instrumentos internacionales que restrinja menos los derechos de los individuos.

<sup>5</sup> La Corte señaló: “El bien común ha sido directamente invocado como uno de los justificativos de la colegiación obligatoria de los periodistas, con base en el artículo 32.2 de la Convención. La Corte analizará el argumento pues considera que, con prescindencia de dicho artículo, es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea 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. El 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”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de los 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 (en adelante “OC-5”), párr. 65.)

<sup>6</sup> Ver supra nota de pie .

<sup>7</sup> Artículo 30. Alcance de las restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

<sup>8</sup> La Corte ha señalado sobre este particular que: “La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver supra 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, 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 común”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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, Serie A No. 6 (en adelante “OC-6”), párr. 32)

<sup>9</sup> La Corte ha dicho: “El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común”” (OC-6, supra nota de pie ).

<sup>10</sup> OC-5, supra nota de pie , párr. 67, y OC-6, supra nota de pie , párr. 31.

<sup>11</sup> OC-6, supra nota de pie , párr. 18.

<sup>11</sup> Strossen, supra nota de pie , pág. 850.

<sup>13</sup> La Corte Interamericana ha establecido que “las medidas de restricción deben ser las “necesarias para asegurar” la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, ésto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención.” (OC-5, supra nota de pie , párrs. 77-81.) Ver también Strossen, supra nota de pie , pág. 850.

<sup>14</sup> Strossen, supra nota de pie , pág. 851.

<sup>15</sup> Idem, pág. 853. Citando Caso Klass y otros de la Corte Europea.

<sup>16</sup> Idem, pág. 854.

<sup>17</sup> En la Convención Europea, los “intereses” están establecidos en el Artículo 8.2. y se refieren a la seguridad nacional, el orden público, la seguridad pública o el bienestar económico de la sociedad, la prevención del crimen o el desorden, la salud y la moral, y la protección de los derechos de otros. El Artículo 4 del Pacto se refiere al “bienestar general”.

<sup>18</sup> La articulación realizada por la Corte Interamericana sobre la forma como operan las restricciones permisibles bajo la Convención puede llegar a ser excesiva si consideramos que existen ciertos artículos que enuncian taxativamente las limitaciones permitidas y que pueden no abarcar situaciones hipotéticas que, cumpliendo con los requerimientos generales de finalidad legítima, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima restricción, no encuadran dentro de dichas limitaciones expresamente autorizadas. En ciertos casos podrían presentarse interpretaciones que llevarían a resultados manifiestamente absurdos e injustos y que por ello no cumplirían con el objetivo esencial de la protección internacional, cual es administrar justicia.

<sup>19</sup> Strossen, supra nota de pié , pág. 855-856.

<sup>20</sup> Idem, pág. 856.

<sup>21</sup> Strossen, supra nota de pié , pág. 859.

<sup>22</sup> El Artículo 19 dispone que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

<sup>23</sup> El Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: . . . b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: . . . vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

<sup>24</sup> También es importante mencionar las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”) de 1985. La Regla 8 señala lo siguiente: “Protección de la intimidad: 8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente. Comentario: La regla 8 destaca la importancia de la protección del derecho de los menores a la intimidad. Los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas sobre los efectos perjudiciales (de diversos tipos) que dimanar de la individualización permanente de los jóvenes como «delinquentes» o «criminales». La regla 8 también hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delinquentes o que son condenados). Corresponde proteger y defender, al menos en principio, el interés de la persona. (El contenido general de la regla 8 se sigue concretando en la regla 21.)” La Regla 21 dice: “Registros: 21.1 Los registros de menores delinquentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas. 21.2 Los registros de menores delinquentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

<sup>25</sup> Para más información sobre el régimen interamericano sobre situaciones de emergencia ver Claudio Grossman, El Régimen Hemisférico sobre Situaciones de Emergencia, en: Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)(1994).

<sup>26</sup> El Artículo 19 del Pacto que se refiere a la libertad de expresión señala: 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; . . . 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. . . .

<sup>27</sup> OC-5, supra nota de pie , párr. 70.

<sup>28</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Handyside v. the United Kingdom, sentencia de 7 de diciembre de 1976, Series A no. 24, p. 23.

<sup>29</sup> La Corte Europea señaló: “La sentencia contra los peticionarios indiscutiblemente configura una “interferencia” al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Se coincidió que la interferencia había sido “prescrita por la ley” y perseguía al menos uno de los fines legítimos a los que se refiere el artículo 10, Sec. 2 [de la Convención Europea] -la protección de la reputación o derechos de otros-, en este caso los derechos de los jueces y del Procurador General que iniciaron el procedimiento. La Corte [Europea] coincide con esta tesis. Por tanto, debe establecer si la interferencia era “necesaria en una sociedad democrática” para lograr el mencionado fin. [ . . . ] La Corte reitera que la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática. Aunque no debe extralimitarse en particular respecto a la reputación y derechos de otros, su deber es sin embargo difundir -de modo consistente con sus obligaciones y responsabilidades- información e ideas sobre todas las materias de interés público, incluyendo aquellas relativas al funcionamiento del poder judicial. Los tribunales -garantes de la justicia, cuyo papel en un Estado de derecho es fundamental- deben contar con la confianza del público. En concordancia deben estar protegidos de ataques destructivos si son infundados, especialmente si contemplamos el hecho de que los jueces están sometidos a un deber de discreción que les impide responder a la crítica. [ . . . ] En los hechos del caso los jueces y el Procuradores General se quejaron principalmente de los ataques personales de los que consideran fueron objeto por parte de los periodistas en los comentarios referentes al procedimiento de custodia del niño X. Mantienen que los peticionarios al acusarles de favoritismo y cobardía les han difamado y ello constituye un ataque a su honor. Los peticionarios incluso han llegado a acusar a dos de ellos por sus pronunciadas simpatías de extrema derecha, infringiendo gravemente su derecho al respeto de sus vidas privadas. [ . . . ] En este sentido, la Corte reitera que la libertad de expresión se aplica no sólo a la “información” y las “ideas” recibidas favorablemente o calificadas de inofensivas o indiferentes sino también a aquellas que ofenden, afectan o disturban al Estado o a cualquier sección de la comunidad. Además, la libertad de prensa alcanza también a una posible exageración o incluso provocación (ver, mutatis mutandis, la sentencia de Prager y Oberschlick . . . ) [ . . . ] Aunque los comentarios de los Sres. De Haes y Gijssels eran, sin duda, extremadamente críticos, sin embargo parecen proporcionales a la provocación e indignación causada por las materias a que se refieren sus artículos. Sobre el tono polémico e incluso agresivo de los periodistas, que el tribunal no tiene por qué aprobar, debe recordarse que el artículo 10 protege no sólo la esencia de las ideas e información expresada sino también la forma en la que éstas se presentan (ver, como jurisprudencia aplicable más reciente, sentencia Jersild . . . ). (Traducción no oficial del Caso De Haes y Gijssels v. Bélgica, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 24 de febrero de 1997, párrs. 33, 37, 41, 46 y 48, en: DIEGO RODRÍGUEZ PINZÓN, CLAUDIA MARTIN, TOMÁS OJEA QUINTANA, LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (Washington, D.C., 1999), págs. 323-324.)

<sup>30</sup> La Corte ha señalado que la interpretación que ella hace del concepto “ley” del Artículo 30 es extensible a otras disposiciones de la Convención que se refieran a la noción de “ley” al referirse a limitaciones de derechos. La Corte ha señalado sobre el particular: “[L]os criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos.” (OC-6, supra nota de pie , párr. 17.)

<sup>31</sup> Una importante diferencia entre la Convención Americana y el Pacto es que la primera consagra la prohibición de la censura previa, mientras que el Pacto no contiene esa disposición. Aquellos Estados que han ratificado ambos tratados están obligados a abstenerse de censurar previamente sin que puedan argumentar que bajo el Pacto no existe dicha prohibición.

<sup>32</sup> Sin embargo cabe preguntarse cuál sería la posición de los órganos del sistema interamericano frente a casos que comprometan gravemente la seguridad nacional del Estado y las medidas ulteriores no sean suficientes o adecuadas para su protección, o en los que, por ejemplo, un tribunal doméstico suspenda la publicación de un libro por una controversia pendiente sobre derechos de autor. En relación del derecho a la honra y la reputación, sin embargo, no parece haber situaciones que ameriten protección previa.

<sup>33</sup> Martorell vs. Chile Caso 11.230, Informe 11/96, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997.

<sup>34</sup> Idem, nota de pie , párrs. 71-74.

<sup>35</sup> El delito de injuria y/o calumnia está tipificado en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

<sup>36</sup> Sobre la finalidad legítima, y en particular sobre el “interés común”, la Corte Interamericana ha dicho: “Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad”. (OC-5, supra nota de pie , párr. 77.)

<sup>37</sup> El caso Oberschlick de la Corte Europea es ilustrativo sobre la forma como se delimita la protección de la honra y reputación de figuras políticas y de los jueces al balancearse dicho derecho con la libertad de expresión. En un primer caso presentado por el periodista Oberschlick, editor de la revista Forum en Austria, la Corte Europea señaló: “Los límites aceptables de crítica son más amplios cuando se refieren a un político actuando en su capacidad pública que en relación a un particular. El primero, inevitablemente y con conocimiento de ello, está sometido a un mayor control de cada una de sus palabras y actos tanto por parte de los periodistas como del público, y debe mostrar un grado mayor de tolerancia, especialmente cuando él mismo hace declaraciones públicas susceptibles de crítica. Un político ciertamente, tiene el derecho a proteger su reputación, incluso cuando no esté actuando en su capacidad de ciudadano privado, pero los requisitos de tal protección tienen que balancearse con el interés de mantener discusiones abiertas sobre asuntos políticos . . . .”(Traducción no oficial del caso Oberschlick, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de mayo de 1991, párr. 59, EN:

RODRÍGUEZ PINZÓN, MARTIN, OJEA QUINTANA, LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, supra nota de pie , pág. 322.) Luego, el periodista Oberschlick nuevamente fue sancionado por otra publicación y la Corte Europea se pronunció así: La Corte [Europea] . . . desea poner de manifiesto en esta relación que las decisiones judiciales cuestionadas ante él deben ser consideradas en el contexto total del caso, incluyendo el artículo [periodístico] del peticionario y las circunstancias en las que fue escrito. [. . .] Desde el punto de vista de la Corte el artículo del peticionario y en particular la palabra 'Trottel' [imbécil] puede considerarse ciertamente polémica, pero no por ello constituye un ataque personal gratuito puesto que el autor proveyó una explicación objetiva y comprensible de estas expresiones, derivada del discurso del Sr. Haider - - que en sí mismo era también provocativo. Como tales, las expresiones eran parte de una discusión política causada por el discurso y opinión del Sr. Haider, cuya verdad no es susceptible de ser probada. Dicha opinión podría sin embargo ser excesiva, en particular en ausencia de hechos en los cuales basarse, pero teniendo en cuenta las consideraciones expuestas éste no era el caso . [. . .] Es verdad que llamar 'Trottel' (imbécil) a un político puede ofenderle. En este caso, sin embargo, la palabra no parece ser desproporcionada a la indignación generada por el Sr. Haider. . . . (Traducción no oficial del caso Oberschlick, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 1 de julio de 1997, párr. 59, en: RODRÍGUEZ PINZÓN, MARTIN, OJEA QUINTANA, LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, supra nota de pie , pág. 322.)

<sup>38</sup> Traducción no oficial del Caso Castells de la Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de abril de 1992, párr. 46, en: RODRÍGUEZ PINZÓN, MARTIN, OJEA QUINTANA, LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, supra nota de pie , pág. 322-333.

<sup>39</sup> Caso Ekmekdjian Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia -Argentina-, 7 de julio de 1992.

<sup>40</sup> Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, párrs. 27-33.

<sup>41</sup> Tal es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, que en su Sentencia T-066/98 aplicó el derecho de las personas a que se les proteja contra informaciones inexactas o erróneas. En dicho caso una revista colombiana de amplia circulación publicó un informe de inteligencia que consignaba los nombres de un 138 alcaldes vinculados directamente con la guerrilla y 462 bajo la influencia de dichos grupos. La Corte consideró que la revista debía rectificar la información debido a que actuó con negligencia grave al no corroborar las informaciones y al no haber otorgado a los afectados la oportunidad de presentar públicamente sus descargos. Cabe anotar que la Corte Europea considera que las fuentes oficiales deben ser fuente suficiente para que los medios emitan informaciones sin que se vean obligados a corroborar la veracidad de su contenido. (Ver Caso Bladet Tromso and Stensaas v. Norway, supra nota de pie , párrs. 68-73).

En otro caso, el T-236/98, la Corte Constitucional obligó a un sacerdote a rectificar en el púlpito la información que había impartido a los feligreses en el sentido de que un profesor del pueblo realizaba "pactos satánicos" y tenía "influidos diabólicos" sobre los estudiantes. Este caso involucra, además de la libertad de expresión, tensiones con la libertad religiosa protegida bajo la Constitución colombiana. La Corte Suprema norteamericana tiene una voluminosa y sofisticada jurisprudencia sobre la libertad de expresión y su relación con otros derechos, incluyendo la honra y la reputación. El caso *The New York Times vs. L.B. Sullivan* es tal vez el más importante precedente de la Corte Suprema norteamericana en lo que se refiere al ejercicio de la libertad de expresión relacionada con el tema que nos ocupa.

La acción judicial en ese caso fue instaurada por Sullivan, quien era Comisionado electo de la ciudad de Montgomery, Alabama. Sullivan estaba a cargo, entre otras cosas, de supervisar las funciones y actividades de las fuerzas policiales del lugar. El 29 de marzo de 1960 el periódico *New York Times* publicó un artículo en el que se afirmaba que agentes policiales de esa ciudad reprimían ilegítima y violentamente activistas negros que defendían y compartían los principios de Martín Luther King. Para fundar su acción, Sullivan alegó que a pesar de que el artículo no lo nombraba, su reputación se perjudicaba con acusación hacia las fuerzas policiales. Durante el trámite del caso Sullivan pudo comprobar que él nunca estuvo presente en los actos de represión que el artículo atribuía a la policía. La Corte Suprema, sin embargo, rechazó la acción por difamación interpuesta por Sullivan aplicando lo que actualmente se conoce como la doctrina de la “real malicia”, que en los casos relacionados con cuestiones públicas impone probar al accionante no sólo la falsedad de la información publicada, sino también la “real malicia” del autor de la publicación, esto es, el conocimiento de que la información era falsa y la intención de publicar la falsedad para perjudicar. En algunos apartes de su decisión la Corte expresa: “Cuando un artículo se publica y circula entre los votantes con el único propósito de proporcionar la información que el acusado (defendant) cree verdadera en referencia a un candidato a un puesto público y tiene el único propósito de capacitar a los votantes para que tomen una decisión más inteligente, y todo ello se hace de buena fe y sin malicia, el artículo tiene un privilegio aunque las materias principales contenidas en el artículo sean falsas de hecho y derogatorias para la acusación privada (demandante); en dicho caso la carga de la prueba recae en la acusación privada (demandante) para probar la malicia en la publicación del artículo. [. . .] Se debe probar que actuó con ‘malicia de hecho’ es decir, con conocimiento de que era falso o arriesgándose sin preocuparse de si es falso o no. [. . .] La protección constitucional no cambia en base a ‘la verdad, popularidad o utilidad social de la ideas y creencias que se ofrecen’ (N.A.A.C.P. v. Button 371 U.S. 415, 445, 83 S. Ct. 328, 344, 9 L. Ed.2 d. 405.). [. . .] Si nos fijamos en la naturaleza del gobierno republicano encontraremos que el poder de censura reside en el pueblo hacia los actos del gobierno y no el en el gobierno hacia el pueblo” (4 Anuario del Congreso, pág. 934 (1794)) [. . .] La prueba del libelo se convertirá en la prueba del público, porque restringiéndole el acceso al público está restringiéndose al público el acceso a la lectura de estos temas. [. . .] Permitir la defensa de la verdad haciendo recaer la carga de la prueba en el acusado (defendant) no significa que se evitará solamente el discurso falso. Incluso cuando los tribunales aceptan esta defensa como salvaguarda adecuada han reconocido la dificultad de considerar evidencia legal de que el alegado libelo era verdad en todos los particulares de hecho. Ver p.e. *Post Publishing Co. V. Hallam*, 59 F. 530, 540 (C.A. 6th Cir. 18993); ver también Noel, *Difamación de Funcionarios Públicos y Candidatos*, 49 Col. L. Rev. 875, 892 (1949). Según esta regla, se podrían impedir las críticas de conducta oficial incluso cuando se creyeran ciertas o fueran ciertas de hecho, debido a la duda de que puedan ser probadas en los tribunales o el miedo al gasto/esfuerzo que conlleve probarlas. [. . .] El beneficio público de la publicidad es tan enorme y la posibilidad de injuria de carácter privado tan pequeña que tal discusión debe favorecerse. (*The New York Times v. Sullivan*, Marzo 19 de 1964 (376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710) en: RODRÍGUEZ PINZÓN, MARTIN, OJEA QUINTANA, *LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*, supra nota de pie, pág. 324.)

<sup>42</sup> Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, Doc. 9, Washington, D.C., 17 febrero 1995, Capítulo V.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> La Corte Europea se manifestó en igual forma en el caso *Lingens*: “Los tribunales competentes buscaron determinar si el acusado (defendant) había establecido la verdad en sus declaraciones de acuerdo al artículo 111 Sec. 3 del Código Penal [de Austria]. . . Principalmente mantuvieron que había diferentes modos de evaluar el comportamiento del Sr. Kreisky y que no se podía probar lógicamente que una interpretación excluía a las otras; por tanto encontraron al peticionario culpable de difamación . . . Desde el punto de vista de la Corte [Europea], hay que hacer una distinción muy cuidadosa entre los hechos y los juicios de valor. La existencia de los hechos se puede demostrar, mientras que la verdad de los juicios de valor no es susceptible de ser probada. La Corte observa en este sentido que los hechos en los que el Sr. Lingens basa sus juicios de valor son indisputables, como también lo es su buena fe. Bajo el párrafo 3 del artículo 111 del Código Penal, leído conjuntamente con el párrafo 2, los periodistas en casos como el presente no escapan a una condena . . . al menos que puedan probar la veracidad de sus dichos. En referencia a los juicios de valor este requisito es de cumplimiento imposible e infringe el derecho a la libertad de opinión en sí misma, que es una parte fundamental del derecho garantizado en el artículo 10 de la Convención Europea. . . .” (Traducción no oficial del Caso *Lingens*, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 8 de julio de 1986, párr. 46, en: RODRÍGUEZ PINZÓN, MARTIN, OJEA QUINTANA, LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, supra nota de pie , pág. 321.)

<sup>45</sup> Ver texto sobre el caso *Castells* que acompaña la nota de pie .

<sup>46</sup> Ver Caso *Jersild*, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de septiembre de 1994, Application No. 00015890/89, párrs. 25-37. (disponible en <http://www.dhcour.coe.fr/hudoc/>)

<sup>47</sup> Es interesante observar como se han desarrollado ciertas responsabilidades civiles de personas jurídicas (medios de comunicación) a través de sanciones pecuniarias que no solamente buscan reparar el daño generado por una conducta abusiva, sino que además buscan sancionar al ente en cuestión de forma asimilable a una sanción penal.

<sup>48</sup> *Ita Ford y otros vs. El Salvador*, Caso 7575, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1982-83, OEA/ser.L/V/II.61, doc. 22 rev.1 (1983).

<sup>49</sup> *Raquel Martín de Mejía vs. El Salvador*, Caso 10.970, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 (1996).

<sup>50</sup> *Piché Cuca vs. Guatemala*, Caso 10.975, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev. (1994).

<sup>51</sup> La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, considera que las personas que aceptan asumir posiciones de notoriedad o interés público, “han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos [la honra, el buen nombre y la intimidad]. En efecto, su papel de figuras públicas los convierten en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-066/98, 5 de marzo de 1998.)

## **EL DESACATO DEL PERU A LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**Juan Manuel Marchán Maldonado \***

Con el retiro del Perú de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, la Corte Interamericana o el Tribunal), se ha puesto una vez mas en evidencia la fragilidad de las instituciones jurídicas en los países del continente, en el hemisferio tenemos que vivir una vez las muestras del autoritarismo, del retroceso en nuestras débiles democracias, que nos lleva a recordar el preámbulo de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre establece que :

*“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.*

El desacato del Perú a las decisiones de la Corte, es una muestra mas de ese autoritarismo que todavía prevalece en nuestros países y que es una afrenta a la comunidad internacional y a la universalización de los sistemas de protección de los derechos humanos.

Las razones expuestas por parte del Perú ante la comunidad internacional para justificar el retiro a la jurisdicción contenciosa de la Corte, no son aceptables dentro del derecho internacional.

El momento en que un estado adquiere obligaciones internacionales por medio de la ratificación de un tratado internacional, se debe sujetar a un ordenamiento jurídico supranacional, que establece derechos y crea obligaciones para los estados contratantes, obligaciones que son de vital importancia al tratarse de tratados de protección de los derechos humanos.

---

\* Este trabajo es una versión corregida y actualizada de una investigación que realice como interno en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, en julio del año anterior, quiero expresar mi agradecimiento a Viviana Krsticevic por haberme dado la oportunidad de trabajar en CEJIL.

En primer termino en materia de obligatoriedad en el cumplimiento de tratados internacionales la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, establece que “Cada tratado es en fuerza obligatorio para las partes y debe ser ejecutado por ellos de buena fe”<sup>1</sup>, esta obligación primaria significa que por el mero hecho de la adopción de un tratado, el estado adoptante se compromete a cumplirlo a cabalidad, con todos los efectos que se deriven de este y de igual manera establece que ningún estado podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación por el incumplimiento de un tratado<sup>2</sup>, independiente de la jerarquía que estos tengan dentro de un estado determinado.

La jurisprudencia del sistema interamericano se ha pronunciado en un sentido similar estableciendo que en el derecho internacional las obligaciones que impone un tratado deben ser cumplidas de buena fe y no puede alegarse el derecho interno como excusa para su cumplimiento<sup>3</sup>, de manera especial si hablamos de un tratado de protección de los derechos humanos que son tratados que no entrañan un derecho de renuncia.

De igual manera la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha sido extensamente tratada en la doctrina, el profesor Carlos Ayala Corao, manifiesta que “en el constitucionalismo moderno existe una tendencia marcada, a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, a otorgarle a los derechos humanos internacionales, el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución”.<sup>4</sup>

En el marco de esta reglamentación básica sobre la obligación que tienen los Estados de cumplir con los tratados internacionales, en la Convención se enmarca la existencia de los órganos de supervisión y control del respeto y protección a los derechos humanos en el hemisferio<sup>5</sup>, estos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ( en adelante la Comisión o la Comisión Interamericana ) órganos que tienen la facultad de interpretar las obligaciones adquiridas por los estados partes y determinar su responsabilidad internacional por la no observancia a los mismos.

El momento en que el Estado peruano decidió desacatar las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de los casos Castillo Petruzzi y Loayza Tamayo, incurrió en un grave incumplimiento a las obligaciones adquiridas con la adopción de la Convención Americana y demás instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, como lo son la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A la luz de las disposiciones de la Convención de Viena, de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las sentencias de la Corte son de carácter obligatorio y persiste la obligación del Perú de cumplir las ya dictadas por el tribunal interamericano, en este punto la Convención Americana sobre Derechos Humanos es clara y manifiesta que los estados partes en la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean partes<sup>6</sup>, como son las referentes a los casos Castillo Petrucci, Loayza Tamayo, Castillo Páez, Cesti Hurtado y de estar bajo la jurisdicción de la Corte y de la Comisión en los casos que ya han ingresado al sistema interamericano previo a la denuncia, ya que el sistema funciona como un todo, y la jurisdicción de sus órganos de protección no es excluyente ya que ambos actúan de manera conjunta y relacionada, aquí la invalidez del retiro de carácter inmediato que pretende dejar fuera de la competencia de la Corte y de la Comisión, todos los casos que están en este momento dentro del sistema.

El momento en que un caso ingresa a la Comisión, todo el sistema en su conjunto se activa, en ese momento tanto la Comisión como la Corte tienen plenas facultades para revisar dichos procesos, de igual manera la Corte esta facultada para conocer de casos que no están bajo su conocimiento así lo dispone la Convención<sup>7</sup>, es por esto que tanto las sentencias de la Corte, como los informes de la Comisión, sobre casos que hayan ingresado al sistema con anterioridad a la denuncia tienen el carácter de obligatorio cumplimiento para el Perú.

Cabe señalar que las razones alegadas por el Estado peruano, en relación al incumplimiento de dichos fallos son relacionadas con la incompatibilidad de las medidas de reparación ordenadas por la Corte con el orden interno<sup>8</sup> y carecen de todo valor jurídico, el Perú no puede condicionar el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana a su compatibilidad o incompatibilidad con el derecho interno, debe garantizar en el marco jurídico interno el cabal cumplimiento de lo ordenado por el tribunal interamericano.

El Perú incumplió el principio de la buena fe para el cumplimiento de los tratados internacionales y tomo el camino equivocado para retirarse del Pacto de San José, realizando un retiro parcial inexistente tanto en la *Convención de Viena* como en la Convención Americana y la Corte es el órgano que deberá calificar dicho retiro y deberá determinar los alcances de su propia competencia.

En este punto el propio Tribunal Interamericano, tiene la facultad de fijar su propia competencia y así lo sostuvo la Corte, al manifestar que “( la Corte ) como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de

su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*)<sup>9</sup>, es por esto que el pretendido retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte es inválido, ya que la Corte en todos los casos que están ya bajo su conocimiento retiene la competencia para continuar con el trámite, de igual manera la Corte sostuvo que “el pretendido retiro, con efectos inmediatos, por el Estado Peruano, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es inadmisibles”<sup>10</sup>.

Es por esto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es maestra de su propia jurisdicción y deberá continuar actuando cumpliendo el mandato que la Convención Americana le otorga, el de proteger los derechos humanos.

La naturaleza propia de la Convención como tratado de derechos humanos impide que las decisiones de su máximo órgano sean incumplidas cuando la Convención esta en plena vigencia, la Corte ha señalado en múltiples oportunidades que los tratados internacionales de derechos humanos son de una naturaleza especial estos no buscan un intercambio recíproco de derechos y obligaciones entre Estados, sino el “garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”<sup>11</sup>, la Corte ha enfatizado este aspecto en su jurisprudencia al señalar que:

“que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>12</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha dicho que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “no es un tratado que, por su naturaleza, entrañe un derecho de renuncia”<sup>13</sup>, esta es la naturaleza que revisten los tratados de derechos humanos y que reviste la Convención, al ser un tratado regional protector de los derechos humanos, que establece un ordenamiento común en las Américas, no debe ser renunciado.

La vigencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos contribuye a la creación de una garantía colectiva de tutela y observancia de los derechos humanos, una garantía última de justicia en las Américas, garantía colectiva que debe ser supervisada por los Estados miembros y por supuesto por la propia Corte, es por esto que la decisión del Perú va en detrimento de esa garantía colectiva, perjudica todo el avance que hubiera podido tener el sistema interamericano en el nuevo milenio, dejando a los peruanos a su suerte en manos de un poder judicial que esta claramente influenciado por las ordenes del ejecutivo.

Otro aspecto que es necesario referirse es que el Estado Peruano, manifiesto en su escrito presentado en la oficina del Secretario General, que el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, surtiría efectos inmediatos a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda.

Este segundo punto es completamente contrario a lo que dispone la propia Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, ya que este instrumento internacional establece en su Art. 56.2, que cualquier Estado que quiera denunciar o retirarse en este caso de un tratado internacional, este acto debe notificarse con doce meses de anticipación, con el objetivo de que se protejan los intereses de las demás partes del tratado, en este caso al ser la Convención Americana un tratado sobre derechos humanos, este periodo de un año previo a la denuncia es para proteger los derechos fundamentales de las personas en los casos que se encuentran sustanciándose en el sistema interamericano.

De igual manera la Convención Americana establece en su Art. 78, que los Estados podrán denunciar la Convención con preaviso de un año, sin que esta denuncia signifique que el estado denunciante se aparte de las obligaciones que la Convención le impone, hasta la fecha en que la denuncia surta efectos.

La propia Corte Interamericana, citando a la Corte Internacional de Justicia, sostuvo que el Estado denunciante queda sujeto a “seguir una conducta consistente con su declaración”<sup>14</sup> esta es la obligación que los Estados deben mantener frente a su denuncia, una actitud consecuente con las obligaciones que han adquirido al ratificar el tratado.

De la lectura y sana interpretación que se pueda dar al Art. 78, de la Convención Americana, no se prevé que el retiro o denuncia que cualquier Estado efectúe pueda tener efectos de carácter inmediato, es por esto que el pretendido retiro del Perú, en ningún momento puede surtir efectos inmediatos, ya que esto es contrario a los fines perseguidos por los tratados internacionales y de manera especial de los que protegen los derechos humanos por esto la Corte sigue manteniendo su competencia.

## **JURISDICCION DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PARA SUPERVISAR EL CUMPLIMIENTO DE SUS SENTENCIAS**

El tema de la supervisión de las sentencias de la Corte, va estrictamente relacionado con la facultad que tiene el Tribunal de ordenar reparaciones por las violaciones a los derechos humanos, así lo establece la Convención en su Art. 63.1, de igual manera la Corte ha manifestado en su jurisprudencia que supervisará el cumplimiento de las sentencias dentro de la etapa de reparaciones para posteriormente dar por concluido el caso<sup>15</sup>, esta ha sido la practica constante mantenida por la Corte, para la supervisión de las sentencias, pero que la mayoría de veces no ha resultado del todo eficaz, para efectos de una pronta reparación de los derechos humanos violentados.

Cabe señalar que la Convención, en si no establece ningún mecanismo específico para supervisar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal<sup>16</sup>, así lo entiende Buergenthal, el cual manifiesta que la Convención obliga a la Corte a presentar a la Asamblea General de la OEA, dentro de su informe anual un detalle de los fallos incumplidos, tema que será tratado posteriormente por la Asamblea.

La consolidación del sistema interamericano, exige que la Corte, en su calidad de alto tribunal internacional, compela a los estados el cumplimiento total de las sentencias y seguir de cerca el procedimiento interno que las lleve a su total cumplimiento de acuerdo a las facultades conferidas por la Convención Americana, de igual manera el Tribunal Interamericano conserva todas sus facultades para supervisar ese cumplimiento.

En el caso del Perú, la Corte Interamericana mantiene su jurisdicción para supervisar el cumplimiento de las sentencias dictadas hasta este momento y las que se dicten en relación a casos ingresados al sistema previo a la denuncia de la Corte y hasta que esta surta efecto, es decir que la Corte tiene plenas facultades de acuerdo a derecho de exigir al Perú, que cumpla con los fallos dictados por el Tribunal.

En este orden de ideas podemos decir que las víctimas en los casos en los que la Corte ha condenado al Perú pueden y deben acudir a sus tribunales en el orden interno y exigir el cumplimiento de las sentencias del tribunal interamericano por medio del procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado<sup>17</sup>, esto al ser las sentencias de reparaciones de carácter constitutivo, obligan a los estados

a cumplirlas en virtud del art. 1 de la Convención y obligan al Perú a cumplir las sentencias ya dictadas y las que se llegare a dictar en los casos previos a la denuncia.

El problema se dimensiona cuando estos procedimientos de ejecución de sentencias en contra del Estado, no son acatados por los mismos, como en el caso Loayza Tamayo, y deben buscarse otras maneras para poder conminar a dicho Estado a cumplir con el mandato del tribunal.

Aquí juegan un papel de trascendental importancia dentro del sistema los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos OEA, para supervisar que esta garantía colectiva de protección de los derechos humanos sea cumplida.

## LOS ORGANOS POLITICOS DE LA OEA Y SU INTERVENCION EN EL MARCO DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS

El momento en que ocurren en las Naciones de las Américas casos excepcionales como los del Perú, que atentan y desafían las obligaciones internacionales frente a los derechos humanos, es imperante que los órganos políticos de la OEA y los estados miembros tomen un papel protagónico como garantes colectivos del sistema.

El momento en que los países toman la labor de la Comisión y de la Corte como un obstáculo para su violaciones sistemáticas a los derechos humanos y deciden denunciar la Convención Americana, toda la labor realizada por los órganos de protección del sistema quedaría desprovista de sentido.

La Convención establece en su Art. 65:

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior.

**De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos de un Estado que no haya dado cumplimiento a sus fallos.**  
(negrillas fuera del texto)

Esta norma convencional impone a la Corte la obligación de dar traslado a la Asamblea General, de los fallos que se hayan incumplido y de esta manera lograr que este importante órgano se pronuncie sobre un hecho tan grave como el ocurrido con el Perú. En este momento la Organización de los Estados Americanos OEA, ha demostrado no estar a la altura de las exigencias democráticas del hemisferio para reaccionar frente a

las actitudes del Perú, frente al desacato de las decisiones de la Corte Interamericana, el Secretario General emitió un escueto comunicado de prensa y no tomó un papel protagónico para que el Perú revea su decisión y gestionar algún tipo de pronunciamiento de la Asamblea General, para que esta comine al Perú a volver a la jurisdicción de la Corte, o declararlo ante el foro internacional como un país que incumple sus obligaciones internacionales.

El Perú ha sido un país que ha cometido una serie de afrentas hacia la comunidad internacional y ante el seno de la OEA, los últimos episodios ocurridos en el Perú son una demostración más del autoritarismo que rige en este país y el presidente Fujimori, ha cometido un grave atentado en contra de la democracia del hemisferio y la OEA se ha mantenido vigilante pero sin tener un papel preponderante que pueda influir en la actuación del Perú.

Es obligación de la Corte buscar todos los medios para persuadir al Estado Peruano para que cumpla con sus sentencias, si bien es cierto que la normatividad interamericana es escasa acerca de la forma en que la Corte debe dirigirse con sus recomendaciones a la Asamblea General, consideramos que el momento amerita para que la Corte demuestre su liderazgo y continúe presionando en los diversos órganos políticos de la OEA, como la Asamblea General, el Consejo Permanente y manifieste como lo ha hecho su más enérgico rechazo a la actitud tomada por el Perú, de igual modo considero que las sentencias dictadas por la Corte dentro de los casos Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional, son un gran adelanto para demostrar a todos los países miembros de la OEA que este tipo de actitudes contrarias a la democracia, al respeto a los derechos humanos no son admisibles en nuestro continente.

Es importante que el Perú, sea señalado públicamente frente a la comunidad internacional y frente a los demás estados partes en el foro político internacional y que la Asamblea estudie la posibilidad de imponer sanciones de tipo económico, o que se recomiende al Perú públicamente reconocer nuevamente la competencia de la Corte y lo más importante a cumplir con las sentencias ya dictadas por la Corte y con los informes de la Comisión.

De igual manera no deben dejarse de lado sanciones más ejemplificadoras que puedan servir de precedente para que hechos como estos no vuelvan a ocurrir en el hemisferio; estas sanciones podrían consistir en la suspensión del estado de la organización<sup>18</sup>, y la redacción de resoluciones que aludan al Perú a cumplir con sus obligaciones internacionales.

Otro órgano político al cual la Corte y la Comisión podrían recurrir es el Consejo Permanente de la Organización, al cual le corresponde, en primera instancia, considerar los informes de los organismos especializados de la OEA, debiendo este presentar a la Asamblea General sus recomendaciones y observaciones, de igual manera el Secretario General de la Organización, invito en su "Nueva Visión", a que se participe al Consejo Permanente para que este haga una supervisión administrativa del cumplimiento de las sentencias de la Corte de manera paralela al control que el tribunal pudiera realizar, este medio debe también ser utilizado por la Corte.

Pero la historia nos dice que el interés prestado por los órganos políticos de la OEA, ha sido escaso frente a las violaciones de derechos humanos en el hemisferio, de ahí que la Asamblea de la Organización no sea el foro mas indicado para conocer sobre el incumplimiento de las sentencias del tribunal interamericano, debiendo la Asamblea en este momento de urgencia demostrar ante la comunidad interamericana su verdadero compromiso con el sistema tantas veces manifestado en diversos foros y documentos. El momento en que la Corte Interamericana, denuncie ante el pleno de la Asamblea, al Perú, como un estado violador de los derechos humanos esto podría afectarlo en sus relaciones con otros países y organismos financieros internacionales, que podrían supeditar su ayuda económica a un política de respeto a los derechos humanos.

Para hacer una comparación, el sistema europeo de protección de los derechos humanos establece también la posibilidad de recurrir a los órganos de carácter político del Consejo de Europa para lograr la ejecución forzosa de una fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Ministros del Consejo de Europa puede de un lado, dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa e invitarle a retirarse del mismo<sup>19</sup>, de igual manera de acuerdo al Estatuto del Consejo de Europa, el Comité puede decidir que un estado ha dejado de pertenecer al Consejo o lo puede suspender o bien expulsar.

La universalización de los sistemas de protección de los derechos humanos se ha convertido en una materia de interés prioritario para la comunidad internacional y es importante que la Corte en su labor de supervisión notifique a organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo BID, o el Fondo Monetario Internacional FMI, el Banco Mundial, para que estos organismos participen y sepan que países pueden ser sujetos activos de créditos internacionales y bajo que circunstancias.

Los desafíos que enfrenta el sistema interamericano en la actualidad son grandes, la búsqueda de alternativas que puedan fortalecer el sistema debe ser una prioridad de todas las personas que estamos involucrados en buscar que en nuestro continente exista un pleno respeto hacia los derechos humanos.

La discusión acerca del fortalecimiento del sistema ha sido extensa y pienso que ya es tiempo de que se pongan las manos a la obra, creo que una de las alternativas mas inmediatas debe ser la reforma al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para establecer procedimientos más claros que ayuden a que la labor de la Comisión se aún mas efectiva y que el sistema funcione de una manera más eficaz en beneficio de todas los habitantes de nuestro continente.

**Notas:**

<sup>1</sup> Artículo 26, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Mayo 23, 1969, UN Doc. A/CONF 39/27.

<sup>2</sup> Artículo 27, *ibídem*.

<sup>3</sup> Corte I.D.H., Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención ( Arts. 1y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos ), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A no. 14., párr. 35, La Corte sostuvo que estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y estas han sido aplicadas por la Corte Permanente de Justicia Internacional y por la Corte Internacional de Justicia.

<sup>4</sup> AYALA CORAO, Carlos, La jerarquía de los tratados de derechos humanos, El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pág. 147.

<sup>5</sup> Artículo 33, Convención Americana "Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención: a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (y) b. la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta disposición establece la existencia de los órganos encargados de la tutela de los derechos humanos en el continente.

<sup>6</sup> Artículo 68, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Noviembre 22, 1969, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

<sup>7</sup> Artículo 63.2, ... Si se tratare de asuntos que aun no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. Esto de manera especial lo utiliza la Corte al momento de dictar medidas provisionales.

<sup>8</sup> Ver, Memorial presentado por el Estado Peruano a la Secretaria General de la OEA, el 1 de julio de 1999.

<sup>9</sup> Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de Competencia, 24 de Septiembre de 1999, párr. 32, Corte I.D.H., Caso Tribunal Constitucional, Sentencia de Competencia, 24 de Septiembre de 1999, párr. 31. Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de Competencia, 24 de Septiembre de 1999, párr. 56.2.

<sup>11</sup> Corte I.D.H., "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte ( Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos ), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1., párr. 24.

<sup>12</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1., párr. 29.

<sup>13</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General 26 ( 61 ), Aprobada en la 1631 sesión, celebrada el 29 de octubre de 1997.

<sup>14</sup> Nuclear Tests case (Australia vs. France), Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974, p 268, citado por la Corte I.D.H. Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de Competencia, 24 de Septiembre de 1999, párr. 52.

<sup>15</sup> Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Serie C No. 7., párr. 60.5, Corte I.D.H., Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, Sentencia de 29 de enero de 1997, (art.63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 66.5.

<sup>16</sup> BUERGENTHAL Thomas, Derechos Humanos Internacionales, Ediciones Gemika 1996, pag. 222.

<sup>17</sup> Convención Americana, Art. 68.2.

<sup>18</sup> Ver Krsticevic Viviana, Líneas de Trabajo para Mejorar la Eficacia del Sistema, El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pág. 421. Se señala también que los medios de protección de la Convención, no han recurrido de una manera consistente a los órganos políticos de la OEA.

<sup>19</sup> Ruiz Miguel, Carlos, La Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Editorial Tecnos S.A. 1997.pag. 67.

**DETERMINACION DE LA INCOMPATIBILIDAD DE  
NORMAS VIOLATORIAS DE LA CONVENCION  
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.-  
ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA EN EL  
SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN  
DE DERECHOS HUMANOS**

**José Luis Nieto Espinosa**

Uno de los temas más interesantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, Corte Interamericana, Tribunal o Tribunal Interamericano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión o Comisión Interamericana) es la determinación de la incompatibilidad de las normas jurídicas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención o Convención Americana).

Dicha determinación dice relación con la posibilidad de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sistema de peticiones individuales y en el ejercicio de su función contenciosa<sup>1</sup>, respectivamente, para conocer casos en los cuales la legislación interna de un Estado Parte en la Convención menoscabe los derechos fundamentales consagrados en ella.

En su jurisprudencia más reciente, la Corte se ha declarado competente para conocer casos en los que se discute la contradicción entre el derecho interno de un Estado Parte de la Convención y ésta.

Pero ello no ha sido así desde la fundación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, época en la que la labor de ésta se limitaba a condenar violaciones concretas de derechos humanos, provenientes o no de la aplicación del derecho estatal.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha tramitado algunos casos en los que aborda el tema, en unos se pronuncia competente para conocerlos y en otros no.

Precisamente, el objetivo de este estudio es abordar la evolución del pensamiento jurídico de la Corte y la Comisión en esta materia. Para cumplir este propósito se

expondrá la jurisprudencia<sup>2</sup> del Tribunal Interamericano acerca de la temática, desde sus inicios<sup>3</sup> hasta la actualidad, y lo mismo haré respecto de la Comisión.

La materia suele ser conocida con el nomen juris de análisis in abstracto o compatibilidad in abstracto, denominación a la que se apegará el desarrollo de este estudio, sin perjuicio de que, en las conclusiones, se hagan las aclaraciones terminológicas correspondientes.

## **LA COMPATIBILIDAD IN ABSTRACTO SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de Julio de 1988.**

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció la detención ilegal y posterior desaparición de Angel Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Autónoma de Honduras, por parte de agentes estatales hondureños<sup>4</sup>.

Es preciso remontarse a esta primera sentencia de la Corte, que contiene el significado de las disposiciones 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de proveer el marco teórico necesario para entender la temática que nos atañe.

### **Análisis del artículo 1<sup>5</sup>**

Cuando un Estado parte de la Convención viola algún derecho fundamental, infringe también el artículo 1.1 de la Convención<sup>6</sup>, el cual determina la responsabilidad estatal<sup>7</sup>. Dicha disposición reza así: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Según esta disposición, el respeto de los derechos fundamentales constituye la primera obligación a cargo de un Estado parte en la Convención. El respeto de los derechos consagrados en ella significa que el ejercicio del poder estatal tiene límites que derivan de los derechos inherentes de las personas.

Como bien ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es indudable que el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su propia seguridad, pero por

graves que puedan ser ciertos delitos, el poder no puede ejercerse sin límite alguno y el Estado no puede valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.<sup>8</sup>

Este artículo también contiene un segundo deber, el de garantía del libre y pleno ejercicio de los respetos fundamentales, el cual implica que los Estados Partes están obligados a organizar todo el aparato gubernamental con el fin de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos consagrados en la Convención<sup>9</sup>.

### **Análisis del artículo 2**

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza así: “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Alrededor de esta disposición, el Tribunal Interamericano dijo que es irrelevante conocer si un funcionario del Estado contraviene el derecho interno o si desbordó los límites de aquel<sup>10</sup>. Continúo el análisis, afirmando que el Estado responde por los actos de sus agentes que violen la Convención Americana, o por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación<sup>11</sup>. Lo decisivo, según la Corte, es dilucidar si una violación de derechos humanos tuvo lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o se haya actuado sin prevención o impunemente<sup>12</sup>.

En la misma sentencia, la Corte abordó los deberes de prevención y de investigación. Respecto al primero, dijo que aquel constituía todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo, cultural para salvaguardar los derechos humanos y para asegurar que las eventuales violaciones de derechos sean tratadas como hechos ilícitos susceptibles de sanción y reparación<sup>13</sup>. En relación al segundo dijo que el aparato estatal no puede actuar de modo tal que las violaciones queden impunes y no se reparen a las víctimas<sup>14</sup>.

El impacto que tienen los artículos 1 y 2, analizados en este caso, puede evaluarse en la Opinión Consultiva OC-14, en la cual la Corte afirmó que el tema de la incompatibilidad de una norma respecto de la Convención Americana “viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”<sup>15</sup>.

### **Opinión Consultiva OC-13 de 16 de Julio de 1993: Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

En esta Opinión, la Corte usa la expresión leyes como “cualquier disposición de carácter general y no exclusivamente a la ley en sentido estricto”<sup>16</sup>.

El Tribunal Interamericano aclaró que: “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo por ejemplo, omitiendo dictar normas a que está obligado por el artículo 2. También por su puesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si estas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente por estos efectos”<sup>17</sup>.

Más adelante la Corte consideró que la Comisión sí tenía atribuciones, en función de los artículos 41 y 42, para calificar si una norma era conforme o no con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así pues, concluyó que: “En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención”<sup>18</sup>.

### **Opinión Consultiva OC-14 de 9 de Noviembre de 1994: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención**

Es preciso referirse a la expresión “leyes” utilizada por la Corte Interamericana en el contexto de esta Opinión Consultiva. La Corte usa la “palabra ‘ley’ en su sentido material y no formal”.

En esta opinión consultiva la Corte afirmó que ella, en el ejercicio de la función consultiva puede conocer la eventual violación de la Convención Americana de Derechos Humanos (así como otros instrumentos) por una norma interna<sup>19</sup>.

El tratamiento es otro en tratándose de la función contenciosa de la Corte, pues, en ese caso, es necesario distinguir las normas de aplicación inmediata de las que no lo son. En efecto, la Corte sólo podría pronunciarse sobre normas que no son de aplicación inmediata cuando éstas han sido aplicadas<sup>20</sup>.

Respecto de las normas de aplicación inmediata el Tribunal Interamericano expresó: “En el caso de las leyes de aplicación inmediata (...) la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición<sup>21</sup>. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a alguna parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza”<sup>22</sup>.

Esta distinción puede relacionarse a la diferenciación que, autores, como Rodríguez Pinzón, utilizan para referirse a las normas de carácter self-executing y las normas programáticas, requiriendo las últimas la implementación adicional del Estado para afectar la esfera jurídica de las personas<sup>23</sup>.

El argumento que sustenta este criterio es que la Corte está facultada para conocer únicamente “violaciones concretas de derechos humanos respecto de individuos determinados”<sup>24</sup>, “independientemente de que se esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado”<sup>25</sup>.

La Corte Interamericana concluyó que ella no es competente, en el ejercicio de la función contenciosa, para resolver casos abstractos<sup>26</sup>. También concluyó que una ley manifiestamente contraria a la Convención está violando ésta, y cuando dicha ley afecte derechos y libertades de personas determinadas existe responsabilidad internacional del Estado<sup>27</sup>.

El criterio de la Corte vertido en esta Opinión Consultiva armoniza con la clara descripción que hace Ian Bronlie al referirse al deber de poner la ley interna en conformidad con el derecho internacional: “en general la falta de llevar a cabo esa conformidad no es en sí misma una violación directa del derecho internacional, y la violación sólo surge cuando el Estado respectivo deja de cumplir sus obligaciones en una ocasión específica. En algunas circunstancias la legislación puede por sí misma constituir una violación de las disposiciones de un tratado y se puede pedir a un tribunal que emita una declaración a ese efecto”<sup>28</sup>, observaciones que para Alejandro Montiel Argüello son aplicables al Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>29</sup>.

**Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de Enero de 1997**

En este asunto se discute la denegación de la justicia por parte del Estado de Nicaragua con ocasión de la muerte de Jean Paul Genie Lacayo a cargo de agentes militares<sup>30</sup>.

En esta sentencia, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos confirmó la argumentación consagrada en su OC-14, respecto de la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de que la Corte declare la violación de dos decretos que establecían el fuero militar para el juzgamiento de civiles.

La Corte no emitió pronunciamiento alguno sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención, porque consideró que ello implicaba un análisis en abstracto, lo que caía fuera de las funciones de la Corte, manifestando además que la jurisdicción militar no viola per se la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>31</sup>.

La Corte estableció: “Esta probado que la aplicación de los decretos Nos. 591 y 600, sobre el enjuiciamiento militar en Nicaragua, no violó el principio de igualdad, no provocó *capitis diminutio* al señor Raymond Genie Peñalba (padre de la víctima) ni afectó la independencia e imparcialidad de los tribunales militares porque, en este caso no se aplicó el artículo 243 del decreto No. 591 que dispone integrar la Corte Suprema de Justicia, que conoce el recurso de casación pendiente de resolver, con cuatro miembros adicionales de carácter castrense”<sup>32</sup>.

Como bien dice Montiel Argüello, “en su sentencia de fondo la Corte consideró que el examen de la compatibilidad de los citados Decretos con la Convención debía examinarse exclusivamente en relación con el acusador que era el afectado en el asunto y que esos Decretos no restringieron sus derechos procesales; que ‘la conciencia jurídica sandinista’ contenida en la sentencia militar de primera instancia sólo tiene en apariencia una connotación ideológica si se toma en cuenta su contexto; y que no se ha demostrado que el acusador se hubiere encontrado en condición de inferioridad ante los tribunales castrenses, por lo que no se ha demostrado la violación del principio de igualdad”<sup>33</sup>.

Cabe destacar que en la sentencia de excepciones preliminares de este mismo caso, la Corte Interamericana fue muy clara al manifestar que “la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del estado, ejecutado contra personas determinadas, es violatorio de la Convención”<sup>34</sup>.

**Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de Septiembre de 1997.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpuso la demanda ante la Corte por la detención ilegal; tratos crueles, humanos y degradantes sufridos por María Elena Loayza Tamayo, así como violaciones al debido proceso<sup>35</sup>.

La señora Loayza Tamayo fue procesada en el fuero militar por el delito de traición a la patria (establecido en el artículo 2 del Decreto Ley No. 25.659), cuya figura jurídica era, según la Corte muy parecida a la del delito de terrorismo (establecido en los artículos 2 y 4 del Decreto Ley No. 25.475).

La Honorable Corte Interamericana, al tratar la aplicación el principio non bis in idem juzgó que los citados decretos eran incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que tipificaban conductas no estrictamente delimitadas que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro según los criterios de las autoridades.

Esta decisión significa, para Domingo Acevedo, “un avance importante en la interpretación progresiva de la Convención Americana”<sup>36</sup>. Hay que admitir, sin embargo, que la Corte Interamericana no abordó la materia desde la perspectiva del artículo 2, que obliga a los Estados a adecuar su derecho interno, como lo hace en los casos Suárez Rosero *versus* Ecuador y Castillo Petrucci *versus* Perú, que se analizarán en líneas posteriores.

Merece la pena retomar el tema de los tribunales militares, ya tratado al abordar el caso Genie Lacayo *versus* Nicaragua, que juzgan las infracciones penales cometidas por civiles.

La Corte no analizó los requisitos de independencia e imparcialidad, previstos en el artículo 8.1 de la Convención, por considerar que la ausencia de tales requisitos no causaron perjuicio jurídico a María Elena Loayza Tamayo, en vista de que dicha señora había sido absuelta por la jurisdicción castrense<sup>37</sup>.

A pesar de este pronunciamiento, congruente con el del caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, existe un claro contraste con el voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y O. Jackman, en el caso peruano, tal como se demuestra a continuación: “Si bien es cierto que, en este caso, dichos tribunales absolvieron a la detenida, pensamos que tribunales militares especiales (...) no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana”<sup>38</sup>.

**Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de Noviembre de 1997.**

Los hechos del caso se refieren a la detención ilegal y arbitraria de Rafael Iván Suárez Rosero, así como su posterior incomunicación durante 36 días<sup>39</sup>.

En este caso la Corte conoció la solicitud de la Comisión dirigida a que la Corte Interamericana declare la violación del derecho de protección legal establecido en el artículo 2 de la Convención, por cuanto el artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano (primer artículo innumerado, después del 114), excluía a los encausados por delitos sancionados por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, de la puesta en libertad de personas que no habían sido juzgadas dentro de cierto tiempo<sup>40</sup>.

Al respecto el Tribunal Interamericano expresó: “En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido”<sup>41</sup>. Como se ve, este criterio guarda armonía con la argumentación consagrada en la Opinión Consultiva OC-14, ya estudiada. Sin embargo, más adelante y alejándose, aparentemente, de su tradicional pensamiento jurisprudencial, el Tribunal dijo: “La Corte hace notar, además, que a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2<sup>42</sup> de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada al caso concreto”<sup>43</sup>.

Cabe tomar en consideración el razonamiento de Alberto Bovino, quien acertadamente dice que “la decisión acerca de cuál ha sido el derecho violado -art. 7, n° 5, o art. 8, n° 2- no produce consecuencia alguna, pues, según los fundamentos de la sentencia de la Corte, la norma sería contraria al art. 2 de la Convención independientemente del derecho de que se trate”, criterio que adquiere mayor trascendencia en el contexto de esta sentencia en la que se establece que no hay razón alguna para “despojar a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra”<sup>44</sup>.

Domingo Acevedo se refiere de la siguiente manera a este avance jurisprudencial: “constituye una medida verdaderamente determinante para el desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el pronunciamiento (...) de la Corte Interamericana en el caso *Suárez Rosero* al concluir que el denominado artículo 114 *bis* del Código Penal del Ecuador viola *per se* el artículo 2 de la Convención Americana”<sup>45</sup>.

**Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de 30 de Mayo de 1999.**

Los hechos que motivaron el conocimiento del caso se relacionan con la condena a cadena perpetua a ciudadanos chilenos, impuesta por un tribunal sin rostro, por la comisión del delito de traición a la patria<sup>46</sup>.

La Corte se refirió a la alegada violación de los artículos 1 y 2 por parte de la Comisión, por cuanto el Gobierno del Perú había promulgado dos decretos que tipificaban el delito de traición a la patria y establecían reglas procesales para su aplicación, conculcando de esta manera los artículos 8, 20 y 25 de la Convención Americana de Derechos, así como las normas contenidas en los artículos 1 y 2 (del mismo instrumento internacional) que se comentan a continuación.

En base al artículo 1, la Corte Interamericana expresó que el someter a las víctimas del caso a los procedimientos previstos en los decretos mencionados, es violatorio de los deberes de respeto de los derechos fundamentales y de garantía del pleno ejercicio de ellos, obligaciones consagradas en el mentado artículo 1 de la Convención<sup>47</sup>. Dicha conclusión la hizo haciéndose eco del contenido de la sentencia de fondo del caso Velásquez Rodríguez que rezaba: “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.

Respecto del artículo 2, el Tribunal Interamericano afirmó que los decretos comentados infringen el artículo 2 de la Convención, en virtud de que esta disposición exige tomar “medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la misma”<sup>48</sup>, afirmación que la hizo tras haber confirmado la sentencia de fondo del caso Suárez Rosero *versus* Ecuador, en el sentido de que una norma puede violar per se el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto.

Concluyó que el artículo 2 de la Convención exige no sólo la supresión de normas violatorias de las garantías establecidas en ella, sino de la expedición de normas conducentes a la observancia de dichas garantías<sup>49</sup>.

En los puntos resolutivos 11 y 14 de la sentencia, la Corte declaró que el Estado de Perú había violado los artículos 1.1 y 2 de la Convención, y le ordenó que adopte las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana y asegurar el goce de los derechos consagrados en ella a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.

**Caso El Amparo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Sentencia de Reparaciones 14 de Septiembre de 1996** <sup>50</sup>.

El caso El Amparo dice relación con la muerte de dieciséis pescadores que fueron atacados, de los cuales catorce resultaron muertos por un operativo militar y policial<sup>51</sup>.

En la sentencia de fondo de 1995, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tuvo la oportunidad de expresar su punto de vista sobre el tema que nos atañe, ya que la controversia cesó en virtud del reconocimiento efectuado por el Gobierno de Venezuela<sup>52</sup>.

El Juez Cançado Trindade hizo conocer en su Voto Razonado que la Corte debió haberse reservado la facultad para “decidir sobre la solicitud hecha por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a cerca de la incompatibilidad o no de la vigencia de los incisos 2 y 3 del artículo 54 del Código de Justicia Militar de Venezuela con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>53</sup>.

El Tribunal Interamericano en la sentencia de reparaciones de 1996 consideró: “El artículo 54 del citado Código que concede al Presidente de la República la facultad de ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados cuando lo estime conveniente a los intereses de la Nación y ordenar el sobreseimiento de los juicios militares en cualquier estado de la causa, no ha sido aplicado en el presente caso. Las autoridades militares iniciaron y siguieron un proceso contra los responsables del caso El Amparo y el Presidente de la República nunca ordenó que no se siguiera proceso ni que se sobreseyera”<sup>54</sup>.

Más adelante, la Corte, en base de la Opinión Consultiva OC-14, negó la solicitud de la Comisión sobre la compatibilidad o no (en abstracto) de la mencionada disposición con la Convención Americana<sup>55</sup>.

**Voto Disidente del Juez A. A. Cançado Trindade en la Sentencia de Reparaciones del caso El Amparo** <sup>56</sup>

El juez Cançado Trindade afirmó que una ley per se puede afectar los derechos protegidos por la Convención. También dijo que una ley puede violar los mencionados derechos en razón de la amenaza real a la persona<sup>57</sup>.

Mencionó por otra parte que no es necesario aguardar el daño material producido por la ley para poder impugnarla, ya que, de lo contrario, no habría como sostener el deber de prevención que está a cargo del Estado <sup>58</sup>.

A propósito de este deber, el mencionado Juez dijo que un entendimiento contrario vulneraría la obligación de prevención, la cual abarca todas las medidas legislativas, administrativas u otras que salvaguarden la protección de los derechos fundamentales establecidos en la Convención<sup>59</sup>.

En relación a los artículos 1 y 2 de la Convención, el Juez brasileño, acertadamente aseguró que la Corte no examinó, como le compete hacerlo, el artículo 54 del Código de Justicia Militar de Venezuela a la luz de los deberes de garantía de los derechos protegidos por la Convención (artículo 1) y de adopción de disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivos tales derechos<sup>60</sup>.

El lúcido criterio del Juez A. A. Cançado Trindade consideró que existe una diferencia del análisis *in abstracto*, de la determinación de la compatibilidad de normas internas respecto de la Convención en el contexto de un caso concreto. Tal diferencia, según el profesor brasileiro, la hace la existencia de víctimas. La existencia de éstas según el Juez, “torna jurídicamente inconsecuente la distinción entre la ley y su aplicación, en el contexto del caso concreto”<sup>61</sup>.

Por otro lado, Cançado Trindade recalcó que un órgano de protección internacional de derechos no debe partir de la premisa de que una ley no ha afectado aún los derechos protegidos.

Finalmente, expuso que la determinación de la compatibilidad de una norma no es una atribución exclusiva de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también de la función contenciosa, dentro de la cual la Corte puede pronunciarse sobre la compatibilidad o no de una norma interna estatal respecto de la convención en el contexto de un caso en concreto. Por lo tanto, dice el Juez, la Corte tiene *competencia ratione materia* para pronunciarse en el sentido indicado<sup>62</sup>.

**Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Sentencia de 29 de enero de 1997**

Los hechos del caso consisten en que Isidro Caballero Delgado y Carmen Santana fueron detenidos (y posteriormente desaparecieron) por agentes militares en colaboración con algunos civiles. La Corte consideró que no existían suficientes elementos de juicio que evidencien actos de tortura contra las víctimas.

En relación al tema, la Corte dijo que, “en su sentencia de fondo del 8 de diciembre de 1995, párrafo 3 de la parte resolutoria, decidió que Colombia no había violado los artículos 2, 8 y 25 de la Convención relativos a la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados en la misma, las garantías judiciales en los procesos y la protección judicial de los derechos lo que le impediría entrar de nuevo a considerar esa cuestión que adicionalmente, no fue planteada en la demanda sino en la etapa de reparaciones”<sup>63</sup>.

Al respecto dijo que “el examen de la legislación interna no es materia apropiada para ser considerada en la fase de reparaciones de un proceso y, además, en el caso presente, no habiéndose podido comprobar que las personas desaparecidas se encontraran en ninguna de las instituciones de detención oficiales, no podrían las autoridades judiciales a falta de informaciones pertinentes sobre el paradero de las personas desaparecidas, tomar dentro de un recurso de hábeas corpus medida alguna ni haber impedido la muerte de ellas”<sup>64</sup>.

Asimismo, en relación con la incompetencia que tienen los tribunales militares para conocer delitos de desaparición forzada, alegada por la Comisión, la Corte estimó “que la cuestión de la competencia de los tribunales militares y su compatibilidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, implicaría una revisión de la legislación colombiana que no es apropiado hacer en forma incidental y en la fase de reparaciones y menos aún cuando ha sido presentada por la Comisión en una forma hipotética”<sup>65</sup>.

Puede colegirse de estas observaciones que la Corte Interamericana no niega que carece de jurisdicción para emitir un pronunciamiento sobre la compatibilidad de una norma jurídica con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, simplemente estima que el momento procesal para aquello no es precisamente en la etapa de reparaciones.

Sin embargo, en cuanto a la tipificación del delito de desaparición forzada, la Corte juzgó importante la inclusión de dicha figura “en los términos de la Convención Interamericana de 1994 sobre la materia”.

Así se pronunció el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos: “la Corte considera que esa tipificación es deseable, pero que la falta de ella no ha obstaculizado el desarrollo de los procesos que sigue la justicia colombiana para investigar y sancionar los delitos cometidos en perjuicio de las personas a que se refiere el presente caso”<sup>66</sup>.

### **Voto Disidente del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso Caballero Delgado y Santana versus Colombia**

El Juez Cançado Trindade disintió de la decisión de mayoría, basando su argumentación en el contenido del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobre la base de la afirmación de la Corte en el sentido de que ella decidió que “al no haber reparado Colombia las consecuencias de las violaciones realizadas por sus agentes, ha dejado de cumplir las obligaciones que le impone el (...) artículo 1.1 de la Convención”. En tal virtud, recalcó la estrecha vinculación, resaltada por la propia Corte, entre el artículo 1.1 de la Convención y las reparaciones consagradas en el artículo 63.1 <sup>67</sup> de la Convención, debido a que el deber general de respetar y garantizar, de acuerdo con el artículo 1.1, los derechos protegidos tiene una amplio alcance<sup>68</sup>.

Para este juez, “el cumplimiento de la obligación de *garantizar* los derechos protegidos depende no sólo de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes - que frecuentemente no son suficientes per se - pero requiere además otras providencias de los Estados Partes en el sentido de capacitar a los individuos bajo su jurisdicción para hacer ejercicio pleno de todos los derechos protegidos. Tales providencias incluyen la adopción de medidas legislativas y administrativas, en el sentido de eliminar obstáculos o lagunas y perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos protegidos” <sup>69</sup>.

Por ello, aunque la Corte decida que no ha existido violación del artículo 2 de la Convención, los Estados no están exentos de tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos. Esto en razón precisamente del amplio alcance del artículo 1.1 de la Convención Americana, que abraza a todos los derechos fundamentales consagrados en ella. Es por ello que, según el juez Cançado Trindade, nada impide pronunciarse sobre la compatibilidad de una norma en la etapa de reparaciones <sup>70</sup>.

Es preciso tomar en cuenta lo que dijo el juez en relación con el impacto del derecho y la jurisprudencia internacionales en el derecho interno: “La aplicación de los tratados de derechos humanos, además de solucionar casos individuales, ha acarreado dichos cambios, trascendiendo de ese modo las circunstancias particulares de los casos concretos”. “No se puede legítimamente esperar que un tratado de derechos humanos se “adapte” a las condiciones prevalecientes al interior de cada país, por cuanto debe, *a contrario sensu*, tener el efecto de perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos por él protegidos en el ámbito del derecho interno de los Estados Partes”<sup>71</sup>.

Según el juez Cançado Trindade estas obligaciones generales emanadas de los artículos 1 y 2 de la Convención, se fundamentan en el principio general (*pacta sunt servanda*) “cuya fuente es metajurídica, al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales”. Por eso los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias en el derecho interno para la eficaz protección de los derechos establecidos en la Convención<sup>72</sup>.

Cançado Trindade opinó que los deberes de respeto y garantía del artículo 1.1 y la obligación, establecida en el artículo 2, de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a la Convención están íntimamente interrelacionadas, a tal punto que la violación de los deberes del artículo 1 implica la conculcación de la obligación establecida en el artículo 2 y viceversa. En este sentido debe darse paso a la indisociabilidad entre estas dos obligaciones generales, para dar adelante un paso en la materia<sup>73</sup>.

El Juez hizo el siguiente análisis del artículo 63. 1 de la Convención:

Primero, la Convención Americana en su artículo 63.1 no se refiere específicamente al derecho interno pero faculta la ordenación de medidas de reparación con base en la misma Convención y en los principios generales del Derecho Internacional. Segundo, la misma disposición manda a que la Corte armonice “la justa indemnización”<sup>74</sup>, como medida de reparación y el deber de garantizar los derechos protegidos. Tercero, dicho deber de garantizar abraza a las víctimas directas e indirectas (familiares y dependientes). Es por esto que “a la luz de lo dispuesto en el artículo 63.1 (...) la Corte debía proceder a la fijación tanto de las indemnizaciones como de otras medidas de reparación resultantes del *deber de garantizar* el goce de los derechos conculcados”<sup>75</sup>.

En complemento con lo anterior, el Juez dijo que otra medida de reparación no pecuniaria, hubiera consistido “en la tipificación legislativa del delito de desaparición forzada de personas, en armonía con lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, inclusive como medio de garantizar algunos de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (tales como el derecho a la vida, artículo 4, y el derecho a la libertad personal, artículo 7)”<sup>76</sup>.

Es posible por tanto, considerar a las medidas de carácter legislativo como otras medidas resultantes del deber de garantizar el goce de los derechos conculcados, estatuido en el artículo 63. Es preciso, en consecuencia, según el juez Antonio Augusto Cançado Trindade entender el alcance de las obligaciones legislativas en el contexto de la fijación de medidas reparatorias por violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### **Caso Las Palmeras. Sentencia de excepciones preliminares del 4 de febrero de 2000.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar la excepción interpuesta por el Estado de Colombia, en la que se alegaba la falta de competencia de la Corte para conocer las violaciones del derecho internacional humanitario, expresó: “La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación” de sus disposiciones”<sup>77</sup>.

La Corte también argumentó que “cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que Ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno”<sup>78</sup>.

Por este motivo, la Corte declaró que es “competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad”<sup>79</sup>.

El Tribunal Interamericano se explayó al respecto: “Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención”<sup>80</sup>.

Terminó su razonamiento diciendo que la Corte es competente para analizar si actos o normas son competentes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los Convenios de Ginebra de 1949, por lo que decidió admitir la excepción interpuesta por Colombia.

### **LA COMPATIBILIDAD IN ABSTRACTO EN EL SISTEMA DE PETICIONES INDIVIDUALES ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**Caso 11.553 de 16 de Octubre de 1996 (Informe No. 48/96): Emérita Montoya versus Costa Rica: Informe de Admisibilidad.**

Emérita Montoya González, supuesta víctima del caso, alegó ante la Comisión que los organizadores municipales de una competencia en la ciudad de Heredia discriminaron contra las atletas mujeres, y en especial, a la señora Montoya, por haber establecido premios menores para ellas en virtud del artículo 19 de las normas para la carrera de los 12 Kilómetros. Además, el artículo 11 de dichas disposiciones excluían las categorías juveniles y veteranas para las mujeres, no así para los atletas varones.

La señora Montoya, que tenía la edad de 36 años en la fecha en que la competencia se convocó, admitió ante la Comisión Interamericana no haber participado en la carrera, debido a que las normas de la competencia no establecían una categoría para participantes veteranas en el rango de los 35 ó más.

Ante este hecho, la Comisión argumentó su posición afirmando que si bien el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite que un peticionario no sea víctima de la violación de los derechos fundamentales consagrados en ella<sup>81</sup>, dicha liberalidad no puede interpretarse en el sentido de que el sistema interamericano pueda admitir una interposición de una denuncia *in abstracto* ante la Comisión<sup>82</sup>. Reforzó su criterio, cuando opinó que un individuo no puede implementar un *actio popularis*<sup>83</sup> “e impugnar una ley sin establecer cierta legitimación activa que justifique su recurso ante la Comisión”<sup>84</sup>.

Montiel Argüello comenta así este pronunciamiento: “El hecho de que la Convención Americana permita que el denunciante sea una persona distinta de la víctima o presunto lesionado, no significa que no sea indispensable la existencia de éste, pues de otra manera no podría indicarse su identidad en la denuncia y ésta vendría a ser inadmisibile conforme al artículo 47.a.”<sup>85</sup>.

Más concretamente, la Comisión dijo que no basta la existencia de una ley que viole los derechos fundamentales de las personas, sino que es necesario que dicha ley se aplique en su detrimento<sup>86</sup>. Por considerar que la señora Montoya no tenía legitimación activa en razón de los argumentos expuestos, la Comisión Interamericana se declaró incompetente *ratione personae* para continuar con la tramitación del caso.

Cabe tener en cuenta el ilustrado razonamiento de Francisco Javier Cox en relación con esta decisión: “La Convención no exige más legitimación que la de ser persona, grupo de persona u ONG legalmente reconocida en alguno de los Estados Miembros. La exigencia de si hay víctima o no es una cosa del fondo, pero no puede afectar el derecho de comparecencia” <sup>87</sup>. Pero como se puede observar en el siguiente caso, la Comisión Interamericana analizó la existencia de víctimas en la fase admisibilidad y no en la de fondo, como propone Cox.

#### **Caso 11.625 Informe 28/98 6 de marzo de 1998 María Eugenia Morales de Sierra versus Guatemala: Informe de Admisibilidad**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición en la que se alegaba que diversas normas del Código Civil de Guatemala eran discriminatorias en el tratamiento jurídico del varón y la mujer, en el sentido de que aquellas establecían ciertas responsabilidades para uno y otro, conferían al varón la representación conyugal y de los menores, la facultad de administrar los bienes conyugales y permitían a la mujer trabajar en la medida de que sus labores no afecten el cuidado de los menores y el hogar, dando la posibilidad al marido de oponerse a dichas labores; además, la mujer según esta legislación puede ser eximida de ejercer ciertas formas de tutela.

Los peticionarios solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declare que esas normas son incompatibles *in abstracto* con los artículos 1.1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, durante una audiencia, la Comisión pudo constatar la voluntad de los peticionarios de enmendar la solicitud de incompatibilidad *in abstracto*, quienes solicitaron una decisión sobre la queja concreta relacionada con una supuesta víctima, la señora María Eugenia Morales de Sierra.

La voluntad inicial de los peticionarios se sustentaba en la posibilidad de la Comisión de calificar la congruencia de normas jurídicas respecto de la Convención, estudiada en las Opiniones Consultivas 13 y 14 y también, según la Comisión, en el artículo 41.f de la Convención Americana.

Por otro lado, el cambio de posición, al presentar a la señora Morales de Sierra como víctima se basa en la alegación de que ella se ve afectada directamente por la normatividad ya explicada, por lo que la Comisión consideró que con la identificación de una víctima concreta puede proceder a admitir el caso, en razón de que la Opinión Consultiva No.14 exige que una denuncia se refiera a una violación concreta de los derechos fundamentales de una determinada persona.<sup>88</sup>

Basándose en la misma Opinión de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión afirmó que las leyes de aplicación inmediatas o autoaplicativas podrían afectar los derechos humanos por su entrada en vigor<sup>89</sup>, en tanto que las que no lo son requieren de medidas para aplicarse al caso concreto.

No obstante, la Comisión reconoció, con base en la jurisprudencia europea que una norma jurídica puede violar el derecho de un individuo incluso en tratándose de aquellas disposiciones que aún no han sido aplicadas pero representan un riesgo inminente para aquel<sup>90</sup>.

La Comisión Interamericana consideró que las alegaciones de los peticionarios, en el sentido de que las disposiciones del Código Civil afectaba directamente los derechos protegidos de la señora Morales de Sierra, estaban suficientemente demostradas a efectos del análisis de admisibilidad del caso<sup>91</sup>.

**Informe No. 22/94. Caso 11.012. Verbitski versus Argentina. 20 de Septiembre de 1994. Solución Amistosa.**

El periodista Horacio Verbistski interpuso, el 5 de mayo de 1992, una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debido a que había sido condenado por el Estado de Argentina por el delito de desacato, ya que supuestamente había injuriado a un Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

Después de varias reuniones, las partes concertaron un acuerdo de solución amistosa, en que el Estado de Argentina se compromete a derogar la figura penal del desacato y aplicar dicha derogatoria a la situación de la víctima, así como la justa reparación de daños y perjuicios sufridos por causa de las acciones judiciales (a las cuales finalmente no requirió), renunciando el peticionario a la indemnización de daño moral. Ambas partes solicitaron a la Comisión que, en virtud del artículo 49<sup>92</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se pronuncie sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la figura penal del desacato.

Una vez cumplido el acuerdo de solución amistosa, la Comisión haciendo uso de la disposición citada, manifestó: “La Comisión considera que la derogación de la figura del desacato, en el contexto del presente caso, resulta en la conformidad del derecho argentino con la Convención Americana ya que elimina una base legal para la restricción gubernamental del derecho de libre expresión consagrado en la Convención Americana”<sup>93</sup>. Además, señaló que en sí una ley es incompatible con la Convención Americana, el Estado Parte está obligado a derogarla, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención<sup>94</sup>.

#### **Informes No.28/92 y No. 29/92: Los casos de Argentina y Uruguay.**

A finales de 1987 la Comisión empezó a recibir varias comunicaciones, algunas individuales y otras en conjunto, contra el Estado Argentino, relacionadas con la sanción de dos leyes que violentaban los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, pues establecieron un plazo de 60 días para la extinción de acciones contra los implicados en la denominada guerra sucia (Ley No. 23.492) y eximieron responsabilidad penal a los agentes militares por haber actuado en función de la obediencia debida (Ley No. 23.521). La Comisión decidió acumular los casos en razón de la identidad jurídica de las reclamaciones, consistente en que en todas ellas se alegaba la incompatibilidad de esas leyes<sup>96</sup>.

La Comisión decidió que las referidas normas eran inconsistentes con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de que su principal efecto jurídico fue el de privar a los peticionarios de una investigación judicial criminal destinada a sancionar a los responsables de los delitos en la denominada guerra sucia <sup>96</sup>.

El mismo análisis realizó la Comisión Interamericana en su Informe No. 29/92 sobre Uruguay<sup>97</sup>.

## CONCLUSIÓN

Como puede observarse el pensamiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado en el transcurso de, aproximadamente, tres años, desde la expedición de la Opinión Consultiva OC-14 hasta la publicación de la sentencia de fondo del Caso Suárez Rosero *versus* Ecuador, el cual se constituyó en un importante precedente para la emisión de la sentencia de fondo en el caso Castillo Petruzzi *versus* Perú.

El caso Suárez Rosero *versus* Ecuador es un avance respecto de la sentencia emitida en el caso Loayza Tamayo, pues en aquel, la Corte hace el análisis de compatibilidad en relación con el artículo 2 de la Convención, que impele a los Estados a adecuar su derecho interno a esta, mientras que en Loayza Tamayo, se limitó a analizar la consistencia de las normas peruanas en el contexto del artículo 8.4.

El caso ecuatoriano también marcó distancia de la Opinión Consultiva No. 14, estudiada aquí, que establecía que una ley debe producir efectos directos en la esfera jurídica de la persona para configurar una violación de la Convención Americana, cuando la Corte Interamericana mencionó que el artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano violaba *per se* el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que se haya aplicado o no.

Por otra parte, el caso Castillo Petruzzi *versus* Perú significó un avance respecto de su antecesor, Suárez Rosero *versus* Ecuador, en vista de que la Corte ordenó al Estado del Perú reformar las normas que fueron declaradas violatorias de la Convención Americana.

El criterio del juez A. A. Cançado Trindade también ha influido en esta evolución intelectual. Para sustentar dicha afirmación basta recordar sus opiniones en los casos, El Amparo y Caballero Delgado y Santana *versus* Colombia, pues de alguna manera la Corte, en el caso Castillo Petruzzi *versus* Perú, ha comprendido el carácter reparador y, también, el preventivo, de una medida normativa adoptada por el Estado para garantizar el goce de los derechos de quienes se hallan bajo su jurisdicción.

El deber de prevención debe ser el fundamento principal sobre el cual se sustente la viabilidad del análisis en abstracto, ya que la expedición de normas constituye una de aquellas medidas encaminadas a salvaguardar los derechos fundamentales de la persona humana. Un pensamiento contrario implicaría desconocer el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a los estados a adoptar medidas legislativas necesarias para hacer realidad los derechos humanos.

Este fundamento constituye un paso adelante respecto de la jurisprudencia de la Corte Europea que ha basado sus decisiones en conceptos tales como los del riesgo o de víctima potencial.

Es preciso decir que la Comisión no ha estado a la par de la evolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que su actuación se ha ceñido al texto, principalmente, de la Opinión Consultiva No. 14, en el sentido de pronunciarse sobre la compatibilidad, respecto de la Convención, de una norma sólo cuando el peticionario ha alegado efectos directos de dicha norma en su esfera jurídica.

Merece la pena recordar el caso Morales de Sierra *versus* Guatemala, en vista de que la compatibilidad de normas violatorias de la Convención Americana puede ser utilizada como un medida eficaz de la protección familiar, así como la igualdad de derechos y deberes entre varón y mujer, y entre esposos.

Hay que decir que el caso Verbitski *versus* Argentina representa un progreso respecto de los casos de Argentina y Uruguay, ya que en estos no se abordó el tema en función del artículo 2 de la Convención Americana, mientras que en aquel la Comisión si toma en consideración dicha disposición.

Por último se puede afirmar, acogiendo el lúcido criterio del juez Cançado Trindade, que existe una distinción entre análisis *in abstracto*, que correspondería a la función consultiva de la Corte Interamericana, de la determinación de compatibilidad de normas jurídicas en relación con la Convención Americana, pues esta última se verificaría en el contexto de los casos concretos conocidos por la Comisión y la Corte, con independencia de que dichas disposiciones hayan sido aplicadas o no.

**Notas:**

<sup>1</sup> Como es conocido, la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “se refiere a la resolución de casos en que se ha alegado que uno de los Estados partes ha violado la Convención”. Por su parte la función consultiva permite dar respuestas (opiniones consultivas) a las solicitudes de consulta de todo Estado parte, así como órganos de la Organización de Estados Americanos. Al respecto ver el Informe Anual de 1989 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>2</sup> Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se las puede encontrar en la página web de la Universidad de Minnesota ([www1.umn.edu/humanrts/iachr](http://www1.umn.edu/humanrts/iachr)) o en la de la misma Corte ([www.oas.org](http://www.oas.org)). Es posible encontrarlos en los informes anuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> “La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida como consecuencia de haber entrado en vigor el 18 de Julio de 1978 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), al haber entrado en vigor el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA”. Ver Informe Anual de 1988 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>4</sup> Durante los años 1981 a 1984 desaparecieron entre 100 y 150 personas, cuyos secuestros eran perpetrados por agentes militares o policiales, época en que Manfredo Velásquez desapareció por obra o tolerancia de las autoridades hondureñas, correspondiendo su secuestro y desaparición al contexto de dichas desapariciones.

<sup>5</sup> Para el estudio del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, me permito reproducir, con algunas alteraciones, la página 20 del Memorial de Peticionario, presentado por José Luis Nieto Espinosa y Dunker Morales, para el Concurso Interno de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Dicho Memorial corresponde al Caso Hipotético Alejandro Pérez (“Alejandro Mayta”) v. República de Miranda.

<sup>6</sup> Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, Párr. 162. Cabe destacar que a parte de esta sentencia, existen otras dos casi idénticas contra Honduras: Fairén Garbí y Solís Corrales, y Godínez Cruz.

<sup>7</sup> *Ibid.*, Párr. 164. “El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido... a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”.

<sup>8</sup> *Ibid.*, Párr. 154. En la misma línea de pensamiento se manifiesta Máximo Pacheco Gómez en su artículo “El concepto de derechos fundamentales de la persona humana”, en LIBER AMICORUM Héctor Fix Zamudio, expresa que “El sustantivo derechos expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad y pretensión de que para su autentica realización los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico, es decir, que a cada derecho humano, derecho moral le corresponda paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico.

<sup>9</sup> Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez versus Nicaragua, Op. Cit., Párr. 165 y 166.

<sup>10</sup> *Ibid.*, Párr. 170 y 171.

<sup>11</sup> Ibid., Párr. 171.

<sup>12</sup> Ibid., Párr. 173.

<sup>13</sup> Ibid., Párr. 175.

<sup>14</sup> Ibid., Párr. 176.

<sup>15</sup> Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14, Serie A No. 14, Párr. 32.

<sup>16</sup> Corte I.D.H. , Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Corte I.D.H. , Serie A No. 13, Párr. 25.

<sup>17</sup> Ibid., Párr. 26.

<sup>18</sup> Ibid., Párr. 30

<sup>19</sup> Corte I.D.H. , Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención, Op. Cit. Párr. 40.

<sup>20</sup> Ibid., Párr. 42.

<sup>21</sup> Este avance jurisprudencial es comparable con el juicio de amparo mexicano, que “procede, en primer lugar, contra leyes y actos normativos contrarios a la Constitución, dando lugar a un medio judicial de control de la constitucionalidad de las leyes que puede ejercerse en forma directa contra las mismas, sin que se requiera acto administrativo o judicial alguno de ejecución o aplicación de la ley”. “El objeto del amparo contra leyes lo constituyen leyes que con su sola puesta en vigencia puedan causar perjuicio directo y personal al accionante”. Ver Allan Brewer Carías, *El Amparo contra Leyes y Demás Actos Normativos en el Derecho Venezolano*, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Volumen I, Pág. 483.

<sup>22</sup> Corte I.D.H. , Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención, Op. Cit. Párr. 43.

<sup>23</sup> Diego Rodríguez Pinzón , “Jurisdicción y Competencia en las Peticiones Individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en [www.wcl.american.edu/pub/humright/red/index.html](http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/index.html).

<sup>24</sup> Corte I.D.H. , Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención, Op. Cit. Párr. 45.

<sup>25</sup> Ibid., Párr. 48.

<sup>26</sup> Ibid., Párr. 49.

<sup>27</sup> Ibid., Párr. 50.

<sup>28</sup> Citado por Alejandro Montiel Argüello, *El Derecho Interno y los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Volumen I, Presentado por César Gaviria; Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, San José, 1998, Pág. 193 y 194.

<sup>29</sup> Ibid. Pág. 194.

<sup>30</sup> El caso se relaciona específicamente con la obstaculización por parte de las autoridades nicaragüenses en las investigaciones y en la tramitación de la causa relacionados con el asesinato del joven Genie Lacayo.

<sup>31</sup> Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo*, Sentencia de 29 de Enero de 1997, Serie C No.30, Párr.91

<sup>32</sup> Ibid., Párr. 72.

<sup>33</sup> Alejandro Montiel Argüello, Op. Cit., Pág. 202.

<sup>34</sup> Corte I.D.H., Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de Enero de 1997, Op. Cit., Párr. 50.

<sup>35</sup> María Elena Loayza Tamayo fue detenida el 6 de febrero de 1993 por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), en el contexto de un estado de emergencia, y fue incomunicada durante su detención, desde el día de su detención hasta el 15 del mismo mes y año, sin poder contactarse con su familia; fue juzgada dos veces, una por el fuero militar y la otra por el ordinario. Durante la época de su detención existía una práctica generalizada de tratos crueles, inhumanos y degradantes con motivo de las investigaciones criminales por delitos de traición a la patria y terrorismo.

<sup>36</sup> Domingo Acevedo, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Volumen I, Presentado por César Gaviria; Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, San José, 1998, Pág. 193 y 194, Pág. 297.

<sup>37</sup> Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de Septiembre de 1997, Serie C No. 33, Párr. 60.

<sup>38</sup> Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y O. Jackman, , Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de Septiembre de 1997, Op. Cit.

<sup>39</sup> El señor Ivan Suárez Rafael fue detenido por agentes de la Policía Nacional sin orden de autoridad competente y sin haber cometido delito flagrante, en medio del operativo “ciclón”. Rindió su declaración presumarial con la ausencia de su abogado defensor. Permaneció incomunicado 36 días, sin permitírsele comunicarse con su familia y su abogado defensor. Interpuso varias acciones judiciales con el fin de obtener su libertad pero fueron denegadas.

<sup>40</sup> El artículo 114 bis del Código Penal de Ecuador reza: “ Las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso. De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso. Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados por delitos sancionados por la ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”.

<sup>41</sup> Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de Noviembre de 1997, Serie C No. 35, Párr. 98.

<sup>42</sup> Esta decisión es concordante con la que estableció la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso De Jong, Baljet y van den Brink, 22 de Mayo de 1984, Párr. 41 : “According to the Court’s well-established case-law, the word “victim” in Article 25 (art. 25) denotes the person directly affected by the act or omission in issue, the existence of a violation being conceivable even in the absence of detriment; detriment is relevant only in the context of Article 50”, lo que significa que la existencia de una violación es concebible aún en ausencia de detrimento. Cabe indicar que el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establecía la obligación de los peticionarios de probar que son víctimas de violaciones de derechos humanos. Por su parte, el artículo 50 decía: “If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations arising from the ... Convention, and if the internal law of the said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

<sup>43</sup> Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de Noviembre de 1997, Op. Cit. , Párr. 98.

44 Alberto Bovino, El fallo Suárez Rosero, en [www.wcl.american.edu/pub/humright/red/index.html](http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/index.html).

45 Domingo Acevedo, Op. Cit., Pág. 297.

46 Jaime Francisco Castillo Petruzzi y otras personas fueron detenidos el 14 y 15 de Octubre en medio del operativo El Alacrán y de un estado de emergencia. En el período de investigación policial las víctimas no tuvieron acceso a su defensa legal sino después de haber rendido declaración sobre los hechos. Fueron procesados por el delito de traición a la patria en el fuero militar por jueces sin rostro, sin las debidas garantías del debido proceso legal.

47 Corte I.D.H., Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú, Sentencia de 30 de Mayo de 1999, Serie C No. 52, Párr. 206.

48 Ibid., Párr. 207.

49 Ibid. La misma Corte ha dicho en el caso Garrido y Baigorria versus Argentina que “la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Ver Párr. 68 y 69, Sentencia de Reparaciones de 27 de Agosto de 1998. Ver también Párr. 167, Caso Cesti Hurtado versus Perú, Sentencia de 29 de Septiembre de 1999, Serie C No. 56.

50 Si bien el fin de este artículo es el de estudiar la compatibilidad en abstracto en la jurisprudencia de la Corte desde una perspectiva cronológica, he querido finalizar este estudio con dos sentencias de los años 1995 y 1996, en razón de la importancia didáctica que reviste para el tema. Me parece lógico ubicar al final el caso El Amparo, ya que será interesante analizar el criterio del Juez Cançado Trindade ( en su voto disidente), quien a mi juicio, a través de sus votos disidentes y razonados, ha sabido guiar el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

51 Según la demanda de la Comisión Interamericana, 16 pescadores del pueblo El Amparo, se dirigían al canal La Colorada a través del río Arauca para participar en un paseo de pesca. A las 11:20 a.m. se detuvieron y fue entonces que fueron atacados por agentes militares que realizaban el operativo Anguila. Del operativo resultaron 14 muertos de los 16 pescadores.

52 Corte I.D.H., Caso El Amparo. Sentencia de 18 de Enero de 1995, Serie C No. 19, Párr.20.

53 Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, Caso El Amparo, Op. Cit.

54 Corte I.D.H., Caso El Amparo, Op. Cit., Párr. 58.

55 Ibid., Párr. 60.

56 Para información del lector, el juez Cançado Trindade se ha basado en algunos casos de la Corte Europea de Derechos Humanos que se encuentran en página de la Corte Europea es [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Los casos referidos son: Klass y Otros, Sentencia del 06.09.1978, Párr. 34; caso Marckx, Sentencia del 13.06.1979, Párr. 27; caso Johnston y Otros, Sentencia del 18.12.1986, Párr. 42; Dudgeon, Sentencia del 22.10.1981, Párr. 41 y 63; De Jong, Baljet y van den Brink, 22.05.1984, Párr. 41; caso Malone, Sentencia del 02.08.1984, Párrs. 67-68.; Corte Europea de Derechos Humanos, caso Silver y Otros, Sentencia del 25.03.1983, Párrs. 86-88.

57 Voto Disidente del Juez A. A. Cançado Trindade, Caso El Amparo, Op. Cit., Párr. 2.

58 Ibid., Párr. 3.

59 Ibid., Párr. 6

60 Ibid., Párr. 4.

61 Ibid., Párr. 8.

<sup>62</sup> Ibid., Párr. 11.

<sup>63</sup> Corte I.D.H. Caso Caballero Delgado y Santana versus Colombia. Sentencia de Reparaciones de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, Párr. 55. Cabe decir, sin embargo, que en el caso Aloeboetoe y Otros versus Surinam, la Corte se pronunció de la siguiente manera en relación con la petición hecha en la etapa de reparaciones por la Comisión Interamericana que solicitaba la indemnización a la tribu de los saramacas por la muerte de Aloeboetoe: “La Comisión solicita que la Corte condene a Suriname a pagar a la tribu Saramaca una indemnización por daño moral y a efectuarle ciertas reparaciones no pecuniarias. Suriname opone a esta reclamación una razón de procedimiento y sostiene que la Comisión efectuó esta demanda en la etapa de la determinación de la indemnización y que nada expresó sobre este tema en su memoria del 1 de Abril de 1991. La Corte no estima fundada la argumentación del Gobierno pues en el procedimiento ante un tribunal internacional un parte puede modificar su petición siempre que la contraparte tenga la oportunidad procesal de emitir su opinión al respecto”. Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y Otros versus Suriname, Sentencia de Reparaciones de 10 de Septiembre de 1993, Serie C No. 15. , Párr. 81.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Ibid., Párr. 57.

<sup>66</sup> Ibid., Párr. 56

<sup>67</sup> El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza: “ Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

<sup>68</sup> Voto Disidente del Juez A. A. Cançado Trindade, caso Caballero Delgado y Santana versus Colombia, Op. Cit. Párr. 1 y 2.

<sup>69</sup> Ibid. , Párr. 3.

<sup>70</sup> Ibid., Párr. 4.

<sup>71</sup> Ibid., Párr. 5.

<sup>72</sup> Ibid., Párr. 8. Ver también casos Garrido y Baigorria versus Argentina y Cesti Hurtado versus Perú, citados en la nota de pie 33.

<sup>73</sup> Ibid., Párr. 9 y 10.

<sup>74</sup> La expresión “justa indemnización” que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la “parte lesionada”, es compensatoria y no sancionatoria (...) Por todo lo anterior la Corte Considera, entonces, que la justa indemnización (...) comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de Manfredo Velásquez”. Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, 1990, Párr. 38 y 39.

<sup>75</sup> Ibid., Párr. 12 y 13.

<sup>76</sup> Ibid., Párr. 17.

<sup>77</sup> Corte I.D.H., Caso Las Palmeras. Sentencia de excepciones preliminares de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 66 Párr. 32.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid. Párr. 33.

<sup>81</sup> “Otro aspecto a tener en cuenta, es la diferencia en cuanto al acceso que existe entre los instrumentos de la Organización de los Estados Americanos, y sus similares que rigen en otras áreas: en el sistema interamericano no se requiere la calidad de víctima de quien formula la petición, requisito “sine qua non” de otros mecanismos regionales o universales, como los instaurados en el Convenio Europeo; y en el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”; “Derechos, Acceso y Rol de las Víctimas” de Fabián Salvioli, (Págs. 308 a 309), publicado en la obra colectiva “El Futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editada por Juan E. Méndez y Francisco Cox, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

<sup>82</sup> En el caso *Klass* y otros, sentencia de 8 de septiembre de 1978, la Corte Europea de Derechos Humanos opinó de manera similar: “ No instituye (el artículo 25 del Convenio) en beneficio de los particulares una suerte de acción popular en la interpretación del Convenio; no lo autoriza a demandar in abstracto una ley por el solo hecho de parecerle contraria al Convenio. En principio no es suficiente para un individuo demandante sostener que una ley viola por su simple existencia los derechos que él disfruta en los términos del Convenio; ella debe haber sido aplicada en su detrimento”. Tomado de Alejandro Montiel, Op. Cit.

<sup>83</sup> Diego Rodríguez Pinzón en su artículo “Jurisdicción y Competencia en las Peticiones Individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, publicado en [www.wcl.american.edu/pub/humright/red/index.html](http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/index.html), sostiene: “Algunos expertos han considerado este tipo de legitimación activa como una *actio popularis*. Estamos de acuerdo con esta opinión. Los peticionarios pueden buscar protección para terceros que son afectados por las acciones de un estado, sin tener que demostrar un interés personal en el caso. Las víctimas deben, sin embargo, ser identificadas en la petición. De otro modo la Comisión se vería continuamente enfrentada con reclamos in abstracto que podrían estar fuera de la jurisdicción sobre denuncias individuales de la Comisión o de la Corte”.

<sup>84</sup> Comisión I.D.H., Caso 11.553 de 16 de Octubre de 1996 (Informe No. 48/96): *Emérita Montoya versus Costa Rica*, Párr. 28.

<sup>85</sup> Alejandro Montiel Argüello, Op. Cit., Pág. 200.

<sup>86</sup> Comisión I.D.H., Op. Cit., Párr. 28.

<sup>87</sup> Francisco Cox, *La Admisibilidad de las Denuncias Individuales: Puerta de Entrada al Sistema*, en “El Futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editada por Juan E. Méndez y Francisco Cox, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, Pág. 348.

<sup>88</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Marckx*, sentencia de 13 de junio de 1979, “la demandante recurrió contra la discriminación que establecía la ley belga contra los hijos naturales y las madres solteras en relación a los derechos sucesorios, y la Corte dijo: El artículo 25 del Convenio legitima a los particulares para impugnar una ley que por sí misma vulnera sus derechos, incluso a falta de medidas de ejecución, siempre que corran el riesgo de ser directamente afectados por aquella. Tal es en este caso la actitud de las recurrentes y estas impugnan varios artículos del Código Civil que se les aplican automáticamente. Alegando que los mismo vulneran el Convenio y el Protocolo número 1, las recurrentes no están invitando al Tribunal a formular un enjuiciamiento in abstracto de normas jurídicas incompatible con el artículo 25 sino que se está refiriendo a una situación legal (la de madres solteras y los niños extramatrimoniales) que las afecta directa y personalmente. Tomado de Alejandro Montiel, Op. Cit.

<sup>89</sup> “En Alemania también se admite el amparo contra leyes autoaplicativas, es decir contra las normas que causan perjuicio al recurrente con motivo de su entrada en vigor, sin que sean necesarios actos concretos de aplicación”. Ver Brewer Carías, Op. Cit.

<sup>90</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos ha expresado que bajo ciertas circunstancias es posible que el peticionario pueda alegar que él es víctima de una violación ocasionada por la mera existencia de una legislación. Caso *Klass y Otros*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, Párr. 34.

<sup>91</sup> Caso 11.625 Informe 28/98 6 de marzo de 1998 María Eugenia Morales de Sierra versus Guatemala.

<sup>92</sup> El artículo 49 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza: “Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso l.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible”.

<sup>93</sup> Comisión I.D.H., Informe No. 22/94. Caso 11.012. *Verbitski versus Argentina*. 20 de Septiembre de 1994. Solución Amistosa.

<sup>94</sup> Esta decisión concuerda con la emitida en otra oportunidad por la Comisión al realizar el estudio de las leyes de desacato. Aquella vez la Comisión dijo: “Las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática”. Al inicio del informe, la Comisión se declaró competente para realizar aquel estudio. No obstante, es lógico pensar que su competencia radica en las facultades previstas en los artículos 41 y 42, que fueron analizados en la ya referida Opinión Consultiva No. 13 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El estudio de la Comisión está en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1994, Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>95</sup> Comisión I. D.H. Informe No. 28/92, Capítulo III: Informes Relativos a Casos Individuales, Informe Anual 1992-93, Párr. 1 a 5.

<sup>96</sup> *Ibid.*, Párr.50.

<sup>97</sup> Comisión I.D.H., Informe No. 29/92, , Capítulo III: Informes Relativos a Casos Individuales, Informe Anual 1992-93.

## **LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: UN DERECHO DE LA POSTMODERNIDAD**

**Dr. Marco Proaño Maya**

El desarrollo de una nación implica la protección del talento y del espíritu.

No habrá futuro, si no se reconoce la participación protagónica de los valores intelectuales y la presencia de los hombres creativos.

Hoy la tecnología, la producción intelectual, la posesión de información, son signos de poder frente a las cuales hay que formar la conciencia moral de los ciudadanos.

No olvidemos que fue necesaria la Revolución Francesa para que los Derechos de Propiedad Intelectual encuentren la plenitud de su reconocimiento. Se abolió la censura y se terminó con el sistema de privilegios. Se distinguió a los Derechos de Propiedad Intelectual como la “más sagrada, la más legítima, la más inatacable y se puede llamar a sí, la más personal de todas las propiedades..

Hoy en día, la Propiedad Intelectual tiene un espacio propio dentro de las ciencias jurídicas, inscrita en el espíritu de la Convención de Berna y en el protagonismo de la OMPI que administra este convenio multinacional.

Esta ciencia jurídica a diferencia de otros derechos, tiene un ámbito de protección internacional que surge del reconocimiento de dos realidades; la una; el carácter universal de la creación intelectual que no admite fronteras y ante la cual el ordenamiento jurídico nacional resulta insuficiente y, la otra el diferente grado de desarrollo de los países y por lo tanto de los niveles de protección jurídica de la Propiedad Intelectual.

### **LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

El talento superior, que en el pasado histórico se complació con el esplendor del reconocimiento público y las gracias de los gobernantes, ha configurado un derecho superior que identifica los valores esenciales del espíritu y trasciende al propio hombre por ser universal, los Derechos de propiedad Intelectual.

Este Derecho, ha tenido una evolución dinámica unida al destino del desarrollo científico y del progreso económico, en la difusión de la obra intelectual.

Nuevas expresiones formales de comunicación al público, como la cinematografía, el disco, el cassette, el videocasete, la televisión, la radio, las señales portadoras de programas transmitidas por satélite, la computación y sus secuelas de utilización técnica, han contemporanizado un derecho que por estar ligado a los medios de comunicación colectiva, está sujeto al valor y a los propósitos de la tecnología.

La ofensiva contra el Derecho de Propiedad Intelectual, esta altanera. Ante una sociedad entera sometida a la enajenación, hombres y organizaciones han renunciado a los acontecimientos.

Nuevos delitos sin rostro, que han prosperado en las conveniencias incestuosas, han desafiado a las leyes para permanecer como conductas sumisamente aceptables.

La voluntad vital de los Organismos Internacionales comprometidos con la defensa de los Derechos de los Autores sobre sus obras, debe alcanzar la vigencia de los Derechos de Propiedad Intelectual, asumiendo la urgencia de acciones conjuntas, para que las leyes y los tratados no sean superados por las realidades.

El Derecho de Propiedad Intelectual, inscrito en las estructuras jurídicas institucionales, ha permanecido sin vinculación orgánica con el ejercicio de esos mismos derechos.

Los Estados, no han asumido una conducta oficial que defienda el respeto a los derechos intelectuales, sometiéndose a los intereses del poder y del sistema, configurando un derecho debilitado por las limitaciones administrativas y la falta de perspectivas ante las dimensiones de la modernización.

El desafío contemporáneo, es encontrar soluciones congruentes con el desarrollo tecnológico de la difusión de las obras, que amenaza con dejarlas sin protección, ante lo cual es necesario “repensar la totalidad de la materia, incluyendo la de los derechos vecinos”, como visionariamente recomendó Valerio de Sanctis.

Hay que salvaguardar los derechos de los creadores intelectuales y formar la conciencia moral de los usuarios..

En la antigüedad, dada la forma como se exteriorizaba la actividad intelectual, no existió una legislación para reglarla. Las obras literarias se publicaban como manuscritos, con una circulación muy reducida; sin embargo algunos autores como Friedlander, sostienen que de algunas obras literarias se hacían hasta mil ejemplares, la obra intelectual no tenía valoración económica. Los autores apreciaban la distinción pública, los honores, la fama, inmersos en la filosofía del mecenazgo.

La obra intelectual, fue hostilizada, pero al mismo tiempo protegida por hombres esclarecidos.

## **EVOLUCIÓN TERRITORIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

¿Por qué si las obras de la inteligencia son tan antiguas como la vieja historia de la humanidad, se retardó tanto el derecho positivo en reconocerlas dentro de la normatividad jurídica?

La concepción programática del Derecho de propiedad Intelectual, surge con la invención de la imprenta, que permite la reproducción de las obras, facultando al autor ejerce y disponer de sus derechos, es entonces, la relación del autor, más que con su obra, con los distintos medios de reproducción y difusión de esa obra, lo que configura el derecho positivo.

En su evolución territorial, el Derecho de propiedad Intelectual, ha sido reconocido en tres etapas definidas:

- a) En las legislaciones nacionales;
- b) En Tratados y Convenciones Internacionales; y,
- c) En una legislación universal, que proclame los principios fundamentales que rigen los Derechos de la Propiedad Intelectual y haga una posible su aplicación común y uniforme en las leyes sustantivas como adjetivas.

Este es un gran objetivo, que responde a la necesidad de enfrentar los desafíos del desarrollo poderoso de los medios de reproducción y difusión de la obra intelectual.

Inicialmente, se estructuró para regular las relaciones de los autores dentro de cada Estado; pero, siendo un derecho ecuménico, porque la obra intelectual es como el hombre universal, era imperativo extender el ámbito de su aplicación al autor extranjero y a su obra.

Este Derecho, no puede estar limitado por la territorialidad, porque “la obra del espíritu franquea fácilmente todas las fronteras”.

### **LA DEFENSA JURÍDICA:** **CONOCIMIENTO Y APLICACIÓN DE LAS LEYES**

Es el reconocimiento de la naturaleza de los Derechos de Propiedad Intelectual, lo que determina su carácter, por lo que hay que diferenciar las violaciones que se cometen contra el derecho mora, de las que se cometen contra los Derechos Patrimoniales, distinción que permitirá absolver la gravedad de las infracciones y sus sanciones.

Las legislaciones nacionales consagran que los Derechos de Propiedad Intelectual comprenden para su titular, entre otras, la facultad de reivindicar la paternidad de su obra; la de disponer su publicación, representación o ejecución pública, de mantener la obra inédita; de autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma; de oponerse a toda deformación, alteración y mutilación de su obra y retirarla del poder del usuario, todos estos derechos son exclusivos y excluyentes, pertenecen al autor o al titular del derecho; en consecuencia, cuando para el ejercicio de estas facultades no hay la expresa voluntad del titular, se configura el ilícito.

Según los principios generales del derecho, el lícito civil se caracteriza porque para su configuración se exige, además de los elementos comunes a todo ilícito, que exista un daño patrimonial o moral, mientras que para la existencia del ilícito penal, no es necesario que se produzca un daño sino la comprobación de la violación legal imputable al infractor.

En la mayoría de las legislaciones, no existe una caracterización de los diversos delitos contra los Derechos de propiedad Intelectual, generalmente hacen una enunciación de las diversas infracciones, bajo el concepto de la gravedad de la infracción de la importancia del derecho violado.

No existe uniformidad legislativa respecto a la calificación delictual. Unas legislaciones se limitan a enunciados generales y otras, terminan caracterizando las infracciones punibles.

La principal infracción que lesiona al Derecho de Propiedad Intelectual, constituye la reproducción no autorizada de una obra, agravada por la aparición de los distintos medios de reproducción, fáciles de ser utilizados y económicos para ser implementados.

La tipificación de los delitos, debe definirse en las legislaciones, para evitar analogías con los códigos penales comunes, ante una evidente desarticulación en las legislaciones nacionales, es necesario la adopción de una legislación común, fundamentalmente en la normatividad penal y procesal, eliminando restricciones que implican el eficaz ejercicio de las acciones legales.

Es imperativo identificar las infracciones que más grave e intensamente afectan a los Derechos de Propiedad Intelectual, instituyendo figuras delictivas propias y particulares del Derecho Intelectual, para evitar la generalización que corre el riesgo de “dejar impunes algunas conductas gravemente lesivas y sancionar otras, que por su escasa identidad no la merecen”.

## **MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL:**

Las medidas preventivas o medidas cautelares en las acciones civiles y penales por delitos en contra de los Derechos de propiedad Intelectual, tienen especial importancia procesal por la naturaleza del derecho protegido, porque impone la cesación de los actos violatorios y asegura el ejercicio de la defensa judicial dentro del proceso.

Los tratadistas consideran que por la facilidad con que se pueden desaparecer las pruebas de los ilícitos, en materia de Derechos de propiedad Intelectual, las medidas preventivas adquieren singular valor, pues la demora en su ejercicio y aplicación terminan anulando los derechos y haciendo de su defensa una ficción, “pues no siempre en a actividad jurisdiccional coinciden celeridad procesal, con certeza jurídica”.

En palabras de Pietro Calamandrei, citado por Delia Lipszyc, las providencias cautelares tienen por objeto, “impedir que la soberanía del estado en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la Opera Bufo, a llegar siempre demasiado tarde”.

**ACCIONES CIVILES:**

Hay una diversidad de acciones civiles por infracciones a los Derechos de Propiedad Intelectual, otorgados a los titulares del derecho, en contra de los transgresores de la Ley.

Igualmente hay una escala de sanciones, desde sanciones administrativas, hasta sanciones pecuniarias, sin categorizar la gravedad de las infracciones.

Independientemente de las acciones legales, el titular afectado, tiene derecho a las indemnizaciones por daños causados.

El daño comprende no solo el perjuicio sufrido, sino, lo que la Doctrina y la Jurisprudencia señala como daño emergente y lucro cesante, y que se evalúa en las pérdidas ocasionales y en los intereses no causados.

Por la naturaleza de los Derechos de Propiedad Intelectual, la evaluación de las indemnizaciones es difícil. El Juez en base a las pruebas y apreciación de las consecuencias, debe valorar la causa, en mérito a la sana crítica.

**ACCIONES PENALES:**

El delito en contra de los Derechos de Propiedad Intelectual, no se configuran por la existencia de perjuicios económicos que están sujetos a la acción civil de indemnizaciones, sino porque su transgresión constituye una lesión a la personalidad del autor, y a los intereses culturales de la sociedad.

Para la determinación del delito, no solamente debe existir la violación del derecho, sino comprobarse dolo como elemento esencial y constitutivo del delito.

**UN DELITO CONTEMPORÁNEO: LA PIRATERÍA**

Las modernas técnicas de reproducción y difusión de las obras intelectuales, han promovido el desarrollo de un delito contemporáneo, denominado en la fuerza del lenguaje como piratería.

Contradictoriamente, este ilícito, es el resultado del progreso tecnológico y los más recientes avances en los distintos medios de reproducción de la obra.

La piratería es el problema más serio que afecta a los Derechos de Propiedad Intelectual. Se desarrolla en la explotación lucrativa de la reproducción de obras sin autorización ni licencia del titular del derecho, escapando al control legal y a la competencia leal.

La piratería fonográfica y videográfica, es decir, la reproducción no autorizada de fonogramas y de videogramas, se ha convertido en una perniciosa realidad universal, a la que la sociedad y los órganos de poder público deben enfrentar con seriedad y valentía. Y la piratería informática que atenta contra las Compañías de Software, 7 de cada 10 computadoras en el Ecuador utilizan Software ilícitos, es decir, sin la respectiva autorización del titular del derecho.

El talento creativo del autor expresado en su obra, el arte de intérprete o ejecutantes y la técnica e inversión de productos de fonogramas y de videogramas, son asaltados impunemente por delincuentes y mercaderes, que protegidos por la impunidad, no reconocen derechos a los autores y compositores, desconocen los derechos de los interpretes y ejecutantes, no pagan impuestos al Estado, ni asumen el riesgo de la inversión en la instalación de unidades industriales de grabación legalmente establecidas, instaurándose una estafa pública ante la indiferencia brutal del estado y de la sociedad.

Modernos piratas, que no han cambiado de oficio, sino de abordaje. No necesitan tener pata de palo ni un parche en el ojo izquierdo. Han perdido su colorido, pero han ganado en eficacia. Para estos filibusteros, una máquina duplicadora de cassettes, reemplaza al sable y al codiciado botín.

La piratería, como la reproducción no autorizada de fonogramas o de videogramas o de software con fines comerciales, en expresión jurídica es un fraude, porque es "la utilización oculta y gratuita del trabajo y del derecho ajenos, en beneficio propio".

Para enfrentar el problema más desafiante y peligroso de los Derechos de Propiedad Intelectual contemporáneo, como es el problema de la piratería, es imprescindible crear una estructura jurídico-administrativa, capaz de enfrentarla, sin desalentar esfuerzos ni evadir obligaciones. Una estructura organizacional, dinámica en su actuación y permanente en el tiempo, con acciones conjuntas para defender intereses comunes, y con leyes severas que sean conocidas y aplicadas por jueces y magistrados, y respaldados por la práctica forense.

La piratería afecta a todos; en consecuencia, todos tienen que enfrentarla asumiendo la responsabilidad difícil de la unidad combativa, y no la de observador percedero.

Hay que detener el ingenio para el fraude. Si la aparición de nuevas tecnologías han propiciado la piratería, debe igualmente la técnica ofrecer mecanismos para combatirla. Autores, intérpretes, productores de fonogramas, productores cinematográficos, autoridades judiciales y gobiernos, tiene que convocar a acciones conjuntas y decididas para salvaguardar los derechos de los creadores intelectuales del presente y del porvenir.

Ante el avance de la piratería, hay que diseñar un mapa, que determine las zonas de conflicto, para instrumentalizar las medidas que sean necesarias contra el uso indiscriminado de las obras intelectuales.

## **MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ECUADOR**

En la Constitución Política de la República, dentro de los derechos económicos, sociales y culturales se consagra que se reconocerá y garantizará la Propiedad Intelectual en los términos previstos en la ley y de conformidad con los Convenios y Tratados vigentes (art. 30).

En el Código Civil, se garantiza que las producciones de talento o de ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se regirá por leyes especiales (art. 620).

En el código penal, se establecerá penas para delitos que podrían aplicarse extensivamente para el caso de la piratería. Por ejemplo en el art. 564 se reprimirá a quienes hubieren engañado al comprador en cuanto a la identidad o naturaleza de las cosas vendidas como sería el caso de la piratería que venden software ilícitos.

El Congreso Nacional, aprobó la Ley de propiedad Intelectual, la misma que fue promulgada el 19 de mayo de 1998, y adaptó el espíritu y el carácter de las decisiones del Acuerdo de Cartagena y el ADPIC.

**CONVENIOS INTERNACIONALES:**

La Constitución del Ecuador, en su artículo 163, establece que las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Enfocaré algunos aspectos de la Ley de propiedad intelectual en el libro de los derechos de autor y derechos conexos:

1. Se ha revolucionado el concepto de obra, esta ya no solo es la extensión de la personalidad del autor sino “toda una creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse” (art. 7). El determinante de una obra ya no es solo el marco literario o artístico, sino su expresión final.
2. Los programas de ordenador y las bases de datos no son asimiladas a obras, tal o cual lo hace el ADPIC sino que son consideradas como tales. Considera titular de un programa de ordenador al productor, al que también se le concede la posibilidad de ejercer los derechos morales sobre la obra, incluso la posibilidad de decidir su divulgación.
3. La Ley gira en torno a la titularidad de los Derechos de Autor. El autor “es la persona natural que realiza la creación intelectual” (art. 7), pero no necesariamente quien ejerce los derechos que de ello derivan. La titularidad es un concepto jurídico, reconocido a personas naturales o jurídicas. Como consecuencia de esto se elimina la distinción entre titularidad derivada y originaria.
4. Se reconocen como derechos morales, el derecho de paternidad y de divulgación y el derecho de integridad de la obra, siempre que se atenté contra la imagen o prestigio del autor. El Derecho de Autor es concebido como una responsabilidad del autor frente a la sociedad, tal cual lo fue en sus orígenes de la Jurisprudencia Francesa.
5. En cuanto a los derechos patrimoniales, se aceptan la teoría del *numerus apertus* y se introduce como un nuevo derecho patrimonial al derecho de importación. La Ley aclara que los derechos patrimoniales se derivan de la comunicación pública.
6. El reconocimiento del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos no estará sujeto a ninguna formalidad de registro o depósito.

7. Los derechos patrimoniales, duran toda la vida del autor y setenta después de su fallecimiento, luego de lo cual pasan al dominio público.

8. En el campo de los Derechos Conexos, estos al igual que dentro del ADPIC, son considerados derechos económicos derivados de la comunicación pública. Se eleva el nivel de protección y se reconoce a los productores de fonogramas el derecho de reproducers de fonogramas el derecho de reproducción en los mismos términos que a los titulares del Derecho de Autor.

La Ley reconoce “otros” Derechos Conexos para “el productor de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que no sean creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales”. (art. 102); para: “quien realice una mera fotografía u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo, que no tenga el carácter de obra fotográfica (art. 103) y para “quien publique por primera vez una obra inédita que este en el dominio público” (art. 104).

9. Se introduce una remuneración por copia privada de fonogramas. Esta remuneración será pagada por partes iguales a los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas o videogramas o autores y editores.

“La remuneración compensatoria ... será pagada por el fabricante o importador al momento de la puesta en el mercado nacional de a) las cintas u otros soportes materiales susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual; y, b) los equipos reproductores”.

10. Se reconoce la figura de la licencia. Pero esta será exclusivamente de uso, no exclusiva e intransferible.

11. Se introducen regulaciones expresas para las obras audiovisuales, las obras de arte, las artes plásticas y las obras arquitectónicas. En materia contractual, y bajo la denominación de contratos de explotación de las obras, se regulan los contratos de edición, de inclusión fotográfica, de radiodifusión, de las obras audiovisual y los contratos públicos.

También el ámbito procesal ha sido reformado con el único objetivo de asegurar y proteger la titularidad y el ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual y por lo tanto de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

Dentro de las acciones civiles, la ley establece proceso de conocimiento y de providencias preventivas. Estas últimas pueden ser provisionales o definitivas. Dentro de los procesos de conocimiento se encuentran aquellos que buscan reparación de los daños causados y la cesación de actos violatorios; aquellos destinados a obtener la nulidad de registros de Propiedad Intelectual; aquellos que tienen que ver con derechos derivados de contratos en materia de Propiedad Intelectual.

En materia civil son competentes los Jueces Distritales de Propiedad Intelectual. Mientras esto se implementa lo serán los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativos.

En segunda instancia serán conocidos por cuanto Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual. Transitoriamente no existe segunda instancia.

El recurso extraordinario de casación, será conocido por la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia. Mientras se la crea lo hará la Sala de lo Administrativo.

Los procesos penales, cuyas sanciones incluyen multas, prisión y comiso, serán conocidos por los jueces de lo penal para la etapa sumarial, por los Tribunales Penales en la etapa del Plenario, por las Cortes Superiores en segunda instancia y por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia para el recurso de casación.

Se crea además el Instituto Ecuatoriano de Propiedad intelectual, compuesto por tres direcciones: de Derecho de Autor, de propiedad Industrial y de Obtenciones Vegetales.

El ejecutivo dictó el Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual con algunas falencias por ejemplo, señala que para ser Presidente del IEPI, se necesita tener 45 años de edad, es decir en el Ecuador se puede ser Presidente de la República pero no se puede ser Presidente del IEPI. En relación a la edad adicionalmente señala “que no tengan vinculación alguna con el sector relacionado a la materia”. Pregunto?. Como se puede tener idea de una profesión sino esta relacionado a la respectiva área de conocimiento.

Con este criterio, se podría pensar que un Economista no puede ser Ministro de Finanzas, un agricultor, Ministro de agricultura, un Médico, Ministro de Salud.

La idea a mi entender es que se le prohíbe ejercer la profesión mientras esta en su cargo.

## LEGISLACION ANDINA

Dos son los instrumentos jurídicos más importantes de protección del Derecho de Autor en la Comunidad Andina de Naciones, la decisión 351 del Acuerdo de Cartagena y las normas de el ADPIC como parte del ordenamiento jurídico de estas naciones.

La Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, se insertó en el ordenamiento jurídico Subregional el 21 de diciembre de 1993, cuando se publica en el órgano oficial del Pacto Andino.

El régimen sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, materia de la Decisión 351, es parte del derecho comunitario de la subregión aplicable en todos y cada uno de los países miembros con primacía sobre las legislaciones nacionales cuyas normas serían inaplicable si es que estuvieren en contradicción con este instrumento.

La Decisión 351 contentiva del régimen común sobre de autor y conexos, tiene relación sobre las resoluciones y su aplicabilidad es directa e inmediata.

Es importante destacar que las decisiones como las resoluciones empiezan a tener vigencia desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, sin necesidad de otras instancias intermedias, ni legislativas, ni ejecutivas de los países miembros.

La Decisión 351, tiene todas las características que universalmente califica a los tratados de instrumentos comunitarios.

En un análisis general, la Decisión 351 contiene las normas esenciales del Derecho de Propiedad Intelectual, siendo las principales, la efectiva protección a los autores y a los titulares de los derechos conexos, normas claras respecto de las obras objeto de protección con sus límites y excepciones, transmisión y cesión de sus derechos, la gestión colectiva de los mismos, los delitos, los procedimientos y las penas dentro del debido proceso.

Este instrumento internacional, ha tenido una vigorosa aplicación en las decisiones del Tribunal Andino de Justicia, lo que significa que ha dado solidez y seguridad jurídica a los conflictos en derecho sobre Propiedad Intelectual en el área andina.

La decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, es una legislación moderna, sistemática, que por trascender a las legislaciones nacionales, alcanza especial importancia inclusive por complementaria, pues puede ser invocada cuando hay vacíos en la

legislación nacional. La decisión 351 es un importante instrumento del derecho comunitario.

El ADPIC, es parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad de Naciones en mérito al ingreso de la OMC.

El ADPIC, o TRIPS (acuerdo aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio), es parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad de Naciones en mérito al ingreso de la OMC.

El GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio), nace en 1947 con el objetivo de corregir las distorsiones imperantes dentro del Comercio Internacional y especialmente para reestructurar la economía mundial y evitar los desajustes que se dieron durante los 30 años conocidos como los años de la depresión mundial. Se formó un trípode institucional en el ordenamiento mundial de la post guerra. El FMI, el Banco Mundial y el GATT como Organismos Multilaterales de Comercio.

El GATT culminó su proceso con el establecimiento de la OMC (Organización Mundial de Comercio), el 15 de abril de 1994. En el GATT, en la ronda de Uruguay, se empezó a debatir sobre la Propiedad Intelectual a insistencia de Estados Unidos y el Japón, con el fin de que exista una protección de los bienes intangibles.

Organismos Internacionales, como la Intellectual Property Alliance, denunciaba de una pérdida anual en ventas de 2 billones de dólares a causa de la piratería existente en los países en desarrollo. Este delito sin rostro que ha prosperado en las conveniencias incestuosas desafiando a las leyes para permanecer como conductas sumisamente aceptables.

El ADPIC, constituye, un marco multilateral de normas y disciplina, tendientes a la protección y tutela de los Derechos de propiedad Intelectual. Antes de 1996, año en que entro en vigencia el ADPIC, los lineamientos para la protección a los Derechos de Autor estaban dados fundamentalmente por el Convenio de Berna y en el caso de los Derechos Conexos, por el Convenio de Roma y en uno y otro caso por convenios complementarios orientados a fortalecer los derechos, las obligaciones y los deberes consagrados.

El ADPIC, por cierto no pretende el establecimiento de una normatividad nueva, sino que se basa en los instrumentos internacionales ya vigentes y básicamente en el Convenio de Berna.

El ADPIC, por definición, es un Acuerdo Internacional. Pertenece al Derecho Internacional Público y en la aplicación de este instrumento internacional se debe integrar a las legislaciones de integración comunitarias.

### **EL ADPIC Y LA DECISIÓN 351 DEL ACUERDO DE CARTAGENA**

La Decisión 351 de la Comunidad Andina de naciones, se encuentra en concordancia con las normas del ADPIC, y es más en algunas normas las supera; así:

1. La Decisión 351, reconoce de manera expresa, que la calidad de autor, solo podrá tener la persona natural, cualquier otra titularidad reconocida, es derivada.

El ADPIC, aunque no señala de manera expresa a quien se considera autor, contiene una norma que parece reconocer la posibilidad de que las personas jurídicas sean también reconocidos como autor.

2. La Decisión 351, reconoce el derecho moral que tiene el autor sobre su obra recalcando que es inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable, cuando los causahabientes del autor no tenga ya el ejercicio de los derechos patrimoniales sobre la obra, el estado asume la defensa de los derechos morales. Este derecho no se encuentra reconocido por el ADPIC de manera expresa.

Podemos afirmar que la Ley Comunitaria Andina, es una de las normatividades más avanzadas en materias de Derechos de Autor y se ha alcanzado a integrar sus principios en las leyes de Propiedad Intelectual de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Los Organismos Internacionales comprometidos con la defensa de los Derechos de Propiedad Intelectual, deben registrar su preocupación por la formación profesional de Abogados letrados, de Jueces idóneos, y de expertos en la administración de los Derechos de propiedad Intelectual.

La salvaguardia de los Derechos de Propiedad Intelectual, ha encontrado siempre domicilio en los Parlamentos, que atendieron las demandas nacionales, protegiéndose en razones de conciencia y en categorías de derecho.

La presencia de una nación, esta arraigada en sus autores. El intelectual, es el que sufre la historia de la palabra o de la ciencia, el que ha pesar de la vigilancia del espíritu, no puede ser condenado a ser despojado del futuro, porque habrá perdido el presente para siempre. Son los creadores intelectuales, los que representaron y conducen la identidad de los pueblos, por eso hay que protegerlos, porque su tarea es no perder la memoria de los conflictos sociales y ser capaces de proponer soluciones de su tiempo.

### **CONVENIOS Y TRATADOS INSCRITOS POR EL ECUADOR EN LOS REFERENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

1. Convenio para evitar la doble Tributación de Regalías en Derechos de Autor (1994).
2. Convenio Universal sobre Derechos de Autor (suscrito en 1957 y ratificado en 1991 y 1996).
3. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1998).
4. Convenio para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.
5. Régimen común sobre Derechos de Autor (decisión 351 - 1994):
6. Acuerdo de Cooperación Cultural y Educacional con Brasil para la protección de los Derechos de Autor (1995).
7. Acuerdo de intercambio de bienes culturales con Argentina para la protección de autores nacionales (1999).
8. Convenio Comercial con el Salvador para la protección de los derechos derivados de la propiedad Intelectual (1995).
9. Convención de Roma para la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.
10. Tratados sobre el registro internacional de obras audiovisuales.
11. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas, suscritos el 20 de diciembre de 1996.
12. Tratado de Cooperación en materia de Patentes - OMPI (aprobado el 30 de mayo del 2000).
13. Convención Internacional sobre asistencia mutua en materia penal Nassau-Bahamas (1992).

El Congreso está para conocer en segundo debate la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos. El uso de la Internet y de la World Wide Web, está creando una revolución en el manejo de los negocios y el comercio.

Se cree que actualmente existen 150 millones de usuarios. Creemos que la modernización esta obligando a los gobiernos a empezar a usar el comercio electrónico con el fin de reducir los costos de transacciones, aduanas, aranceles.

El Ecuador está al día en toda la legislación regional e internacional en materia de Propiedad Intelectual, sin embargo estamos invadidos de piratería. No hay conciencia en los usuarios, no hay conocimiento en los jueces, hay indiferencia en las autoridades.

## **ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO 1999 - 2000**

### **INFORME DE LABORES •**

#### **Introducción**

La Asociación Escuela de Derecho (AED 2.000) desde que asumió su mandato ha trabajado arduamente por solucionar varios problemas importantes de nuestra Facultad de Jurisprudencia. Nuestra respuesta para la solución a dichos problemas se ha demostrado con arduo trabajo y logros destacados que escribimos a continuación.

Nuestro lema de trabajo fue “Por una AED de Todos !!”, para seguir sintiendo amor a nuestra querida Asociación.

En el mes de diciembre procedimos a realizar una “encuesta” a los alumnos, para tener mayor información sobre las necesidades, inquietudes y propuestas de los estudiantes. Descubrimos, por ejemplo, que la AED necesitaba una nueva imagen y creamos un nuevo logotipo, elaboramos calcomanías (stickers) de “Derecho” de la PUCE y la Agenda - calendario - asistencias de la AED.

Para el mejor desenvolvimiento de nuestros proyectos se nombraron las Comisiones Académicas, Cultural, Jurídica, Social, de Publicaciones y de Deportes.

#### **Ayuda Económica**

Se logró gestionar gracias al respaldo de dos egresados y que además son profesores de la Facultad, Doctores Mauricio Durango Pérez y Juan Francisco Jaramillo, la beca universitaria “Profile”, que consiste en que dicha empresa beca a dos estudiantes durante de Jurisprudencia durante toda su carrera universitaria, en base a méritos académicos y necesidad económica.

• Nota: El presente Informe es una versión resumida del Informe Final y, ha sido elaborado hasta el 14 de octubre del año 2.000 para su publicación. El período en que culmina la administración 2.000 es el 30 de noviembre de 2.000.

### **Asuntos Académicos**

La Comisión Académica y los representantes estudiantiles al Consejo de Facultad realizaron considerables observaciones, propuestas y reformas al Pénsum de estudios y al nuevo Índice promedial.

La AED prestó ayuda directa en el proceso de matriculación, horarios y cursos de verano. A su vez, participamos en el Comité de Admisiones de los nuevos estudiantes de la Facultad demostrando transparencia en la selección.

Entregamos en los dos semestres a los alumnos de primer nivel una carpeta con indispensable e importante información sobre la Facultad, la AED y el Reglamento General de Estudiantes.

#### **Seminarios:**

“Las Instituciones de Control del Sector Público” del 10 al 13 de enero de 2.000, que contó con la presencia de: el Contralor General de la Nación, Dr. Alfredo Corral; de la Fiscal General de la Nación, Dra. Mariana Yépez; el Procurador General del Estado, Dr. Ramón Jiménez Carbo; y, el Vicepresidente del Tribunal Constitucional, Dr. Marco Morales.

En las vacaciones de febrero la AED conjuntamente con la Residencia Ilinizas organizaron el “II seminario de Liderazgo Jurídico” utilizando el método de “casos”.

“La Dolarización”, análisis jurídico, económico y social (26 - 27 y 28 de junio de 2.000), tuvo como invitados a: Superintendente de Bancos, Dr. Juan Falconí Puig; Presidente del Directorio del Banco Central, Dr. José Luis Ycaza; Ec. Pedro Páez, Ec. Mauricio Pozo, sociólogo Simón Corral y analista Dr. Fabián Corral.

Mesa Redonda sobre “Derechos Humanos de Tercera Generación” (6 de abril de 2.000), con la participación de: Dra. Pilar Sacoto, Magistrado de la Corte Superior de Quito; Dr. Miguel Berahondo, especialista en derechos humanos de la Universidad de Deusto - España; Dra. Katherine Wallsch, profesora de la Universidad Simón Bolívar y el Dr. Pablo Sarzosa.

### **Concursos:**

Dirijimos el V y VI Moot Court Competittion de Derechos Humanos en las eliminatorias internas. Donde el equipo finalista logró en el V concurso el segundo puesto y mejor memorial escrito en calidad de Estado en la American University, Washington D.C.

Iniciamos con la preparación del primer equipo ecuatoriano para el concurso internacional de derecho público “Phillip Jessup”, sobre la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

De igual forma, hicimos el Concurso de poesía “Pablo Palacio” y el concurso de Oratoria “Cultura por la Paz”, eliminatorias internas (24 de mayo) para el concurso nacional en la Escuela Politécnica (Quito). Contó con un jurado conformado por: Dra. María Eugenia Lasso, Dr. Jorge Salvador Lara profesores de la cátedra Oratoria Forense y, el ex - Vicepresidente de la República Dr. Blasco Peñaherrera.

## **Reforma de Estatutos y Reglamentos**

### **Estatuto AED:**

La Comisión Jurídica de la AED elaboró el proyecto del nuevo Estatuto, que luego la Asamblea General aprobó, cuyas principales modificaciones son:

- Obligatoriedad de llevar Contabilidad y Finanzas por parte de cada administración y sus requerimientos mínimos.
- Implementación de nuevos requisitos académicos para poder ser Presidente de la Asociación y para los representantes estudiantiles al Consejo de Facultad.
- Las nuevas administraciones tendrán dos semestres completos de labores, a partir de febrero y, las elecciones se realizarán en enero de cada año.
- La elección de Secretario adjunto la efectúa el Directorio.
- La Biblioteca o Centro de Documentación es parte de la AED.
- Los egresos de la AED superiores a USD 15 necesitan autorización del Directorio.

### **Reglamento de Elecciones AED:**

Por la reforma del Estatuto vimos la necesidad de mejorar y actualizar el Reglamento de Elecciones, cuyas principales modificaciones son la elección de los candidatos a Vocales de Directorio y de Consejo de Facultad de forma nominal.

El Tribunal Electoral tiene mayores atribuciones, especialmente sancionadoras, y se implementó una mayor claridad para todo el proceso de Elección de dignatarios y de Consulta Estudiantil.

### **Estatuto y Reglamento de Elecciones FEUCE-Q:**

En Consejo General de Feuce-Q la Comisión Jurídica de la AED elaboró un Estatuto unificado para todas las Asociaciones de la Universidad y presentó el proyecto del nuevo Estatuto para la Federación. También elaboró el proyecto para la Asamblea General de Reforma del Estatuto de la Federación y de su Reglamento de Elecciones.

### **Biblioteca de la AED**

La principal gestión en ésta área, es que nuestra Biblioteca vuelve a contar con sus instalaciones físicas y funcionamiento (luego de 2 años) al octavo piso de la Torre II (del edificio de la Facultad de Jurisprudencia) para atender de mejor manera a los estudiantes y público en general.

La adquisición de más de 60 nuevos libros de temas actuales y el séptimo tomo anexo de la Enciclopedia Jurídica Omeba. Así como libros jurídicos del Parlamento Andino, Revistas jurídicas de otras universidades del Continente y Europa, entre otros.

Gestionamos la donación de las Constituciones de países amigos, mantuvimos suscripción al Diario El Comercio y la adquisición de vídeo cassettes sobre películas con temas jurídicos.

### **Social**

#### **Extensión universitaria:**

Nuestro apoyo incondicional a los Consultorios Jurídicos Gratuitos, estuvo al mando de la vicepresidenta Wendy Moncayo S., que también ejercía la función de coordinadora administrativa de la referida institución.

Creamos la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, consiguiendo que cuente con un espacio físico propio, bienes muebles, instalación eléctricas y de red, una computadora y libros de su materia.

**Campaña de Navidad:**

Del 20 al 24 de diciembre de 1.999, colaboramos directamente con la Feuce-Q en la adquisición de juguetes y la elaboración de las fundas de navidad.

Por otra parte, visitamos el Hospital de Eugenio Espejo en la sección de niños y contamos con un acto de miembros activos de la AED y de un grupo de malabaristas. También estuvimos presentes en el Centro de Rehabilitación de Menores “Virgilio Guerrero” y el Centro de Rehabilitación de Varones número 3.

A su vez, visitamos y agasajamos a dos escuelas en la ciudad de Salcedo.

**Eventos:**

Nos honramos con la visita a la PUCE del Juez español Baltazar Garzón, el 30 de noviembre de 2.000, donde en el aula Julio Tobar Donoso se le entregó publicaciones que ha realizado la AED y libros de profesores de nuestra Facultad y, una breve conversación con alumnos de la Facultad.

No podía faltar el “Clásico” paseo del novatos donde participaron más de 200 alumnos, en cada semestre.

Por el día del maestro a los profesores de la Facultad por su importante labor se hizo un homenaje en su honor a cargo de la Asociación.

También realizamos el “Acto de Egresados” de las promociones de febrero y julio de 2.000, y tuvimos la fiesta “... hasta perder el juicio ...” por el inicio de clases de primer semestre 2.000 - 2.001, en Club Privado Cerebro.

**Fiestas de Derecho:**

Estas fiestas se efectuaron del 9 al 16 de junio y contó con:

La Fiesta de Gala y elección de la Reina de Derecho en el Hotel Sheraton Four Points.

La Fiesta informal en Cerebro Club Privado.

Un Desayuno para niños de escasos recursos.

Exposición de obras del maestro Eduardo Kingman.

Diálogo de la obra “Ecuador señas particulares” con su autor, el escritor Jorge Enrique Adum.

Debate de Amnistía y Derechos Humanos con la participación del Dr. Rafael Oyarte Martínez, Dr. Farith Simon Campaña y los militares que protagonizaron el “21 de enero”.

Se efectuó la “subasta” de alumnos y los campeonatos de: postres, juego de 40, pulso, bielas, ping - pong, interno de fútbol y, todos obtuvieron importantes premios.

Por último, tuvimos un pre-estreno “Las Reglas de la Vida” (The Sider House Rules) en Cinemark.

### **Publicaciones y obras**

La Ruptura No. 43, en 2 tomos, retoma la participación de estudiantes -contando con 9 ensayos jurídicos-, además de 9 trabajos de extranjeros; con un total de 38 obras.

La edición e impresión por dos semestres del Libro de “Apuntes de Cátedra de Introducción al Derecho” del Dr. Hernán Salgado Pesantes.

Publicidad en el Cuaderno Agenda de los Consultorios Jurídicos Gratuitos y de la Clínica de Derechos Humanos. Elaboramos el Directorio Telefónico de los estudiantes de la AED, y mantuvimos informados a los miembros activos de las actividades, con nuevas carteleras además de las existentes y, con el “Informativo” (12 números). Realizamos publicidad e información de post-grados en el exterior.

### **Deportes**

La Comisión de Deportes organizó el campeonato interno de fútbol y, a los equipos que nos representaron en todas las disciplinas en los campeonatos inter-facultades. También, elaboramos los uniformes para el “Campeonato de Novatos”.

### **Oficinas de la AED**

Pintamos las oficinas de la AED y, el Directorio resolvió que las paredes de la misma no pueden ser coloreadas con los colores de los movimientos políticos de la misma. Conseguimos nuevos bienes muebles: escritorios, sillas, pizarrón de tiza líquida, máquina eléctrica y, reparamos la cafetera. Además obtuvimos un anaquel para los trofeos y retapizamos los muebles existentes.

Agradecemos por la ayuda, apoyo, amistad y confianza de tantas personas incondicionales que sin ellas todo ésto y más nunca hubiera sido posible.

La AED 2.000 quiere finalizar éste Informe diciendo que estamos satisfechos con nuestra admistración y por haber cumplido con lo que ofrecimos, por lo que sólo podemos decir **“Misión cumplida”**.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'David Sperber Vilhelm', with a horizontal line extending to the right.

**Lcdo. David Sperber Vilhelm**  
Presidente  
AED 2.000



## **SOBRE LOS AUTORES**

(en orden de aparición)

• **Dr. Hernán Salgado Pesantes**

Profesor Titular de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Juez y Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vocal del Tribunal Constitucional (Ecuador).

• **Dr. Sergio García Ramírez**

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Secretario General del Partido Revolucionario Institucional PRI.

• **Manuel E. Ventura Robles**

Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

• **Dr. Arturo J. Donoso Castellón**

Profesor de Derecho Penal y Derecho Territorial en la PUCE. Magistrado de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Doctor en Jurisprudencia de la PUCE.

• **Dr. Farith Simon Campaña**

Profesor de Teoría y Práctica de los Derechos Humanos y de Legislación Internacional del Niño en la PUCE. Director de la Clínica de Derechos Humanos (PUCE). Doctor en Jurisprudencia de la PUCE.

• **Dr. Alejandro Ponce Villacís**

Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar. Maestría en Estudios Legales Internacionales, American University. Doctor en Jurisprudencia de la PUCE.

• **Dr. Pablo Sarzosa**

Profesor de Gestión de Proyectos Jurídicos en la PUCE. Director de la Unidad de Investigación y Centro de Estudios Avanzados, UDI (PUCE).

• **Dr. Ariel Dulitzki**

Latin America Program Coordinator, International Human Rights Law Group.

• **Dr. José Miguel Vivanco**

Director Ejecutivo de Human Rights Watch/Americas. Master en Derecho Internacional Harvard Law School.

- **Dr. Mario López Garelli**

Abogado, Especialista Principal en Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

- **Dra. Verónica Gómez**

Especialista de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

- **Dr. Brian Tittmore**

Especialista de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

- **Dr. Ignacio J. Alvarez**

Abogado, Especialista de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

- **Lic. José Antonio Guevara Bermúdez**

Académico de Tiempo Completo del Departamento de Derecho y Colaborador del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, Plantel Santa Fe, Ciudad de México. Profesor de Tratados Internacionales en materia de derechos humanos y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

- **Dr. Diego Rodríguez Pinzón**

Profesor en el Washington College of Law-American University y Co-Director del Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el Centro de Derechos Humanos y Derechos Humanitario. Abogado colombiano de la Universidad de Los Andes.

- **Dr. Marco Proaño Maya**

Profesor de Propiedad Intelectual y de Seguridad Social y Riesgos del Trabajo en la PUCE. Diputado del Congreso Nacional. Doctor en Jurisprudencia.

- **Juan Manuel Marchán Maldonado**

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Su ensayo fue revisado y aprobado por el Dr. Rafael Oyarte Martínez.

- **Jose Luis Nieto Espinosa**

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Su ensayo fue revisado y aprobado por el Dr. Farith Simon C.

## **SOBRE LOS AUSPICIANTES**

### **Fundación KONRAD ADENAUER STIFTUNG**

Av. República de El Salvador N34 - 211

Teléfonos: (593 2) 269 763 / 64 / 65

Fax: (593 2) 242 438

Casilla: 17-17-1079

e-mail: [kasecu@ibm.net](mailto:kasecu@ibm.net)

[kasecu@access.net.ec](mailto:kasecu@access.net.ec)

Quito, Ecuador

### **PEREZ, BUSTAMANTE & PEREZ**

**Abogados**

Av. Patria y Av. Amazonas. Edificio Internacional.

Teléfonos: (593 2) 561 710

Fax: (593 2) 561 798

Casilla: 17-01- 3188 (P.O. Box)

e-mail: [pbp@pbplawyers.com.ec](mailto:pbp@pbplawyers.com.ec)

[http: www.pbplawyers.com.ec](http://www.pbplawyers.com.ec)

Quito, Ecuador

### **PROJUSTICIA**

**Corte Suprema de Justicia. Presidencia.**

Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador

Unidad de Coordinación:

Av. República del Salvador N° 890, Edificio Delta, piso 5.

Telefax: (593 2) 465 792 / 793 / 794.

e-mail: [projust2@uio.telconet.net](mailto:projust2@uio.telconet.net)

Quito, Ecuador

**Fundación ESQUEL****Fondo: Justicia y Sociedad**

Apoyado por la USAID

Av. Colón No. 1346. Torres de la Colón.

Mezzanine, Oficina 12.

Teléfonos: PBX (593 2) 520 - 001

Fax: (593 2) 554 - 029

e-mail: fesquel3@hoy.net

http: [www.esquel.org.ec](http://www.esquel.org.ec)

Quito, Ecuador

**Fundación ANTONIO QUEVEDO****Centro de Arbitraje y Mediación**

Av. Tarqui 747, 7mo Piso. Edificio Tarqui N15 - 102.

Telefax: (593 2) 523 836 / 238 491 / 506 520.

e-mail: [faq@wacom.net.ec](mailto:faq@wacom.net.ec)http: [www.quepon.com.ec](http://www.quepon.com.ec)

Quito, Ecuador



## **Tomo I**

### **Ensayos:**

- 1. La Historia Constitucional de los Derechos Humanos en el Ecuador*
- 2. Justicia Penal Internacional*
- 3. El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*
- 4. Tres temas en Derechos Humanos*
- 5. Las Mujeres en la Constitución ecuatoriana de agosto de 1998*
- 6. El caso Suárez Rosero*
- 7. El Reconocimiento estatal de la Pluriculturalidad*
- 8. Discriminación, Racismo y Xenofobia a la población Afrodescendiente*
- 9. Fortalecer o reformar el sistema Interamericano*
- 10. Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*
- 11. La aplicación del Derecho Humanitario en el sistema Interamericano*
- 12. Delitos comunes y responsabilidad internacional en el sistema Interamericano*
- 13. El crimen de lesa humanidad de Desaparición Forzada*
- 14. El Derecho a la Honra y la Reputación*
- 15. El desacato del Perú a las decisiones de la Corte Interamericana*
- 16. Incompatibilidad de normas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- 17. Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Postmodernidad*

*La Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador es la máxima organización de representación estudiantil que agrupa a todos los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia. Creada el 25 de junio de 1948 ha cumplido 52 años de fructífera labor. Su gestión de apoyo y contribución a sus miembros y, a la sociedad ecuatoriana son sus logros más destacados.*

*La edición del Libro Ruptura No. 43 cuenta con la labor de distinguidos juristas nacionales y extranjeros. Además, la presente obra tiene una vital importancia para los estudiantes, porque retoma la publicación de ensayos jurídicos de alumnos de la Facultad, destacando sus conocimientos e investigación jurídica, después de un riguroso proceso de selección.*

*Este Libro está dedicado a la creación de la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia en su compromiso de defender los Derechos Fundamentales de las personas en el Ecuador.*

*El gran esfuerzo de la Asociación Escuela de Derecho 2000 para publicar esta edición no podría haber sido sin el apoyo de:*



Konrad  
Adenauer  
Stiftung



Pérez, Trujasmante y Pérez  
ABOGADOS

ProJusticia



BANCO MUNDIAL



Fundación  
Antonio  
Quevedo

ESQUEL



Fondo Justicia y Sociedad  
USAID

