

PAGINA EN BLANCO

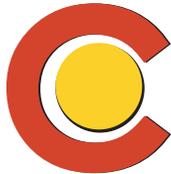
REVERSO DE LA PAGINA EN BLANCO

MEMORIA DEL SEMINARIO

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

TOMO I

SAN JOSÉ, COSTA RICA
23 Y 24 DE NOVIEMBRE DE 1999
2ª EDICIÓN



AGENCIA ESPAÑOLA DE
COOPERACIÓN INTERNACIONAL



GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
2003**

341.481

S471m2 Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI" (23-24 nov. 1999 : San José, Costa Rica)

Memoria del Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI" / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade - 2 ed. - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. 750 p.; vol. I, 25 x 17.5 cm.

ISBN: 9977-36-118-5 (OBRA COMPLETA)

ISBN: 9977-36-119-3 (Volumen I)

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
 2. DERECHOS HUMANOS - CONGRESOS, CONFERENCIAS, ETC.
 3. DERECHOS HUMANOS (DERECHO INTERNACIONAL).
- I. Título.

Primera Edición: Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2001.

Segunda Edición: Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2003.

Este documento se publica con financiamiento de la Agencia Española de Cooperación Internacional y el Gobierno de la República de los Estados Unidos Mexicanos.

Las opiniones expresadas en los textos son responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente las posiciones u opiniones oficiales de las instituciones a las que representan, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de las agencias donantes.

De igual modo se ha hecho una revisión somera, no exhaustiva, del estilo y redacción de cada artículo, sin embargo, se respetó el texto original suministrado por los autores.

© Corte IDH - 2001, 2ª ed. - 2003
Reservados todos los derechos
Hecho el depósito de ley
Este libro no puede ser reproducido en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diseño gráfico de portada: Karla Castro

Diagramación: Ana Lucía Méndez

Impresión: Trejos Hermanos Sucesores



La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999-2003)

Sentados, de izquierda a derecha: Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Antônio Augusto Cançado Trindade, Presidente; Máximo Pacheco Gómez, Juez. De pie, de izquierda a derecha: Manuel E. Ventura Robles, Secretario; Sergio García Ramírez, Juez; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Oliver Jackman, Juez; Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez; Pablo Saavedra Alessandri, Secretario Adjunto.

**Visita oficial de los señores Ministros de Relaciones Exteriores
y Jefes de Delegación a la sede de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1999.**



Al frente: Renzo Pomi, ex-Secretario Adjunto; Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez; Alirio Abreu Burelli, Juez; Oliver Jackman, Juez; César Gaviria, Secretario General de la Organización de Estados Americanos; Antônio Augusto Cançado Trindade, Presidente; Roberto Rojas, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica; Máximo Pacheco Gómez, Vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Sergio García Ramírez, Juez; Manuel E. Ventura Robles, Secretario.

Comité Editorial

Antônio Augusto Cançado Trindade

Alirio Abreu Burelli

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Oliver Jackman

Sergio García Ramírez

Carlos Vicente de Roux Rengifo

Manuel E. Ventura Robles

Comité Técnico

Pablo Saavedra

Arturo Herrera

Arturo J. Monge

Ana Lucía Méndez

Jorge Céspedes

MEMORIA DEL SEMINARIO
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

TOMO I

TABLA DE CONTENIDO

Prefacio del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la 2ª Edición	XVII
<i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	
Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	XXI
<i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	
I. PONENCIAS	1
Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos	5
<i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	
La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	71
<i>Máximo Pacheco Gómez</i>	
La Solución Amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	93
<i>Hernán Salgado Pesantes</i>	
The Caribbean and the Inter-American Human Rights System	107
<i>Oliver Jackman</i>	
La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	113
<i>Alirio Abreu Burelli</i>	
Las Reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos . .	129
<i>Sergio García Ramírez</i>	

TABLA DE CONTENIDO

La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	161
<i>Pedro Nikken</i>	
Implementation of the judgments of the Interamerican Court of Human Rights	185
<i>Thomas Buergenthal</i>	
Orden y valoración de las pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	197
<i>Héctor Fix-Zamudio</i>	
La Solución Amistosa	219
<i>Alejandro Montiel Argüello</i>	
Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	229
<i>Helio Bicudo</i>	
Examen de comunicaciones: Experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	237
<i>Claudio Grossman</i>	
Application of the American Convention of Human Rights in the Caribbean	245
<i>John S. Donaldson</i>	
Le Pacte de San José et les Pays de la Région Caraïbe	251
<i>Jean Joseph Exumé</i>	
El compromiso de la comunidad internacional con la protección internacional efectiva de los derechos humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano: El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	265
<i>Manuel E. Ventura Robles</i>	
El compromiso de la comunidad internacional con la protección internacional efectiva de los derechos humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano: El caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	279
<i>Jorge E. Taiana</i>	
The Interamerican Commission on Human Rights: The Dominican Republic and Suriname	293
<i>David J. Padilla</i>	

TABLA DE CONTENIDO

30 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Todavía hay mucho camino por recorrer	301
<i>Federico Andreu-Guzmán</i>	
Algunas consideraciones en torno a las divergencias y convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	307
<i>Jean-Marc Bornet</i>	
La Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia	313
<i>Jorge Cardona Llorens</i>	
Participación de la Sociedad Civil y Sistema Interamericano de Derechos Humanos en contexto	349
<i>Roberto Cuéllar</i>	
The European Human Rights Convention: Protocol No. 11. Entry into force and first year of application	357
<i>Andrew Drzemcewski</i>	
Otras vertientes de protección de la persona humana: Derecho de refugiados	401
<i>Francisco Galindo-Vélez</i>	
El papel de las ONG en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Trámite de los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	407
<i>Viviana Krsticevic</i>	
El Fondo Indígena creado en el seno de las Cumbres Iberoamericanas	427
<i>Tomás Lozano Escribano</i>	
El Derecho Internacional de los Refugiados: Desarrollos en América Latina y sus perspectivas en el nuevo milenio	439
<i>Jaime Ruiz de Santiago</i>	
Common Prospects and Challenges for International Humanitarian Law and the Law of Human Rights	465
<i>Christophe Swinarski</i>	
Access of Individuals to International Tribunals and International Human Rights Complaints Procedures	481
<i>Janusz Symonides</i>	

TABLA DE CONTENIDO

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969	499
<i>Cristián Tattenbach</i>	
Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Observaciones <i>in loco</i> e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	507
<i>Edmundo Vargas Carreño</i>	
Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Noviembre de 1969	527
<i>Miguel Blanco</i>	
II. COMUNICACIONES ESCRITAS	529
Propuesta de modificación a la legislación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos	533
<i>Alberto Borea Odría</i>	
Costa Rica: Identity and the Promotion of Human Rights	549
<i>Margaret Crahan</i>	
La libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática	559
<i>Héctor Faúndez Ledesma</i>	
La judicatura <i>ad hoc</i>	589
<i>Fernando Vidal Ramírez</i>	
Strengthening the Inter-American Human Rights System: Getting the Debate on Back on Track	597
<i>Peter A. Quilter</i>	
Las visitas <i>in loco</i> de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	607
<i>Bertha Santoscoy</i>	
Presentación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	631
<i>Jorge Rhenán Segura</i>	
El aporte del PNUD a la promoción del Derecho al Desarrollo en América Latina y el Caribe	643
<i>Virginia Trimarco</i>	
Reparations; a requirement of justice	653
<i>Theo van Boven</i>	

TABLA DE CONTENIDO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La reforma de la reforma673
José Antonio Pastor Ruidrejo

El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la
protección internacional de los derechos humanos679
Fabián Omar Salvioli

III. DISCURSOS697

A. Ceremonia en el Teatro Nacional

Discurso del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en el acto oficial de celebración del
XXX Aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
y el XX Aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.699
Teatro Nacional. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1999.

Discurso del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,
Comisionado Robert K. Goldman, en el XXXX Aniversario de la creación de la
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el XXX Aniversario
de la Adopción de la Convención Americana y el XX Aniversario del
funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos703
Teatro Nacional. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1999.

Discurso del Secretario General de la O.E.A., Doctor César Gaviria,
en la celebración del XXX Aniversario de la Convención Americana
sobre Derechos Humanos y el XX Aniversario del
establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.707
Teatro Nacional, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1999.

Discurso del Presidente de la República de Costa Rica,
Doctor Miguel Ángel Rodríguez Echeverría,
en el acto oficial de celebración del XXX Aniversario
de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
y el XX Aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.711
Teatro Nacional, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1999.

B. Inauguración del Seminario

Discurso del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
 Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en la
 Inauguración del Seminario “El Sistema Interamericano de
 Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”
 organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.719
San José de Costa Rica, 23 de noviembre de 1999.

Discurso del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,
 Comisionado Robert K. Goldman, en la Inauguración del Seminario
 “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
 en el Umbral del Siglo XXI”725
San José de Costa Rica, 23 de noviembre de 1999.

Discurso del Secretario General de la O.E.A., Doctor César Gaviria,
 en la Inauguración del Seminario “El Sistema Interamericano
 de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”.727
San José de Costa Rica, 23 de noviembre de 1999.

Discurso del Presidente de la República de Costa Rica,
 Doctor Miguel Ángel Rodríguez Echeverría, en la Inauguración
 del Seminario “El Sistema Interamericano de Protección de los
 Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”735
San José de Costa Rica, 23 de noviembre de 1999

Juez Luzius Wildhaber
 Comunicación escrita enviada por el Presidente de la Corte Europea de
 Derechos Humanos, Juez Lusiuz Wildhaber, al Presidente de la
 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio A. Cançado Trindade743

C. Clausura del Seminario

Discurso del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
 Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en la Clausura del
 Seminario “El Sistema Interamericano de Protección de los
 Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”745
San José de Costa Rica, 24 de noviembre de 1999.

Discurso de la Vicepresidenta de la República de Costa Rica,
 Doctora Elizabeth Odio Benito, en la clausura del
 Seminario “El Sistema Interamericano de Protección de los
 Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”749
San José de Costa Rica, 24 de noviembre de 1999

**PREFACIO DEL PRESIDENTE DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS
A LA 2a. EDICIÓN**

Es particularmente gratificante poder constatar el considerable interés generado por la presente publicación, prontamente agotada, lo que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a decidir por la publicación de su 2a. edición. Tal como lo señalé en el Prólogo de la 1a. edición, valoramos, sobre todo, el juicio de los jóvenes y de las nuevas generaciones, que sabrán seguramente llevar adelante nuestra labor en pro de la salvaguardia internacional de los derechos de la persona humana. El compromiso intergeneracional con la causa de los derechos humanos nos lleva a creer que los avances logrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en nuestro continente y en otras partes del mundo, son irreversibles, y no admiten retrocesos.

Me permito formular una breve precisión en cuanto a esta 2a. edición de la obra *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, en dos tomos, la cual constituye un valioso aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los rumbos del sistema interamericano de protección. El tomo I de la misma reproduce integralmente las contribuciones al Seminario realizado por la Corte Interamericana en San José de Costa Rica, los días 23 y 24 de noviembre de 1999. Distintamente del tomo II (*infra*), que incorpora, en esta 2a. edición, nuevos desarrollos en los dos últimos años, en este tomo I no se han introducido cambios en relación con la 1a. edición del mismo.

El referido Seminario de 1999 generó una considerable movilización en los círculos jurídicos de nuestro continente, y es hoy considerado un hito en la evolución contemporánea del sistema interamericano de derechos humanos. Ahí se avanzaron ideas, reflexiones y propuestas, que permanecen sobre la mesa, como fuente de información y de inspiración para los debates continuados en pro del perfeccionamiento y fortalecimiento de nuestro sistema regional de protección, en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

En efecto, en los cuatro últimos años (1999-2002), me he permitido insistir, en distintos foros y en sucesivas ocasiones, en las medidas que hoy día se requieren, a mi juicio, para lograr dicho perfeccionamiento y fortalecimiento. Las he señalado, por ejemplo, en mis intervenciones ante el plenario de las Asambleas Generales de la Organización de los Estados Americanos (OEA) realizadas en Windsor, Canada (2000), en San José de Costa Rica (2001), y en

Bridgetown, Barbados (2002), así como en mis extensas presentaciones ante el Consejo Permanente de la OEA y su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos durante este período crucial para el desarrollo del sistema interamericano de protección. Las providencias que, en mi entender, se deben tomar, pueden ser resumidas en siete puntos principales, que relato a continuación.

En primer lugar, se impone la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus dos Protocolos en vigor, y de las Convenciones interamericanas sectoriales de protección, o la adhesión a los mismos, por *todos* los Estados de la región. El real compromiso de un país con los derechos humanos internacionalmente reconocidos se mide por su iniciativa y determinación de tornarse Parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las obligaciones convencionales de protección en éstos consagradas. En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben valer para todos los Estados, jurídicamente iguales, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias.

Mientras todos los Estados miembros de la OEA no ratifiquen la Convención Americana, no acepten integralmente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y no incorporen las normas sustantivas de la Convención Americana en su derecho interno, muy poco se avanzará en el fortalecimiento real del sistema interamericano de protección. Es poco lo que pueden hacer los órganos internacionales de protección, si las normas convencionales de salvaguardia de los derechos humanos no alcanzan las bases de las sociedades nacionales.

El segundo punto consiste en la consideración seria, por todos los actores del sistema interamericano de protección, de las bases para un *Proyecto de Protocolo de enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, con miras a fortalecer su mecanismo de protección. Las bases para la consideración de dicho Proyecto de Protocolo se encuentran expuestas en el tomo II de la presente obra. Las recientes reformas reglamentarias (del año 2000) efectuadas tanto por la Corte como por la Comisión Interamericanas serían así transpuestas, juntamente con otras providencias, a un instrumento internacional que vincule jurídicamente todos los Estados Partes, en una clara demostración del real compromiso de éstos con la vigencia de los derechos humanos.

El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención Americana, acompañada de la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes, sin restricciones. Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas, constituyen verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos: son ellas las que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional, lo que representa una verdadera revolución jurídica, tal vez el más importante legado del pensamiento jurídico del siglo XX.

El cuarto punto consiste en el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. El día en que logremos evolucionar del *locus standi* al *jus standi* de los individuos ante la Corte Interamericana, tendremos alcanzado el punto culminante de una larga evolución del Derecho hacia la emancipación del ser humano, como titular de derechos inalienables que le son inherentes como tal, y que emanan directamente del Derecho Internacional. El reconocimiento y la cristalización de la personalidad y la capacidad jurídicas internacionales de la persona humana responden a una verdadera *necesidad* de la comunidad internacional contemporánea.

En quinto lugar, se impone la asignación de recursos adecuados a los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que puedan cumplir cabalidad sus funciones. Es esta una responsabilidad que incumbe a la OEA y a todos sus Estados miembros, y que tiene incidencia directa en el ejercicio de los derechos internacionalmente garantizados. De no ser atribuidos los recursos de que tanto necesitan los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que puedan ejercer cabalidad las funciones que le son atribuidas por la Convención, se estaría obstruyendo el propio acceso a la justicia en el plano internacional, entendido dicho acceso *lato sensu*, abarcando el derecho a la prestación jurisdiccional, a la *realización* de la justicia.

En sexto lugar, son además necesarias las medidas nacionales de implementación de la Convención Americana, de modo a asegurar la aplicabilidad *directa* de las normas convencionales en el plano del derecho interno de los Estados Partes, y la fiel ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana y el debido cumplimiento de todas sus decisiones. Y, en séptimo lugar, se imponen el ejercicio de la *garantía colectiva*, conjuntamente por todos los Estados Partes en la Convención Americana, así como el establecimiento de un mecanismo internacional de monitoreo permanente del cumplimiento por los Estados de las sentencias y decisiones de la Corte y las recomendaciones de la Comisión.

Todas estas cuestiones encuéntrase tratadas en la presente obra, ahora reeditada, la cual, estoy seguro, continuará a atraer la atención, sobre todo de los jóvenes, en quienes depositamos nuestra confianza para asegurar los futuros avances en la protección internacional de los derechos humanos. Al tornarse Partes en los tratados de derechos humanos, están los Estados, a su vez, contribuyendo a que la nueva *razón de humanidad* tenga primacía sobre la vieja *razón de Estado*, tornando así los derechos humanos el lenguaje común de todos los pueblos de nuestra región del mundo. Sólo de ese modo lograremos construir un verdadero *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos.

San José de Costa Rica,
24 de noviembre de 2002.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos

PRÓLOGO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- I -

Me es particularmente grato escribir el presente Prólogo a esta obra que reúne, en dos tomos, las iniciativas tomadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de examen y evaluación del perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El momento no podría ser de mayor simbolismo: el cambio de siglo y de milenio, coincidiendo con el vigésimo aniversario de la propia Corte Interamericana, los 30 años de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los 40 años de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las iniciativas de la Corte Interamericana consistieron en la realización, los días 23 y 24 de noviembre de 1999, en San José de Costa Rica, de un gran Seminario sobre "*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*", así como de cuatro Reuniones de Expertos, del más alto nivel, que tuvieron lugar en la sede del Tribunal entre septiembre de 1999 y febrero de 2000.

La Corte pretendía que el Seminario no fuera un hecho aislado, y se complementase con las Reuniones de Expertos, para asegurar una reflexión continuada y sostenida sobre los rumbos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Y así ocurrió; el aporte de la Corte repercutió en otras iniciativas, como la del Grupo *ad hoc* de Representantes de los Cancilleres de la región (que se reunió en San José de Costa Rica en febrero de 2000), y la de la inauguración, en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización

-XXI-

de los Estados Americanos, de un diálogo con base permanente acerca del fortalecimiento del sistema interamericano de protección.

El referido Seminario, de noviembre de 1999, sobre *"El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI"*, que constituyó una labor conjunta de la Corte, tuvo por *objetivos*, más que un ejercicio puramente académico, la revisión y evaluación de los 20 años de aplicación, - desde su entrada en vigor, - de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con atención a las funciones de la Corte y Comisión Interamericanas, y a las necesidades de protección de los seres humanos bajo las jurisdicciones respectivas de los Estados Partes. Con esta perspectiva histórica, buscó identificar las áreas susceptibles de fortalecimiento del mecanismo de protección bajo la Convención Americana, así como precisar los recursos adicionales necesarios al fiel desempeño de las funciones de protección de los dos órganos de supervisión de la Convención.

El evento contó con la participación, - además de los Jueces y ex Jueces de la Corte y miembros y ex miembros de la Comisión, - de miembros del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), - que meses después completó sus 20 años de existencia, íntimamente vinculada a la propia Corte Interamericana, - del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), - con los cuales la Corte concluyó importantes acuerdos de cooperación en el año 2000¹, - de la UNESCO, del Consejo de Europa. Contó, además, con la presencia de integrantes de Delegaciones del más alto nivel de los Estados miembros de la OEA, y de representantes de numerosas organizaciones no gubernamentales y otras entidades de la sociedad civil, así como de profesores, expertos y abogados de diferentes países y continentes.

La amplia movilización generada por el Seminario constituyó una clara manifestación del respaldo de la comunidad internacional a la labor de la Corte en pro de la salvaguardia de los derechos del ser humano, cuya jurisprudencia protectora es un patrimonio jurídico de todos los Estados Partes en la Convención Americana, así como de todos los pueblos de nuestra región. La calidad de las ponencias y el espíritu constructivo de los trabajos del Seminario le han de asegurar una posición de relieve en el desarrollo del sistema interamericano de protección. El evento contó, inclusive, con el testimonio valioso de distinguidos sobrevivientes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, dándole la necesaria dimensión histórica que requiere toda proyección hacia el futuro de la experiencia acumulada en el presente dominio de protección.

Al igual que el Seminario de la Corte Interamericana de finales de 1999, la Conferencia de San José de 1969 también estuvo atenta a la perspectiva histórica: en ambas ocasiones, - en

¹ Buscando conjugar, de ese modo, como debe ocurrir, las tres vertientes de protección internacional de los derechos de la persona humana (el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y el Derecho Internacional de los Refugiados).

un intervalo de tres décadas, - en 1969 y en 1999, la ciudad de San José de Costa Rica fue palco de dos eventos que marcan momentos significativos en la evolución del sistema interamericano de protección: el de su institucionalización convencional, con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, y el de su consolidación y puesta en marcha del proceso de su fortalecimiento, con la realización del referido Seminario de 1999, que deja seguramente la semilla para desarrollos institucionales futuros.

Algo efectivamente cambió en las Américas desde la entrada en vigor de la Convención Americana. A lo largo de los años de su vigencia, gracias a la labor conjunta de la Corte y la Comisión Interamericanas, numerosas vidas han sido salvadas, recursos y procedimientos de derecho interno se han establecido o perfeccionado para asegurar la observancia de los derechos humanos, leyes nacionales han sido armonizadas con la normativa internacional de protección. Las dos décadas de aplicación de la Convención despertaron la conciencia y determinación de los Estados Partes para la necesidad de ejercer la *garantía colectiva* subyacente a la Convención en beneficio de todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.

La realización del Seminario convocado por la Corte coincidió, además, con la alentadora entrada en vigor del Primer Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El inicio de la vigencia del Protocolo de San Salvador vino a llenar una laguna histórica de nuestro sistema regional de protección, a revelar de ese modo el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos no sólo en la teoría sino también en la práctica, y de la necesidad de asegurar la justiciabilidad de todos los derechos, inherentes al ser humano y, por lo tanto, anteriores y superiores al Estado.

Pero, a la par de todos los logros del sistema de protección, el Seminario, e igualmente las cuatro Reuniones de Expertos, demostraron que aún resta un largo camino que recorrer, en los planos del derecho tanto interno como internacional, a saber: v.g., ratificación de la Convención Americana o adhesión a la misma, por *todos* los Estados de la región; adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, de modo a asegurar la aplicabilidad *directa* de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes; aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana 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; *acceso directo* de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y plena participación de los mismos en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal; fiel ejecución y cumplimiento por los Estados Partes de las sentencias de la Corte y recomendaciones de la Comisión.

Otros retos identificados incluyen: toma de medidas de prevención y seguimiento en la acción de protección; salvaguardia de los derechos humanos en emergencias públicas; desarrollo de las formas de reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos; establecimiento de recursos internos eficaces por los Estados Partes en la Convención; desarrollo de nuevas formas de protección del ser humano ante la diversificación de las nuevas fuentes de

violación de sus derechos, así como de métodos para combatir éstas últimas y poner fin a la impunidad; desarrollo de obligaciones *erga omnes* en el presente dominio de protección; dotación de recursos adicionales a la Corte y la Comisión para atender a las crecientes necesidades de protección.

- II -

El tomo I de la presente obra reúne los textos de los aportes al Seminario "*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*". Encuéntrense dichos aportes agrupados en tres partes. En la parte I, figuran las ponencias dictadas en el propio Seminario. En la parte II, las comunicaciones escritas enviadas al Seminario; y en la parte III, los discursos oficiales, tanto en la inauguración y clausura del Seminario, como en la sesión solemne realizada en el Teatro Nacional de San José de Costa Rica, en 22 de noviembre de 1999, día en que la Corte recibió la visita de los Cancilleres, o sus Representantes, de los países de las Américas y del Caribe.

A este evento hay que agregar las visitas a la sede de la Corte Interamericana, en el período de noviembre de 1999 a diciembre de 2000, de los Presidentes de la República de siete países de distintas subregiones, como América del Sur, Centroamérica y el Caribe. A todos los que han aportado al histórico Seminario de noviembre de 1999, que demostró la capacidad de convocatoria de la Corte Interamericana, y todos los que han prestigiado el Tribunal con sus presencias en aquella y otras ocasiones, ubicándolo en primera plana en el escenario de los derechos humanos en todo el hemisferio, reitero, en nombre de mis colegas los Jueces de la Corte y en el mío propio, nuestros más sinceros agradecimientos.

Todos los participantes en el Seminario, provenientes de diversos países de todas las subregiones del hemisferio (América del Sur, Centro América, El Caribe y América del Norte), así como del continente europeo, pudieron exponer sus ideas y puntos de vista en medio a un ambiente de respeto mutuo y espíritu constructivo, dando muestras del ecumenismo y pluralismo que marcaron el evento. Y no podría ser de otra forma, pues la prevalencia de los derechos humanos en cualesquiera circunstancias constituye una legítima preocupación de *todos*, al sur y al norte del ecuador, y no apenas de determinados sectores. *Todos los derechos para todos*, fue el lema inspirador, como bien me acuerdo, de los trabajos de la II Conferencia Mundial de los Derechos Humanos (Viena, junio de 1993).

El tomo II de esta obra contiene el *Informe* que preparé, por encargo de la Corte Interamericana, sobre "*El Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*", y sus diversos Anexos. Entre estos últimos, figuran las *Actas* de las cuatro Reuniones de Expertos convocadas por la Corte Interamericana, así como los tres Informes que presenté a la Organización de los Estados Americanos en el transcurso del año 2000, y, por último, el nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, adoptado por el Tribunal el día 24 de noviembre de 2000. Este nuevo Reglamento de la Corte constituye un marco en la historia institucional del Tribunal, por cuanto, además de perfeccionar algunos aspectos del procedimiento en materia contenciosa, tornándolo más ágil sin perjuicio de la seguridad jurídica, por primera vez otorga plena autonomía y capacidad procesal a los peticionarios - como verdadera parte demandante, - en *todas* las fases del procedimiento ante la Corte.

El tomo II de la presente obra contiene², pues, para consideración de los Estados Partes en la Convención Americana, y los órganos y usuarios del sistema interamericano de protección, los elementos que, a mi juicio, constituyen las *Bases para un Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, con miras a buscar consensos para el perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención en el sentido de asegurar la plena capacidad procesal de los individuos, en todos los procedimientos bajo la Convención, como verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, en este inicio del siglo XXI, encuéntrase definitivamente superadas las razones históricas que llevaron a la denegación - a mi modo de ver injustificable, desde el inicio, - del acceso directo (*jus standi*) de las víctimas de violaciones de derechos humanos a la instancia judicial internacional de protección. Como vengo sosteniendo desde hace años, se puede y se debe, en el marco del sistema interamericano de protección, lograr la emancipación del ser humano ante todas las formas de dominación o poder arbitrario, en las líneas sugeridas en la documentación constante del tomo II de la presente obra. Y todos los jusinternacionalistas del hemisferio tienen, a mi modo de ver, el deber inescapable de perseverar en la búsqueda de la plena realización del ideal de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano, tal como anteveían, en contexto distinto, los llamados fundadores del derecho internacional (el derecho *de gentes*).

Quisiera agregar un agradecimiento muy especial a mis Colegas, - los Jueces Máximo Pacheco Gómez (Vicepresidente de la Corte), Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez y Carlos Vicente de Roux Rengifo, - distinguidos juristas y compañeros de trabajo, por haberme confiado la responsabilidad de *rapporteur* del presente proceso, por parte de la Corte. Mis agradecimientos se extienden a todo el personal del Tribunal, en la persona del Secretario de la Corte, Licenciado Manuel E. Ventura Robles, por el

2 En adición a los datos anteriormente mencionados, el tomo II contiene extractos del diálogo que la Corte Interamericana viene manteniendo, en los últimos años, con otros órganos regionales de protección internacional de los derechos humanos, - además de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con la cual se ha reunido periódicamente, - tales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El diálogo con la Corte Europea, en particular, se ha tornado permanente, en los cinco últimos años, con encuentros anuales, en rotación, realizados en Estrasburgo y San José de Costa Rica. Estamos conscientes de que todos los sistemas de protección - inclusive los regionales - operan en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

constante apoyo logístico en la labor cotidiana de nuestra Institución. Permítome agregar que nuestro Tribunal, con la actual composición, y teniendo presente la contribución de nuestros predecesores, ha dado pasos decisivos en el avance de la jurisprudencia de la Corte, asumiendo hoy posición de vanguardia como órgano judicial de defensa de los derechos humanos en el hemisferio.

Con el aumento considerable de casos contenciosos sometidos a su conocimiento, en los últimos cinco años, nunca una generación de Jueces de la Corte Interamericana ha sido tan exigida, trabajando, como sus predecesores, en medio de limitaciones y dificultades de orden financiero. La actual generación de Jueces de la Corte ha, además, sabido enfrentar con firmeza y determinación los nuevos desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de nuestros tiempos, desarrollando una jurisprudencia novedosa y progresista, la cual, confío, en la medida en que se torne más conocida contará gradualmente con el reconocimiento de las nuevas generaciones de estudiosos de la materia.

Valoramos, sobre todo, el juicio de los jóvenes y de las generaciones futuras. Para que conozcan y difundan nuestra labor en pro de la salvaguardia de los derechos de la persona humana, fomentando así la educación en derechos humanos, actualizamos, en el curso del año 2000, la serie oficial de publicaciones de toda la jurisprudencia de la Corte, - en cerca de 70 nuevos fascículos, en materia tanto contenciosa como consultiva, así como en relación con las medidas provisionales de protección. Estas publicaciones, que se encuentran a la disposición de todos los interesados, fueron presentadas durante la ceremonia de inauguración, el 18 de agosto de 2000, en las cercanías de la sede central de la Corte en San José de Costa Rica, del edificio anexo de las nuevas instalaciones de nuestro Tribunal, adquirido con el apoyo del Gobierno de Costa Rica mediante recursos captados por sus lazos de cooperación internacional.

El nuevo edificio, además de sentar las bases materiales para la transformación de la Corte en un futuro Tribunal semipermanente y en seguida permanente, - como esperamos, - ya se encuentra, desde entonces, albergando la Biblioteca Conjunta de la Corte y del IIDH y su Centro de Documentación, donde las nuevas generaciones de universitarios podrán consultar y estudiar nuestra jurisprudencia protectora. La difusión, a nivel mundial, de nuestra jurisprudencia reciente (todavía muy poco conocida), es también parte de nuestra labor. Es nuestra misión sobre todo la realización de la justicia mediante la interpretación y aplicación de la normativa interamericana de protección de los derechos humanos, pero también nos compete la diseminación de lo que hacemos, - de la verdad, toda la verdad, y nada más que la verdad, la cual constituye inclusive un prerrequisito para la prevalencia de la justicia.

- III -

Me permito concluir este Prólogo con una muy breve reflexión sobre la significación del momento que vivimos para la protección internacional de los derechos humanos. Se

-XXVI-

puede destacar, a mi juicio, como el más precioso legado del siglo XX para el nuevo siglo en el cual ingresamos, la evolución, impulsada en momentos de lucidez en medio de tanta violencia y destrucción, de la protección internacional de los derechos humanos a lo largo de las cinco últimas décadas. Si tuviera que singularizar el logro más importante ypreciado en esta evolución a lo largo del último medio siglo, no dudaría en identificarlo en la conquista histórica, definitiva e irreversible, del *acceso directo del individuo a la justicia a nivel internacional*, como verdadera emancipación del ser humano frente a todas las formas de dominación o poder arbitrario.

Si es cierto que el siglo XX ha sido palco de crueldades perpetradas contra la persona humana en escala sin precedentes, también es cierto que esto ha generado una reacción - igualmente sin precedentes - en contra de tales atrocidades y abusos, como manifestación del *despertar de la conciencia jurídica universal* para las necesidades apremiantes de protección del ser humano. En razón de ese despertar de la conciencia jurídica universal para la necesidad de prevalencia de la dignidad de la persona humana en cualesquiera circunstancias, se afirman hoy, con mayor vigor, los derechos humanos universales. A mi juicio, hay efectivamente elementos para abordar la materia, de modo más satisfactorio, tanto en la jurisprudencia internacional, como en la práctica de los Estados y organismos internacionales, como en la doctrina jurídica más lúcida: de estos elementos se desprende, - me permito insistir, - *el despertar de una conciencia jurídica universal*, para reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el Derecho Internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo³.

El perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se darán, en cuanto al examen de denuncias de violaciones de derechos humanos, en mi entender, con la gradual *jurisdiccionalización* del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de nuestro sistema regional de protección. El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional encuéntrase ineluctablemente ligado a la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De ahí mi caracterización de ambos como verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos de la persona humana. El antiguo ideal de la construcción de una verdadera justicia a nivel internacional ha dado alentadores pasos adelante, en el final del siglo XX, y cabe seguir avanzando decididamente en esta dirección.

3 A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001 (en prensa); A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

Ya no se sostienen, en definitiva, el monopolio estatal de la titularidad de derechos ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento jurídico internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. En nuestros días, el modelo westphaliano del ordenamiento internacional se configura en definitiva agotado y superado. La emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado avanza lentamente, pero avanza. Nadie podría suponer o antever, hace algún tiempo atrás, que, en los dos últimos años, las causas de los desplazados, de los migrantes en búsqueda de alimento, vivienda, trabajo y educación, y de los niños abandonados en las calles de las ciudades de América Latina, v.g., alcanzasen un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésto es fruto, sobre todo, del despertar de la conciencia humana para las necesidades de protección de los más débiles y de los olvidados.

Movida por esta conciencia, la propia dinámica de la vida internacional contemporánea ha cuidado de desautorizar el entendimiento tradicional de que las relaciones internacionales se regían por reglas derivadas enteramente de la libre voluntad de los propios Estados. El positivismo voluntarista se mostró incapaz de explicar el proceso de formación de las normas del derecho internacional general, y se tornó evidente que solo se podría encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez de este último en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la afirmación de la idea de una justicia objetiva⁴.

Debemos estar atentos a la emergencia de las normas imperativas del derecho internacional (*jus cogens*), de manera que fomente el desarrollo, tan necesario, del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección, incluidas las consecuencias jurídicas de sus violaciones. Esto fomentaría considerablemente el establecimiento de un sistema efectivo de *monitoreo continuo* de la situación de los derechos humanos en todos los países. La consagración de las obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos, representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretendida autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho internacional buscó gradualmente liberarse al consagrar el concepto de *jus cogens*.

Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del propio Derecho Internacional. Al fin y al cabo, la protección de la persona humana en todas las circunstancias, contra todas las manifestaciones del poder arbitrario, y la preocupación con sus condiciones de vida en todas partes, emanan, tal como lo ha claramente demostrado el reciente ciclo de las Conferencias Mundiales

4 En esta línea de evolución también se inscribe la tendencia actual de ‘criminalización’ de violaciones graves de los derechos de la persona humana, paralelamente a la consagración del principio de la jurisdicción universal, - sumados al reconocimiento de la responsabilidad penal individual (a la par de la responsabilidad internacional del Estado), de capital importancia al combate a la impunidad (cf., v.g., la creación de los dos Tribunales *ad hoc*, para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), seguida de la adopción del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional (1988), - acrecidas de las tres Convenciones contra la Tortura, - la de las Naciones Unidas, 1984; la Interamericana, 1985; y la Europea, 1987).

de las Naciones Unidas de la década de noventa, del nuevo espíritu de nuestra época. En este inicio del siglo XXI, tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar el proceso de *humanización* del Derecho Internacional, que en fin y en buena hora pasa a ocuparse más directamente de la realización de metas y valores comunes superiores. El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde definitivamente a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos.

San José de Costa Rica,
26 de enero de 2001.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos

I. PONENCIAS

**LAS CLÁUSULAS PÉTREAS
DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DEL SER HUMANO:**

**EL ACCESO DIRECTO DE LOS INDIVIDUOS A LA JUSTICIA A NIVEL INTERNACIONAL Y
LA INTANGIBILIDAD DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LOS
TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE*

* Ph.D. (Cambridge); Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Titular de la Universidad de Brasilia; Miembro Asociado del *Institut de Droit International*; Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo).

LAS CLÁUSULAS PÉTREAS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL SER HUMANO:

**EL ACCESO DIRECTO DE LOS INDIVIDUOS A LA JUSTICIA A NIVEL INTERNACIONAL Y
LA INTANGIBILIDAD DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LOS
TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Sumario: I. Introducción. II. El rescate histórico del individuo como sujeto del Derecho Internacional. III. El acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional. 1. Consagración, naturaleza jurídica y alcance del derecho de petición individual. 2. El derecho de petición individual bajo las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos. a) Convención Europea. b) Convención Americana. 3. El derecho de petición individual *De Lege Ferenda*: Del *Locus Standi* al *Jus Standi* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. La intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. 1. Cuestión previa: La *Compétence de la Compétence* de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. 2. Base de la jurisdicción internacional: Inadecuación de la analogía entre el contencioso interestatal clásico y el contencioso internacional de los derechos humanos. 3. El acto jurídico unilateral en el marco de las obligaciones convencionales del Estado. 4. Inadmisibilidad de denuncia parcial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 5. Inadmisibilidad de "retiro" unilateral con "efecto inmediato" de la competencia contenciosa de los tribunales internacionales de derechos humanos. V. El alcance del deber estatal de ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el umbral del siglo XXI, ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos, necesariamente conjugados, constituyen - como siempre hemos

sostenido - verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos¹. Son ellas que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, el cual representa una verdadera *revolución jurídica*, quizás el más importante legado que nos deja la ciencia jurídica del siglo XX. A ellas se suman el deber de fiel cumplimiento, por los Estados Partes en los tratados de derechos humanos, de las decisiones de aquellos tribunales, así como el ejercicio de la *garantía colectiva* por los Estados Partes.

Estos son, en última instancia, los pilares básicos sobre los cuales se erige el mecanismo de emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídica internacional. Dicho mecanismo, a su vez, corresponde, en el plano procesal, al reconocimiento, en el plano conceptual, de la existencia de derechos inherentes al ser humano, por definición anteriores y superiores al Estado, cuya protección no se agota - no puede agotarse - en la acción del Estado. Cabe, pues, dedicar la debida atención a cuestiones de capital importancia no suficientemente desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia internacionales hasta la fecha, a saber: la personalidad jurídica internacional del individuo; el derecho de petición individual a instancias internacionales; la capacidad jurídica internacional del individuo; la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales - Cortes Europea e Interamericana - de derechos humanos.

La atención dedicada a estos tópicos hasta el presente ha sido, sorprendentemente, insatisfactoria a nuestro modo de ver, dejando de guardar proporción con la gran relevancia de que se revisten para la evolución continua de la protección internacional de los derechos humanos. Además, se revisten estos tópicos - siempre recurrentes en el contencioso internacional de los derechos humanos - de perenne actualidad. En este umbral del siglo XXI, en que se busca evaluar la experiencia acumulada al respecto a lo largo de las últimas décadas, y buscar el perfeccionamiento de los procedimientos previstos en los tratados de derechos humanos, es oportuno y necesario profundizar en el examen de lo que nos permitimos denominar de *cláusulas pétreas* de la protección internacional del ser humano, a saber, el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. Pasemos al estudio de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales de los individuos en general, y al examen de la intangibilidad de aquellas cláusulas pétreas en particular.

1 Cf., recientemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares), Sentencia de 04.09.1998, Serie C, n. 41, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 36; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, de 01.10.1999, Serie A, n. 16, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 30.

II. EL RESCATE HISTÓRICO DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Al considerar la posición de los individuos en el derecho internacional, no hay que perder de vista el pensamiento de los llamados fundadores del derecho de gentes. Hay que recordar la considerable importancia, para el desarrollo del tema, sobre todo de los escritos de los teólogos españoles así como de la obra grociana. En el periodo inicial de formación del derecho internacional era considerable la influencia ejercida por las enseñanzas de los grandes maestros, - lo que es comprensible, dada la necesidad de sistematización de la materia². Aún en nuestros días, es imprescindible tener presentes tales enseñanzas.

Es ampliamente reconocida la contribución de los teólogos españoles Francisco de Vitoria y Francisco Suárez a la formación del Derecho Internacional. En la visión de Suárez (autor del tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal³. Fue, sin embargo, el gran maestro de Salamanca, Francisco de Vitoria, quien dio una contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del *Estado de Derecho*: fue él quien sostuvo, con rara lucidez, en sus aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos - tanto gobernados como gobernantes, - y, en esta misma línea de pensamiento, la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual⁴.

En la concepción de Vitoria, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad⁵; la reparación de las violaciones de derechos (humanos) refleja una necesidad internacional atendida por el derecho de gentes, con los mismos principios de justicia aplicán-

2 A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 20-21. Para un relato de la formación de la doctrina clásica, cf., *inter alia*, v.g., P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, Georg, 1967, pp. 13-32; A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1969 (reimpr.), pp. 47-62; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4a. ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32; Louis Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399.

3 Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

4 Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (9), pp. 30-39.

5 Cf., en particular, Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

dose tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman⁶. Transcurridos más de cuatro siglos y medio, su mensaje retiene una notable actualidad.

La concepción del *jus gentium* de Hugo Grotius - cuya obra, sobre todo el *De Jure Belli ac Pacis* (1625) es situada en los orígenes del derecho internacional, como vino a ser conocida la disciplina, - estuvo siempre atenta al rol de la sociedad civil. Para Grotius, el Estado no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, de modo a perfeccionar la "sociedad común que abarca toda la humanidad"⁷. En el pensamiento grociano, toda norma jurídica - sea de derecho interno o de derecho de gentes - crea derechos y obligaciones para las personas a quienes se dirigen; la obra precursora de Grotius, ya en la primera mitad del siglo XVII, admite, pues, la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos contra el propio Estado⁸.

Aún antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) sostenía, a finales del siglo XVI, que es el Derecho el que regula la convivencia entre los miembros de la *societas gentium* universal⁹. Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), a su vez, sostuvo "el sometimiento del legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón"¹⁰. De su parte, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*,

6 A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 y 172.

7 P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 y 203. Los sujetos tienen derechos *vis-à-vis* el Estado soberano, que no puede exigir obediencia de sus ciudadanos de forma absoluta (imperativo del bien común); así, en la visión de Grotius, la razón de Estado tiene límites, y la concepción absoluta de ésta última tórnase aplicable en las relaciones tanto internacionales como internas del Estado. *Ibid.*, pp. 219-220 y 217.

8 *Ibid.*, pp. 243 y 221. Hay, pues, que tener siempre presente el verdadero legado de la tradición grociana del derecho internacional. La comunidad internacional no puede pretender basarse en la *voluntas* de cada Estado individualmente. Ante la necesidad histórica de regular las relaciones de los Estados emergentes, sustentaba Grotius que las relaciones internacionales están sujetas a las normas jurídicas, y no a la "razón de Estado", la cual es incompatible con la propia existencia de la comunidad internacional: esta última no puede prescindir del Derecho. (Cf., al respecto, el estudio clásico de Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53). El ser humano y su bien estar ocupan posición central en el sistema de las relaciones internacionales. Por consiguiente, en casos de tiranía, admitía Grotius hasta mismo la intervención humanitaria; los patrones de justicia aplican *vis-à-vis* tanto los Estados como los individuos. Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 y 21-31.

9 A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

10 *Ibid.*, p. 26.

1749), ponderaba que así como los individuos deben, en su asociación en el Estado, promover el bien común, a su vez el Estado tiene el deber correlativo de buscar su perfección¹¹.

Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional (notoriamente los escritos de los teólogos españoles y la obra grociana), que lo concebían como un sistema verdaderamente *universal*¹², vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos "concedía". El consentimiento o la voluntad de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos¹³. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio derecho internacional, reduciéndolo a derecho interestatal, no más *por encima* sino *entre* Estados soberanos¹⁴. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.

La personificación del Estado todo-poderoso, inspirada en la filosofía del derecho de Hegel, tuvo una influencia nefasta en la evolución del derecho internacional a finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. Esta corriente doctrinaria resistió con todas las fuerzas al ideal de emancipación del ser humano de la tutela absoluta del Estado, y al reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional¹⁵. En el pasado, los positivistas se vanagloriaban de la importancia por ellos atribuida al método de la *observación* (descuidado por otras corrientes de pensamiento), lo que contrasta, sin embargo, con su total incapacidad de presentar directrices, líneas maestras de análisis, y sobre todo *principios* generales

11 César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbró los Estados-nación como miembros de una *civitas maxima*, concepto que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando la necesidad de "realismo", pretendió sustituir por una "sociedad de naciones" (concepto menos avanzado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para una crítica a ese retroceso (incapaz de fundamentar el principio de *obligación* en el derecho internacional), cf. J.L. Briery, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

12 C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; y cf. también René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

13 P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (7), pp. 36-37.

14 *Ibid.*, p. 37.

15 Contra esta posición reaccionaria se posicionó, entre otros, Jean Spiropoulos: en luminosa monografía publicada en Paris en 1928, ponderó que, a contrario de lo que se desprendía de la doctrina hegeliana, el Estado no es un ideal supremo sometido tan sólo a su propia voluntad, no es un fin en sí mismo, sino más bien "un medio de realización de las aspiraciones y necesidades vitales de los individuos", siendo, pues, necesario proteger el ser humano contra la lesión de sus derechos por su propio Estado; J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 y 33, y cf. p. 19. Una evolución en ese sentido, agregó, habría que aproximarnos del ideal de la *civitas maxima* (*ibid.*, p. 55).

orientadores¹⁶. En el plano normativo, el positivismo se mostró subserviente al orden legal establecido, y convalidó los abusos practicados en nombre de éste.

Pero ya a mediados del siglo XX, la doctrina jusinternacionalista más esclarecida se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neo-hegeliana del Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo componían, y que en él se integraban enteramente¹⁷. La vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, erigida en falsas premisas, no sorprendentemente dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinarios en pro de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado. En efecto, lo que hicieron tanto los dualistas como los monistas, en este particular, fue "personificar" el Estado como sujeto del derecho internacional. Los monistas descartaron todo antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado por un análisis de la persona jurídica¹⁸; y los dualistas - a ejemplo de H. Triepel y D. Anzilotti - no se contuvieron en sus excesos de caracterización de los Estados como sujetos únicos del derecho internacional¹⁹.

Toda una corriente doctrinal, - del positivismo tradicional, - formada, además de Triepel y Anzilotti, también por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, entre otros, pasó a sostener que solamente los Estados eran sujetos del Derecho Internacional Público. La misma postura fue adoptada por la antigua doctrina soviética del derecho internacional, con énfasis en la llamada "coexistencia pacífica" interestatal²⁰. Contra esta visión se insurgió una corriente opuesta, a partir de la publicación, en 1901, del libro de Léon Duguit *L'État, le droit objectif et la loi positive*, formada por G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle, entre otros, sosteniendo, *a contrario sensu*, que en última instancia solamente los individuos, destinatarios de todas normas jurídicas, eran sujetos del derecho internacional (cf. *infra*).

La idea de la soberanía estatal absoluta, que llevó a la irresponsabilidad y a la pretendida omnipotencia del Estado, no impidiendo las sucesivas atrocidades por éste cometidas contra los seres humanos, se mostró con el pasar del tiempo enteramente infundada. El Estado - hoy se reconoce - es responsable por todos sus actos - tanto *jure gestionis* como *jure imperii* - así como por todas sus omisiones. Creado por los propios seres humanos, por ellos compuesto, para ellos existe, para la realización de su bien común. En caso de violación de los derechos

16 Cf. L. Le Fur, "La théorie du droit naturel...", *op. cit. supra* n. (2), p. 263.

17 Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247.

18 Cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. infra* n. (32), pp. 405-406.

19 Para una crítica a la incapacidad de la tesis dualista de explicar el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional, cf. Paul Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 y 551.

20 Cf., v.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/f], pp. 93-98 y 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.

humanos, se justifica así plenamente el *acceso directo* del individuo a la jurisdicción internacional, para hacer valer tales derechos, inclusive en contra del propio Estado²¹.

El individuo es, pues, sujeto del derecho tanto interno como internacional²². Para ésto ha contribuido, en el plano internacional, la considerable evolución en las últimas décadas no sólo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como del mismo modo del Derecho Internacional Humanitario. También este último considera las personas protegidas no como simple objeto de la reglamentación que establecen, sino más bien como verdaderos sujetos del derecho internacional. Es lo que se desprende, v.g., de la posición de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949, erigida a partir de los derechos de las personas protegidas²³.

Carecen, definitivamente, de sentido, las tentativas del pasado de negar a los individuos la condición de sujetos del derecho internacional, por no ser a ellos reconocidas algunas de las capacidades de que son detentores los Estados (como, v.g., la de celebrar tratados). Tampoco en el plano del derecho interno, no todos los individuos participan, directa o indirectamente, en el proceso legiferante, y ni por eso dejan de ser sujetos de derecho. El movimiento internacional en pro de los derechos humanos, desencadenado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, vino a desautorizar estas falsas analogías, y a superar distinciones tradicionales (v.g., con base en la nacionalidad): son sujetos de derecho "todas las criaturas humanas", como miembros de la "sociedad universal", siendo "inconcebible" que el Estado venga a negarles esta condición²⁴.

21 Stefan Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, y cf. pp. 105-106 y 114-116. De ahí la importancia de la competencia obligatoria de los órganos de protección internacional de los derechos humanos; *ibíd.*, p. 118.

22 Sobre la evolución histórica de la personalidad jurídica en el derecho de gentes, cf. Hermann Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; Julio A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; Erica I.A. Daes, *La condition de l'individu et le droit international contemporain*, Naciones Unidas/CDH, doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, de 18.07.1988, pp. 1-111, esp. pp. 81-92.

23 V.g., III Convención, artículos 14 y 78; IV Convención, artículo 27; tanto es así que las cuatro Convenciones de Ginebra prohíben claramente a los Estados Partes derogar - por acuerdos especiales - las reglas en ellas enunciadas y en particular restringir los derechos de las personas protegidas en ellas consagrados (I, II y III Convenciones, artículo 6; y IV Convención, artículo 7) (*ibíd.*, p. 123). En realidad, las primeras Convenciones de Derecho Internacional Humanitario (ya en el transcurso del siglo XIX al XX) fueron pioneras al expresar la preocupación internacional por la suerte de los seres humanos en los conflictos armados, reconociendo el individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales; K.J. Partsch, "Individuals in International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959. Y cf. G.H. Aldrich, "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law", *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 851-858.

24 R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", in *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

Al reconocimiento de derechos individuales debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional. Es mediante la consolidación de la plena capacidad procesal de los individuos que la protección de los derechos humanos se torna una realidad²⁵. Pero aunque, por las circunstancias de la vida, ciertos individuos (v.g., niños, enfermos mentales, ancianos, entre otros) no puedan disfrutar de plena capacidad (v.g., en el derecho civil), ni por eso dejan de ser titulares de derechos, oponibles inclusive al Estado²⁶. Independientemente de las circunstancias, el individuo es sujeto *jure suo* del derecho internacional, tal como sostiene la doctrina más lúcida, desde la de los llamados fundadores de la disciplina²⁷. Los derechos humanos fueron concebidos como *inherentes* a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias.

Se podría argumentar que el mundo contemporáneo es enteramente distinto del de la época de los llamados fundadores del derecho internacional (*supra*), que propugnaron por una *civitas maxima* regida por el derecho de gentes. Aunque se trate de dos escenarios mundiales diferentes (nadie lo negaría), la aspiración humana es la misma, a saber, la de la construcción de un ordenamiento internacional aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) como a los individuos, en conformidad con ciertos patrones universales de justicia.

Siendo que el derecho internacional contemporáneo reconoce a los individuos derechos y deberes (como lo comprueban los instrumentos internacionales de derechos humanos), no hay cómo negarles personalidad internacional, sin la cual no podría darse aquel reconocimiento. El propio derecho internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, desautoriza el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los "concedidos" por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de plena capacidad procesal (cf. *infra*), representa, como ya señalado, una verdadera *revolución jurídica*, a la cual tenemos el deber de contribuir. Esta revolución viene en fin dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional.

En efecto, ya en las primeras décadas del siglo XX se reconocían los manifiestos inconvenientes de la protección de los individuos por intermedio de sus respectivos Estados de nacionalidad, o sea, por el ejercicio de la protección diplomática discrecional, que tornaba los Estados "demandantes" a un mismo tiempo "jueces y partes". Comenzaba, en consecuencia, para superar tales inconvenientes, a germinar la idea del *acceso directo* de los individuos a la

25 Cf., en lo referente a la protección internacional, A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* - New York (1998) pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

26 P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 226-227.

27 Cf. *ibíd.*, pp. 223 y 215.

jurisdicción internacional, bajo determinadas condiciones, para hacer valer sus derechos contra los Estados, - tema éste que llegó a ser efectivamente considerado por el *Institut de Droit International* en sus sesiones de 1927 y 1929²⁸.

La mejor doctrina jurídica pasó a alertar para la necesidad del reconocimiento de un *mínimo jurídico* - con la primacía del derecho internacional y de los derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico estatal, - por debajo del cual la comunidad internacional no debía permitir que recayese el Estado²⁹. Siendo el individuo el "sujeto final de todo derecho", nada había de inherente al derecho internacional que lo impedía de tornarse sujeto del derecho de gentes (*droit des gens/law of nations*) y de tornarse parte en procedimientos ante tribunales internacionales³⁰. No sólo en el continente europeo, sino también en el americano, aún antes de la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos de 1948, florecieron manifestaciones doctrinarias en pro de la personalidad jurídica internacional de los individuos³¹.

28 Stelio Sfériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 y 54-60.

29 A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, y cf. pp. 103 y 138. En obra célebre, Georges Scelle se insurgió contra la ficción de la contraposición de una "sociedad interestatal" a una sociedad de individuos (nacional): una y otra son formadas de individuos, sujetos del derecho interno y del derecho internacional, sean ellos simples particulares (movidos por intereses privados), o investidos de funciones públicas (gubernantes y funcionarios públicos), encargados de velar por los intereses de las colectividades nacionales e internacionales. G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. del CNRS, 1984), pp. 42-44.

30 Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 y 51, y cf. p. 70. Tal reconocimiento del individuo como sujeto de derechos también en el plano del derecho internacional acarrea un claro rechazo de los viejos dogmas positivistas, desacreditados e insustentables, del dualismo de sujetos en los ordenamientos interno e internacional, y de la voluntad de los Estados como fuente exclusiva del derecho internacional (cf. *ibíd.*, pp. 8-9). En otro estudio perspicaz, publicado también en 1950, Maurice Bourquin ponderó que la creciente preocupación del derecho internacional de la época con los problemas que afectaban directamente el ser humano revelaba la superación de la vieja visión exclusivamente interestatal del orden jurídico internacional. M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 21-54. Para una crítica a la concepción voluntarista del derecho internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Sottile (1981) pp. 201-240.

31 Cf. Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 y 457-463, y cf. pp. 81, 91 y 499-500; Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75; Levi Carneiro, *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Fo. Ed., 1945, pp. 121 y 108, y cf. pp. 113, 35, 43, 126, 181 y 195; Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations - An Introduction*, New York, MacMillan Co., 1948, p. 41.

Se pasó inclusive a vincular la subjetividad internacional de los individuos a la temática de la responsabilidad internacional (de los mismos, a la par de la de los Estados)³². Dada, pues, la capacidad del individuo, tanto para mover una acción contra un Estado en la protección de sus derechos, como para cometer un delito en el plano internacional, no más había como negar su condición de sujeto del derecho internacional³³. Siendo el individuo "sujeto de deberes" en el plano del derecho internacional, no más había como negar su personalidad jurídica internacional, reconocida inclusive por el propio derecho internacional *consuetudinario*³⁴.

De ese modo, la doctrina jurídica de mediados del siglo XX ya reflejaba y endosaba el proceso histórico en curso de la emancipación de los individuos de la tutela exclusiva del Estado. La propia experiencia jurídica de la época contradecía categóricamente la teoría infundada de que los individuos eran simples *objetos* del ordenamiento jurídico internacional, y destruía otros preconceptos del positivismo estatal³⁵. Como bien señaló Paul Reuter, a partir del momento en que el individuo se tornaba titular de derechos y obligaciones establecidos y sancionados directamente por el derecho internacional, disponiendo de acceso a la jurisdicción internacional para la protección de sus derechos, ya no se podría negar su condición de sujeto del derecho internacional³⁶.

32 Como reacción de la conciencia jurídica universal, el desarrollo de los derechos y deberes del individuo en el plano internacional, y su capacidad de actuar para defender sus derechos, encuéntrase vinculadas a su capacidad para el delito internacional; la responsabilidad internacional abarca, así, en su visión, tanto la protección de los derechos humanos como la punición de los criminales de guerra (formando un todo). C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 402, 412-413, 424, 586-589, 601 y 612. Tratábase, pues, de proteger el ser humano no sólo contra la arbitrariedad estatal, sino también contra los abusos de los propios individuos; *ibíd.*, p. 614. Cf., en el mismo sentido, W. Friedmann, *The Changing Structure...*, *op. cit. supra* n. (17), pp. 234 y 248.

33 C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. supra* n. (32), pp. 426-427, 547 y 610-611. Aunque no endosase la teoría de Duguit y Scelle (de los individuos como únicos sujetos del derecho internacional), Eustathiades en ella reconoció el gran mérito de reaccionar a la doctrina tradicional que visualizaba en los Estados los únicos sujetos del derecho internacional; el reconocimiento de la subjetividad internacional de los individuos, a la par de la de los Estados, vino a transformar la estructura del derecho internacional y fomentar el espíritu de solidaridad internacional; *ibíd.*, pp. 604-610. Los individuos emergieron como sujetos del derecho internacional, aun sin participar del proceso de creación de sus normas; *ibíd.*, p. 409.

34 Paul Guggenheim, "Les principes de Droit international public", 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1952) pp. 116, y cf. pp. 117-118.

35 G. Sperduti, "L'individu et le droit international", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 824, 821-822 y 764; y cf. también G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107. En la doctrina jurídica de entonces se tornaba patente el reconocimiento de la expansión de la protección de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional. Clive Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) p. 722.

36 P. Reuter, *Droit international public*, 7a. ed., Paris, PUF, 1993, pp. 235 y 238, y cf. p. 106.

III. EL ACCESO DE LOS INDIVIDUOS A LA JUSTICIA A NIVEL INTERNACIONAL

La cuestión de la *legitimatío ad causam* de los peticionarios ante instancias internacionales tiene una larga historia, la cual ha dejado claro que el derecho de petición individual constituye la piedra angular del acceso de los individuos a la justicia internacional. Dicho acceso resultó de la permanente lucha del ser humano contra las manifestaciones del poder arbitrario. El derecho de petición individual es efectivamente una conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos. Fue precisamente en este contexto de protección que se operó el *rescate histórico* de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional (cf. *supra*).

Tres siglos de un ordenamiento internacional cristalizado, a partir de los tratados de paz de Westphalia (1648), con base en la coordinación de Estados-naciones independientes, en la juxtaposición de soberanías absolutas, llevaron a la exclusión de aquel ordenamiento de los individuos como sujetos de derechos. En el plano internacional, los Estados asumieron el monopolio de la titularidad de derechos; los individuos, para su protección, fueron dejados enteramente a merced de la intermediación discrecional de sus Estados nacionales. El ordenamiento internacional así erigido, - que los excesos del positivismo jurídico intentaron en vano justificar, - de él excluyó precisamente el destinatario último de las normas jurídicas: el ser humano.

Tres siglos de un ordenamiento internacional marcado por el predominio de las soberanías estatales y por la exclusión de los individuos fueron incapaces de evitar las violaciones masivas de los derechos humanos, perpetradas en todas las regiones del mundo, y las sucesivas atrocidades de nuestro siglo, inclusive las contemporáneas³⁷. Tales atrocidades despertaron la conciencia jurídica universal para la necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento internacional, restituyendo al ser humano la posición central de donde había sido desplazado. Esta reconstrucción, sobre bases humanas, tomó por fundamento conceptual cánones enteramente distintos, como lo son los de la realización de valores comunes superiores, de la titularidad de derechos del propio ser humano, de la garantía colectiva de su realización, y del carácter objetivo de las obligaciones de protección³⁸. El orden internacional de las soberanías cedía terreno al de la solidaridad.

37 Como el holocausto, el *gulag*, seguidos de nuevos actos de genocidio, v.g., en el sudeste asiático, en Europa central (ex-Yugoslavia), en África (Ruanda).

38 Con incidencia directa de dichos cánones en los métodos de interpretación de la normativa internacional de protección, sin necesariamente apartarse de las reglas generales de interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986).

Esta profunda transformación del ordenamiento internacional, desencadenada a partir de las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948, no se ha dado sin dificultades, precisamente por requerir una nueva mentalidad. Pasó, además, por etapas, algunas de las cuales ya no más suficientemente estudiadas en nuestros días (inclusive en lo referente a la consagración del derecho de petición individual). El acceso de los individuos a los tribunales internacionales (contemporáneos) para la protección de sus derechos revela, en realidad, una *renovación* del derecho internacional - en el sentido de su *humanización*³⁹, - abriendo una gran brecha en la doctrina tradicional del dominio reservado de los Estados⁴⁰ (o competencia nacional exclusiva), definitivamente ultrapasada: el individuo es alzado a sujeto del derecho internacional⁴¹, dotado de capacidad procesal⁴².

La cuestión de la capacidad procesal de los individuos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), fue efectivamente considerada con ocasión de la redacción original, por un Comité de Juristas designado por la antigua Sociedad de las Naciones, del Estatuto de la Corte de la Haya, en 1920. De los diez miembros del referido Comité de Juristas, solamente dos - Loder y De Lapradelle - se pronunciaron en favor de que los individuos pudieran comparecer como partes ante la Corte (*jus standi*) en casos contenciosos contra Estados (extranjeros). La mayoría del Comité, sin embargo, se opuso firmemente a esta proposición: cuatro miembros (Ricci-Busatti, Baron Descamps, Raul Fernandes y Lord Phillimore) objetaron que los individuos no eran sujetos del derecho internacional (no pudiendo, pues, en su juicio, ser partes ante la Corte) y que solamente los Estados eran personas jurídicas en el ordenamiento internacional, - en lo que fueron acompañados por los demás miembros⁴³.

La posición que prevaleció en 1920 - la cual sorprendente y lamentablemente ha sido mantenida en el artículo 34(1) del Estatuto de la Corte de la Haya hasta la fecha - fue pronta y duramente criticada en la doctrina más lúcida de la época (ya en la misma década de veinte). Así, en memorable monografía publicada en 1927, N. Politis ponderó que los Estados eran com-

39 A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", *Quem Está Escrevendo o Futuro? 25 Textos para o Século XXI*, Brasília, Letraviva, 2000, pp. 99-112, esp. pp. 103 y 100.

40 F.A. von der Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", 107 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 332-333 y 329-330; y cf. A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765; J-A. Carrillo Salcedo, "Droit international et souveraineté des États - Cours général de Droit international public", 257 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1996) pp. 64-67 y 217.

41 F.A. von der Heydte, *op. cit. supra* n. (40), p. 345.

42 Cf. también, al respecto, e.g., E.M. Borchard, "The Access of Individuals to International Courts", 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.

43 Cf. relato in: Jean Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 50-51; Nicolas Politis, *op. cit. infra* n. (44), pp. 84-87; Marek St. Korowicz, "The Problem of the International Personality of Individuals", 50 *American Journal of International Law* (1956) p. 543.

puestos de individuos, y que el verdadero fin de todo el Derecho es el ser humano⁴⁴: trátase de algo "tan evidente", acrecentó, que "sería inútil insistir en ésto si las brumas de la soberanía no hubieran oscurecido las verdades más elementales"⁴⁵. El recurso directo de los individuos a las instancias internacionales para hacer valer sus "intereses legítimos", - prosiguió Politis, - presentaría la ventaja, por ejemplo, de despolitizar el procedimiento clásico, el del contencioso interestatal (la protección diplomática discrecional)⁴⁶. Y, en fin, adelantó un pronóstico, en el sentido de que la acción directa de los individuos en el plano internacional logrará realizarse, más temprano o más tarde, porque "responde a una verdadera necesidad de la vida internacional"⁴⁷.

Otra crítica a la solución adoptada al respecto por el Estatuto de la Corte de la Haya (artículo 34(1), cf. *supra*) fue formulada por J. Spiropoulos, también en los años veinte: para él, no había impedimento alguno a que el derecho internacional convencional otorgase a los individuos una acción directa en el plano internacional⁴⁸; si ésto no ocurriese y si se limitase a las acciones judiciales en el plano del derecho interno, frecuentemente el Estado se tornaría "juez y parte" al mismo tiempo, lo que sería una incongruencia⁴⁹. Para el autor, el ordenamiento jurídico internacional puede formular normas dirigidas directamente a los individuos (como ejemplificado por los tratados de paz del período del entre-guerras), elevándolo de ese modo a la condición de sujeto del derecho internacional, dotado de personalidad jurídica, en la medida en que se establece una relación directa entre el individuo y el ordenamiento jurídico internacional, tornándolo "directamente titular de derechos o de obligaciones"⁵⁰.

La gradual emancipación del individuo de la tutela del Estado todo-poderoso, anticipó Spiropoulos en 1928, no es más que una "cuestión de tiempo", por "imponerse como consecuencia necesaria de la evolución de la organización internacional" de los nuevos tiempos⁵¹. El individuo debe, así, ser capaz de defender *él propio* sus derechos en el plano internacional, "independientemente de toda tutela de su Estado", y "aún contra su propio Estado"⁵². Solamente con la acción directa de los individuos ante una instancia internacional, -acrecentó,- se logrará una protección *eficaz* de los derechos humanos, en conformidad con "el espíritu del

44 Nicolas Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-77 y 69.

45 *Ibid.*, pp. 77-78.

46 *Ibid.*, pp. 82-83 e 89.

47 *Ibid.*, p. 90, e cf. pp. 92 e 61.

48 Habiendo inclusive precedentes en este sentido en el período entre guerras.

49 J. Spiropoulos, *op. cit. supra* n. (43), pp. 50-51.

50 *Ibid.*, pp. 25, 31-33 y 40-41.

51 *Ibid.*, pp. 42-43 e 65.

52 *Ibid.*, p. 44, e cf. pp. 49 e 64-65.

nuevo orden internacional"⁵³. Hay que establecer "ciertos límites" a la autoridad del Estado, - concluyó, - el cual no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para la "satisfacción de las necesidades humanas"⁵⁴.

El carácter exclusivamente interestatal del contencioso ante la CIJ definitivamente no se ha mostrado satisfactorio. Al menos en algunos casos, relativamente a la condición de individuos, la presencia de estos últimos (o de sus representantes legales), para presentar, ellos propios, sus posiciones, hubiera enriquecido el procedimiento y facilitado la labor de la Corte. Recuérdense, como ejemplos a ese respecto, el caso clásico *Nottebohm* sobre doble nacionalidad (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), y el caso relativo a la *Aplicación de la Convención de 1902 sobre la Guarda de Menores* (Holanda *versus* Suecia, 1958), y, más recientemente, los casos del *Juicio de los Prisioneros de Guerra Paquistaníes* (Paquistán *versus* India, 1973), de los *Rehenes (Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos) en Teherán* (Estados Unidos *versus* Irán, 1980), del Timor-Oriental (Portugal *versus* Australia, 1995), de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Bosnia-Herzegovina *versus* Yugoslavia, 1996), o aún los casos *Breard* (Paraguay *versus* Estados Unidos, 1998) y *LaGrand* (Alemania *versus* Estados Unidos, 1999). En todos estos casos, no hay cómo dejar de reconocer que el elemento predominante es precisamente la situación concreta de seres humanos, y no meras cuestiones abstractas de interés exclusivo de los Estados litigantes en sus relaciones *inter se*. La artificialidad del carácter exclusivamente interestatal del contencioso ante la CIJ es, pues, claramente revelada por la propia naturaleza de determinados casos sometidos a su consideración.

Tal artificialidad ha sido criticada en la bibliografía especializada, inclusive, recientemente, por un ex-Presidente de la propia Corte de la Haya⁵⁵. Y ya a finales de la década de sesenta, uno de los mayores especialistas en la materia, S. Rosenne, advertía que "no hay nada inherente en el carácter de la propia Corte Internacional que justifique la exclusión completa de un individuo de comparecer ante la Corte en procedimientos judiciales de su interés directo"⁵⁶. La práctica actual de exclusión del *locus standi in iudicio* de los individuos interesados ante la CIJ, - agregó Rosenne, - además de artificial, en ciertos casos contenciosos "puede inclusive producir resultados incongruentes"; tórnase, pues, "altamente deseable" que tal esquema sea reconsiderado, de modo a permitir que los propios individuos interesados puedan comparecer ante la CIJ (*locus standi*) para presentar directamente a esta última sus argumentos en casos contencioso⁵⁷.

53 *Ibid.*, pp. 51-53 y 61.

54 *Ibid.*, p. 62, e cf. p. 66.

55 R.Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 504-505.

56 Shabtai Rosenne, "Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice", *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff, 1967, p. 249, y cf. p. 242.

57 *Ibid.*, p. 249, y cf. p. 243.

La solución adoptada por el Estatuto de la antigua CPJI, y fosilizada con el pasar del tiempo en el Estatuto de la CIJ hasta la fecha, es aún más criticable, si consideramos que, ya en la primera mitad del siglo XX, hubo experimentos de derecho internacional que efectivamente otorgaron capacidad procesal internacional a los individuos. Lo ejemplifican el sistema de navegación del río Reno, el Proyecto de una Corte Internacional de Presas (1907), la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), así como, en la era de la Sociedad de las Naciones, los sistemas de las minorías (inclusive la Alta-Silesia) y de los territorios bajo mandato, los sistemas de peticiones de las Islas Aaland y del Sarre y de Danzig, además de la práctica de los tribunales arbitrales mixtos y de las comisiones mixtas de reclamaciones, de la misma época⁵⁸.

Esta evolución se desencadenó en la era de las Naciones Unidas, con la adopción del sistema de peticiones individuales bajo algunos de los tratados de derechos humanos contemporáneos de carácter universal, y sobre todo en el plano regional, bajo las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, que establecieron tribunales internacionales (las Cortes Europea e Interamericana, respectivamente) de derechos humanos. La importante cuestión de la capacidad procesal de los individuos bajo estas dos Convenciones regionales tiene incidencia directa, en última instancia, en el propio acceso del individuo a la justicia en el plano internacional. Es, pues, de todo necesario, aún en nuestros días, tener una clara comprensión de la naturaleza jurídica y el alcance del derecho de petición individual bajo los referidos tratados de derechos humanos. Al examen detallado de este punto, en perspectiva histórica, pasamos en seguida.

1. CONSAGRACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE DEL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL

Ya en los primordios del ejercicio del derecho de petición individual se enfatizó que, aunque motivado por la búsqueda de la reparación individual, dicho derecho de petición contribuye también para asegurar el respeto por las obligaciones de carácter objetivo que vinculan los Estados Partes⁵⁹. En varios casos el ejercicio del derecho de petición ha ido más allá, oca-

58 Para un estudio, cf., v.g.: A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392; Carl A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-128; Marc St. Korowicz, *Une expérience de Droit international - La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone, 1946, pp. 81-174; entre otros.

59 Por ejemplo, bajo el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos; cf. H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue hellénique de droit international* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; C.Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", in *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 125-152, esp. pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; M. Virally, "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen", 20 *Mémoires Publiés*

sionando cambios en el ordenamiento jurídico interno y en la práctica de los órganos públicos del Estado⁶⁰. La significación del derecho de petición individual sólo puede ser apropiadamente evaluada en perspectiva histórica.

En efecto, revela la *historia juris* de algunos países que el antiguo derecho de petición (*right to petition*), en el plano interno, a las autoridades centrales, como expresión o manifestación de la libertad de expresión, se desarrolló gradualmente en un recurso legal accionable ante los tribunales para la reparación de daños⁶¹. Sólo en una época más reciente el derecho de petición (*right of petition*, no más *right to petition*) vino a formarse en el seno de organizaciones internacionales. Surgieron las primeras distinciones clásicas, como la elaborada por Feinberg⁶² y endosada por Drost⁶³, entre *pétition plainte*, basada en una violación de un derecho privado individual (v.g., un derecho civil) y en búsqueda de reparación por parte de las autoridades, y *pétition voeu*, atinente a los intereses generales de un grupo (v.g., un derecho político) y en búsqueda de medidas públicas por parte de las autoridades.

La *pétition voeu* evolucionó para lo que se pasó a denominar de "comunicación"; ejemplos, a su vez, de *pétitions plaintes* - o "peticiones" *stricto sensu* - se encuentran, por ejemplo,

par la *Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-89; H. Mosler, "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", 52 *Georgetown Law Journal* (1964) pp. 818-819; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell' Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo", *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 601-620.

60 Hay que tener siempre presente que, distintamente de las cuestiones regidas por el Derecho Internacional Público, en su mayor parte planteadas horizontalmente sobre todo en el plano *inter-estatal*, las cuestiones relativas a los derechos humanos se sitúan verticalmente en el plano *intra-estatal*, en la contraposición entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por consiguiente, pretender que los órganos de protección internacional no puedan verificar la compatibilidad de las normas y prácticas del derecho interno, y sus omisiones, con la normativa internacional de protección, sería un contrasentido. También aquí se evidencia la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El hecho de que este último vaya más allá que el Derecho Internacional Público en materia de protección, al abarcar el tratamiento dispensado por los Estados a los seres humanos bajo sus jurisdicciones, no significa que una interpretación conservadora deba por eso imponerse; todo lo contrario, se impone una interpretación en conformidad con el carácter innovador - en relación con dogmas del pasado, como el de la "competencia nacional exclusiva" o dominio reservado de los Estados, como emanación de la soberanía estatal, - de la normativa internacional de protección de los derechos humanos. Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es el propio Derecho Internacional Público que se enriquece, en la afirmación de cánones y principios propios al presente dominio de protección, asentados en premisas fundamentalmente distintas de las que han nortado sus postulados en el plano de las relaciones puramente inter-estatales. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene, así, afirmar la aptitud del Derecho Internacional Público para asegurar, en el presente contexto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección de los Estados *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus jurisdicciones.

61 J. Humphrey, "The Right of Petition in the United Nations", 4 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* (1971) p. 463.

62 N. Feinberg, "La pétition en droit international", 40 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1932) pp. 576-639.

63 P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 67-75, y cf. pp. 91-96 y 101.

en los sistemas de minorías y mandatos bajo la Sociedad de las Naciones y en el sistema de tutela bajo las Naciones Unidas⁶⁴. Fueron éstos algunos de los primeros sistemas internacionales a otorgar capacidad procesal directamente a los individuos y grupos privados⁶⁵. Tales antecedentes, a lo largo de la primera mitad del siglo XX, abrieron camino para el desarrollo, en el seno de las Naciones Unidas y bajo los tratados de derechos humanos en los planos global y regional, de los mecanismos contemporáneos de peticiones o comunicaciones relativas a violaciones de derechos humanos⁶⁶.

Con la consolidación de estos mecanismos, concediendo acceso directo a los individuos a las instancias internacionales, tornábase patente el reconocimiento, también en el plano procesal, de que los derechos humanos, inherentes a la persona humana, son anteriores y superiores al Estado y a toda otra forma de organización política, y emancipábase el ser humano del yugo estatal, siempre y cuando se mostrase éste arbitrario. Recuperaba el individuo su presencia, para la vindicación de sus derechos, en el plano internacional, presencia ésta que le fuera negada en el proceso histórico de formación del Estado moderno pero que se manifestara en la preocupación inmediata con el ser humano en los manuscritos originales de los llamados fundadores del derecho internacional (el derecho *de gentes* - cf. sección II, *supra*).

Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obliga-

64 Cf., v.g., J. Stone, "The Legal Nature of Minorities Petition", 12 *British Year Book of International Law* (1931) pp. 76-94; M. Sibert, "Sur la procédure en matière de pétition dans les pays sous mandat et quelques-unes de ses insuffisances", 40 *Revue générale de Droit international public* (1933) pp. 257-272; Jean Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 1-256; A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals...", *op. cit. supra* n. (58), pp. 373-392.

65 A ellos cabe agregar los otros sistemas, anteriormente mencionados, de peticiones (como los de Alta-Silesia, de las Islas Aaland, del Sarre y de Danzig), el sistema de navegación del río Reno, la experiencia de la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), la jurisprudencia de los tribunales arbitrales mixtos y de las comisiones mixtas de reclamaciones, además del Tribunal Internacional de Presas propuesto en la II Conferencia de Paz de la Haya de 1907 (cf. *supra*). Para un estudio, cf. C.A. Norgaard, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (58), pp. 99-172; y, anteriormente, J.-C. Witenberg, "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales", 41 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1932) pp. 5-135; C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. supra* n. (32), pp. 401-614.

66 Cf. M.E. Tardu, *Human Rights - The International Petition System*, binders 1-3, Dobbs Ferry N.Y., Oceana, 1979-1985; Tom Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 1-237. Sobre la importancia del derecho de petición en general, cf. N. Valticos, "L'émergence progressive de l'individu comme sujet du droit international", *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación - Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 277-297.

ciones de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el real sentido del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Aún así, en el plano global, fue necesario esperar hasta la primera mitad de los años setenta para que se concretizase el derecho de petición, en los mecanismos tanto convencionales (tratados y convenciones de derechos humanos) como extra-convencionales (establecidos por resoluciones) en el ámbito de las Naciones Unidas. Paralelamente, en el plano regional europeo, el derecho de petición individual, juntamente con la noción de garantía colectiva, pasaron a constituir dos de los trazos más sobresalientes del nuevo sistema de protección inaugurado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, y, *a fortiori*, de todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Hace poco más de tres décadas, con ocasión del vigésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, René Cassin, que participara del proceso preparatorio de su elaboración⁶⁷, ponderaba que "(...) si todavía subsiste en la tierra grandes zonas dónde millones de hombres o mujeres, resignados a su destino, no osan proferir la menor reclamación o ni siquiera a concibir que un recurso cualquier sea posible, éstos territorios disminuyen a cada día. La toma de consciencia de que una emancipación es posible, tórnase cada vez más general. (...) Las Convenciones y Pactos [de derechos humanos] en su mayoría, (...) incitan los Estados Partes a crear en ellos las instancias de recursos y prevén ciertas medidas de protección o de control internacional. (...) El hecho de que la resignación sin esperanza, de que el muro del silencio y de que la ausencia de todo recurso estén en vías de reducción o de desaparición, abre a la humanidad en marcha perspectivas alentadoras (...) "⁶⁸.

La apreciación del derecho de petición individual como método de implementación internacional de los derechos humanos tiene necesariamente que tomar en cuenta el punto básico de la *legitimatío ad causam* de los peticionarios y de las condiciones del uso y de la admisibilidad de las peticiones (consignadas en los distintos instrumentos de derechos humanos que las prevén). A ese respecto, los tratados de derechos humanos que prevén el derecho de petición individual⁶⁹ en su mayoría condicionan el ejercicio de este derecho a que el autor de la denun-

67 Como *rapporteur* del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de preparar el proyecto de la Declaración (mayo de 1947 a junio de 1948).

68 R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10.

69 En el plano global, el derecho de petición individual encuéntrase previsto, por ejemplo, en el [primero] Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 1-3 y 5), en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo XIV), en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (artículo 22). En el plano regional, el derecho de petición individual encuéntrase consagrado tanto en la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 25) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 44) y en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 55-58).

cia o comunicación sea - o se pretenda - *víctima* de violación de los derechos humanos (v.g., Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 25; [primero] Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo XIV (1) y (2); Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, artículo 22).

La noción de víctima ha, significativamente, experimentado considerable expansión a través de la construcción jurisprudencial de los órganos de supervisión internacionales, al pasar a abarcar víctimas directas e indirectas, así como víctimas "potenciales", es decir, las que sostienen un interés personal potencial reconocidamente válido en la vindicación de sus derechos⁷⁰. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 44) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 55-56) adoptan, sin embargo, en este particular, una solución más liberal, por cuanto no imponen a los peticionarios el requisito de la condición de víctima.

De todos modos, las soluciones dadas por los tratados e instrumentos de derechos humanos al *jus standi* del demandante (con matices, a saber, supuesta víctima y "autor de la comunicación", víctima "razonablemente presumida", calificaciones especiales de los reclamantes, derecho de petición ampliamente atribuido), parecen vincularse a la naturaleza de los procedimientos en cuestión (derecho de petición o comunicación o representación [individual])⁷¹. Diferencias en la naturaleza jurídica de estos procedimientos, sin embargo, significativamente no han impedido el desarrollo de una jurisprudencia, de los distintos órganos de supervisión internacionales, convergente en cuanto a una protección más eficaz a las supuestas víctimas. Pasemos al examen de la materia bajo las dos Convenciones regionales que han establecido hasta la fecha tribunales internacionales de derechos humanos, en continua operación, a saber, las Convenciones Europea (1950) y Americana (1969) de Derechos Humanos.

2. EL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL BAJO LAS CONVENCIONES EUROPEA Y AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

a) Convención Europea

Ha sido bajo la Convención Europea de Derechos Humanos que una vasta jurisprudencia sobre el derecho de petición individual se ha desarrollado. Es cierto que el artículo 25 de la Convención Europea fue originalmente concebido como una cláusula facultativa; hoy día, sin embargo, es ésta aceptada por todos los Estados Partes en la Convención, enmendada por el

⁷⁰ La evolución de la noción de "víctima" (inclusive la potencial) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuéntrase examinada *in*: A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights...", *op. cit. supra* n. (6), pp. 243-299, esp. pp. 262-283.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 248-261.

Protocolo n. 11 a la Convención, vigente a partir del 01 de noviembre de 1998: el derecho de petición ante la nueva Corte Europea (como órgano jurisdiccional único bajo la Convención modificada) es mandatorio (como lo ha sido bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde su adopción en 1969). Dos breves observaciones nos parecen aquí necesarias.

En primer lugar, hace casi medio siglo, aún al concebir el artículo 25 originalmente como una cláusula facultativa, los redactores de la Convención Europea cuidaron de determinar, en el primer párrafo *in fine* de la cláusula, la obligación de los Estados Partes que la aceptaron de no interponer cualquier impedimento u obstáculo al ejercicio del derecho de petición individual. En el caso *Cruz Varas y Otros versus Suecia* (1990-1991), la Corte Europea y, en escala más amplia, la Comisión Europea, reconocieron el derecho de naturaleza procesal que el artículo 25(1) confiere a los individuos demandantes, en virtud del cual éstos últimos podían recurrir libremente a la antigua Comisión, sin que el Estado Parte en cuestión impida o dificulte su iniciativa⁷².

El derecho de petición individual disfruta, pues, de *autonomía*, distinto que es de los derechos sustantivos enumerados en el título I de la Convención Europea. Cualquier obstáculo interpuesto por el Estado Parte en cuestión a su libre ejercicio acarrearía, así, una violación *adicional* de la Convención, paralelamente a otras violaciones que se comprueben de los derechos sustantivos en ésta consagrados. Su autonomía en nada se vio afectada por el hecho de haber sido originalmente previsto en una cláusula facultativa de la Convención (artículo 25).

En segundo lugar, y reforzando este punto, tanto la antigua Comisión como la Corte Europeas de Derechos Humanos entendieron que el propio concepto de *víctima* (a la luz del artículo 25 de la Convención) debe ser interpretado *autónomamente* bajo la Convención. Este entendimiento encuéntrase hoy sólidamente respaldado por la *jurisprudence constante* bajo la Convención. Así, en varias decisiones en los últimos años, la Comisión Europea consistente e invariablemente advirtió que el concepto de "víctima" utilizado en el artículo 25 de la Convención debe ser interpretado *de forma autónoma e independientemente de conceptos de derecho interno* tales como los de interés o calidad para interponer una acción judicial o participar en un proceso legal⁷³.

72 Comparar la Sentencia, del 20.03.1991, de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Cruz Varas y Otros versus Suecia* (Fondo, Serie A, vol. 201), pp. 33-34 y 36, párrs. 92-93 y 99, con la Opinión, del 07.06.1990, de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el mismo caso (Anexo, *in ibíd.*), pp. 50-52, párrs. 118, 122 y 125-126. La Comisión fue más allá que la Corte, al argumentar, además, que, al dejar de cumplir con una solicitud de no deportar al individuo demandante (H. Cruz Varas, chileno), Suecia violó la obligación consagrada en el artículo 25 *in fine* de la Convención Europea de no impedir la eficacia del derecho de petición individual; la Corte Europea, en decisión adoptada por 10 votos a 9, no estuvo de acuerdo con la Comisión - de forma menos persuasiva que esta última - sobre este punto en particular. - Sobre el deber de los Estados Partes de no dificultar el ejercicio del derecho de petición individual (artículo 25 *in fine* de la Convención), cf. A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", *The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum, Studies in Honour of Carl A. Norgaard*, (eds. M. de Salvia y M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos V., 1998, pp. 237-242.

73 Cf. en ese sentido: Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH), caso *Scientology Kirche Deutschland e.V. versus Alemania* (apl. n. 34614/96), decisión del 07.04.1997, 89 *Decisions and Reports*

La Corte Europea, a su vez, en el caso *Norris versus Irlanda* (1988), ponderó que las condiciones que rigen las peticiones individuales bajo el artículo 25 de la Convención "no coinciden necesariamente con los criterios nacionales relativos al *locus standi*", que pueden inclusive servir a propósitos distintos de los contemplados en el mencionado artículo 25⁷⁴. Resulta, pues, clarísima la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional *vis-à-vis* disposiciones del derecho interno. Los elementos singularizados en esta jurisprudencia protectora aplican igualmente bajo procedimientos de otros tratados de derechos humanos que requieren la condición de "víctima" para el ejercicio del derecho de petición individual (cf. *supra*).

Cada uno de estos procedimientos, a pesar de diferencias en su naturaleza jurídica, ha contribuido, a su modo, al gradual fortalecimiento de la capacidad procesal del demandante en el plano internacional. En reconocimiento expreso de la relevancia del derecho de petición individual, la Declaración y Programa de Acción de Viena, principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), instó a su adopción, como método adicional de protección, mediante Protocolos Facultativos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁵. El referido documento recomendó, además, a los Estados Partes en los tratados de derechos humanos, la aceptación de todos los procedimientos facultativos disponibles de peticiones o comunicaciones individuales⁷⁶.

En lo que concierne a la Convención Europea, recuérdese que, en el caso *Loizidou versus Turquía* (Sentencia sobre Excepciones Preliminares del 23.03.1995), la Corte Europea de Derechos Humanos descartó la posibilidad de restricciones - por las declaraciones turcas - con

(1997) p. 170; ComEDH, caso *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma y R. Rose versus Alemania* (appl. n. 35208/97), decisión del 27.05.1997, p. 4 (no-publicada); ComEDH, caso *Federación Griega de Funcionarios de Aduana, N. Gialouris, G. Christopoulos y 3333 Otros Funcionarios de Aduana versus Grecia* (appl. n. 24581/94), decisión del 06.04.1995, 81-B *Decisions and Reports* (1995) p. 127; ComEDH, caso *N.N. Tauira y 18 Otros versus Francia* (appl. n. 28204/95), decisión del 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995) p. 130 (peticiones contra los ensayos nucleares franceses en el atolón de Mururoa y en el de Fangataufa, en la Polinesia francesa); ComEDH, caso *K. Sygounis, I. Kotsis y Sindicato de Policiales versus Grecia* (appl. n. 18598/91), decisión del 18.05.1994, 78 *Decisions and Reports* (1994) p. 77; ComEDH, caso *Asociación de Aviadores de la República, J. Mata el Al. versus España* (appl. n. 10733/84), decisión del 11.03.1985, 41 *Decisions and Reports* (1985) p. 222. - Según esta misma jurisprudencia, para atender a la condición de "víctima" (bajo el artículo 25 de la Convención) debe haber un "vínculo suficientemente directo" entre el individuo demandante y el daño alegado, resultante de la supuesta violación de la Convención.

74 Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Norris versus Irlanda*, Sentencia del 26.10.1988, Serie A, vol. 142, p. 15, párr. 31.

75 Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, parte II, párrs. 40 y 75, respectivamente. - La elaboración de ambos Proyectos encuéntrase virtualmente concluida, en lo esencial, aguardando ahora la aprobación por parte de los Estados.

76 Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, parte II, párr. 90.

relación a las disposiciones-clave del artículo 25 (derecho de petición individual), y del artículo 46 (aceptación de su jurisdicción en materia contenciosa) de la Convención Europea. Sostener otra posición, agregó, "no sólo debilitaría seriamente la función de la Comisión y de la Corte en el desempeño de sus atribuciones pero también disminuiría la eficacia de la Convención como un instrumento constitucional del orden público (*ordre public*) europeo" (párr. 75)⁷⁷.

Cabe también tener presente que la Corte Europea, en su Sentencia del 09.12.1994 en el caso de los *Santos Monasterios versus Grecia*, decidió rechazar un intento de imponer restricciones (otras que la de la condición de "víctima") a la organización no-gubernamental en cuestión. En el *cas d'espèce*, el Estado demandado argumentó que, dados los vínculos que él propio mantenía con la Iglesia Ortodoxa Griega y la "influencia considerable" de esta última en las actividades estatales y en la administración pública, los Monasterios demandantes no eran organizaciones no-gubernamentales en el sentido del artículo 25 de la Convención Europea (párr. 48). La Corte rechazó este argumento, al encontrar que los referidos Monasterios no ejercían poderes gubernamentales. Su clasificación como entidades de derecho público tenía por objeto tan solamente extenderles protección jurídica *vis-à-vis* terceros. Al situarse los Santos Monasterios bajo la "supervisión espiritual" del arzobispo local y no bajo la supervisión del Estado, distinguíanse de este último, del cual eran "completamente independientes". Por consiguiente, - concluyó la Corte Europea, - los Monasterios demandantes eran organizaciones no-gubernamentales en el sentido del artículo 25 de la Convención Europea (párr. 49)⁷⁸. Pasemos ahora a la otra Convención regional, en el continente americano.

b) Convención Americana

En nuestro entendimiento, no se puede analizar el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho de petición individual, como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. En efecto, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el derecho de petición individual se ha constituido en un medio eficaz de enfrentar casos no sólo individuales como también de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos⁷⁹, aún antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre

77 Cf. sección IV, *infra*.

78 Cf. también nota (84), *infra*.

79 Lamentamos, pues, no poder compartir la insinuación presente en parte de la bibliografía especializada europea contemporánea sobre la materia (cf., e.g., R. Müllerson, "The Efficiency of the Individual Complaint Procedures: The Experience of CCPR, CERD, CAT and ECHR", *Monitoring Human Rights in Europe - Comparing International Procedures and Mechanisms* (ed. A. Bloed *et alii*), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 25-43, esp. p. 32), en el sentido de que el derecho de petición individual tal

Derechos Humanos (i.e., en la práctica inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Su importancia ha sido fundamental, y no podría jamás ser minimizada. La consagración del derecho de petición individual bajo el artículo 44 de la Convención Americana se revistió de significación especial. No sólo fue su importancia, para el mecanismo de la Convención como un todo, debidamente enfatizada en los *travaux préparatoires* de aquella disposición de la Convención⁸⁰, como también representó un avance en relación a lo que, hasta la adopción del Pacto de San José en 1969, se había logrado al respecto, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La otra Convención regional de derechos humanos entonces en vigor, la Convención Europea, sólo aceptara el derecho de petición individual originalmente consagrado en una cláusula facultativa (el artículo 25 de la Convención), condicionando la *legitimitio ad causam* a la demostración de la condición de *víctima* por el demandante individual, - lo que, a su vez, propició un notable desarrollo jurisprudencial de la noción de "víctima" bajo la Convención Europea (*supra*). La Convención Americana, de forma distinta, tornó el derecho de petición individual (artículo 44 de la Convención) mandatorio, de aceptación automática por los Estados ratificantes, abriéndolo a "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no-gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización" de los Estados Americanos (OEA), - lo que revela la importancia capital atribuida al mismo⁸¹.

Fue este, reconocidamente, uno de los grandes avances logrados por la Convención Americana, en los planos tanto conceptual y normativo, así como operativo. No se justificaría, pues, que, transcurridos veinte años de operación de nuestra Convención regional⁸², se admitiese circundar de restricciones el amplio alcance de la *legitimitio ad causam*, por parte de

vez no sea eficaz en lo referente a violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos. La experiencia acumulada de este lado del Atlántico, en el sistema interamericano de protección, apunta exactamente en el sentido contrario, y gracias al derecho de petición individual muchas vidas fueron salvadas y se logró realizar la justicia en casos concretos en medio a situaciones generalizadas de violaciones de derechos humanos.

80 Cf. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos* (San José de Costa Rica, 07-22 de noviembre de 1969), doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1978, pp. 43, 47 y 373.

81 La otra modalidad de petición, la interestatal, sólo fue consagrada en base facultativa (artículo 45 de la Convención Americana, a contrario del esquema de la Convención Europea - artículo 24 - en ese particular), lo que realza la relevancia atribuida al derecho de petición individual. Este punto no pasó desapercibido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en su segunda Opinión Consultiva, sobre el *Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (del 24.09.1982), invocó esta particularidad como ilustrativa de la "gran importancia" atribuida por la Convención Americana a las obligaciones de los Estados Partes *vis-à-vis* los individuos, por éstos exigibles sin la intermediación de otro Estado (párrafo 32).

82 A partir de su entrada en vigor, el 18 de julio de 1978.

cualquier persona, bajo el artículo 44 de la Convención Americana. Cabe extraer las consecuencias del amplio alcance del artículo 44 de la Convención, en lo que se refiere a la condición de los individuos peticionarios⁸³. Además, en la misma línea de pensamiento, el artículo 1(1) de la Convención Americana consagra la obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos en ella consagrados y asegurar su libre y pleno ejercicio a *toda persona* sujeta a su jurisdicción (sea ella nacional, extranjera, refugiada o apátrida, indistintamente, independientemente de su estatuto jurídico en el derecho interno).

Hay que tener siempre presente la autonomía del derecho de petición individual *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados. Su relevancia no puede ser minimizada, por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, a tomar providencias judiciales por sí propio. Lo cual no significa que estaría él privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana, u otro tratado de derechos humanos.

Pero la Convención Americana va más allá: la *legitimatío ad causam*, que extiende a todo y cualquier peticionario, puede prescindir hasta mismo de alguna manifestación por parte de la propia víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas (v.g., detenidos incomunicados, desaparecidos, entre otras situaciones) se vean imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa.

Uno de los trazos sobresalientes de la emancipación del ser humano, *vis-à-vis* su propio Estado, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reside precisamente en la *desnacionalización* de la protección en el presente contexto. La nacionalidad desaparece como *vinculum juris* para el ejercicio de la protección (diferentemente de la protección diplomática discrecional en el contencioso inter-estatal, basada en premisas fundamentalmente distintas), bastando que el individuo demandante -independientemente de nacionalidad o domicilio - se encuentre (aunque temporalmente) bajo la jurisdicción de uno de los Estados Partes en el tratado de derechos humanos en cuestión.

Sería inconsistente con esta nueva concepción de protección que se buscase, por ejemplo, condicionar la *legitimatío ad causam* de una entidad no-gubernamental peticionaria bajo la Convención Americana a los requisitos legales de un determinado ordenamiento jurídico interno; en nada sorprende, pues, que sea suficiente (bajo la referida Convención) que esté tal entidad legalmente reconocida en *cualquier* de los Estados miembros de la Organización regional (OEA). La Convención Americana no exige un determinado estatuto jurídico de tal entidad, ni

83 Cf., en ese sentido, el Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, en el caso *El Amparo* (Resolución sobre Interpretación de Sentencia, del 16.04.1997), párr. 29, n. 12, reproducido in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1997*, p. 142.

impone cualesquiera requisitos formales; lo único que requiere es que esté la entidad en cuestión "legalmente reconocida en uno o más Estados miembros" de la OEA.

Circunscribir tal requisito al derecho interno de un determinado Estado - como, v.g., el del demandado - iría en contra de la letra y del espíritu de la Convención Americana. No hay, pues, que intentar dar a ese requisito una dimensión que él no tiene, pues, en última instancia, el derecho de petición individual bajo la Convención Americana - como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia sobre Excepciones Preliminares en el caso *Castillo Petruzzi versus Perú* (de 04.09.1998) - encuéntrase abierto ampliamente a *cualquier persona o grupo de personas*. No se cuestiona la facultad del Estado demandado de buscar determinar el reconocimiento legal de una entidad no-gubernamental peticionaria, bajo el artículo 44 de la Convención, desde que con eso no se pretenda subordinarla a disposiciones pertinentes de su propio ordenamiento jurídico interno.

A ejemplo del propio derecho de petición individual *per se* bajo la Convención Americana (y demás tratados de derechos humanos) en general, también ese requisito de legalidad de una entidad no-gubernamental en particular encuéntrase *desnacionalizado*⁸⁴. La protección de los derechos humanos accionada por el ejercicio del derecho de petición individual se efectúa a la luz de la noción de *garantía colectiva*, subyacente a la Convención Americana (así como a los demás tratados de derechos humanos). Es en ese contexto que se ha de apreciar el amplio alcance de la *legitimatío ad causam* bajo el artículo 44 de la Convención Americana.

La desnacionalización de la protección y de los requisitos de la acción internacional de salvaguardia de los derechos humanos, además de ampliar sensiblemente el círculo de personas protegidas, permitió a los individuos ejercer derechos emanados directamente del derecho internacional (derecho de *gentes*), implementados a la luz de la referida noción de garantía colectiva, y no más simplemente "concedidos" por el Estado. Con el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, mediante el ejercicio del derecho de petición individual, se dio finalmente expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes a la persona humana y no derivan del Estado. Por consiguiente, la acción de su protección no se agota - no puede agotarse - en la acción del Estado.

De todos los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, el derecho de petición individual es el más dinámico, al inclusive atribuir la iniciativa de acción al pro-

84 Bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, el requisito de reconocimiento legal de una entidad no-gubernamental peticionaria (bajo el artículo 25) ni siquiera existe. La práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos endosa la interpretación de que la referencia del artículo 25 de la Convención a "organización no-gubernamental" *tout court*, sin condicionantes o calificativos, tuvo como propósito impedir la exclusión de cualesquiera personas, otras que las personas físicas, habilitadas a recurrir a la Comisión Europea; cf. *Les droits de l'homme et les personnes morales* (Colloque de Louvain de 1969), Bruselas, Bruylant, 1970, p. 20 (intervención de H. Golsong); y cf. *Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Colloque de Francfort de 1980), Paris, Pédone, 1982, pp. 35-78 (informe de H. Delvaux).

pio individuo (la parte ostensiblemente más débil *vis-à-vis* el poder público), distintamente del ejercicio *ex officio* de otros métodos (como los de investigaciones e informes) por parte de los órganos de supervisión internacional. Es el que mejor refleja la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en comparación con otras soluciones propias del Derecho Internacional Público (como se puede desprender de la sentencia de 1995 de la Corte Europea de Derechos Humanos en el importante caso *Loizidou versus Turquía* (*supra*), que ciertamente se tornará *locus classicus* sobre la materia).

3. EL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL *DE LEGE FERENDA*: DEL *LOCUS STANDI* AL *JUS STANDI* ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una cuestión central en el debate corriente sobre los rumbos del sistema interamericano de derechos humanos es la de la condición de las partes en casos de derechos humanos bajo la Convención Americana, y en particular, de la representación legal o *locus standi in judicio* de las víctimas (o sus representantes legales) *directamente* ante la Corte Interamericana, en casos que ya le hayan sido enviados por la Comisión⁸⁵. Es cierto que la Convención Americana determina que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a "someter un caso" a la decisión de la Corte (artículo 61(1)); pero la Convención, por ejemplo, al disponer sobre reparaciones, también se refiere a "la parte lesionada" (artículo 63(1)), i.e., las víctimas y no la Comisión. En efecto, reconocer el *locus standi in judicio* de las víctimas (o sus representantes) ante la Corte (en casos ya sometidos a ésta por la Comisión) contribuye a la "jurisdiccionalización" del mecanismo de protección (en la cual debe recaer todo énfasis), poniendo fin a la ambigüedad del rol de la Comisión, la cual no es rigurosamente "parte" en el proceso, sino más bien guardián de la aplicación correcta de la Convención.

En este umbral del siglo XXI, encuéntrase superadas las razones históricas que llevaron a la denegación de dicho *locus standi* de las víctimas; en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, la propia práctica cuidó de revelar las insuficiencias, deficiencias y distorsiones del mecanismo paternalista de la intermediación de la Comisión entre el individuo y la Corte. Tal mecanismo se debió a las resistencias, - propias de otra época y bajo el espectro de la soberanía estatal, - al establecimiento de una nueva jurisdicción internacional

85 Para un estudio general, cf. C. Grossman, "Desapariciones en Honduras: La Necesidad de Representación Directa de las Víctimas en Litigios sobre Derechos Humanos", in *The Modern World of Human Rights - Essays in Honour of Th. Buergenthal* (ed. A.A. Cançado Trindade), San José of Costa Rica, IIDH, 1996, pp. 335-373; J.E. Méndez, "La Participación de la Víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (ed. R.N. Navia), San José de Costa Rica, Corte I.D.H., 1994, pp. 321-332; A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", in *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnnet y A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/IIDH, 1996, pp. 47-95, esp. pp. 81-89; A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional", 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México* - UNAM (1998) pp. 131-151.

para la salvaguardia de los derechos humanos; por la intermediación de la Comisión (Europea e Interamericana) se buscó evitar el acceso directo del individuo a los dos tribunales regionales de derechos humanos (las Cortes Europea e Interamericana).

Ya en el examen de sus *primeros casos* contenciosos tanto la Corte Europea como la Corte Interamericana se manifestaron contra la artificialidad de este esquema. Recuérdese que, muy temprano, ya desde el caso *Lawless versus Irlanda* (1960), la Corte Europea pasó a recibir, por medio de los delegados de la Comisión, alegaciones escritas de los propios demandantes, que frecuentemente se mostraban bastante críticas en cuanto a la propia Comisión. Se encaró esto con cierta naturalidad, pues los argumentos de las supuestas víctimas no tenían que coincidir enteramente con los de los delegados de la Comisión. Una década después, durante el procedimiento en los casos *Vagrancy*, relativos a Bélgica (1970), la Corte Europea aceptó la solicitud de la Comisión de dar la palabra a un abogado de los tres demandantes; al tomar la palabra, dicho abogado criticó, en un punto, la opinión expresada por la Comisión en su informe⁸⁶.

Los desarrollos subsiguientes son conocidos: la concesión de *locus standi* a los representantes legales de los individuos demandantes ante la Corte (via la reforma del Reglamento de 1982, en vigor a partir de 01.01.1983) en casos instados ante ésta por la Comisión o los Estados Partes⁸⁷, seguida de la adopción y entrada en vigor del célebre Protocolo n. 9 (de 1990) a la Convención Europea. Como bien señala el *Informe Explicativo* del Consejo de Europa sobre la materia, el Protocolo n. 9 concedió "un tipo de *locus standi*" a los individuos ante la Corte, sin duda un avance, pero que todavía no les aseguraba la "*equality of arms/égalité des armes*" con los Estados demandados y el beneficio pleno de la utilización del mecanismo de la Convención Europea para la vindicación de sus derechos⁸⁸ (cf. *infra*).

De todos modos, las relaciones de la Corte Europea con los individuos demandantes pasaron a ser, pues, directas, sin contar necesariamente con la intermediación de los delegados de la Comisión. Esto obedece a una cierta lógica, por cuanto los roles de los demandantes y de la Comisión son distintos; como la Corte Europea señaló ya en su *primer caso* (*Lawless*), la Comisión se configura antes como un órgano auxiliar de la Corte. Han sido frecuentes los casos

86 M.-A. Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas, 1985, pp. 32-33.

87 Para un estudio detallado, cf. P. Mahoney, "Developments in the Procedure of the European Court of Human Rights: the Revised Rules of Court", 3 *Yearbook of European Law* (1983) pp. 127-167.

88 Council of Europe, *Protocol n. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report*, Strasbourg, C.E., 1992, pp. 8-9, e cf. pp. 3-18; para otros comentarios, cf. J.-F. Flauss, "Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme - Le Protocole n. 9 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 36 *Annuaire français de droit international* (1990) pp. 507-519; G. Janssen-Pevtschin, "Le Protocole Additionnel n. 9 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 2 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (1991) n. 6, pp. 199-202; M. de Salvia, "Il Nono Protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: Punto di Arrivo o Punto di Partenza?", 3 *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo* (1990) pp. 474-482.

de opiniones divergentes entre los delegados de la Comisión y los representantes de las víctimas en las audiencias ante la Corte, y se ha considerado esto como normal y, hasta mismo, inevitable. Un relato del *ex-greffier* de la Corte Europea, ya fallecido, señala que los gobiernos se han "acomodado" a la práctica de los delegados de la Comisión de recurrir "casi siempre" a la asistencia de un representante de las víctimas; los gobiernos han dejado de plantear objeciones a esto, manifestando a veces su acuerdo, "encontrándolo o simulando encontrarlo normal"⁸⁹.

No hay que pasar desapercibido que toda esta evolución se ha desencadenado, en el sistema europeo, gradualmente, mediante la reforma del Reglamento de la Corte y la adopción y entrada en vigor del Protocolo n. 9. La Corte Europea ha determinado el alcance de sus propios poderes mediante la reforma de su *interna corporis*, afectando inclusive la propia condición de las partes en el procedimiento ante ella⁹⁰. Algunos casos ya han sido resueltos bajo el Protocolo n. 9, en relación con los Estados Partes en la Convención Europea que han ratificado también este último. De ahí la coexistencia, que hubo por algún tiempo, de los Reglamentos A y B de la Corte Europea⁹¹.

Con la entrada en vigor, el 01 de noviembre de 1998, del Protocolo n. 11 (de 1994, sobre la reforma del mecanismo de la Convención Europea y el establecimiento de una nueva Corte Europea como único órgano jurisdiccional de supervisión de la Convención Europea) a la Convención Europea, el Protocolo n. 9 se tornó anacrónico, de interés solamente histórico en el marco del sistema europeo de protección. El inicio de la vigencia de este Protocolo⁹², el 01.11.1998, representó un hito altamente gratificante para todos los que actuamos en pro del fortalecimiento de la protección internacional de los derechos humanos. El individuo pasó así a

89 M.-A. Eissen, *op. cit. supra* n. (86), p. 34.

90 Esto contrasta con la técnica legislativa seguida hasta la fecha por los Estados Partes en relación, v.g., con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De ahí las críticas crecientes al inmovilismo de ésta (en cuanto al *locus standi* de las partes, limitado a los Estados en el ejercicio de la competencia contenciosa), prisionera de un Estatuto anacrónico que remonta a 1922, y por eso marginalizada de las principales tendencias del derecho internacional contemporáneo. Esto contrasta con la capacidad de revitalización de la Corte Europea de Derechos Humanos (en lo que concierne al *locus standi* de las partes), la cual, a nuestro juicio, debe, en este particular, servir de inspiración a la operación futura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

91 El Reglamento A aplicable a casos relativos a Estados Partes en la Convención Europea que no han ratificado el Protocolo n. 9, y el Reglamento B aplicable a casos referentes a Estados Partes en la Convención que han ratificado el Protocolo n. 9.

92 Para el más completo estudio de este último hasta la fecha, cf. A. Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n. 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997)-II, pp. 121-244. Cf. también: S. Marcus Helmons, "Le Onzième Protocole Additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 113 *Journal des Tribunaux - Bruxelles* (1994) n. 5725, pp. 545-547; R. Bernhardt, "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol n. 11", 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 145-154; J.-F. Flauss, "Le Protocole n. 11: Côté Cour", 3 *Bulletin des droits de l'homme - Luxembourg* (1994) pp. 3-23; O. Jacot-Guillarmod, "Comments on Some Recent Criticisms on Protocol n. 11 to the European Convention on Human Rights", 8th *International Colloquy on the European*

tener, finalmente, *acceso directo* a un tribunal internacional (*jus standi*), como verdadero sujeto - y con plena capacidad jurídica - del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Superado, así, el Protocolo n. 9 para el sistema europeo de protección, sin embargo retiene su gran utilidad para la actual consideración de eventuales perfeccionamientos del mecanismo de protección del sistema interamericano de derechos humanos. Los sistemas regionales - todos enmarcados en la universalidad de los derechos humanos - viven momentos históricos distintos. En el sistema africano de protección, por ejemplo, sólo recientemente (septiembre de 1995) se concluyó la elaboración del Proyecto de Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁹³. Y sólo un año antes, en septiembre de 1994, el Consejo de la Liga de los Estados Árabes, a su vez, adoptó la Carta Árabe de Derechos Humanos⁹⁴.

En lo que concierne a nuestro sistema interamericano de protección, en su seno tienen lugar hoy en día desarrollos similares a los del sistema europeo en la década de los ochenta, en la materia bajo examen. En el procedimiento ante la Corte Interamericana, por ejemplo, los representantes legales de las víctimas son integrados a la delegación de la Comisión con la designación eufemística de "asistentes" de la misma. Esta solución "pragmática" contó con el aval, con la mejor de las intenciones, de una reunión conjunta de la Comisión y la Corte Interamericanas, realizada en Miami en enero de 1994. En lugar de resolver el problema, creó, sin embargo, ambigüedades que han persistido hasta hoy. Lo mismo ocurría en el sistema europeo de protección hasta 1982, cuando la ficción de los "asistentes" de la Comisión Europea fue finalmente superada por la reforma de aquel año del Reglamento de la Corte

Convention on Human Rights (Budapest, 1995), doc. H/Coll.(95)10, Strasbourg, Council of Europe, 1995, pp. 3-15 (mecanografiado, circulación restringida); R. Ryssdal, "On the Road to a European Constitutional Court", 2 *Collected Courses of the Academy of European Law* - Florence (1991) pp. 5-20; J.A. Carrillo Salcedo, "Vers la réforme du système européen de protection des droits de l'homme", in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1319-1325; H. Golsong, "On the Reform of the Supervisory System of the European Convention on Human Rights", 13 *Human Rights Law Journal* (1992) pp. 265-269; K. de V. Mestdagh, "Reform of the European Convention on Human Rights in a Changing Europe", in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of H.G. Schermers* (eds. R. Lawson y M. de Blois), vol. III, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 337-360. - Para una evaluación reciente de los primeros meses de aplicación del Protocolo n. 11, cf. J.-F. Flauss (ed.), *La mise en oeuvre du Protocole n. 11: le nouveau Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 101-135; A. Drzemczewski, "Le Protocole n. 11 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme - Entrée en vigueur et première année d'application", 11 *Revue universelle des droits de l'homme* (1999) pp. 377-393.

93 Cf. texto in: "Government Legal Experts Meeting on the Question of the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights" (Cape Town, South Africa, September 1995), 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996) pp. 493-500.

94 Cf. texto in: 7 *Revue universelle des droits de l'homme* (1995) pp. 212-214; y cf. M.A. Al Midani, "Présentation de la Charte arabe des droits de l'homme", *Direitos Humanos: A Promessa do Século XXI*, Porto, ELSA, 1997, pp. 77-81.

Europea⁹⁵. Es llegado el tiempo de superar tales ambigüedades también en nuestro sistema interamericano, dado que los roles de la Comisión (como guardián de la Convención asistiendo a la Corte) y de los individuos (como verdadera parte demandante) son claramente distintos.

La evolución en el sentido de la consagración final de estos roles distintos debe darse *pari passu* con la gradual jurisdiccionalización del mecanismo de protección. No hay como negar que la protección jurisdiccional es la forma más evolucionada de salvaguardia de los derechos humanos, y la que mejor atiende a los imperativos del derecho y de la justicia. El Reglamento anterior de la Corte Interamericana (de 1991) preveía, en términos oblicuos, una tímida participación de las víctimas o sus representantes en el procedimiento ante la Corte, sobre todo en la etapa de reparaciones y cuando invitados por ésta⁹⁶.

Muy temprano, en los casos *Godínez Cruz* y *Velásquez Rodríguez* (reparaciones, 1989), relativos a Honduras, la Corte recibió escritos de los familiares y abogados de las víctimas, y tomó nota de los mismos⁹⁷. Pero el paso realmente significativo fue dado más recientemente, en el caso *El Amparo* (reparaciones, 1996), relativo a Venezuela, verdadero "divisor de aguas" en esta materia: en la audiencia pública celebrada por la Corte Interamericana el 27 de enero de 1996, uno de sus magistrados, al manifestar expresamente su entendimiento de que al menos en aquella etapa del proceso no podía haber duda de que los representantes de las víctimas eran "*la verdadera parte demandante ante la Corte*", en un determinado momento del interrogatorio pasó a dirigir preguntas a ellos, los representantes de las víctimas (y no a los delegados de la Comisión o a los agentes del Gobierno), quienes presentaron sus respuestas⁹⁸.

Poco después de esta memorable audiencia en el caso *El Amparo*, los representantes de las víctimas presentaron dos escritos a la Corte (de fechas 13.05.1996 y 29.05.1996). Paralelamente, en relación con el cumplimiento de sentencia de interpretación de sentencia previa de indemnización compensatoria en los casos anteriores *Godínez Cruz* y *Velásquez Rodríguez*, los representantes de las víctimas presentaron igualmente dos escritos a la Corte (de fechas 29.03.1996 y 02.05.1996). La Corte sólo determinó poner término al proceso de estos

95 Cf. P. Mahoney y S. Prebensen, "The European Court of Human Rights", *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R.St.J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold), Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 630.

96 Cf. Reglamento anterior de la Corte Interamericana, de 1991, artículos 44(2) y 22(2), y cf. también artículos 34(1) y 43(1) y (2).

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Godínez Cruz* y *Velásquez Rodríguez* (Indemnización Compensatoria), Sentencias de 21.07.1989.

98 Cf. la intervención del Juez A.A. Cançado Trindade, y las respuestas del Sr. Walter Márquez y de la Sra. Ligia Bolívar, como representantes de las víctimas, in: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Transcripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de La Corte el Día 27 de Enero de 1996 sobre Reparaciones - Caso El Amparo*, pp. 72-76 (mecanografiado, circulación interna).

dos casos después de constatado el cumplimiento, por parte de Honduras, de las sentencias de indemnización compensatoria y de interpretación de ésta, y después de haber tomado nota de los puntos de vista no sólo de la Comisión y del Gobierno demandado, sino también de los peticionarios y los representantes legales de las familias de las víctimas⁹⁹.

El campo estaba abierto al cambio, en este particular, de las disposiciones pertinentes del Reglamento de la Corte, sobre todo a partir de los desarrollos en el procedimiento en el caso *El Amparo*. El próximo paso, decisivo, fue dado en el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado el 16.09.1996 y vigente a partir del 01.01.1997, cuyo artículo 23 dispone que "en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma". Este paso significativo abre el camino para desarrollos subsiguientes en la misma dirección, o sea, de modo a asegurar que en el futuro previsible los individuos tengan *locus standi* en el procedimiento ante la Corte no sólo en la etapa de reparaciones sino también en la del fondo de los casos a ella enviados por la Comisión.

Son sólidos los argumentos que, a nuestro juicio, militan en favor del reconocimiento del *locus standi* de las presuntas víctimas en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión. En primer lugar, al reconocimiento de derechos, en los planos tanto nacional como internacional, corresponde la capacidad procesal de vindicarlos o ejercerlos. La protección de derechos debe ser dotada del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas (o sus representantes legales), que contribuye para mejor instruir el proceso, y sin el cual estará este último desprovisto en parte del elemento del contradictorio (esencial en búsqueda de la verdad y la justicia), además de irremediablemente mitigado y en flagrante desequilibrio procesal.

Es de la propia esencia del contencioso internacional de derechos humanos el contradictorio entre las víctimas de violaciones y los Estados demandados. Dicho *locus standi* es la consecuencia lógica, en el plano procesal, de un sistema de protección que consagra derechos individuales en el plano internacional, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de vindicarlos. Además, el derecho de libre expresión de las presuntas víctimas es elemento integrante del propio debido proceso legal, en los planos tanto nacional como internacional.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la justicia internacional debe hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*), en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual estará el mecanismo en cuestión irremediablemente mitigado. En tercer lugar, en casos de comprobadas violaciones de derechos humanos, son las propias víctimas - la verdadera parte demandante ante la Corte - quienes reciben las reparaciones e indemnizaciones. Bajo la Convención Americana, los individuos marcan presencia tanto

⁹⁹ Cf. las dos resoluciones de la Corte, de 10.09.1996, sobre los casos *Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*, respectivamente, in: Corte I.D.H., *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996*, pp. 207-213.

en el *inicio* del proceso, al ejercer el derecho de petición en razón de los daños alegados, como al *final* del mismo, como beneficiarios de las reparaciones, en casos de violaciones comprobadas de sus derechos; no hace sentido negarles presencia *durante* el proceso.

A estas consideraciones de principio se agregan otras, de orden práctico, igualmente en favor de la representación directa de las víctimas ante la Corte, en casos ya a ella sometidos por la Comisión. El avance en este sentido conviene no sólo a las supuestas víctimas, sino a todos: a los Estados demandados, en la medida en que contribuye a la *jurisdiccionalización* del mecanismo de protección; a la Corte, para tener mejor instruido el proceso; y a la Comisión, para poner fin a la ambigüedad de su rol¹⁰⁰, ateniéndose a su función propia de guardián de la aplicación correcta y justa de la Convención (y no más con la función adicional de "intermediario" entre los individuos y la Corte). Los avances en esta dirección, en la actual etapa de evolución del sistema interamericano de protección, son responsabilidad *conjunta* de la Corte y la Comisión. La jurisdiccionalización del mecanismo de protección se impone a partir del reconocimiento de los roles esencialmente distintos de los individuos peticionarios - la verdadera parte demandante - y de la Comisión (órgano de supervisión de la Convención que presta asistencia a la Corte).

Para alcanzar este grado de perfeccionamiento procesal, debemos contar con el necesario e imprescindible convencimiento pleno por parte de los Estados que integran el sistema interamericano de protección de que el *locus standi in iudicio* de los individuos ante la Corte es una medida benéfica no sólo para los peticionarios sino también para ellos propios (los Estados que vengan a ser demandados), así como para el mecanismo de protección como un todo. Ésto en razón de la jurisdiccionalización, garantía adicional de la prevalencia del *rule of law* en todo el contencioso de los derechos humanos bajo la Convención Americana.

Los avances en este sentido, ya consolidados en el sistema europeo de protección, se han de lograr en nuestra región mediante criterios y reglas previa y claramente definidos, con las necesarias adaptaciones a las realidades de la operación de nuestro sistema interamericano de protección¹⁰¹. Esto requeriría, v.g., la previsión de asistencia jurídica *ex officio* por parte de la Comisión, siempre y cuando los individuos demandantes no estén en condiciones de contar con los servicios profesionales de un representante legal.

100 En los casos contenciosos, mientras que en la etapa anterior ante la Comisión las partes son los individuos reclamantes y los gobiernos demandados, ante la Corte comparecen la Comisión y los gobiernos demandados. Se ve, así, la Comisión en el rol ambiguo de a un tiempo defender los intereses de las supuestas víctimas y defender igualmente los "intereses públicos" como un *Ministère public* del sistema interamericano de protección. Cabe evitar esta ambigüedad.

101 En los círculos jurídicos especializados de la región se plantean todavía inquietudes de orden práctico, como, v.g., la posibilidad de divergencias entre los argumentos de los representantes de las víctimas y de los delegados de la Comisión en el procedimiento ante la Corte, y la falta de conocimiento especializado de los abogados en nuestro continente para asumir el rol y la responsabilidad de representantes legales de las víctimas directamente ante la Corte. Lo que sí, nos parece importante, para la operación futura del mecanismo de la Convención Americana, es que tanto la Comisión como los representantes de las

Solamente mediante el *locus standi in iudicio* de las supuestas víctimas ante los tribunales internacionales de derechos humanos se logrará la consolidación de la personalidad y plena capacidad jurídicas internacionales de la persona humana (en los sistemas regionales de protección), para hacer valer sus derechos, cuando las instancias nacionales se mostraren incapaces de asegurar la realización de la justicia. El perfeccionamiento del mecanismo de nuestro sistema regional de protección debe ser objeto de consideraciones de orden esencialmente jurídico-humanitario, inclusive como garantía adicional para las partes en casos contenciosos de derechos humanos. Como señalamos ya hace más de una década, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir a rescatar la posición del ser humano en el derecho de gentes (*droit des gens*), y a sostener el reconocimiento y la cristalización de su personalidad y capacidad jurídicas internacionales¹⁰².

El necesario reconocimiento del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas (o sus representantes legales) ante la Corte Interamericana constituye un avance de los más importantes, pero no necesariamente la etapa final del perfeccionamiento del sistema interamericano, por lo menos tal como concebimos dicho perfeccionamiento. A partir de dicho *locus standi*, la evolución apunta hacia el reconocimiento futuro del derecho de *acceso directo* de los individuos a la Corte (*jus standi*), para traer un caso concreto directamente ante ella. Será este el punto culminante, también en nuestro sistema interamericano, de un gran movimiento de dimensión universal a lograr el rescate del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dotado de plena capacidad jurídica internacional.

En el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud el día en que pueda ser ejercido por los peticionarios ya no más ante la Comisión Interamericana, pero sí directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La vía *jurisdiccional* constituye la más perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos. El sistema europeo de protección esperó casi medio

víctimas manifiesten sus opiniones, sean ellas coincidentes o divergentes. La Comisión debe estar preparada para expresar siempre su opinión ante la Corte, aunque sea discordante de la de los representantes de las víctimas. La Corte debe estar preparada para recibir y evaluar los argumentos de los delegados de la Comisión y de los representantes de las víctimas, aunque sean divergentes. Todo esto ayudaría a la Corte a mejor formular su propio juicio y formar su convicción. Para gradualmente superar la otra inquietud, relativa a la falta de *expertise* de los abogados de los países de nuestro continente en el contencioso internacional de los derechos humanos, se pueden preparar guías para orientación a los que participan en las audiencias públicas, divulgadas con la debida anticipación. *Ignorantia juris non curat*; como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es dotado de especificidad propia, y de creciente complejidad, este problema sólo será superado gradualmente, en la medida en que se dé una más amplia difusión a los procedimientos, y en que los abogados tengan más oportunidades de familiarizarse con los mecanismos de protección. Lo que no nos parece razonable es obstaculizar toda la evolución corriente hacia la representación directa de las víctimas en todo el procedimiento ante la Corte Interamericana, con base en una dificultad que nos parece perfectamente remediable.

102 A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights...", *op. cit. supra* n. (6), pp. 410-412.

siglo¹⁰³ para dar expresión concreta a esta realidad. Su perfeccionamiento institucional, con la entrada en vigor del Protocolo n. 11 a la Convención Europea, refleja, en última instancia, el reconocimiento inequívoco de que los derechos humanos deben ser protegidos en el plano internacional por un órgano judicial permanente, con jurisdicción compulsoria en materia contenciosa, al cual los individuos tengan el derecho de acceso directo independientemente de la aceptación de una cláusula facultativa por sus respectivos Estados¹⁰⁴. Al proceder en esta línea de razonamiento, los responsables por la operación del sistema europeo de protección lograron en fin superar las hesitaciones proyectadas en el mecanismo original de la Convención Europea¹⁰⁵, emanadas de dogmas y temores propios de una etapa histórica ya superada¹⁰⁶.

Trátase, pues, de buscar asegurar, ya no sólo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no apenas en la de reparaciones¹⁰⁷), sino más bien el derecho de *acceso directo* de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana. Para ésto, prescindirían los individuos de la Comisión Interamericana, la cual, sin embargo, retendría funciones otras que la contenciosa¹⁰⁸, prerrogativa de la futura Corte Interamericana permanente¹⁰⁹.

Sería, pues, una estructura institucional distinta de la del sistema europeo de protección, atenta a la realidad de las necesidades de protección de nuestro continente. Pero tendría en común con aquél, el propósito de superar duplicaciones, retardos y desequilibrios procesales, inherentes

103 Desde la adopción en 1950 y entrada en vigor en 1953 de la Convención Europea de Derechos Humanos hasta la inminente entrada en vigor de su mencionado Protocolo n. 11, el 01.11.1998.

104 A estos elementos se suman la agilización y perfeccionamiento del procedimiento, y el estímulo al desarrollo de una jurisprudencia homogénea y claramente consistente. Cf. Council of Europe, *Protocol n. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Explanatory Report*, Strasbourg, C.E., 1994, pp. 3-52, esp. pp. 25-28, 30, 35 y 43; y, para un estudio particularmente detallado del Protocolo n. 11, cf. A. Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n. 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997)-II, pp. 121-244.

105 Que sirvió de modelo al de la Convención Americana.

106 Cf., en ese sentido, Rolv Ryssdall, "The Coming of Age of the European Convention on Human Rights", 1 *European Human Rights Law Review* (1996) pp. 18-29.

107 Como ocurre bajo el actual Reglamento de la Corte, artículo 23. Cf. relato in H. Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos - Aspectos Institucionales y Procesales*, 2a. ed., San José de Costa Rica, IIDH, 1999, pp. 359-360.

108 A ejemplo de la realización de misiones de observación *in loco* y la elaboración de informes.

109 Ampliada, funcionando en cámaras, y con recursos humanos y materiales considerablemente mayores.

al actual mecanismo de protección bajo la Convención Americana¹¹⁰, los cuales reclaman su perfeccionamiento. Más que todo, este salto cualitativo atendería, en nuestro modo de ver, a un imperativo de justicia. El *jus standi* - no más apenas *locus standi in judicio*, - irrestricto, de los individuos, ante la propia Corte Interamericana, representa, - como hemos señalado en casos ante la Corte¹¹¹, - la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos.

Si deseamos realmente actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *jus standi* - en un Protocolo a la Convención Americana - que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fue legada por el artículo 44 de la Convención, no necesitamos esperar medio siglo para dar expresión concreta al referido *jus standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional la que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, tendrá alcanzado con eso su madurez.

IV. LA INTANGIBILIDAD DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Una vez examinada la cláusula pétrea de la protección internacional de los derechos humanos atinente a acceso de los individuos (derecho de petición) a la justicia a nivel internacional, pasemos a la consideración de la otra cláusula pétrea, a saber, la de la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales - Cortes Europea e Interamericana - de derechos humanos, la cual no admite limitaciones otras que las expresamente contenidas en las disposiciones pertinentes de los respectivos tratados de protección (artículo 46 de la Convención Europea [texto original] y artículo 62 de la Convención Americana). En efecto, la materia ha sido objeto de examen, recientemente, por parte de las Cortes tanto Europea como Interamericana de Derechos Humanos.

En lo que concierne a esta última, en sus Sentencias sobre Competencia del 24 de septiembre de 1999 en los casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional*, relativos al Estado

110 Así como al mecanismo original de la Convención Europea, que le sirvió de modelo.

111 Cf., en ese sentido, los Votos Razonados del Juez A.A. Cançado Trindade en los casos *Castillo Páez* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 30.01.1996), párrs. 14-17, y *Loayza Tamayo* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 31.01.1996), párrs. 14-17, respectivamente, reproducidos in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1996*, pp. 56-57 y 72-73, respectivamente; y cf. también el Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (de 01.10.1999), párr. 30, reproducido in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1999*, pp. 607-608.

peruano, la Corte Interamericana declaró *inadmisibile* el pretendido "retiro" unilateral por el Estado demandado de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, con "efecto inmediato"¹¹². La decisión de la Corte, que encuentra sólido respaldo en la jurisprudencia y la doctrina internacionales, salvaguardó la integridad del propio mecanismo de protección de la Convención Americana como un todo. Dada la importancia del asunto, pasemos a un estudio más profundizado de sus distintos aspectos, ateniéndonos específicamente a lo ya resuelto de modo definitivo por la Corte.

1. CUESTIÓN PREVIA: LA *COMPÉTENCE DE LA COMPÉTENCE* DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El primer aspecto reside en una cuestión previa, que no puede pasar aquí desapercibida, a saber, la de la competencia inherente de todo tribunal internacional de resolver todo y cualquier punto relativa a su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz Kompetenz*). En efecto, los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria presuponen la admisión, por los Estados que los presentan, del derecho del tribunal internacional en cuestión de resolver cualquier controversia relativa a su propia jurisdicción. Es este un principio básico de derecho procesal internacional¹¹³.

Esta competencia inherente de todo tribunal internacional atiende a un imperativo de seguridad jurídica: la determinación del alcance de su propia jurisdicción simplemente no puede estar en las manos de los Estados Partes. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado su competencia para decidir sobre el sentido y alcance de las propias declaraciones unilaterales de los Estados, en sus sentencias en los casos de los *Ensayos Nucleares* (Australia y Nueva Zelanda versus Francia, 1974)¹¹⁴, y, posteriormente, en el caso de *la Controversia Fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali* (1986)¹¹⁵.

112 El Estado demandado alegó, en pretensión sin precedentes, - presentando graves implicaciones para el presente y futuro de la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana, - que, como el instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte era un acto unilateral, podría "retirarlo", por otro acto unilateral (no equiparable a una denuncia parcial de la Convención) a cualquier momento, en el ejercicio de su soberanía, y de modo a generar "efectos inmediatos".

113 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 15, de 14.11.1997, sobre los *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1997), Serie A, n. 15, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que otros tribunales internacionales, tiene siempre la *compétence de la compétence/Kompetenz Kompetenz* (párrs. 7 y 37).

114 International Court of Justice (ICJ), *Nuclear Tests* case (Australia versus France), Judgment of 20.12.1974, *ICJ Reports* (1974) p. 269, párr. 48; ICJ, *Nuclear Tests* case (New Zealand versus France), Judgment of 20.12.1974, *ICJ Reports* (1974) p. 474, párr. 50.

115 ICJ, *Frontier Dispute* case (Burkina Faso versus Republic of Mali), Judgment of 22.12.1986, *ICJ Reports* (1986) pp. 573-574, párr. 39. - Para un estudio general de la materia, cf. I.F.I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction - Compétence de la Compétence*, The Hague, M. Nijhoff, 1965, pp. 1-304.

Como tuvimos ocasión de señalar en otra ocasión, " (...) la Corte es, en cualesquiera circunstancias, *maestra de su jurisdicción*; la Corte, como todo órgano poseedor de competencias jurisdiccionales, tiene el *poder inherente* de determinar el alcance de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz / compétence de la compétence*) (...), - sea en materia consultiva, sea en materia contenciosa, sea en relación con medidas provisionales de protección. No puede la Corte abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que le impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones bajo los artículos 62(3) y 64 de la Convención. Su jurisdicción no puede estar a merced de hechos otros que sus propias actuaciones. Es inicialmente como guardián y maestra de su propia jurisdicción (*jurisdictio, jus dicere*, la potestad de declarar el Derecho) que a la Corte, como órgano supremo de supervisión de la Convención Americana, está reservado el rol de establecer las bases jurídicas para la construcción de un *ordre public* interamericano de observancia y salvaguardia de los derechos humanos"¹¹⁶.

También en caso de interposición del así-llamado "retiro" unilateral del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la última palabra al respecto cabe a la Corte misma, y no al Estado demandado, pues pretender lo contrario llevaría a la subversión del orden jurídico internacional y a la destrucción de toda seguridad jurídica en el contencioso internacional. Esto acarrearía consecuencias aún más desastrosas en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, privando a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado en cuestión de la instancia internacional de salvaguardia de sus derechos.

Una reserva u objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de resguardarse la última palabra en relación con cualquier aspecto de la competencia de la Corte es, además de inocuo, inválido, pues en cualesquiera circunstancias la Corte, como ya señalado, detiene la *compétence de la compétence*. La Corte, como siempre hemos sostenido, es *maestra de su jurisdicción*. Es lo que se desprende tanto de la Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Loizidou versus Turquía* (1995 - cf. *infra*), así como de las ya mencionadas Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional* (1999)¹¹⁷: la posición convergente de ambos tribunales internacionales de derechos humanos ha sido en el sentido de descartar una analogía con la práctica permisiva de los Estados bajo la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (artículo 36(2) del Estatuto de esta última). Pasemos, en seguida, al examen de este punto específico.

116 Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección (de 25.05.1999), caso *James et alii versus Trinidad y Tobago*, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 7-8.

117 En estos últimos, el Estado demandado intentó justificar el "retiro" unilateral de su instrumento de aceptación - de 20.10.1980, depositado en la Secretaría-General de la Organización de los Estados Americanos el 21.01.1981 (originalmente sin restricción temporal) - de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, mediante una analogía con la práctica estatal permisiva bajo la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (artículo 36(2) del Estatuto de esta última).

2. BASE DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL: INADECUACIÓN DE LA ANALOGÍA ENTRE EL CONTENCIOSO INTERESTATAL CLÁSICO Y EL CONTENCIOSO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cabe inicialmente recordar que los orígenes de la disposición del artículo 36(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), - que es esencialmente la misma que la disposición correspondiente del Estatuto de su predecesora, la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), - se encuentran en los *travaux préparatoires* del Estatuto original de la CPJI. Fue este redactado en 1920 por un Comité Consultivo de Jurisconsultos (de diez miembros)¹¹⁸, para este fin designado por el Consejo de la Liga o Sociedad de las Naciones. El Comité se reunió en La Haya, en los meses de junio y julio de 1920.

En aquel entonces había los que favorecían el reconocimiento puro y simple de la jurisdicción obligatoria de la futura CPJI, pero los Estados más poderosos se oponían a esto, alegando que tenían que gradualmente ganar confianza en el tribunal internacional a ser creado, antes de atribuirle jurisdicción obligatoria *tout court*. Para superar el impasse en el seno del referido Comité de Jurisconsultos, uno de sus miembros, el jurista brasileño Raul Fernandes, propuso la fórmula ingeniosa que se transformó en el artículo 36(2) del Estatuto - la misma del actual Estatuto de la CIJ, - que vino a ser conocida como la "cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria"¹¹⁹. El Estatuto, aprobado en 13.12.1920, entró en vigor en 01.09.1921¹²⁰.

En aquella época, la decisión tomada constituyó el paso inicial que, durante el período de 1921-1940, contribuyó a atraer la aceptación de la jurisdicción obligatoria - bajo la cláusula facultativa - de la CPJI de un total de 45 Estados¹²¹. En su libro de memorias publicado en 1967, Raul Fernandes reveló que el Comité de Jurisconsultos de 1920 se vio ante el desafío de establecer la base de la jurisdicción de la CPJI (a partir del consentimiento mutuo entre los Estados) y, al mismo tiempo, resguardar y reafirmar el principio de la igualdad jurídica de los

118 A saber: Srs. Adatci (Japón), Altamira (España), Fernandes (Brasil), Barón Descamps (Bélgica), Hagerup (Noruega), De La Pradelle (Francia), Loder (Holanda), Lord Phillimore (Gran Bretaña), Ricci Busatti (Italia) y Elihu Root (Estados Unidos).

119 Cf. R.P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, New Delhi/Bombay, Asia Publ. House, 1961, pp. 19 y 34-36.

120 Para un relato, cf., *inter alia*, J.C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales - Traité pratique*, Paris, Pédone, 1937, pp. 22-23; L. Gross, "Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause: History and Practice", *The International Court of Justice at a Crossroads* (ed. L.F. Damrosch), Dobbs Ferry N.Y., ASIL/Transnational Publs., 1987, pp. 20-21.

121 Cf. el relato de un Juez de la antigua CPJI, M.O. Hudson, *International Tribunals - Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, pp. 76-78. - Aquel total de 45 Estados representaba, en realidad, una proporción alta, en la época, considerándose que, al final de los años treinta, 52 Estados eran miembros de la Liga o Sociedad de las Naciones (de la cual no formaba parte la antigua CPJI, distintamente de la CIJ, que es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, y cuyo Estatuto forma un todo orgánico con la propia Carta de Naciones Unidas).

Estados¹²². Este principio era firmemente defendido por los Estados latinoamericanos, y, al tenerlo presente, la fórmula de Raul Fernandes, trasladada al Estatuto de la CPJI, fue aclamada como una contribución latinoamericana al establecimiento de la jurisdicción internacional¹²³. Dicha fórmula sirvió su propósito en las dos décadas siguientes. Obsérvese que todo se pasaba en el plano de las relaciones puramente interestatales.

En la Conferencia de San Francisco de 1945, se contempló la posibilidad de dar un paso adelante, con una eventual aceptación automática de la jurisdicción obligatoria de la nueva CIJ; sin embargo, las grandes potencias - en particular los Estados Unidos y la Unión Soviética - se opusieron a esta evolución, sosteniendo la retención, en el Estatuto de la nueva CIJ, de la misma "cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria" del Estatuto de 1920 de la predecesora CPJI. El relator de la Comisión de Juristas encargada de estudiar la materia en la Conferencia de San Francisco de 1945, el jurista francés Jules Basdevant, señaló que, a pesar de que la mayoría de los miembros de la Comisión favorecía la aceptación automática de la jurisdicción obligatoria, no había voluntad política en la Conferencia (y tampoco en las propuestas de Dumbarton Oaks) para dar este paso adelante¹²⁴.

Consecuentemente, se mantuvo en el actual Estatuto de la CIJ la misma formulación de 1920, la cual correspondía a una concepción del derecho internacional del inicio del siglo. Por la intransigencia de los Estados más poderosos, se perdió una oportunidad única de superar la falta de automatismo de la jurisdicción internacional y de fomentar un mayor desarrollo de la jurisdicción obligatoria del tribunal internacional. Como la insensatez humana parece no tener límites, el capítulo del derecho internacional atinente a la solución pacífica de las controversias internacionales continuó padeciendo de la vieja ambivalencia - verdadera *vexata quaestio* - que siempre lo caracterizó, inclusive en nuestros días, a saber, la tensión ineluctable entre el deber general de solución pacífica y la libre elección por los Estados de los métodos de solución de la controversia.

122 Raul Fernandes, *Nonagésimo Aniversário - Conferências e Trabalhos Esparsos*, vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1967, pp. 174-175.

123 J.-M. Yepes, "La contribution de l'Amérique Latine au développement du Droit international public et privé", 32 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1930) p. 712; F.-J. Urrutia, "La Codification du Droit International en Amérique", 22 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1928) pp. 148-149; y cf. M. Bourquin, "Règles générales du droit de la paix", 35 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1931) pp. 195-196.

124 Cf. el relato de R.P. Anand, *op. cit. supra* n. (119), pp. 38-46; y cf. también, al respecto, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 32-36; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1995 (reprint), pp. 715-716; O.J. Lissitzyn, *The International Court of Justice*, N.Y., Carnegie Endowment for International Peace, 1951, pp. 61-64.

La fórmula de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (de la CIJ) que hoy existe, nada más es que un esquema de los años veinte, estratificado en el tiempo¹²⁵, y que, a rigor, no más corresponde a las necesidades del contencioso internacional ni siquiera puramente interestatal¹²⁶. Tanto es así que, hoy día, de los 185 Estados miembros de Naciones Unidas, no más que 60 Estados se someten a la jurisdicción obligatoria de la CIJ por aceptación de la cláusula facultativa del artículo 36(2) de su Estatuto¹²⁷, - o sea, menos de un tercio de la comunidad internacional de nuestros días. Y, varios de los Estados que la han utilizado, han hecho mal uso de la misma, introduciendo restricciones que militan en contra de su eficacia; en realidad, casi dos tercios de las declaraciones de aceptación de la mencionada cláusula han venido acompañadas de limitaciones y restricciones que las han tornado "prácticamente sin sentido"¹²⁸.

Se puede, pues, cuestionar seriamente si la cláusula facultativa sigue sirviendo el mismo propósito que la inspiró en la época de la CPJI¹²⁹. El índice de su aceptación en la era de la CIJ es proporcionalmente inferior al de la época de su predecesora, la CPJI. Además, a lo largo de los años, la posibilidad abierta por la cláusula facultativa de aceptación de la jurisdicción del tribunal internacional pasó, en efecto, a ser objeto de excesos por parte de algunos Estados, que sólo aceptaban la jurisdicción obligatoria de la CIJ en sus propios términos, con todo tipo de reservas. Algunos daban la impresión que suscribían así la citada cláusula facultativa para poder accionar otros Estados ante la CIJ, intentando, sin embargo, evitar que fuesen ellos propios

125 Para expresiones de pesimismo en cuanto a la práctica de los Estados bajo aquella cláusula facultativa, al final de la década de setenta, cf. J.G. Merrills, "The Optional Clause Today", 50 *British Year Book of International Law* (1979) pp. 90-91, 108, 113 y 116.

126 En un artículo reciente, un ex-Presidente de la CIJ, después de señalar que "hoy día una parte bien considerable del derecho internacional afecta directamente los individuos, corporaciones y entidades legales otras que los Estados", y de recordar que, sin embargo, el Estatuto de la CIJ todavía sostiene - según una concepción del derecho internacional propia de los años veinte - que sólo los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte (artículo 34(1)), admitió y lamentó que este descompás haya marginalizado la Corte de La Haya del gran *corpus* del derecho internacional contemporáneo. R.Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", 89 *American Journal of International Law* (1995) p. 504.

127 International Court of Justice, *Yearbook 1996-1997*, vol. 51, The Hague, ICJ, 1997, p. 84, y cf. pp. 84-125.

128 G. Weissberg, "The Role of the International Court of Justice in the United Nations System: The First Quarter Century", *The Future of the International Court of Justice* (ed. L. Gross), vol. I, Dobbs Ferry N.Y., Oceana Publs., 1976, p. 163; y, sobre el sentimiento de frustración generado por ésto, cf. *ibíd.*, pp. 186-190. Cf. también *Report on the Connally Amendment - Views of Law School Deans, Law School Professors, International Law Professors* (compiled under the auspices of the Committee for Effective Use of the International Court by Repealing the Self-Judging Reservation), New York, [1961], pp. 1-154.

129 Cf. datos estadísticos in G. Weissberg, *op. cit. supra* n. (128), pp. 160-161; hay, sin embargo, que recordar las *clauses compromissoires* atinentes a la competencia contenciosa de la CIJ, las cuales, en mediados de los años setenta, figuraban en cerca de 180 tratados y convenciones (más de dos tercios de los cuales de carácter bilateral, y envolviendo más de 50 Estados - *ibíd.*, p. 164).

accionados por otros Estados¹³⁰. Así, en nada sorprende que, ya en mediados de los años cincuenta, se pasó a hablar de una decadencia de la cláusula facultativa¹³¹.

Estos excesos ocurrieron precisamente porque, al elaborar el Estatuto de la nueva CIJ, se dejó de acompañar la evolución de la comunidad internacional. Se abandonó la propia base de la jurisdicción obligatoria de la CIJ a una concepción voluntarista del derecho internacional, prevaleciente en el inicio del siglo, pero desautorizada posteriormente por sus consecuencias nefastas para la conducción de las relaciones internacionales, - tal como lo advierte con vehemencia la mejor doctrina jurídica internacional contemporánea.

No deja de ser sorprendente que, para intentar justificar su pretendido "retiro" unilateral de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado demandado en los recientes casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional* (1999) hubiera intentado buscar amparo en una analogía indebida con la práctica estatal bajo la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 36(2)) del Estatuto de la CIJ. No nos resta duda alguna de que la práctica distorsionada e incongruente desencadenada bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ no sirve, en definitiva, como ejemplo o modelo a ser seguido por los Estados Partes en tratados de protección de los derechos del ser humano como las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, en lo relativo al alcance de la base jurisdiccional de actuación de los tribunales internacionales contemporáneos (Cortes Interamericana y Europea) de derechos humanos.

El derecho internacional contemporáneo ha gradualmente evolucionado, poniendo límites a las manifestaciones de un voluntarismo estatal que se revela propio de otra época¹³². La metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos¹³³, desarrollada a partir de las reglas de interpretación consagradas en el derecho internacional (tales como las enunciadas en los artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, de

130 J. Soubeyrol, "Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire", *5 Annuaire français de Droit international* (1959) pp. 232-257, esp. p. 233.

131 C.H.M. Waldock, "Decline of the Optional Clause", *32 British Year Book of International Law* (1955-1956) pp. 244-287. Y, sobre los orígenes de esta decadencia, cf. el Voto Disidente del Juez Guerrero en el caso de los *Préstamos Noruegos* (sentencia del 06.07.1857), *ICJ Reports* (1957) pp. 69-70.

132 Cuando todavía prevalecía hasta cierto punto esta visión, en un libro clásico publicado en 1934, Georges Scelle, cuestionándola, señalaba que la auto-atribución de competencia discrecional a los gobernantes, y el ejercicio de funciones según los criterios de los propios detentores del poder, eran características de una sociedad internacional poco evolucionada, imperfecta, y todavía casi anárquica; G. Scelle, *Précis de droit des gens - Principes et systématique*, parte II, Paris, Rec. Sirey, 1934 (reed. 1984), pp. 547-548. Y cf., anteriormente, en el mismo sentido, L. Duguit, *L'État, le Droit objectif et la loi positive*, vol. I, Paris, A. Fontemoing Ed., 1901, pp. 122-131 y 614.

133 Tal como se desprende de la amplia jurisprudencia internacional al respecto, analizada detalladamente in: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, capítulo XI, pp. 23-200.

1969 y 1986), alcanza tanto las normas sustantivas (sobre los derechos protegidos) como las cláusulas que rigen los mecanismos de protección internacional.

Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos - los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy día en operación - tienen el deber convencional de preservar la integridad de los respectivos sistemas regionales de protección como un todo. Sería inadmisibles subordinar la operación de sus mecanismos a restricciones súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus manifestaciones anteriores de consentimiento atinentes a las cláusulas facultativas de las respectivas Convenciones de Derechos Humanos, - lo que no sólo afectaría de inmediato su eficacia sino fatalmente impediría sus posibilidades de desarrollo futuro.

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha partido del entendimiento de que los tratados de derechos humanos, que se inspiran en valores comunes superiores (consustanciados en la protección del ser humano) y son dotados de mecanismos propios de supervisión que se aplican en conformidad con la noción de garantía colectiva, y que consagran obligaciones de cuño esencialmente objetivo, tienen carácter especial, que los diferencian de los demás tratados¹³⁴, que reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son por estos propios aplicados, - con todas las consecuencias jurídicas que de ahí advienen en los planos de los ordenamientos jurídicos internacional e interno.

El derecho internacional y el derecho interno aquí se muestran efectivamente en constante interacción, debiendo formar un todo armónico, en la realización del propósito convergente y común de asegurar y fortalecer la salvaguardia de los derechos del ser humano. El cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, llamados que son a aplicar las normas internacionales de protección. Con esta interacción, es el propio Derecho que se enriquece - y se justifica, - en la medida en que cumple su misión última de hacer justicia.

En el presente dominio de protección, las consideraciones superiores de *ordre public* internacional, el carácter especial de los tratados de derechos humanos, el cuño esencialmente objetivo de las obligaciones que consagran, y la noción de garantía colectiva a ellos subyacente, ciertamente priman sobre restricciones adicionales a las manifestaciones del consentimiento individual por parte de los Estados demandados, y sobre la concepción voluntarista del orden jurídico internacional (subyacente a tales restricciones infundadas). Hay que dar primacía a la operatividad de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En virtud del principio *ut res magis valeat quam pereat*, que corresponde al llamado *effet utile* (a veces denominado principio de la efectividad), ampliamente respaldado por la jurisprudencia, los Estados Partes en los tratados de derechos humanos deben asegurar a las disposi-

134 Cf. *ibíd.*, pp. 23-200.

ciones convencionales los efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Tal principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que disponen sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, en particular las relativas al derecho de petición individual y a la aceptación de la competencia contenciosa del órgano judicial internacional de protección¹³⁵. Tales normas, esenciales a la eficacia del sistema de protección internacional, han de ser interpretadas y aplicadas de modo a tornar sus salvaguardias verdaderamente prácticas y eficaces, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva.

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de descartar decididamente cualquier analogía entre la práctica de los Estados bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ y las aceptaciones de los Estados Partes en la Convención Europea de Derechos Humanos de su competencia contenciosa bajo la cláusula facultativa del artículo 46 de la Convención Europea (anteriormente a la entrada en vigor, el 01.11.1998, del Protocolo n. 11 a la Convención Europea), en su sentencia sobre excepciones preliminares (del 23.03.1995) en el caso *Loizidou versus Turquía*. La Corte Europea advirtió que, al contrario de lo que alegaba el Estado demandado, a partir de la letra y el espíritu de la Convención Europea no se puede inferir la posibilidad de restricciones a la cláusula facultativa relativa al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Europea (artículo 46 de la Convención Europea)¹³⁶ por analogía con la práctica estatal bajo el artículo 36 del Estatuto de la CIJ; bajo la Convención Europea, se ha formado una práctica de los Estados Partes en sentido contrario (aceptando tales cláusulas sin restricciones), a la cual se agrega, además, el contexto fundamentalmente distinto en que operan los dos tribunales internacionales, siendo la CIJ "a free-standing international tribunal which has no links to a standard-setting treaty such as the Convention"¹³⁷.

La Corte de La Haya, - recordó la Corte Europea, - dirime cuestiones jurídicas en el contencioso interestatal, distintamente de las funciones de los órganos de supervisión de un "tratado normativo" (*law-making treaty*) como la Convención Europea. Por consiguiente, concluyó la Corte Europea sobre este punto específico, la "aceptación incondicional" de las cláusulas facultativas de los artículos 25 y 46 de la Convención no comporta analogía con la práctica estatal bajo el artícu-

135 Cf., en este sentido, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en el caso *Chrysostomos et alii versus Turquía* (1991), in ComEDH, *Decisions and Reports*, vol. 68, Strasbourg, C.E., [1991], pp. 216-253; y cf., anteriormente, los *obiter dicta* de la Comisión, en el mismo sentido, en sus decisiones en los *Casos Lingüísticos Belgas* (1966-1967) y en los casos *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen versus Dinamarca* (1976).

136 Y tampoco a la otra cláusula, referente al derecho de petición individual (artículo 25 de la Convención Europea).

137 European Court of Human Rights (ECtHR), *Case of Loizidou versus Turkey* (Preliminary Objections), Strasbourg, C.E., Judgment of 23.03.1995, p. 25, párr. 82, y cf. p. 22, párr. 68. Sobre la prevalencia de las obligaciones convencionales de los Estados Partes, cf. también los *obiter dicta* de la Corte en su decisión anterior, en el caso *Belilos versus Suiza* (1988).

lo 36 del Estatuto de la CIJ¹³⁸. Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuviera que buscar una analogía para resolver el problema planteado por el Estado demandado en los casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional (supra)*, esta residiría en la postura asumida por su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos, y no por la CIJ¹³⁹, en relación con el sentido y alcance de los instrumentos de reconocimiento de su competencia en materia contenciosa.

Como nos permitimos señalar hace más de una década en el curso que ministramos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, la solución internacional de casos de derechos humanos (confiada, v.g. a tribunales como las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos) no comporta analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (confiada a un tribunal como la Corte Internacional de Justicia); como se trata, como ampliamente reconocido, de contextos fundamentalmente distintos, los Estados no pueden pretender contar, en el primero, con la misma latitud de discrecionalidad con que han tradicionalmente contado en el segundo¹⁴⁰. Cualquier entendimiento en contrario transformaría los Estados Partes en los tratados de derechos humanos en árbitros finales del alcance de sus obligaciones convencionales de protección, lo que fatalmente minaría las bases de la protección internacional de los derechos humanos.

138 ECtHR, *Loizidou case*, *op. cit. supra* n. (137), p. 26, párrs. 84-85. La Corte Europea separó las restricciones - de Turquía - impugnadas, consideradas inválidas, y correctamente sostuvo la aceptación integral por parte de Turquía de las cláusulas facultativas de los artículos 25 y 46 de la Convención Europea de Derechos Humanos; cf. *ibíd.*, pp. 28-31, párrs. 95-98.

139 Lo que resulta clarísimo, por ejemplo, de la reciente decisión (de 04.12.1998) de la CIJ en el caso de la *Jurisdicción de Pesquerías (España versus Canadá)*. El Estado demandante sostuvo que una reserva a la aceptación de la competencia contenciosa de la CIJ debería ser interpretada en conformidad con el Estatuto de la CIJ, la Carta de Naciones Unidas y el derecho internacional general, de modo a no minar el sistema de la jurisdicción obligatoria de la Corte. La CIJ, sin embargo, al desestimar este argumento, mantuvo que la aceptación de la cláusula facultativa del artículo 36(2) de su Estatuto, como acto soberano del Estado, debería ser interpretada en función de la intención del Estado reservante y de manera compatible con el propósito de la reserva (ICJ, *Fisheries Jurisdiction case (Spain versus Canada)*, decisión de 04.12.1998, relatada in ICJ, *Communiqué* n. 98/41, de 04.12.1998, pp. 5-7). La CIJ, de ese modo, se curvó ante el subjetivismo voluntarista de los Estados, antitético de la propia noción de jurisdicción internacional obligatoria. Los cinco Votos Disidentes en el *cas d'espèce* bien expresaron la profunda preocupación de que, con esta actitud, que nada aporta a la seguridad jurídica entre los Estados sometidos a su competencia contenciosa, la CIJ haya puesto en riesgo el propio futuro del mecanismo de la cláusula facultativa bajo el artículo 36(2) de su Estatuto, abriendo la puerta a una eventual deserción del mismo (*ibíd.*, Votos Disidentes de los Jueces Weeramantry, Bedjaoui, Ranjeva, Vereshchetin, y Torres Bernárdez, pp. 4-12). - En más de una ocasión el énfasis indebido en el consentimiento estatal llevó la CIJ a decisiones incongruentes, como la Sentencia de 1995 de la Corte de La Haya en el caso del *Timor Oriental*; cf. críticas in, v.g., J. Dugard, "1966 and All That: the *South West African* Judgement Revisited in the *East Timor* Case", 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996) pp. 549-563; A.A. Cançado Trindade, "O Caso do Timor - Leste (1999): O Direito de Autodeterminação do Povo Timorense", 1 *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* (2000) pp. 68-75. Como bien ha señalado Rosenne, el procedimiento judicial internacional de la Corte de La Haya desafortunadamente continúa siguiendo hoy día el modelo del bilateralismo en el contencioso internacional, propio del siglo XIX; S. Rosenne, "Decolonisation in the International Court of Justice", 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996) p. 576.

140 A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights...", *op. cit. supra* n. (6), pp. 383-394 (Chapter XV: "Peaceful Settlement of International Disputes and Friendly Settlement of Human Rights Cases: Inadequacy of Analogy").

Las cláusulas facultativas de reconocimiento de la competencia contenciosa de las Cortes Europea¹⁴¹ e Interamericana de Derechos Humanos se inspiraron en el modelo de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, - una fórmula originalmente concebida hace 80 años. El peor tipo de espejismo es el anacrónico, el que busca preservar un mecanismo fosilizado en el tiempo, y una estructura institucional que corresponde a las ideas prevalecientes en una época que pertenece al pasado. A pesar del origen común, el *rationale* de la aplicación de la cláusula facultativa, por un lado en el contencioso interestatal, y por otro en el de los derechos humanos, ha sido fundamentalmente distinto.

En el primero, prevalecen las consideraciones del equilibrio contractual entre las Partes, de la reciprocidad, a la luz de la igualdad jurídica de los Estados soberanos; bajo esta óptica, se admite la posibilidad del retiro de un instrumento de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ (después de un tiempo razonable), como manifestación de la concepción voluntarista del derecho internacional (concepción, en mi entender, anacrónica, superada, propia del inicio del siglo). En el segundo, priman las consideraciones de *ordre public*, de la garantía colectiva ejercida por el conjunto de los Estados Partes, de la realización de una meta común y superior a los intereses individuales de cada Parte Contratante; no se puede, bajo esta óptica, admitir la posibilidad del retiro de un instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de las Cortes Interamericana y Europea¹⁴² de Derechos Humanos con el mismo grado de voluntarismo y discrecionalidad estatales que han prevalecido en el contencioso interestatal.

3. EL ACTO JURÍDICO UNILATERAL EN EL MARCO DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES DEL ESTADO

El punto siguiente a examinar reside en la caracterización de un acto jurídico unilateral del Estado (tal como el de la aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional de derechos humanos) en el marco de las obligaciones convencionales del Estado. En los anteriormente mencionados casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional* (1999), el Estado demandado alegó que, como había aceptado, por medio de un acto jurídico unilateral, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podría *a fortiori* "retirar" tal aceptación por medio de otro acto unilateral, en ese sentido.

141 Antes de la entrada en vigor (el 01.11.1998) del Protocolo XI a la Convención Europea de Derechos Humanos. Cf. Council of Europe/Conseil de l'Europe, *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights/Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, vol. IV, The Hague, Nijhoff, 1977, pp. 200-201 y 266-267; y vol. V, The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 58-59.

142 Lo que, de todos modos, ya no sería más posible en relación con la Corte Europea, a partir de la entrada en vigor del Protocolo n. 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos. - Otro ejemplo de jurisdicción obligatoria es el de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas; cf. H. Steiger, "Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire", *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 821-822 y 832.

El argumento revela una visión mecanicista de la materia, que deja de tomar en cuenta la complejidad de la tipología de los actos jurídicos unilaterales del Estado en el Derecho Internacional Público y de sus respectivos efectos jurídicos. En realidad, no hay como equiparar un acto jurídico unilateral efectuado en el contexto del contencioso diplomático interestatal (v.g., el reconocimiento de Estado o de gobierno, la protesta diplomática, la promesa, la renuncia, para citar algunos ejemplos) con un acto jurídico unilateral efectuado en el marco de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado (v.g., la notificación de la ratificación de un tratado o de adhesión al mismo, la notificación de la aceptación de una cláusula facultativa de un tratado disponiendo sobre la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional).

En una propuesta de clasificación de los actos jurídicos unilaterales *stricto sensu*, de 1964, deliberadamente se dejó de tomar en consideración los actos jurídicos efectuados en el ámbito del derecho de los tratados¹⁴³. Y una de las más completas monografías sobre el tema cuidó, en particular, en la misma línea de razonamiento, de distinguir los actos jurídicos unilaterales *autónomos* (emanados de un único sujeto de derecho) de los actos unilaterales previstos en el propio derecho de los tratados (v.g., la ratificación, la adhesión, las reservas, la denuncia), tomando en cuenta, como objeto de estudio, solamente los primeros¹⁴⁴.

Teniendo presente esta distinción elemental, resulta claro que los actos jurídicos unilaterales de aceptación de "cláusulas facultativas" de tratados (como la de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos) configúranse como actos facultativos de ejecución del tratado internacional en cuestión (en este último previstos), determinados y condicionados por dicho tratado¹⁴⁵ y, en particular, por la realización de su objeto y propósito. Al contrario de lo que alegó el Estado demandado en los casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional*, no hay, pues, que contraponer el acto jurídico unilateral (v.g., de "retiro" de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte) a la denuncia (total o parcial) de un tratado (como en la Convención Americana), como si fueran categorías jurídicas enteramente distintas: en realidad, la denuncia (total o parcial) es un acto jurídico unilateral en el marco del derecho de los tratados, que no se equipara con los actos jurídicos unilaterales autónomos del Estado *stricto sensu*.

Como señaló un estudio clásico sobre la materia, el hecho de ser un acto unilateral el instrumento de aceptación de la competencia contenciosa del tribunal internacional, *no* significa, pues, que pueda tal instrumento ser "retirado" del mismo modo como fue presentado por el Estado en cuestión, por otro acto unilateral, a su entera discreción y como bien entienda¹⁴⁶. El

143 G. Venturini, "La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États", 112 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1964) p. 413.

144 E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en Droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 31-35, esp. pp. 32-33.

145 Cf., en este sentido, E. Suy, *op. cit. supra* n. (144), p. 32.

146 Cf., en este sentido, C.H.M. Waldock, "Decline of the Optional Clause" ..., *op. cit. supra* n. (131), p. 263.

acto jurídico unilateral efectuado en el ámbito del derecho de los tratados, como acto facultativo de ejecución del tratado en cuestión, además, tiene repercusiones en las relaciones entre los propios Estados Partes en dicho tratado, y no puede, por lo tanto, ser equiparado en sus efectos con la primera categoría de actos jurídicos unilaterales.

En este mismo sentido se pronunció un ex-Presidente de la CIJ, el jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga: la declaración de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, aunque sea un acto unilateral, al coincidir con otras declaraciones en el mismo sentido (bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ), crea un "vínculo consensual" (*consensual bond*) que establece "relaciones contractuales" entre los Estados Partes. Así siendo, habría que evitar ciertas restricciones, como, *inter alia*, la de terminación (del consentimiento) por simple notificación - manifestación de un "método retrógrado", - las cuales, sin embargo, no pueden afectar las obligaciones convencionales (resultantes del artículo 36(1) del Estatuto de la CIJ)¹⁴⁷.

Hasta mismo los que se muestran dispuestos a aceptar la posibilidad de la inserción de restricciones (no previstas en el tratado o Convención y no incompatibles con el Estatuto del tribunal internacional) en la formulación original de la declaración de aceptación de la competencia contenciosa del tribunal internacional - tesis que no compartimos, - admiten, sin embargo, que, para deshacer tal aceptación, "aplícanse las reglas del derecho internacional que rigen la terminación de los tratados"¹⁴⁸. Una declaración de aceptación de una obligación convencional, aunque efectuada por medio de un acto unilateral, "compromete el sujeto de derecho de la misma manera que un acuerdo"¹⁴⁹. Un elemento de peso a tener siempre presente en la apreciación de los efectos de un acto jurídico unilateral del Estado en el marco de las obligaciones convencionales por éste contraídas reside en la necesidad de asegurar la estabilidad y seguridad jurídicas que deben inevitablemente acompañar el cumplimiento de tales obligaciones.

147 E. Jiménez de Aréchaga, "International Law in the Past Third of a Century", 159 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1978) pp. 154-155.

148 H.W. Briggs, "Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice", 93 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 232 y 273; agrega el autor que, en la ausencia de una restricción expresa de terminación unilateral, la referida declaración de aceptación "permanece en vigor indefinidamente" (p. 273).

149 Paul Guggenheim, *Traité de Droit international public*, vol. I, Genève, Georg, 1967, p. 279. Y cf., en general, J. Sicault, "Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en Droit international public", 83 *Revue générale de Droit international public* (1979) pp. 633-688. - Al respecto, en las circunstancias de los casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano pareció haber reconocido las importantes implicaciones de un acto jurídico unilateral de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional (como la Corte Interamericana, depositado en la Secretaría General de la OEA el 21.01.1981, sin restricción temporal), aunque no lo haya admitido expresamente en su escrito presentado al depositario de la Convención Americana: tanto es así que el Estado del Perú dio al referido acto el tratamiento propio de la procesalística de los actos del derecho convencional (*treaty-making*) al llamado instrumento de "retiro" de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, buscando inclusive su aprobación parlamentaria antes de su notificación al depositario de la Convención Americana (el Secretario General de la OEA)...

Una vez contraída una obligación convencional, aunque por medio de la aceptación de una cláusula facultativa, no puede ser esta "retirada" en cualquier momento por el Estado Parte; en la ausencia de denuncia del tratado propiamente dicho, tal obligación permanece indefinidamente en vigor, regida por las normas del derecho de los tratados. El artificio, a veces utilizado en la práctica de los Estados, de prever, en el instrumento original de aceptación de una cláusula facultativa por tiempo indeterminado, la posibilidad de "retiro" de dicha aceptación en cualquier momento, debe ser evitado, por sus manifiestas consecuencias negativas para la buena conducción del proceso internacional. Dicho subterfugio genera un desequilibrio entre las obligaciones de los Estados Partes sometidos a la jurisdicción obligatoria, además de incertidumbres acerca de las reales intenciones del Estado que hace uso de este artificio, que, en realidad, se asemeja a "una verdadera fuga ante la justicia internacional"¹⁵⁰.

Al contrario de lo que pretendió el Estado demandado en los casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional*, la doctrina jurídica contemporánea asimila el "retiro" unilateral de la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (v.g., de la CIJ) a una denuncia de dicha cláusula. Una resolución sobre la materia, adoptada por el *Institut de Droit International* en 1959 (sesión de Neuchâtel), utiliza expresamente el término "denuncia" de la cláusula facultativa¹⁵¹. También la doctrina utiliza efectivamente la expresión "denuncia parcial", inclusive cuando la cláusula objeto de denuncia es la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (v.g., de un tribunal internacional de derechos humanos)¹⁵².

La referida expresión encuéntrase igualmente presente en la jurisprudencia internacional¹⁵³. En el contexto del derecho convencional, el acto jurídico unilateral de aceptación de la jurisdicción obligatoria es el instrumento por lo cual el Estado expresó su conformidad en someterse a dicha jurisdicción; en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, resta verificar si, en caso de no desear más continuar a someterse a aquella jurisdicción, sería o no permitido al Estado Parte desvincularse de la obligación contraída mediante la denuncia de la cláusula facultativa contenida en un tratado de protección como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

150 Louis Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 74 y 76-77.

151 Cf. 48 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1959)-II, p. 360, párr. 3.

152 A ejemplo de la Corte Europea de Derechos Humanos; cf. J.-F. Flauss, "De la dénonciation partielle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à J. Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1253-1268, esp. pp. 1261-1267 (sobre "La dénonciation des clauses facultatives").

153 Cf. ICJ, *Right of Passage over Indian Territory case (Portugal versus India)*, Judgment (on Preliminary Objections) of 26.11.1957, *ICJ Reports* (1957) p. 142; y cf. ICJ, *Nottebohm case (Liechtenstein versus Guatemala)*, Judgment (on Preliminary Objection) of 18.11.1953, *ICJ Reports* (1953) p. 123.

4. INADMISIBILIDAD DE DENUNCIA PARCIAL DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Una vez descartada (*supra*) la pretensión de analogía entre la aplicación de la cláusula facultativa en el contencioso puramente interestatal (ante la CIJ) y su aplicación en el contencioso de los derechos humanos (ante las Cortes Interamericana y Europea), pasemos a examinar los dos aspectos restantes de la materia en estudio, a saber, el de la supuesta denuncia parcial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el de su pretendido "efecto inmediato". Los tribunales internacionales de derechos humanos, como ya señalado, tienen el deber de velar por la integridad de los respectivos tratados de protección, dotados de especificidad y de mecanismos de supervisión propios: en este sentido se han correctamente posicionado las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos (*supra*), y no podría ser de otra forma.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en el mismo año de la [primera] Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), contiene una disposición sobre denuncia (artículo 78), que es clara al disponer sobre la denuncia de "*esta Convención*", y no de partes o cláusulas de la misma, lo que afectaría fatalmente su integridad. Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana bajo el artículo 62 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo. A pesar de los nuevos problemas que surgen constantemente en el derecho de los tratados, debemos aquí partir del principio de la *solidaridad* que une los Estados Partes en las obligaciones convencionales por ellos contraídas, del carácter indisoluble de la propia noción de *tratado*¹⁵⁴, lo que se aplica con aún mayor fuerza en los tratados de derechos humanos.

El propósito de preservar la integridad de las obligaciones convencionales se desprende del artículo 44(1) de las dos Convenciones de Viena sobre Derechos de los Tratados (de 1969 y 1986), que parte precisamente del principio de que la denuncia o el retiro de un tratado sólo puede ser efectuado en relación con el conjunto del tratado, a menos que este disponga o las Partes acuerden diversamente. La Convención Americana nada dispone sobre denuncia parcial o retiro de la aceptación de una u otra de sus cláusulas; esto no significa, en absoluto, que tal denuncia o retiro sea permitido. Ni todo lo que no está expresamente prohibido es implícitamente permitido; dado el silencio de la Convención sobre este punto específico, aplicanse los criterios consagrados en el artículo 56(1) de las dos citadas Convenciones de Viena, a saber, la determinación de si fue la intención de las Partes permitir tal tipo de denuncia o retiro, y si se puede inferir tal tipo de denuncia o "retiro" de la naturaleza del tratado.

154 P. Reuter, "Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels", *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of S. Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 623-634; y cf. J.-F. Flauss, "De la dénonciation partielle...", *op. cit. supra* n. (152), pp. 1253-1268.

No nos consta que haya sido la intención de las Partes en la Convención Americana permitir tal tipo de denuncia o retiro¹⁵⁵; caso contrario, hubieran dispuesto al respecto, a ejemplo de la Carta Social Europea (1961), que, diferentemente de la casi totalidad de los tratados de derechos humanos, permite la denuncia parcial de disposiciones de su parte II (artículo 37(2)). Y, por lo anteriormente expuesto, resulta claro que la denuncia parcial o "retiro" de la aceptación de determinadas cláusulas de la Convención Americana no se puede en absoluto inferirse de la naturaleza de la Convención como tratado de derechos humanos¹⁵⁶.

Un examen de los debates al respecto de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1968-1969, de la cual resultó la primera Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ayuda a aclarar la cuestión. Los criterios consagrados en el artículo 56(1) de la Convención de Viena se originan en el Proyecto de Artículos preparado para la Conferencia por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (proyecto del artículo 53). En intervención en la Conferencia de Viena, el 08 de mayo de 1968, la Delegación del Perú argumentó en favor de una enmienda que presentó con el propósito de enfatizar la excepción - con base en la naturaleza de los tratados - a la facultad de denuncia o retiro, sobretodo en relación con los tratados "normativos" (*law-making*)¹⁵⁷; la Delegación del Perú pretendió con esto reducir al mínimo la facultad de denuncia o retiro, teniendo siempre presente la naturaleza del tratado.

La enmienda peruana contó con el respaldo de la Delegación de Chile, por haber dado mayor precisión a los criterios propuestos por la Comisión de Derecho Internacional al respecto; en su intervención en los debates de la Conferencia de Viena en el mismo día, la Delegación de Chile señaló que la enmienda del Perú era la que apoyaba, porque las demás, presentadas por otros Estados, al contrario de la del Perú, facilitaban, en lugar de dificultar, la denuncia o retiro unilateral¹⁵⁸. Es importante rescatar la posición defendida por Perú en la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados, y respaldada por Chile, que contribuyó a la consagración definitiva de los criterios consagrados en el artículo 56(1) de la Convención de Viena de 1969

155 Nada hay en los *travaux préparatoires* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que permita llegar a esta conclusión; cf. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos* (San José de Costa Rica, 07-22.11.1969), doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 1-524.

156 En todo caso, como señalamos en Voto Razonado en el caso *Blake versus Guatemala* (fondo, sentencia del 24.01.1998), si un Estado cumplió efectivamente con el deber general de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (estipulado, v.g., en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), "muy difícilmente podría efectuar la denuncia, en razón de controles del propio derecho interno en un Estado democrático" (párrafo 22).

157 Cf. intervención del Jefe de la Delegación del Perú (Sr. L. Alvarado), reproducida in: *United Nations Conference on the Law of Treaties - Official Records* (First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968), vol. I, doc. A/CONF.39/11, p. 337, párrs. 27-28.

158 Cf. intervención del Subjefe de la Delegación de Chile (Sr. E. Vargas), reproducida in: *United Nations Conference on the Law of Treaties - Official Records* (First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968), vol. I, doc. A/CONF.39/11, p. 341, párr. 29.

(*supra*). Transcurridas tres décadas, el Estado del Perú, al haber pretendido "retirar" unilateralmente el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa en relación con los mencionados casos *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional* (1999), asumió, así, una posición en sentido manifiestamente contrario, en este particular, a la que sostuvo en los *travaux préparatoires* de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

5. INADMISIBILIDAD DE "RETIRO" UNILATERAL CON "EFECTO INMEDIATO" DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, no hay limitaciones "implícitas" al ejercicio de los derechos consagrados; y las limitaciones constantes de los tratados de protección han de ser restrictivamente interpretadas. La cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de los tribunales internacionales de derechos humanos no hace excepción a esto: no admite limitaciones otras que las expresamente contenidas en los tratados de derechos humanos en cuestión, y, dada su capital importancia, no podría estar a merced de limitaciones en ellos no previstas e invocadas por los Estados Partes por razones o vicisitudes de orden interno¹⁵⁹.

En sus estudios clásicos sobre la base de la jurisdicción internacional, dos distinguidos *scholars*, C.W. Jenks y C.H.M. Waldock, alertaban, ya en las décadas de cincuenta y sesenta, para el grave problema que planteaba la inserción, por los Estados, de todos tipos de limitaciones y restricciones en sus instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (de la CIJ): han constituido ejemplos de tales excesos las reservas de dominio reservado (*domestic jurisdiction/compétence nationale exclusive*) de los Estados¹⁶⁰, la previsión de retiro a cualquier momento de la aceptación de la cláusula facultativa, la previsión de modificación posterior de los términos de aceptación de la cláusula, y la previsión de inserción de nuevas reservas en el futuro¹⁶¹.

A pesar de que tales limitaciones jamás han estado previstas en la formulación de la cláusula facultativa, los Estados, ante tal vacío legal, se han sentido, sin embargo, "libres" para

159 Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares), Sentencia de 04.09.1998, Serie C, n. 41, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 36 y 38.

160 Para críticas a esas reservas y un examen de su superación en la práctica de los organismos internacionales, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", *25 International and Comparative Law Quarterly* - Londres (1976) pp. 715-765, esp. pp. 744-751 (para la jurisprudencia de la CIJ al respecto).

161 C.W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, London, Stevens, 1964, p. 108, y cf. pp. 113, 118 y 760-761; C.H.M. Waldock, "Decline of the Optional Clause", *op. cit. supra* n. (131), p. 270.

insertarlas, minando contradictoriamente la propia base del sistema de jurisdicción internacional obligatoria. Ante tales excesos, aunque el instrumento de aceptación de competencia contenciosa de un tribunal internacional sea considerado un acto unilateral del Estado, establece, sin embargo, relaciones consensuales con los otros Estados Partes en el tratado, no pudiendo un Estado poner término a su instrumento de aceptación excepto en conformidad con los términos expresos de la misma, a la luz de lo dispuesto en el tratado; sería un absurdo concebir un sistema de jurisdicción internacional obligatoria que permitiera el retiro inmediato por decisión unilateral del Estado¹⁶². Como bien señaló Jenks, los instrumentos de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional "should respect the right of the Court to settle any dispute concerning its own jurisdiction in accordance with the Statute and should be undertaken for a period and on terms which ensure a reasonable measure of stability in the acceptance of the jurisdiction of the Court"¹⁶³.

En efecto, la pretensión de un Estado de efectuar un retiro unilateral con "efecto inmediato" del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional no tiene respaldo alguno en el derecho internacional: trátase de una pretensión enteramente infundada. Aunque el instrumento de aceptación prevea tal retiro, no puede pretender generar efectos de inmediato. Cabe recordar que la resolución sobre la "Competencia Obligatoria de las Instancias Judiciales y Arbitrales Internacionales", adoptada por el *Institut de Droit International* en su sesión de Neuchâtel de 1959, una década antes de la adopción de la primera Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dispuso sobre un "aviso previo de denuncia" (*préavis de dénonciation*) de la cláusula facultativa de "por lo menos 12 meses" (*au moins 12 mois*)¹⁶⁴. En la fundamentación de su resolución, el *Institut*, invocando la "necesidad de reforzar la confianza de los pueblos y los gobiernos en la justicia internacional", advirtió que los Estados, al presentar sus instrumentos de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional, "devraient le faire en des termes précis, qui respectent le droit de la Cour de juger de sa propre compétence conformément à son Statut et ne permettent pas aux États d'éluder leur soumission à la juridiction internationale"¹⁶⁵.

162 En este sentido, C.H.M. Waldock, *op. cit. supra* n. (131), pp. 263 y 285. Y cf. también J.G. Merrills, *op. cit. supra* n. (125), p. 93: "the damaging effect of instantaneously terminable declarations is now incontrovertible".

163 C.W. Jenks, *op. cit. supra* n. (161), pp. 760-761. [Traducción: "(...) deberían respetar el derecho de la Corte de resolver cualquier controversia relativa a su propia competencia de acuerdo con el Estatuto y deberían efectuarse por un periodo y en los términos que aseguren una medida razonable de estabilidad en la aceptación de la competencia de la Corte"].

164 Párrafo 3; texto *in*: 48 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1959)-II, p. 360.

165 Párrafo 2; texto *in ibíd.*, pp. 359-361, esp. p. 360. [Traducción: "(...) deberían hacerlo en términos precisos, que respeten el derecho de la Corte de decidir sobre su propia competencia en conformidad con su Estatuto, y no permitan a los Estados eludir su sometimiento a la jurisdicción internacional"].

En efecto, el artículo 56(2) de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986) estipula un plazo de anticipación de "por lo menos doce meses" para la notificación por un Estado Parte de su intención de denunciar un tratado o retirarse de él. En su Proyecto de Artículos comentado, que sirvió de base a la adopción de la Convención de Viena de 1969, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas explicó (en el comentario al proyecto del artículo 53) que era "esencial" someter tal denuncia o retiro a "un plazo razonable de aviso". Al formular la regla general del plazo de por lo menos *doce meses*, consagrada finalmente en ambas Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Comisión de Derecho Internacional consideró "deseable establecer un período más largo en lugar de más corto, a fin de dar protección adecuada a los intereses de las otras Partes en el tratado"¹⁶⁶.

Este entendimiento cuenta con reconocimiento judicial. En los casos de los *Ensayos Nucleares* (Australia y Nueva Zelandia *versus* Francia, 1974), ante la actitud recalcitrante del Estado demandado, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) señaló que, así como la regla del *pacta sunt servanda* en el derecho de los tratados se basa en la buena fe, de igual modo una obligación internacional contraída por una declaración unilateral - de aceptación de su competencia contenciosa - tiene carácter obligatorio (*binding character*); de ese modo, agregó la CIJ, "los Estados interesados pueden tomar conocimiento de las declaraciones unilaterales y depositar confianza en ellas, estando habilitados a exigir que la obligación así creada sea respetada"¹⁶⁷. La declaración de aceptación tiene el carácter de un compromiso jurídico (*legal undertaking/engagement juridique*), estando el Estado en cuestión obligado a "seguir una línea de conducta consistente con su declaración"¹⁶⁸.

Posteriormente, ante la acción que le movió Nicaragua, Estados Unidos buscó, por notificación de 1984, cambiar sustancialmente su declaración de aceptación de 1946 de la competencia obligatoria de la CIJ, invocando un "derecho soberano, inherente, extra-estatutario" de hacerlo¹⁶⁹. La CIJ, a su vez, reiteró su entendimiento en el sentido de que, a pesar de ser facultativa, la declaración de aceptación de su competencia contenciosa, que comporta distintas formulaciones, una vez efectuada, no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance como bien entienda; aunque sea un acto unilateral del Estado, tal declaración, una vez

166 *Cit. in: United Nations Conference on the Law of Treaties - Official Records* (Documents of the Conference), vol. III, doc. A/CONF.39/11/Add.2, p. 71, párr. 6.

167 ICJ, *Nuclear Tests* case (Australia *versus* France), Judgment of 20.12.1974, *ICJ Reports* (1974) p. 268, párr. 46; ICJ, *Nuclear Tests* case (New Zealand *versus* France), Judgment of 20.12.1974, *ICJ Reports* (1974) p. 473, párr. 49.

168 *Ibid.*, p. 267, párr. 43.

169 Cf. ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application - Nicaragua *versus* United States, Judgment of 26.11.1984), *ICJ Reports* (1984) pp. 415-416, párrs. 53 y 55.

efectuado, establece una serie de compromisos con los otros Estados Partes que también aceptaron la misma obligación de jurisdicción internacional obligatoria¹⁷⁰.

Y la CIJ remató, en conclusión sobre este punto, con la advertencia de que "(...) el derecho de poner fin inmediatamente a declaraciones con duración indefinida encuéntrase lejos de estar establecido. La exigencia de la buena fe parece imponer que se debería a ellas aplicar por analogía el tratamiento previsto por el derecho de los tratados, que requiere un plazo razonable para el retiro o la denuncia de tratados que no contienen disposición alguna sobre la duración de su validez"¹⁷¹. Estos pronunciamientos de la CIJ, además de conclusivamente aclaradores sobre la cuestión en examen, han sido aclamados en la doctrina como un reconocimiento de la función autónoma del principio general de la buena fe en la creación de obligaciones jurídicas¹⁷².

El hecho de que se trata de una cláusula facultativa no la priva de su importancia trascendental, y, en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, de su carácter de cláusula pétrea. Es facultativa porque el tratado internacional en cuestión así lo dispone, y el acto estatal de su aceptación es condicionado por lo que determina dicho tratado: trátase de un acto unilateral en cuanto al origen y a la forma, pero multilateral en cuanto a sus efectos jurídicos, en la medida en que, una vez efectuado, establece compromisos convencionales entre los Estados Partes para el ejercicio de la garantía colectiva subyacente al tratado internacional.

Este acto de aceptación representa una opción abierta por el propio tratado para que el Estado pueda decidir obligarse por él como un todo. Tal acto - distintamente de los actos jurídicos unilaterales *stricto sensu* - no podría materializarse fuera del marco de las obligaciones convencionales de protección. Así siendo, para que la referida aceptación sea terminada unilateralmente, aplícanse las reglas que rigen la terminación de los tratados, las cuales, como ya visto, descartan claramente dicha terminación o "retiro" con "efecto inmediato" (cf. *supra*).

Hay, además, una diferencia básica en el elemento temporal entre el inicio y el término de vigencia de la aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional. Lo que es inmediato, con el depósito del instrumento de aceptación de dicha cláusula, es el inicio de su vigencia. Pero si el *inicio* es inmediato (se da *ipso facto* con la aceptación de la referida cláusula), el *término* no puede serlo, en razón de los compromisos consensuales ya creados entre los Estados Partes por su aceptación de la cláusula.

170 *Ibid.*, p. 418, párrs. 59-60.

171 *Ibid.*, p. 420, párr. 63.

172 Paul de Visscher, "Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux", *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs/Études de Droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, The Hague, Nijhoff, 1984, pp. 463-464.

Dicha aceptación establece estos compromisos, que no pueden ser terminados con la misma inmediatez con que fueron creados, en aras de la seguridad jurídica. En este sentido se ha pronunciado la propia CIJ, en los casos del *Derecho de Paso sobre el Territorio Indiano* (Portugal *versus* India, 1957)¹⁷³, y de la *Frontera Terrestre y Marítima entre Camerún y Nigeria* (1998)¹⁷⁴.

El carácter objetivo de las obligaciones convencionales de protección también aquí tiene incidencia¹⁷⁵. En su Voto Disidente en el caso de los *Préstamos Noruegos* (1957) ante la CIJ, el jurista salvadoreño Juez J.G. Guerrero ponderó que no era posible establecer un régimen de derecho si cada Estado se reservase el poder de decidir por sí mismo lo que es el derecho; el problema a resolver era, pues, el de saber si la voluntad unilateral de un Estado podría tener prioridad sobre la voluntad colectiva expresada en un instrumento tan importante como el Estatuto de la Corte¹⁷⁶. En definitiva, ya no se puede concebir el "retiro" de la aceptación de una cláusula pétrea desde una óptica meramente contractualista, como manifestación de un *laissez-faire* propio de un pasado ya bien distante y sepultado: hay que evolucionar hacia estándares objetivos de conducta y evaluación¹⁷⁷, de modo a preservar un mínimo de seguridad jurídica en cuanto a las obligaciones de protección contraídas¹⁷⁸.

173 International Court of Justice, Case concerning the *Right of Passage over Indian Territory* (Preliminary Objections), Judgment of 26.11.1957, *ICJ Reports* (1957) p. 146.

174 International Court of Justice, Case concerning the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Preliminary Objections - Cameroon *versus* Nigeria), Judgment of 11.06.1998, relatado *in*: ICJ communiqué n. 98/23bis, de 11.06.1998, p. 4.

175 No es función de los tribunales internacionales de derechos humanos asegurar la debida aplicación por los Estados Partes de su propio derecho interno, sino más bien asegurar la correcta aplicación de los respectivos tratados de derechos humanos en el ámbito de su derecho interno, de modo a proteger todos los derechos en éstos consagrados. Cualquier entendimiento en contrario sustraería de aquellos tribunales internacionales las facultades de protección inherentes a su jurisdicción, privando indebidamente los respectivos tratados de derechos humanos de efectos en el derecho interno de los Estados Partes.

176 International Court of Justice, *Norwegian Loans* case (France *versus* Norway, Judgment of 06.07.1957), *ICJ Reports* (1957), Dissenting Opinion of Judge Guerrero, p. 69. Y cf. también la crítica, en el mismo sentido, de Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958, p. 345.

177 Cf., en este sentido, E. McWhinney, "Judicial Settlement of Disputes - Jurisdiction and Justiciability", 221 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1990) pp. 90-91.

178 En fin, hay que precaverse contra el uso de alegatos vacíos de sentido. Así, por ejemplo, en lo que concierne a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, alegar, como se hizo en dos casos recientes, que, al "retirarse" de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado en cuestión se mantendría, sin embargo, "sometido" a la competencia consultiva de la Corte, nada más es que un sofisma, por cuanto el ejercicio de dicha competencia consultiva alcanza indistintamente tanto los Estados Partes en la Convención Americana como los Estados no-Partes en la Convención que sean miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

V. EL ALCANCE DEL DEBER ESTATAL DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL EJERCICIO DE LA GARANTÍA COLECTIVA POR LOS ESTADOS PARTES

A las dos cláusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos - el derecho de petición individual y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos - se agregan dos otros elementos fundamentales: el deber estatal de cumplimiento de las sentencias de dichos tribunales, y el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en los tratados de derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, v.g., determina que "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (artículo 68(1)). Si el Estado deja de cumplir esta obligación, incurre en una nueva violación de la Convención Americana, en adición a la violación original de alguno(s) de los derechos por esta protegido(s).

Esto corresponde a un principio elemental del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, sólidamente respaldado, hace décadas, por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, no pudiendo invocar, como justificativa para su incumplimiento, disposiciones o dificultades de derecho constitucional o interno¹⁷⁹. Este principio básico, judicialmente consagrado de forma inequívoca y contundente, encuéntrase debidamente codificado precisamente en el artículo 27 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986).

Así, las supuestas o alegadas dificultades de orden interno no eximen de modo alguno los Estados Partes en tratados de derechos humanos de la responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales contraídas, inclusive la de dar cumplimiento a las decisiones del tribunal internacional de derechos humanos. En el presente dominio de protección, hay una circunstancia agravante. La Convención Americana, - así como algunos otros tratados de derechos humanos, - establece el derecho a un juicio justo por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (artículo 8). Este derecho sería ilusorio si se refiriera tan sólo a la formulación de las garantías procesales y a la conducta de las partes litigantes, sin abarcar también la implementación de las decisiones judiciales, lo que difícilmente se conformaría con la propia noción del Estado de Derecho (*rule of law/prééminence du droit*)¹⁸⁰.

179 Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), caso de las *Comunidades Greco-Búlgaras* (1930), Serie B, n. 17, p. 32; CPJI, caso de los *Nacionales Polacos de Danzig* (1931), Serie A/B, n. 44, p. 24; CPJI, caso de las *Zonas Libres* (1932), Serie A/B, n. 46, p. 167; Corte Internacional de Justicia (CIJ), caso de la *Aplicabilidad de la Obligación de Arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas* (caso de la *Misión de la OLP*), *ICJ Reports* (1988) pp. 31-32, párr. 47.

180 Cf., en este sentido, European Court of Human Rights, *Hornsby versus Greece* case, Judgment of 19.03.1997, Series A, n. 33, pp. 510-511, párr. 40.

La correcta administración de la justicia es uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho, la cual incluye la ejecución de las sentencias, y aún más cuando estas buscan asegurar la intangibilidad de las garantías del debido proceso legal (a ejemplo de muchas de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos). Como la Corte Europea de Derechos Humanos ha bien advertido en su reciente sentencia en el caso *Hornsby versus Grecia* (Fondo, 1997), la omisión o recusación de las autoridades públicas de ejecutar una sentencia constituye una *denegación del acceso a la justicia* (a niveles tanto nacional como internacional)¹⁸¹.

En resumen y conclusión sobre este punto, un Estado Parte en las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos que deja de ejecutar una sentencia de la Corte Interamericana o Europea de Derechos Humanos no hace cesar las consecuencias de la violación original - establecida por aquellas Cortes - de las Convenciones respectivas, incurriendo de ese modo en una violación adicional de estas últimas, así como en una denegación del acceso a la justicia bajo las mismas. Hay, pues, que adoptar, en el plano nacional, mecanismos de derecho interno para asegurar la fiel ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos.

En el plano internacional, hay, del mismo modo, que desarrollar la supervisión del fiel cumplimiento, por los Estados, de las sentencias de aquellos tribunales¹⁸², sobre todo la Corte Interamericana. A ese respecto, a la par de la obligación de todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos de proteger los derechos en éstos consagrados y garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, hay también la obligación de los Estados Partes *inter se* de asegurar la integridad y efectividad de la Convención: este deber general de protección (la garantía colectiva) es de interés directo de cada Estado Parte, y de todos ellos en conjunto.

VI. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto, nos permitimos exponer, en fin, nuestras conclusiones. La cristalización de la personalidad y la plena capacidad jurídicas internacionales del ser humano constituye el mayor legado de la ciencia jurídica del siglo XX. El modelo westphaliano del ordenamiento internacional muéstrase agotado y superado. Con la actual emancipación del ser

181 Cf. *ibíd.*, pp. 511-512, párrs. 41 y 45 (en violación del artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos). - Más recientemente, en su sentencia sobre reparaciones (del 01.04.1998) en el mismo caso *Hornsby versus Grecia*, la Corte Europea expresó "un sentimiento de incertidumbre y ansiedad" y "un profundo sentimiento de injusticia" generados por el incumplimiento de su sentencia; European Court of Human Rights, *Hornsby versus Greece* case (reparations), p. 8, párr. 18 (mecanografiado, todavía no publicado).

182 Para un estudio reciente, cf. E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 99-527.

humano *vis-à-vis* su propio Estado, tenemos el privilegio, en el umbral del siglo XXI, de testimoniar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que pasa a ocuparse más directamente de la realización de metas comunes superiores.

El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos. La titularidad jurídica internacional del ser humano, tal como la anteveían los llamados fundadores del derecho internacional (el derecho de *gentes*), es hoy una realidad. En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el *jus cogens*), de los derechos fundamentales inderogables, de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo).

Constituyen pilares básicos del mecanismo de la protección internacional de los derechos humanos las que disponen sobre el derecho de petición individual y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales (Cortes Interamericana y Europea) de derechos humanos. Son ellas que en realidad aseguran la referida emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son cláusulas de fundamental importancia de los tratados de derechos humanos, sin las cuales los derechos en estos consagrados se reducirían a poco más que letra muerta.

El derecho de petición individual es una *cláusula pétrea* de los tratados de derechos humanos que lo consagran, - a ejemplo del artículo 25 de la Convención Europea y del artículo 44 de la Convención Americana, - sobre la cual se erige el mecanismo jurídico de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por medio del ejercicio del derecho de petición individual a la instancia judicial internacional de protección que se da expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes al ser humano, no derivan del Estado, y tampoco pueden ser por este suprimidos.

En las audiencias públicas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en distintos casos, - sobre todo las audiencias relativas a reparaciones, - nos ha llamado particularmente la atención el señalamiento, cada vez más frecuente, por parte de las víctimas o de sus familiares, en el sentido de que, si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. Seamos realistas: sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. No nos omitiríamos ni hesitaríamos en acrecentar, - permitiéndonos la metáfora, - que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos.

Así siendo, más allá de lo que expresamente disponen los tratados de derechos humanos al respecto, tal cláusula pétrea no admite restricciones de derecho interno: la cláusula que consagra el derecho de petición individual constituye materia de *ordre public* internacional, que no podría estar a merced de limitaciones no previstas en los tratados de protección, invocadas por los Estados Partes por razones o vicisitudes de orden interno. Si de ese modo no hubiese sido originalmente concebido y consistentemente entendido el derecho de petición individual, muy poco habría avanzado la protección internacional de los derechos humanos en ese medio siglo de evolución. El derecho de petición individual constituye, como ya indicado, una conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a ser siempre decididamente resguardada por los tribunales internacionales de derechos humanos.

La cláusula relativa a la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos es otra *cláusula pétrea* de la protección internacional del ser humano. Las dos mencionadas cláusulas pétreas no admiten cualesquiera restricciones otras que las previstas en los tratados de derechos humanos. La permisividad de la inserción de limitaciones, no previstas en tales tratados, en un instrumento de aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria, - ejemplificada por la práctica estatal bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ (*supra*), - constituye una lamentable deformación histórica de la concepción original de dicha cláusula, inaceptable en el campo de la protección internacional de los derechos humanos.

Cualquier acto, por parte de un Estado demandado, que pretenda restringir el alcance de la competencia de un tribunal internacional, es, además de inócuo, jurídicamente inválido, pues sólo el tribunal en cuestión tiene el poder inherente de resolver cualquier cuestión acerca del alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz Kompetenz*). Si no fuera así, no habría cualquier seguridad jurídica en el contencioso internacional, con consecuencias nefastas sobre todo en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos. La pretensión de analogía entre el contencioso interestatal clásico y el contencioso internacional de los derechos humanos - dominios fundamentalmente distintos - es manifiestamente inadecuada, por cuanto en este último las consideraciones de orden superior (*ordre public* internacional) priman sobre el voluntarismo de los Estados. Éstos últimos no pueden pretender contar con la misma latitud de discrecionalidad que se han reservado en el contexto tradicional del contencioso puramente interestatal.

El principio de la efectividad (*ut res magis valeat quam pereat/effet utile*) abarca las normas tanto sustantivas como procesales de los tratados de derechos humanos, y el carácter objetivo de las obligaciones de protección y la noción de garantía colectiva subyacente a tales tratados tienen primacía sobre restricciones adicionales emanadas del Estado individual. En particular, la práctica estatal incongruente bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ no puede de modo alguno servir de ejemplo o modelo a la práctica de los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (en particular en relación con la jurisdicción de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos).

Hay que distinguir los actos jurídicos unilaterales *stricto sensu*, en el campo del derecho internacional general (v.g., reconocimiento, protesta, promesa, renuncia), de los actos jurídicos unilaterales enmarcados en el derecho de los tratados (ratificación, adhesión, reservas, denuncia, aceptación de cláusula facultativa). Los primeros son autosuficientes, se completan por sí mismos, son autónomos; los segundos son previstos y condicionados por las reglas del derecho de los tratados. La aceptación de una cláusula facultativa de un tratado equivale a un acto facultativo de ejecución del tratado, por medio del cual el Estado decide obligarse por el tratado como un todo.

Las reglas del derecho de los tratados no permiten que una obligación convencional, aunque contraída por un acto unilateral de aceptación de una cláusula facultativa, sea "retirado" por el Estado en cualquier momento y como bien entienda. Dicho "retiro" equivale a una denuncia de dicha cláusula, no autorizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, la cual prevé solamente la denuncia de la Convención como un todo (en los términos del artículo 78). La preocupación en preservar la integridad de los tratados encuentra respaldo tanto en la doctrina como en la normativa internacional al respecto, y asume importancia capital en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos. La pretensión de "retiro" unilateral¹⁸³ con "efecto inmediato" es manifiestamente infundada, no tiene respaldo alguno en el derecho internacional, y es condenada y rechazada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia internacionales al respecto. De otro modo, estaría irremediablemente minada la seguridad jurídica entre los Estados Partes, atentando hasta mismo contra el principio básico de la buena fe (*bona fides*) subyacente a la regla del *pacta sunt servanda*.

183 Diferentes hipótesis pueden ser contempladas. Primero, si un Estado acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por plazo *determinado* y expira el plazo, cesa la aceptación - sin que con esto haya "retiro" por parte del Estado, - hasta que tal aceptación sea renovada por el Estado. (Pero si el plazo expira y hay, en relación con el Estado en cuestión, un caso pendiente ante la Corte, la expiración del caso en nada afecta la competencia de la Corte, que sigue examinando el caso hasta su decisión final; cf., en este sentido, el caso *Nottebohm* ante la CIJ, oponiendo Liechtenstein a Guatemala, Sentencia sobre Excepción Preliminar de 18.11.1953, *ICJ Reports* (1953) pp. 121-123). Un "retiro" no sería de modo alguno posible antes que se expirara el plazo. Y la denuncia parcial - de la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte - no está contemplada en la Convención Americana. - Segundo, si un Estado acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por plazo *indeterminado* previendo la posibilidad de "retiro" (una restricción que no consta en el artículo 78 de la Convención Americana, y que los Estados ciertamente deberían evitar), para que el "retiro" genere efectos aplícase analógicamente el plazo mínimo de 12 meses previsto en los términos del artículo 78 de la Convención Americana y convalidado por el derecho de los tratados en relación con este punto específico. - Y tercero, si un Estado acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por plazo *indeterminado* sin previsión de "retiro", este no es más posible, por cuanto no cabe la interposición de cualquier restricción adicional posteriormente a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, - excepto si el Estado decide denunciar la Convención Americana como un todo, en los términos del artículo 78 de la misma (plazo mínimo de 12 meses), y aceptar la responsabilidad por las consecuencias negativas de ese retroceso en el sistema interamericano de protección y en la causa de los derechos humanos en general.

En cualquier hipótesis, la pretensión de denuncia - total o parcial - con "efecto inmediato" no tiene cualquier fundamento, ni en la Convención Americana, ni en el derecho internacional. Si se permitiera que un Estado Parte se retirara de la competencia en materia contenciosa de un tribunal internacional de derechos humanos, en el momento en que él propio determinara y según sus propios términos, tal precedente gravísimo explotaría y pulverizaría en poco tiempo las bases de la referida protección internacional construidas con tanto esfuerzo a lo largo de las cinco últimas décadas. En cualesquiera circunstancias, como anteriormente señalado, es la Corte Interamericana, y no el Estado demandado, el árbitro final del alcance de su competencia contenciosa y de las obligaciones convencionales de protección consagradas en la Convención Americana.

El derecho de petición individual internacional y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos constituyen, en nuestro entender, la más preciosa conquista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el más importante legado jurídico del siglo XX, marcado por tantos atentados contra la dignidad del ser humano. Bajo el texto original de la Convención Europea de Derechos Humanos (artículos 25 y 46), las dos cláusulas eran facultativas, y hoy día, con la vigencia del Protocolo n. 11 a la Convención Europea, son mandatorias y no admiten restricciones. Bajo el texto original de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 44 y 62) el derecho de petición individual siempre fue mandatorio, pero la cláusula de la competencia de la Corte Interamericana sigue siendo facultativa. Es llegado el tiempo de enmendar el artículo 62 de la Convención Americana, para tornar dicha cláusula también mandatoria, de conformidad con su carácter de cláusula pétrea, estableciendo así el *automatismo* de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁴.

Un Estado Parte en las citadas Convenciones regionales de derechos humanos que no ejecuta una sentencia de la Corte Interamericana o Europea, deja de hacer cesar las consecuencias de la violación original - establecida por la Corte - de la Convención en cuestión, incurriendo de ese modo en una violación adicional de la misma. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, firmemente fundamentado en el propio derecho de los tratados y ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, que ningún Estado puede alegar dificultades de orden constitucional o interno para intentar justificar el incumplimiento de sus obligaciones convencionales internacionales.

No podríamos terminar estas conclusiones sin una última línea de consideraciones, *de lege ferenda*. En el ámbito del derecho internacional general, ha llegado el tiempo de avanzar decididamente en el perfeccionamiento de la solución judicial de controversias internacionales. En los últimos 80 años, los avances en este campo podrían haber sido mucho mayores si la prác-

184 Con la necesaria enmienda, - mediante un Protocolo, - en este sentido, del artículo 62 de la Convención Americana, poniendo fin a las restricciones en él previstas y expresamente descartando la posibilidad de cualesquiera otras restricciones, y poniendo igualmente fin a la reciprocidad y al carácter facultativo de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la cual se tornaría obligatoria para todos los Estados Partes.

tica estatal no hubiera traicionado el propósito que inspiró la creación del mecanismo la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (de la CPJI y la CIJ), cual sea, la sumisión de los intereses políticos al Derecho mediante el desarrollo en la realización de la justicia a nivel internacional. Ha llegado el tiempo de superar en definitiva la lamentable falta de automatismo de la jurisdicción internacional. Con las distorsiones de su práctica en la materia, los Estados se ven hoy ante un dilema que debería ya estar superado hace mucho: o retornan a la concepción voluntarista del derecho internacional, abandonando de una vez la esperanza en la preeminencia del Derecho sobre la política de poder¹⁸⁵, o retoman y realizan el ideal de construcción de una comunidad internacional más cohesionada e institucionalizada a la luz del Derecho y la Justicia, moviendo resueltamente del *jus dispositivum* al *jus cogens*¹⁸⁶.

El mismo dilema se plantea en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. En lo tocante al sistema interamericano de protección, en particular, los Estados Partes en la Convención Americana encuéntrase hoy, en este *fin de siècle*, en un encrucijada: deben proceder a un examen de conciencia para decidir qué tipo de sistema interamericano de protección de los derechos humanos realmente pretenden tener. Si desean un "sistema" maleable, flexible, frágil, un tanto primitivo, que les permita intentar acomodar la aplicación de la Convención Americana a sus propios intereses o percepciones, y subordinarla a las vicisitudes de sus respectivos derechos internos, basta apearse a la concepción voluntarista retrógrada del derecho internacional, propia de un pasado de triste memoria.

Si, en cambio, desean un verdadero *sistema*, fortalecido, eficaz y capaz de asegurar la protección de los derechos humanos a pesar de las insuficiencias de sus respectivos derechos

185 En realidad, no se ha avanzado más en la solución judicial de controversias internacionales precisamente porque los Estados se han mostrado refractarios a ella, dispensando mayor atención a los factores políticos; Charles de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pédone, 1966, p. 204; y cf. también L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux...*, *op. cit. supra* n. (150), p. 68. - Más recientemente, un ex-Presidente de la CIJ criticó como insatisfactorio el mal uso hecho por los Estados del mecanismo de la cláusula facultativa (de la jurisdicción obligatoria de la CIJ) del Estatuto de la Corte; en sus palabras, los Estados pueden considerar que "hay alguna ventaja política en permanecer fuera de un sistema que permite a los Estados adherir más o menos en sus propios términos en un momento oportuno". R.Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", *op. cit. supra* n. (55), p. 495. Esta práctica estatal distorsionada no puede, en definitiva, servir de modelo a la operación de los tratados de derechos humanos.

186 Y teniendo siempre presente que la protección de los derechos fundamentales nos sitúa precisamente en el dominio del *jus cogens*. Al respecto, en una intervención en los debates de 12 de marzo de 1986 de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, nos permitimos advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general. Cf. U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986) - Official Records*, volume I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188 (intervención de A.A. Cançado Trindade). - Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* - Castellón (1999) pp. 155-215, esp. pp. 207-215.

internos, el camino a seguir - aunque gradualmente - es, a mi modo de ver, clarísimo: primero, la ratificación de la Convención Americana, o adhesión a la misma, por todos los Estados del hemisferio, jurídicamente iguales; segundo, la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, sin restricciones, por todos los Estados Partes en la Convención; tercero, la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana para todos los Estados Partes, sin restricciones; cuarto, la adopción de medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, de modo a asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes; y quinto, el acceso directo de los individuos, como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con plena capacidad procesal, a la jurisdicción de la Corte Interamericana, operando en base permanente y con los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados.

El imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, con la preservación de las funciones no contenciosas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tal participación puede ser asegurada mediante modificaciones (que comenzamos a introducir en septiembre de 1996) en el Reglamento de la Corte, seguidas de la cristalización del derecho de acceso directo (*jus standi*) de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana (o sea, a la justicia en el plano internacional) mediante la adopción de un Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este propósito¹⁸⁷.

Esto no es un sueño o utopía: en el sistema europeo de protección de los derechos humanos ya se tornó una realidad¹⁸⁸. El presente dominio de protección no admite retrocesos o paralización. Nos atrevemos a alimentar la confianza en que los Estados Partes en la Convención Americana darán muestras de su determinación de ejercer la *garantía colectiva* subyacente a la Convención y de fortalecer su mecanismo de protección. En este propósito, urge

187 Cf. A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnet y A.A. Cançado Trindade), La Haya/San José de Costa Rica, IIDH/Académie de Droit International de La Haye, 1996, pp. 47-95; A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (eds. J.E. Méndez y F. Cox), San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 573-603; A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* - New York (1998) n. 1, pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle - Mélanges en l'honneur de Karel Vasak*, Paris, UNESCO, 1999, pp. 521-544.

188 Con la entrada en vigor, el 01.11.1998, del Protocolo n. 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

que el antiguo ideal de la jurisdicción internacional obligatoria permanente¹⁸⁹ se realice también en el continente americano, en el presente dominio de protección, con las necesarias adaptaciones a su realidad de los derechos humanos. Perseverar en la realización de este ideal es un deber inescapable de todos los verdaderos jusinternacionalistas de nuestra región.

189 En monografía publicada en 1924, cuatro años después de la adopción del Estatuto de la antigua CPJI, N. Politis, al recordar la evolución histórica de la justicia privada a la justicia pública, advogó igualmente por la evolución, en el plano internacional, de la justicia facultativa a la justicia obligatoria; cf. N. Politis, *La justice internationale*, Paris, Libr. Hachette, 1924, pp. 7-255, esp. pp. 193-194 y 249-250.

**LA COMPETENCIA CONSULTIVA
DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

MÁXIMO PACHECO G.*

* Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MÁXIMO PACHECO G.

Sumario: I. Sobre la Competencia Consultiva 1. Marco normativo 2. Naturaleza de la Competencia Consultiva 3. Diferencia con la Competencia Contenciosa 4. Los requisitos de admisibilidad para evacuar una consulta 5. Legitimación para solicitar Opiniones Consultivas 6. Límites a la Competencia Consultiva 7. Ejercicio de la competencia consultiva 8. Rechazo de solicitud para el ejercicio de la competencia consultiva II. Sobre la materia objeto de consultas 1. Naturaleza de los Tratados sobre Derechos Humanos 2. Papel de las personas físicas en el Sistema Interamericano 3. Obligaciones internacionales de los Estados 4. Leyes contrarias a las obligaciones de los Estados 5. Derechos reconocidos en la Convención 6. Interpretación del artículo 4 de la Convención 7. Restricción de Derechos 8. Suspensión de garantías 9. Agotamiento de recursos internos 10. Los informes de la Comisión Interamericana 11. El Bien Común 12. Pronunciamiento más reciente III. Conclusión.

I. SOBRE LA COMPETENCIA CONSULTIVA

1. MARCO NORMATIVO

La competencia consultiva de la Corte se encuentra regulada en el artículo 64 de la Convención Americana, que establece

1.- Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2.- La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

En ejercicio de su competencia consultiva la Corte ha pronunciado hasta la fecha dieciséis Opiniones Consultivas.

2. NATURALEZA DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA

Con respecto al artículo que se viene de transcribir, la Corte, por unanimidad, ha sostenido que dicha norma confiere la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente¹.

Ha precisado, asimismo, que los términos de esa norma "ponen de manifiesto el importante poder de apreciación del tribunal, para valorar las circunstancias de cada especie, frente a los límites genéricos que la Convención establece para su función consultiva"², detallando que el mencionado poder de apreciación no puede "confundirse con una simple facultad discrecional para emitir o no la opinión solicitada..."³.

La Corte, en forma unánime, ha reconocido la naturaleza permisiva de la competencia consultiva y admitió, al analizar la posibilidad de emitir diferentes interpretaciones convencionales por parte de distintos tribunales internacionales, que las opiniones consultivas: "... no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención..."⁴.

En lo que respecta a su labor interpretativa, conceptualizó la Corte: "...busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA

1 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. 14.

2 OC-1/82, párr. 29.

3 OC-1/82, párr. 30. En cuanto a la distinción de procedimientos sobre la base de las normas de la Convención, ver Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 31.

4 OC-1/82, párr. 51. No obstante, hay una tendencia a considerar obligatoria las opiniones consultivas para los Estados que las solicitan.

para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia"⁵ y sintetizando estas afirmaciones, expresó: "... Se trata de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos"⁶.

También precisó el Tribunal la diferencia de procedimiento entre las opiniones tramitadas según el artículo 64.1 (interpretación de la Convención o de otros tratados) y las que lo son según el artículo 64.2 de la Convención (compatibilidad de las leyes internas), destacando el sistema de notificaciones del primero como el aspecto diferenciador más relevante, pues en el segundo procedimiento, la consulta puede evacuarse sin contar con puntos de vista externos a los del Estado solicitante⁷.

3. DIFERENCIA CON LA COMPETENCIA CONTENCIOSA

Respecto a la diferencia de la competencia contenciosa y de la consultiva, manifestó con respecto a estos últimos que: "...la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora...". Asimismo, reiteró el concepto emitido en la Opinión Consultiva OC-2 en cuanto a la distinción del efecto vinculante según se trate del ejercicio de la competencia consultiva o la contenciosa⁸.

Además, en la opinión consultiva OC-14, la Corte, por unanimidad aprovechó para aclarar la diferencia de sus competencias en los siguientes términos: "...si la Comisión (Interamericana) considera que la reforma de la Constitución peruana puede representar una violación manifiesta de las obligaciones de ese Estado frente a la Convención, puede utilizar esa circunstancia como fundamento de una solicitud de opinión que tenga ese carácter general. Lo que no puede hacer es buscar que un caso contencioso bajo su consideración sea resuelto por la Corte a través de la competencia consultiva que, por su propia naturaleza, no brinda las oportunidades de defensa que le otorga la contenciosa al Estado"⁹.

5 Corte I.D.H., *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-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No.14, párr. 23.

6 OC-14/94, párr. 23.

7 Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 17.

8 OC-3/83 párr. 32.

9 OC-14/94, párr. 28 *in fine*.

4. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

En la Opinión Consultiva OC-13, que trata ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los fines propuestos en estas enunciaciones generales, corresponde recordar algunos aspectos procesales. Opinó la Corte, por unanimidad, que: "...Los requisitos de admisibilidad tienen que ver... con la certeza jurídica tanto en el orden interno como en el internacional. Sin caer en un formulismo rígido que desvirtúe el propósito y el objeto de la Convención es necesario para los Estados y para los órganos de la Convención cumplir con las disposiciones que regulan el procedimiento, pues en ellas descansa la seguridad jurídica de las partes"¹⁰.

5. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR OPINIONES CONSULTIVAS

La Corte tuvo oportunidad, en la opinión consultiva OC-2, de interpretar el ya citado artículo 64 de la Convención, y en su momento señaló que "al conferir el derecho de solicitar opiniones consultivas, distingue entre los Estados miembros de la OEA y los órganos de ésta ...mientras los Estados miembros de la OEA tienen un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas, sus órganos sólo pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia"¹¹. Además, la Corte, por unanimidad, reconoció que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al contrario de otros órganos de la OEA: "...posee un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas dentro del marco del artículo 64.1 de la Convención"¹².

6. LÍMITES A LA COMPETENCIA CONSULTIVA

La Corte ha puntualizado algunas limitaciones al ejercicio de su competencia consultiva, estableciendo que, en primer lugar "... sólo puede conocer sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano"¹³. En segundo lugar ha establecido que: "...la inadmisión

10 Corte I.D.H., *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 41.

11 Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No.2, párr. 14.

12 OC-2/82, párr.16.

13 OC-1/82, párr. 31.

bilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos"¹⁴, y agrega, como un último grupo de limitaciones que "...la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motivada"¹⁵.

En otra oportunidad y siempre en el ámbito de los límites a la competencia que se quiere destacar, la Corte, en forma unánime, especificó su alcance y la posibilidad de rechazar un pedido de opinión consultiva en estos términos: "...El solo hecho de que un Estado miembro de la OEA presente una consulta invocando, expresa o implícitamente las disposiciones del artículo 64.1 no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla"¹⁶. Y agrega a continuación: "...Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación e interpretación de las leyes internas de un Estado miembro o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el artículo 64, la Corte carecería de competencia para emitir su opinión"¹⁷.

7. EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA

El gobierno de Chile, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención Americana, solicitó una opinión consultiva en los términos siguientes: "a) ¿Puede la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una vez que respecto de un Estado ha adoptado los dos informes a que se refieren los artículos 50 y 51 de la Convención y que en relación al último de esos informes ha notificado al Estado de que se trata de un informe definitivo, modificar sustancialmente esos informes y emitir un tercer informe? y b) En el caso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con la Convención, no está facultada para cambiar su informe definitivo, ¿cuál de los informes deberá ser considerado como el válido para el Estado?"¹⁸.

14 OC-1/82, párr. 31.

15 OC-1/82, párr. 31.

16 Corte I.D.H., *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, párr. 11.

17 OC-7/86, párr. 11.

18 Corte I.D.H., *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No.15, párr.1.

Con posterioridad el Gobierno de Chile decidió retirar la solicitud de Opinión Consultiva¹⁹.

No obstante ello la Corte determinó, con el voto en contra del Juez Máximo Pacheco continuar, en el ejercicio de su función consultiva, la tramitación de este asunto.

El Juez Pacheco consideró que la Corte debía aceptar el retiro de la solicitud de Opinión Consultiva fundada por Chile, por cuanto, "en estas circunstancias la Corte sólo debe acceder a lo solicitado, sin que le sea permitido continuar de oficio el procedimiento por cuanto ella no tiene el derecho de emitir opiniones consultivas de propia iniciativa sino que esta facultad corresponde solamente a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos o a los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 64.1 de la Convención."²⁰

Por otro lado, frente a una solicitud de opinión consultiva sobre la competencia para interpretar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Corte, por unanimidad, ha pronunciado algunos conceptos de singular relevancia que es preciso transcribir. Dijo la Corte Interamericana:

"los Estados miembros (de la OEA) han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta (de la OEA) se refiere, de manera que no se puede interpretar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración..."²¹

Estableció en el párrafo siguiente: "...Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos"²².

19 Con fecha 24 de Marzo de 1997 el Presidente de la Comisión I.D.H. recibió una comunicación del gobierno de Chile informando la decisión de retirar la solicitud de opinión consultiva invocada ante la Corte IDH, en Informe Anual de la Comisión I.D.H., 1996, págs. 260/363.

20 OC-15/97, Voto disidente del Juez Máximo Pacheco Gómez, párr. 2.

21 Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43.

22 OC-10/89, párr. 44.

8. RECHAZO DE SOLICITUD PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA

Con ocasión de una solicitud de opinión consultiva acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma a algunas normas del Código de Procedimiento Penal y del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica con el artículo 8.2.h) de la Convención Americana, la Corte, en forma unánime, consideró que el ejercicio de su función consultiva podría desvirtuar la jurisdicción contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes han formulado peticiones ante la Comisión Interamericana²³.

Por otro lado, la existencia de casos donde pueda llegar a tener vinculación con el pronunciamiento de la Corte en el ejercicio de su competencia consultiva, no ha sido el argumento determinante de su rechazo, sino al contrario, constituyó motivo de aceptación de la solicitud de opinión. En efecto, en la Opinión Consultiva OC-13 el tribunal, reconociendo que no está facultado para entrar al examen de casos que no han sido sometidos a su conocimiento por la Comisión o los Estados interesados, determinó: "el hecho de que en la solicitud... se citen casos específicos en que la Comisión (Interamericana de Derechos Humanos) ha hecho aplicación concreta de los criterios sobre los que pide respuesta, puede ser un argumento a favor de que la Corte ejerza su competencia consultiva ya que no se trata de especulaciones puramente académicas sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifique el interés de que se emita una opinión consultiva"²⁴.

En la Opinión Consultiva OC-14, la Corte Interamericana reiteró que "el propósito de su competencia consultiva no puede desviarse hacia fines distintos de la protección de los derechos y libertades salvaguardadas por la Convención"²⁵.

II. SOBRE LA MATERIA OBJETO DE CONSULTAS

1. NATURALEZA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Desde la primera de sus opiniones consultivas la Corte ha elaborado una doctrina tendiente a resaltar el objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, diferenciando estos últimos de los tratados internacionales.

23 Corte I.D.H., *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12, párr. 30.

24 OC-13/93, párr. 17.

25 OC-14/94, párr. 21.

En efecto, expresó la Corte: "...los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano."²⁶

La Corte profundizó el alcance y la diferencia entre los tratados en general y los tratados de derechos humanos. Con respecto a estos últimos sostuvo: "...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 ... 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 los otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción..."²⁷, citando a continuación la doctrina de la Comisión Europea en el caso *Austria c. Italia* acerca del carácter especial de estos tratados, así como la posición de la Corte Internacional de Justicia²⁸. La valoración de la naturaleza de los tratados sobre derechos humanos y de la Convención Americana en especial ha sido reiterada por la Corte tanto en el ejercicio de su competencia consultiva cuanto en la contenciosa.

En su momento, la Corte Internacional de Justicia había destacado la diferencia de estos tratados. En la opinión consultiva, vinculada con la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, señaló al respecto: "En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones"²⁹.

En la Opinión Consultiva OC-10 la Corte, por unanimidad, reconoció la evolución del derecho internacional, de acuerdo con posiciones de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de admitir que las Convenciones de Derechos Humanos son instrumentos vivos

26 OC-1/82, párr. 24.

27 OC-2/82, párr. 29.

28 OC-2/82, párrs. 29 y 30: "...la Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención (europea) no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa ... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa, con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de Derecho".

29 Corte Internacional de Justicia, *Réserves a la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide, avis consultatif*, CIJ, Recueil, 1951.

que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales, receptando los cambios que se producen en el contexto del objeto y fin de estos tratados³⁰.

En la dirección que se viene indicando - remarcar el objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos - la Corte, de manera unánime, precisó que la interpretación de las reservas "...hay que hacerla en forma tal que no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma son la protección de los derechos fundamentales"³¹.

2. PAPEL DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Corte ha puntualizado el problema relacionado con la ausencia de protagonismo de las personas para elevar un caso ante el tribunal al receptar el tema en su exacta dimensión: "... Dado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece..."³².

En otras latitudes, los Estados han decidido ampliar la legitimación procesal de las personas en el ámbito internacional, removiendo otro obstáculo para lograr la efectiva vigencia de los derechos y garantías³³.

30 OC-10/89, párrs. 37 y 38 y las citas a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En la misma posición, Corte Europea de Derechos Humanos, *Affaire Tyrer*, sentencia del 25 de Abril de 1978, Serie A 32. En este último caso, la Corte afirmó que "... la Convención debe leerse a la luz de las condiciones de la vida de hoy" interpretando que la asistencia jurídica gratuita debía extenderse a las causas civiles para garantizar el acceso efectivo a la jurisdicción (relacionar con el párr. 28 de la OC-11/90 de la Corte Interamericana); en el caso *Marckx* para las madres solteras y para los hijos extramatrimoniales. Se debe tener en cuenta que ello acontecía en 1979, comparar con el caso *E.F.E. s/ sucesión C.S. en LL. 1987-D-335* y con las consideraciones vertidas en la introducción en cuanto a la validez y aplicación de interpretaciones favorables a las personas, independientemente de las circunstancias que las originaron. En el ámbito interno, la Corte Suprema argentina rescató puntualmente la evolución del derecho, entre ellos, en el caso *Samuel Kot S.R.L.*, el tribunal señaló que "las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad" (Fallo, 241-300, en igual sentido Fallos 172-29 y 247-654)

31 OC-4/84, párr. 24.

32 Corte I.D.H., *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, párr. 26.

33 En este sentido ver el Protocolo N° 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.

3. OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS

La Corte Internacional de Justicia subrayó las diferencias emanadas de los tratados multilaterales de tipo tradicional y los tratados de Derechos Humanos en el campo de las obligaciones de los Estados: "... En particular debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos implicados, puede considerarse que todos los Estados tienen interés legal en su protección: son obligaciones *erga omnes*... Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo, de los actos ilegales de agresión, del genocidio, y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana"³⁴.

Al tratar el tema vinculado con la interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, sintetizó la Corte al detallar la evolución del derecho internacional de los derechos humanos: "... la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes*"³⁵. Revaloriza el Estatuto de la Comisión Interamericana aprobado por la Asamblea General de la OEA y señala que los derechos humanos a los que se refiere la Carta constitutiva de la OEA no son otros que los de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁶. Para los Estados miembros de la OEA, la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales³⁷.

El Juez Piza Escalante, entre las consideraciones vertidas en su voto disidente con respecto al alcance de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos, indica que "... En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido previsto por su orden interno". Y para sintetizar estos conceptos manifiesta: "... el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el artículo 1.1 de la Convención..."³⁸.

34 Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, arrét, CIJ, Recueil, 1970.

35 Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 38.

36 OC-10/89, párrs. 41 y 42.

37 OC-10/89, párr. 43.

38 OC-7/86, opinión separada del juez R. Piza Escalante, párr. 30. Con respecto al derecho de rectificación o respuesta reconocido por el artículo 14 de la Convención Americana, el juez emitió una mani-

La Comisión Interamericana ha recordado las consideraciones vertidas en la Opinión Consultiva precedente frente a un reclamo de inadmisibilidad de una petición *ratione temporis* "...según la cual los Estados miembros de la Organización (OEA) contraen obligaciones de respetar los derechos humanos, sólo a partir de la ratificación de la Convención". La Comisión no comparte esa posición y aclara : "...dicha premisa parecería sugerir que, antes de la ratificación de la Convención, los Estados miembros no tenían obligación internacional alguna respecto de los derechos humanos... La ratificación de la Convención por los Estados miembros, cuanto menos, complementó, aumentó o perfeccionó la protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano, pero no significó su creación *ex novo*, ni extinguió la vigencia anterior y posterior de la Declaración Americana..."³⁹.

La doctrina expuesta por la Comisión sobre las obligaciones asumidas por los Estados, es concordante con la desarrollada por el Comité de Derechos Humanos – órgano creado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-. En efecto, se ha declarado competente para examinar violaciones de derechos humanos ocurridas antes de la entrada en vigencia del Pacto que ha citado, cuando esas violaciones se prolongan o producen consecuencias que son violatorias de alguna de sus disposiciones, después de la entrada en vigencia. Se trata de la retroalimentación de violaciones que tienen que obtener el amparo adecuado⁴⁰.

4. LEYES CONTRARIAS A LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

En la Opinión Consultiva OC-14 la Corte, por unanimidad, manifestó:

"1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado, al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional del Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para el Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto"⁴¹.

festación que coincide sustancialmente con la expresada por un juez de la Corte Suprema en el caso Campillay-CS Fallos 308:789-en estos términos: "... el derecho de rectificación o respuesta es tal que nada impide respetarlo y garantizarlo, valga decir, aplicarlo y ampararlo, aún a falta de ley reglamentaria, mediante simples criterios de razonabilidad; al fin de cuentas, la propia ley, al establecer las condiciones de su ejercicio, tiene que sujetarse a iguales limitaciones porque de otra manera violaría ella misma el contenido esencial del derecho regulado y, por ende, el artículo 14.1 de la Convención", párr. 38.

39 Comisión I.D.H., Informe N° 74/90, 4 de Octubre de 1990, párrs. III, 5 y 6.

40 Comité de Derechos Humanos, TR.c Uruguay, Comunicación N° 4/1977, párr. 18; MS. c Uruguay, Comunicación N° 6/1977, párr. 16 y 17, entre otros.

41 OC-14/94, párr. 58.

Recurre la Corte, una vez más, a algunos principios de derecho internacional, oportunidad en la que destaca que la regla que establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, como justificación del incumplimiento de un tratado, constituye un principio general que fue codificado a través de la Convención, consideración que debe evaluarse al analizar algunos fallos de los tribunales nacionales, la Corte emplea los siguientes términos: "...Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas ... por la Corte Permanente de Justicia Internacional y por la Corte Internacional de Justicia ... Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969"⁴².

5. DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN

Con respecto a los derechos reconocidos por la Convención Americana que no se encuentren garantizados en el ámbito interno dijo la Corte, por unanimidad, que el derecho de rectificación o respuesta (art. 14 de la Convención Americana), "... es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados partes consagradas en los art. 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo"⁴³.

A continuación, declaró que: "... si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercicio por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos"⁴⁴.

Es claro que la primacía de la *cláusula más favorable a las personas* ha sido considerada en diversos tratados de derechos humanos⁴⁵, y también por la Corte. En efecto, en su Opinión Consultiva OC-5 expresó: "...si a una misma situación son aplicables la Convención

42 OC-14/94, párr. 35. Cita la Corte el Caso de las Comunidades greco-búlgaras; el Caso de las naciones polacas de Danzing; el Caso de las zonas libres y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO).

43 OC-7/86, párr. 24.

44 OC-7/86, párr. 28.

45 Entre otros instrumentos internacionales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.2; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 23; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 41. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 5; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, art. 5; Convención Europea para la Prevención de la Tortura; art. 17; Carta Social Europea, art. 32.

Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana ..."⁴⁶. Expresiones de relevancia en la valorización del hombre.

6. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DE LA CONVENCION

La Corte ha contribuido a la evolución progresiva del derecho de los derechos humanos. En efecto, al tratar algunas de las disposiciones convencionales sobre la aplicación de la pena de muerte, dijo: "...El objeto del artículo 4º de la Convención es la protección del derecho a la vida... En verdad el texto revela una inequívoca tendencia limitada del ámbito de dicha pena (la de muerte) sea en su imposición, sea en su aplicación"⁴⁷, opinando por unanimidad que "la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el gobierno de un Estado parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna"⁴⁸. De esta forma los Estados partes de la Convención Americana encuentran límites a su función legislativa en beneficio de las personas.

Cita la Corte, al tratar los trabajos preparatorios de la Convención, la actitud general y la tendencia abolicionista que se manifestó en una declaración presentada ante la Sesión Plenaria de Clausura de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos: "Las Delegaciones abajo firmantes, participantes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, recogiendo el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la prohibición de la pena de la muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos, declaramos solemnemente nuestra firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte y nuestro indeclinable propósito de realizar todos los esfuerzos posibles para que, a corto plazo, pueda suscribirse un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagre la definitiva abolición de la pena de muerte y coloque una vez más a América en la vanguardia de la defensa de los derechos fundamentales del hombre"⁴⁹.

46 OC-5/85,párr. 52.

47 OC-3/83, párr. 52.

48 OC-3/83, punto resolutivo 3.

49 OC-3/83, párr. 58. Los firmantes de esa Declaración fueron: Costa Rica, Uruguay, Colombia, Ecuador, El Salvador, Panamá, Honduras, República Dominicana, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua, Argentina y Paraguay. Coincide con tales expresiones lo señalado por el relator de la Comisión I, en el sentido de que "la Comisión dejó constancia, en este artículo, de su firme tendencia a la supresión de la pena de muerte", Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7/22-XI-1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K./XVI/1.2. Washington, 1973, rep. 1978, pág. 467.

7. RESTRICCIÓN DE DERECHOS

En la Opinión Consultiva OC-6 tuvo oportunidad la Corte para afirmar, de manera unánime, que sólo la ley formal, entendida como actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención⁵⁰.

La inviolabilidad de los derechos ha sido remarcada en esa opinión al tratar el alcance del término leyes, término que no puede desvincularse de la naturaleza y el origen del régimen de protección de los derechos. Señaló la Corte que esa protección "... parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal"⁵¹.

Destaca la Corte el papel del Poder Legislativo en varios aspectos que se unifican en la necesidad de que toda limitación al ejercicio de los derechos debe provenir de leyes formales, fundamentando esa posición en estos términos: "...A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente..."⁵².

8. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS

En las Opiniones Consultivas OC-8 y OC-9 la importancia de las garantías judiciales indispensables en los estados de emergencia por los que puedan atravesar los Estados queda subrayada a través de diversos conceptos que adquieren un espacio relevante en el contexto americano. Al tener en cuenta las realidades del hemisferio americano, manifestó: "... dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a la que alude el artículo 3°

50 Corte I.D.H., *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 Mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 35.

51 OC-6/86, párr. 21.

52 OC-6/86, párr. 22. Sostiene a continuación que esa posición se deduce del principio de legalidad que tiene como corolario la acepción de la llamada reserva de la ley, "...de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por la ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la Nación", OC-6/86, párr. 23.

de la Carta de la OEA"⁵³, subrayando a continuación: "... La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de las personas"⁵⁴.

Especifica la Corte, por unanimidad, que las garantías del hábeas corpus, amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes no pueden suspenderse en ninguna circunstancia, debiendo ejercitarse, esas garantías, en el marco del debido proceso legal recogido por el artículo 8º de la Convención⁵⁵.

Con respecto a esta última disposición, la Corte dijo: "... abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2. a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados..."⁵⁶.

9. AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS

La Corte ha reiterado, que *garantizar* "...implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce..."⁵⁷. Sostuvo en esa oportunidad que "...si por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión (Internacional) se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento"⁵⁸, sin perjuicio de la carga de la prueba en el caso de que el Estado demuestre la disponibilidad de los recursos internos.

53 Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No.8, párr. 20.

54 OC-8/87, párr. 20 Reitera la Corte a lo largo del ejercicio de sus competencias contenciosa y consultiva – la relación directa entre democracia y derechos humanos.

55 OC-8/87, párr 44 y OC-9/87 párr. 41.

56 OC-9/87, párr. 28.

57 Corte I.D.H., *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2 y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de Agosto de 1990. Serie A No.11, párr. 34.

58 OC-11/90, párr. 42.1

Asimismo la Corte define el alcance de las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. Con respecto al artículo 46.2 a), lo enmarca en "una razón legal" y, frente al 46.2 b) considera que contempla "una situación de hecho", no siendo relevante para la Corte, en esa opinión, el análisis de la regulación vinculada con la excepción resultante del retardo injustificado (art. 46.2 c)⁵⁹.

10. LOS INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Dedica el Tribunal un espacio a la interpretación de los artículos 50 y 51 de la Convención. Al referirse al Informe de la última norma y la decisión de la Comisión de elevar o no el caso a la Corte, dice: "...Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención"⁶⁰.

Con posterioridad, y siempre en la interpretación de los artículos enunciados, esta vez en cuanto a la facultad de la Comisión de publicar o no el Informe vencido el plazo para que el Estado cumpla las recomendaciones, sin que éste las haya acatado, la Corte retoma los conceptos transcritos precedentemente: "...decisión ésta (de la Comisión) que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos"⁶¹.

Por otro lado, en la Opinión Consultiva OC-15 la Corte, en sentencia de fondo, resolvió, con el voto en contra del Juez Máximo Pacheco:

"1.- Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no está facultada para modificar las opiniones, conclusiones y recomendaciones transmitidas a un Estado Miembro, salvo en las circunstancias excepcionales señaladas en los párrafos 54 a 59. La solicitud de modificación sólo podrá promoverse por las partes interesadas, es decir, los peticionarios y el Estado, antes de la publicación del propio informe, dentro de un plazo razonable contado a partir de su notificación. En tal hipótesis se les otorgará a las partes interesadas la oportunidad de debatir sobre los hechos o errores materiales que motivaron su petición, de acuerdo con el principio de equidad procesal. Bajo ninguna circunstancia la Comisión está facultada por la Convención para emitir un tercer informe.

2.- Que habiendo respondido a la primera pregunta en la forma señalada en el párrafo anterior, es innecesario responder a la segunda"⁶².

59 OC-11/90, párr. 17. Cfr. Albanese, Susana: "El agotamiento de los recursos internos y algunas excepciones enunciativas en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos", *Jurisprudencia Argentina*, 19 de Junio de 1996, N° 5990.

60 OC-13/93, párr. 50.

61 OC-13/93, párr. 54

62 OC-15/97, puntos resolutiveivos 1 y 2.

El Juez Máximo Pacheco consideró que, en su concepto "la Corte debió haber respondido a la solicitud de Opinión Consultiva formulada por Chile de la siguiente manera:

En relación con la primera pregunta formulada por el Estado de Chile:

Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una vez que ha adoptado los dos informes a que se refieren los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, en relación al último de sus informes ha notificado al Estado de que se trata de un informe definitivo, no puede modificar el informe notificado como definitivo a las partes.

En relación con la segunda pregunta formulada por el Estado de Chile:

Que al no estar facultada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para cambiar su informe definitivo, el Estado y las partes deben considerar como válido el informe que se les ha notificado como definitivo"⁶³.

11. EL BIEN COMÚN

La Corte, por unanimidad, identifica al bien común como "...un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos",⁶⁴ mas aclara posteriormente que "...de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real"⁶⁵.

12. PRONUNCIAMIENTO MÁS RECIENTE

Finalmente la Corte, en su Opinión Consultiva 16, se pronunció sobre "diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos" y al respecto expuso:

"1.- Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

[...]

63 OC-15/97, voto disidente del Juez Máximo Pacheco Gómez, párr. 38.

64 OC-5/85, párr. 66.

65 OC-5/85, párr. 67.

2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

[...]

3. Que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

[...]

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

[...]

5. Que los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *concernen* a la protección de los derechos humanos *en los Estados Americanos*.

[...]

6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

[...]

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Emitió voto disidente el Juez Oliver Jackman.

[...]

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados

americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria"⁶⁶.

III. CONCLUSIÓN

Como conclusión podemos decir que, como muy bien lo ha expuesto Daniel Zovatto: "Justo es reconocer la significancia de la labor que la Corte Interamericana ha venido cumpliendo por medio de su función consultiva a favor de la consolidación del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, no solamente por la interpretación de la Convención en sí sino, lo que es más importante, por los principios establecidos y los criterios de interpretación sentados por el Tribunal."⁶⁷

Consideramos que los Estados deberían hacer un mayor uso de la función consultiva de la Corte, demostrando interés por formas más elaboradas de protección a los derechos humanos.

A través del ejercicio de su función consultiva, con la amplia base jurisdiccional que le otorga el artículo 64 de la Convención Americana, podrá la Corte hacer frente a los nuevos desafíos que enfrenta el sistema interamericano de protección, como lo señala el Juez Antônio A. Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber:

- la diversificación de las nuevas fuentes de violaciones y la necesidad de desarrollar métodos de combatir a éstas;
- la promoción de la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales) en la teoría y en la práctica;
- el deber de los Estados de proveer recursos internos eficaces y el fortalecimiento del Poder Judicial;
- la aplicabilidad directa de las normas de la Convención Americana en el derecho interno de los Estado Partes;
- la interacción entre el derecho internacional y el derecho público interno en la salvaguardia de los derechos humanos y el desarrollo de obligaciones *erga omnes* de protección⁶⁸.

66 Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, puntos resolutivos.

67 Daniel Zovatto, *La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

68 Antônio A. Cançado Trindade, "The Inter-American Human Rights System at the Dawn of the New Century: Recommendations for Improvement of Its Mechanism of Protection", *The Inter-American System of Human Rights* (eds. D.J. Harris y S. Livingstone), Oxford, Clarendon Press, 1998, pp.. 418-420.

**LA SOLUCIÓN AMISTOSA
Y LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

HERNÁN SALGADO PESANTES*

* Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Magistrado del Tribunal Constitucional del Ecuador; ex Decano y Catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

LA SOLUCIÓN AMISTOSA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

HERNÁN SALGADO PESANTES

Sumario: I. Naturaleza jurídica. II. Antecedentes. III. La Convención Europea a partir del 1º de noviembre de 1998. IV. La Convención Americana en esta materia. V. La Solución Amistosa en la práctica de la Corte Europea. VI. La práctica de la Solución Amistosa en la Corte Interamericana. 1. Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname. 2. Caso El Amparo contra Venezuela. 3. Caso Garrido y Baigorria contra la Argentina. 4. Caso Benavides Cevallos contra el Ecuador. 5. Caso del Caracazo contra Venezuela. 6. Caso Trujillo Oroza contra Bolivia. VII. Una palabra sobre el desistimiento. VIII. Conclusiones.

I. NATURALEZA JURÍDICA

No ha dejado de discutirse cuál es la naturaleza jurídica de la solución amistosa, si se trata de buenos oficios -en sentido lato- o si es una mediación o es propiamente una conciliación; el criterio que predomina es el de la conciliación. Si bien ésta, de modo general, se realiza fuera del ámbito del proceso judicial, sin embargo, hoy en día, la conciliación se ha desarrollado tanto dentro del proceso como extrajudicialmente, pues se considera que tiene una función importante al permitir solucionar los conflictos con mayor brevedad, y en el segundo caso evita que se inicie la acción judicial.

Tanto en el sistema europeo como en el americano la solución amistosa se atribuyó, de manera expresa, a la Comisión. La razón puede encontrarse en que se trata de un órgano extrajudicial, cuya actividad no es propiamente contenciosa y por ello está en mejores condiciones de realizar una conciliación.

Sin embargo de lo dicho, no habría un fundamento jurídico sólido para impedir que la solución amistosa se dé en el seno de la Corte, si bien hay que tener presente los límites que imponen los derechos humanos cuando se trata de llegar a este tipo de soluciones, pues es

sabido que en materia de derechos humanos los derechos no son transigibles. En todo caso, un Tribunal de Derechos Humanos debe cuidar que su actividad, en determinadas situaciones, no se limite a una mera homologación.

II. ANTECEDENTES

A mediados del siglo XX, la solución o arreglo amistoso fue contemplado en la Convención Europea como una atribución y al mismo tiempo un deber de la Comisión Europea de Derechos Humanos, este criterio rigió hasta la puesta en vigor del Protocolo N° 11, en noviembre de 1998. Una vez que la Comisión admitía la denuncia debía evaluar la demanda, conjuntamente con los representantes de las partes, y de ser necesario procedía a investigar los hechos.

Mientras este trámite se desarrollaba la Comisión se ponía a disposición de las partes con miras a buscar un arreglo amistoso, el cual debía inspirarse en el respeto de los derechos humanos, tal como están reconocidos en el instrumento convencional. La Convención Europea en su artículo 28, reformado por el Protocolo N° 8 (1.b/ y 2), señalaba textualmente:

"1. En el caso de que la Comisión acepte una demanda que le fuere remitida:

...

b) ella se pone al mismo tiempo a disposición de los interesados, a fin de llegar a un arreglo amigable de la cuestión que se inspire en el respeto de los derechos humanos, tal como los reconoce la presente Convención.

2. Si la Comisión logra alcanzar un arreglo amigable, elaborará un informe que será remitido a los Estados interesados, al Comité de Ministros y al Secretario General del Consejo de Europa a los efectos de su publicación. Este informe se limitará a hacer una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada."¹

La solución amistosa ha desempeñado un papel importante en la Comisión Europea de Derechos Humanos, especialmente a partir de 1970. Se debe mencionar que el primer arreglo amistoso en la Comisión se dio en 1965, antes de este año no hubo ninguna solución de esta índole. Posteriormente, con la eliminación de la Comisión Europea por el Protocolo N° 11 la solución amistosa fue conferida, de modo expreso, a la Corte.

¹ Texto reformado conforme lo dispuesto en el Protocolo n° 8 que entró en vigor el 1 de enero de 1990 (traducción personal del texto francés). No hay mayor diferencia con el anterior Art. 28, en lo principal se le agregó, como número 2 lo que constaba ya en el Art. 30 respecto del informe.

Vale señalar que si bien la Convención Europea concedió esta facultad a la Comisión, también la obtuvo por vía reglamentaria el Órgano jurisdiccional. Desde 1983 la Corte Europea conoció situaciones de arreglos amistosos por cuanto en el año anterior se incorporó a su Reglamento esta institución; en época pasada y de modo excepcional, en 1962, la Corte aceptó una solución de este tipo en el caso *De Becker vs. Bélgica* (sentencia de 27 de marzo de 1962, A n° 4).

Por otro lado, en 1991 el Comité de Ministros del Consejo de Europa se pronunció sobre dos casos de solución amistosa, en razón de que ésta fue introducida en 1987, en el Art. 6 bis de la Reglas de dicho Comité, en conformidad con el Art. 32 de la Convención Europea. (La práctica de la solución amistosa en la Corte Europea de Derechos Humanos será analizada luego).

No se puede dejar de señalar que también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, adoptado en 1966 y en vigor desde 1976, en su Art. 42 contempla la solución amistosa, para lo cual se crea una Comisión Especial de Conciliación. Según la letra a) del párrafo 1 del Art. 42 : "*Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto al presente Pacto*".

III. LA CONVENCIÓN EUROPEA A PARTIR DEL 1° DE NOVIEMBRE DE 1998

Como sabemos, con la vigencia del Protocolo N° 11, a partir del primero de noviembre de 1998, se reestructura el sistema europeo de derechos humanos y, al desaparecer la Comisión, la Corte Europea asume como facultad propia la solución o arreglo amistoso.

Corresponde a los Arts. 38 y 39 de la Convención Europea, reformada en conformidad con el Protocolo N° 11, establecer el procedimiento de la solución amistosa. El Art. 38 en el párrafo 1 letra b) señala que la Corte al declarar admisible una demanda:

"b) se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso, inspirándose para ello en el respeto de los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos."

Y agrega que este procedimiento será confidencial. Por su parte el Art. 39 hace referencia a que en los casos de arreglo amistoso la Corte "*archivará el asunto mediante una resolución, que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la resolución adoptada*".

IV. LA CONVENCIÓN AMERICANA EN ESTA MATERIA

La Convención Americana -al igual que la Europea- incorpora la solución amistosa como una facultad propia de la Comisión Interamericana y se abstiene de incluirla en la nor-

mativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sección respectiva que trata sobre el procedimiento que debe seguirse ante la Comisión, la letra f del Art. 48 señala:

"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."

Este precepto será desarrollado en el Reglamento de la Comisión Interamericana, en su Art. 45.

En algunas ocasiones, una vez que un caso de violación de derechos está tramitándose ante la Corte, específicamente durante la audiencia pública, algún Estado ha reclamado que la Comisión no se puso a la disposición de las partes con miras a buscar una solución amistosa. Al respecto, la Corte ha señalado que, si tal eventualidad ocurriera, el propio Estado demandado puede solicitar a la Comisión que realice esta función conciliadora, pues no hay impedimento como no sea la voluntad y decisión de las mismas partes.

Naturalmente, la Corte está consciente que para llegar a una solución amistosa tiene que existir en las partes una predisposición favorable y que, asimismo, existen muchas veces circunstancias que no permiten a las víctimas o a sus familiares aproximarse al arreglo amistoso, puesto que esa solución debe guardar armonía con el objeto y fin de la Convención que es la protección de los derechos humanos.

No me corresponde analizar el desarrollo que ha tenido la solución amistosa en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tema que será desarrollado por un miembro de este organismo.

V. LA SOLUCIÓN AMISTOSA EN LA PRÁCTICA DE LA CORTE EUROPEA

Como se dijo, en la Corte Europea antes de la modificación del Reglamento en 1982, y que entró a regir en 1983, no existían disposiciones específicas sobre la solución amistosa ante la Corte; incluso en junio de 1987 se da una normativa para permitir alcanzar un arreglo amistoso ante el Consejo de Ministros. Esta regulación jurídica, además de otros factores, -al decir de quienes analizan el sistema- ha permitido una aceleración de las estadísticas en esta materia, igual como estaba sucediendo en la Comisión.

Ahora, con la reestructuración que se ha dado al sistema europeo de derechos humanos -con la ejecución del Protocolo N° 11 a partir del 1° de noviembre de 1998- la institución del arreglo amistoso se concentrará en la Corte.

Desde luego la importancia de la solución amistosa está dada por la misma Convención, cuando en el Art. 47 se dispone:

"Un asunto sólo puede someterse a la Corte después de que la Comisión haya comprobado el fracaso del arreglo amistoso y dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 32."

Esta regulación lleva implícita la idea de que la solución amistosa debe ser buscada en todos los casos, como un paso previo, para que después pueda ser sometido el caso a la Corte.

La práctica europea, tanto en la Comisión como en la Corte, deja ver que la solución o arreglo amistoso puede tener lugar en cualquier momento del trámite; asimismo, se observa que la aceptación del arreglo amistoso por parte de la Corte Europea -en un caso ante ella- significa que no conocerá ni se pronunciará sobre el fondo del caso.

Este último aspecto ha sido objeto de crítica, no obstante las ventajas que pueda ofrecer tanto a los peticionarios (que se evitan de un engorroso y largo proceso) como al Estado demandado (que prefiere no ser sindicado de violación de derechos); e incluso, se señalan las ventajas para la propia Corte Europea al poder concluir rápidamente un caso.

Las críticas se dirigen a que en materia de derechos humanos la Corte debe pronunciarse sobre la violación y que cuando el arreglo amistoso tiene que ver con la adopción de medidas legislativas por parte del Estado demandado, este arreglo no siempre se cumple.²

VI. LA PRÁCTICA DE LA SOLUCIÓN AMISTOSA EN LA CORTE INTERAMERICANA

Debemos comenzar señalando que esta figura jurídica de la solución amistosa está apenas conformándose en la práctica de la Corte; esta aseveración se fundamenta en que la solución amistosa se ha dado de modo limitado en seis casos de allanamiento -habidos hasta hoy- y de forma indirecta en un caso de desistimiento, como veremos a continuación.

1. CASO ALOEBOETOE Y OTROS CONTRA SURINAME³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió este caso a la Corte el 27 de agosto de 1990. En la audiencia pública del 2 de diciembre de 1991 en que debían tratarse las excepciones preliminares interpuestas por el Estado de Suriname, el agente de dicho Estado

2 Vincent Berger: *Le règlement amiable devant la Cour*, in *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*. Ed. Economica, 1995, Paris, pp. 783-792. En esta misma obra colectiva puede consultarse: Article 28.1-b et 2, escrito por Carl Aage Norgaard y Hans Christian Krüger, pp. 661-679.

3 Esta demanda se refiere, en lo principal, a la detención arbitraria y ejecución de siete personas.

hizo un reconocimiento expreso de responsabilidad lo que llevó a la Corte a señalar que había cesado la controversia en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso y decidió abrir el procedimiento de reparaciones y costas (sentencia del 4 de diciembre de 1991).

En este primer caso de allanamiento de un Estado (igual que en los subsiguientes), la Corte al dictar la sentencia omitió señalar de modo concreto cuáles eran los derechos consagrados en la Convención que fueron violados por el Estado; los derechos violados solo constan como solicitud de la Comisión, mas no como declaración de la Corte a ser incluida tanto en los considerandos como en la parte resolutive.⁴

Por otro lado, en este caso, luego del reconocimiento de responsabilidad del Estado no hubo mención alguna de buscar una solución amistosa para acordar las reparaciones e indemnizaciones, pues, como se dijo, la Corte dispuso de manera expresa que se iniciara este procedimiento, el cual culminó con la respectiva sentencia de 10 de septiembre de 1993. En conclusión, este caso es de allanamiento pero no de solución amistosa.

2. CASO EL AMPARO CONTRA VENEZUELA⁵

El caso denominado "El Amparo" fue sometido a la Corte el 14 de enero de 1994, en la contestación a la demanda el Estado venezolano señaló que no contendía los hechos, lo que fue reiterado luego, al tiempo que aceptaba la responsabilidad internacional y solicitaba que la Corte pidiera a la Comisión "*avenirse a un procedimiento no contencioso a objeto de determinar amigablemente -bajo supervisión de la Corte- las reparaciones a que haya lugar...*" (Nota de 11 de enero de 1995).

La Corte dio por cesada la controversia acerca de los hechos y tomó nota del reconocimiento de responsabilidad del Estado, decidió que había lugar a reparar los daños y a pagar una justa indemnización a los familiares de los fallecidos y a las víctimas sobrevivientes, la Corte señaló que éstas fueran determinadas por el Estado y la Comisión "*de común acuerdo, dentro de un plazo de seis meses...*" Como ocurre en estas situaciones, la Corte se reservó "*la facultad de revisar y aprobar el acuerdo y, en caso de no llegar a él, la Corte*" lo haría (sentencia de 18 de enero de 1995).⁶

4 Este error se deslizó en los dos casos posteriores: Caso El Amparo y Caso Garrido y Baigorria.

5 Se trata, en lo esencial, de la violación del derecho a la vida de 14 personas y agravios a 2 sobrevivientes.

6 En este caso, todavía no intervienen directamente las víctimas, sus familiares o representantes y por eso se habla de que el Estado buscará el arreglo amistoso con la Comisión; con el Reglamento de la Corte reformado y que rige desde 1997, su artículo 23 dará autonomía a los representantes de las víctimas o de sus familiares en la etapa de reparaciones.

Al no producirse la solución amistosa fue la misma Corte quien determinó las reparaciones e indemnizaciones. Igual que en el "caso Aloeboetoe y otros", esta sentencia omitió señalar cuáles fueron los derechos convencionales violados por el Estado. Como se observa, en el denominado "caso el Amparo" hubo allanamiento del Estado y éste buscó una solución amistosa sin conseguirlo.

3. CASO GARRIDO Y BAIGORRIA CONTRA LA ARGENTINA⁷

La Comisión sometió este caso ante la Corte el 29 de mayo de 1995. En la contestación de la demanda el Estado argentino aceptó los hechos y las consecuencias jurídicas que derivan de ellos; en la audiencia pública (1 de febrero de 1996) convocada sobre el fondo, el Estado reiteró su reconocimiento de responsabilidad internacional. De otro lado, el Estado solicitó a la Corte la suspensión -por un plazo de seis meses- del procedimiento de reparaciones e indemnizaciones con la finalidad de llegar a un acuerdo con la Comisión y los representantes de las víctimas.

La Corte, al tomar nota del allanamiento, decidió que era inadmisibles la suspensión del procedimiento, pero sí era adecuado para lograr el entendimiento de las partes la concesión de un plazo; además, la Corte se reservó la facultad de revisar y aprobar el eventual acuerdo de las partes o, en su caso, de continuar con el procedimiento (sentencia del 2 de febrero de 1996). A pesar de la predisposición de las partes para alcanzar la solución amistosa, hubo dificultades en la modalidad establecida (de arbitraje) para llegar a un acuerdo y correspondió a la Corte determinar las reparaciones, indemnizaciones y costas.

En este tercer caso de allanamiento, la Corte igualmente omitió -como en los dos anteriores- señalar los artículos de la Convención que fueron violados por el Estado. En cuanto al procedimiento de solución amistosa, este tuvo un mayor desarrollo aunque finalmente fue la Corte la que resolvió la materia.

4. CASO BENAVIDES CEVALLOS CONTRA EL ECUADOR⁸

Este caso ingresó a la Corte el 21 de marzo de 1996. Del procedimiento ante la Comisión se establece que hubo un intento de solución amistosa que fracasó, muy posteriormente y mientras se tramitaba el caso en la Corte, el Estado propuso un arreglo ante la Comisión, luego comunicó a la Corte que había llegado a una solución amistosa con los padres

7 Esta demanda versa sobre la detención arbitraria y desaparición forzada de 2 personas.

8 Este caso se refiere a la detención arbitraria y ejecución de una profesora.

de la víctima. Esto ocurrió dos semanas antes de celebrarse la audiencia pública sobre el fondo, destinada a recibir declaraciones de testigos. Ante esta situación inédita la Corte decidió efectuar dos audiencias con fines diferentes.

En la primera audiencia se dio el allanamiento del Estado y, por tanto, reconoció los hechos objeto de la demanda y su responsabilidad internacional; este reconocimiento expreso llevó a la Corte a declarar cuáles eran los artículos de la Convención que fueron violados por el Estado, cuestión que guardaba conformidad con lo establecido en la demanda de la Comisión. Este señalamiento *in concreto* de los derechos violados, como se dijo, no fue realizado en los tres casos anteriores, cuando hubo allanamiento del Estado.

En la segunda audiencia pública la Corte solicitó al delegado de la Comisión y al representante de los familiares que presentaran sus observaciones sobre la solución amistosa, que en principio ya fue acordada entre el Estado y los padres de la víctima, en lo relativo al alcance de las reparaciones y al monto de la indemnización.⁹

Al existir conformidad entre las partes y estar la solución amistosa ajustada al propósito de la Convención, la Corte confirmó u homologó dicho arreglo, reservándose la facultad de supervisar su cumplimiento. Esta resolución consta en la sentencia dictada el 19 de junio de 1998.

El Caso Benavides Cevallos contra el Ecuador viene a ser en realidad el primer caso donde se da una solución amistosa en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que incluso, dadas las especiales circunstancias, obligaron a la Corte a utilizar mecanismos de procedimiento no realizados antes.

5. CASO DEL CARACAZO CONTRA VENEZUELA¹⁰

El caso denominado "del Caracazo" fue sometido a la Corte el 7 de junio de 1999 y el Estado, después de ser notificado con la demanda, solicitó a la Corte convocar a las partes a una audiencia para encontrar una solución amistosa "*con la participación activa de la Corte Interamericana*" (nota de 26 de agosto de 1999); el Estado informaba además sobre el cumplimiento que había dado -en su opinión- de las recomendaciones formuladas por la Comisión en el respectivo Informe de ésta.

⁹ El procedimiento de este caso fue regulado por el Reglamento de la Corte en vigor desde 1997, que otorga autonomía a los representantes de las víctimas o de sus familiares para que intervengan con independencia de la Comisión en la etapa de reparaciones.

¹⁰ La demanda presentada por la Comisión señala haber 44 víctimas (entre los cuales, 35 personas muertas y 2 desaparecidas) con motivo de los sucesos ocurridos en la ciudad de Caracas, los meses de febrero y marzo de 1989.

Vale indicar que con anterioridad, mientras este caso se examinaba en la Comisión, el Estado por nota de 9 de marzo de 1999 señaló que buscaba "*una solución honorable, plena y satisfactoria con los familiares de las víctimas*"; sin embargo, no fue posible encontrar la solución amistosa pues, según los peticionarios, la gravedad de los hechos impedía hacerlo "*de manera compatible con la Convención*" (nota de 7 de mayo de 1999).

En la audiencia pública, celebrada en la Corte el 10 de noviembre de 1999, el Estado reconoció los hechos, aceptó las consecuencias jurídicas que derivan de los hechos y reconoció su responsabilidad internacional, es decir, el Estado se allanaba a las pretensiones de la parte demandante. La Comisión pidió que "*la Corte así lo declare*".

En consecuencia, la Corte resolvió que la controversia había cesado y tomó nota del reconocimiento efectuado por el Estado sobre los hechos y sobre su responsabilidad en el presente caso, señalando las violaciones a los derechos protegidos por la Convención en las cuales el Estado incurrió. Además, la Corte declaró abierto "*el procedimiento sobre reparaciones y costas*". (Sentencia de 11 de noviembre de 1999).

En síntesis, en el caso denominado "del Caracazo" se dio el allanamiento del Estado pero no se llegó propiamente a una solución amistosa, y la Corte deberá determinar las reparaciones, incluyendo indemnizaciones, y las costas.

6. CASO TRUJILLO OROZA CONTRA BOLIVIA¹¹

La Comisión Interamericana introdujo este caso ante la Corte el 9 de junio de 1999. El Estado al presentar sus excepciones preliminares alegó, entre otras cosas, que la demanda era inadmisibles porque se había consolidado una solución amistosa (escrito de 8 de septiembre de 1999); la Comisión en sus observaciones, al rechazar esta excepción, respondió:

"Que una solución amistosa no puede ser obligatoria para las partes, y, por consiguiente, que la Comisión no tenía ninguna obligación de elaborar un Informe de Solución Amistosa cuando era claro que la peticionaria pretendía seguir con el litigio del caso en virtud de una falta de compromiso por parte del Estado para solucionar para solucionar la grave violación perpetrada."

Al mismo tiempo, la Comisión pedía a la Corte que tome nota del reconocimiento de los hechos y de responsabilidad que hizo el Estado "*tanto ante la Comisión como ante la Corte*", y "*Que abra el procedimiento sobre reparaciones y costas*." (escrito de 22 de noviembre de 1999).

¹¹ Este caso involucra a un joven estudiante, detenido, conducido a prisión y posiblemente muerto en febrero de 1972.

Cuando la Corte Interamericana decidió convocar a una audiencia pública sobre excepciones preliminares, el Estado presentó un escrito señalando que había decidido retirar las excepciones preliminares, "*debido a que el Gobierno de la República desea llegar a un arreglo amistoso con los familiares de la víctima*". El Estado también pidió que la Corte mediante sentencia "*concluya con esta etapa y abra la etapa de reparaciones*." (21 de enero de 2000).

En estas circunstancias, la Corte mediante resolución, de 25 de enero de 2000, declaró "*Tener por retiradas las excepciones preliminares interpuestas por el Estado de Bolivia*" y "*Continuar con la tramitación sobre el fondo del caso*". Igualmente, se dispuso cambiar el objeto de la audiencia pública, que había sido convocada -en esta misma fecha- para las excepciones preliminares, "*con el fin de considerar los otros aspectos del escrito presentado por el Estado...*"

En la mencionada audiencia pública el Estado reconoció los hechos y su responsabilidad internacional; por su parte, la Comisión expresó su satisfacción por el allanamiento del Estado. La Corte -igual que en los casos anteriores- decidió "*Admitir la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad*", y puntualizó los derechos protegidos por la Convención que el Estado violó, al mismo tiempo abrió el procedimiento sobre reparaciones (sentencia de 26 de enero de 2000).

En este último caso, igualmente, reitero que si bien hubo la intención del Estado de llegar a una solución amistosa, ésta no se dio. El Estado se allanó a la demanda y quedó en manos de la Corte Interamericana determinar las reparaciones, incluidas las indemnizaciones y costas a que hubiere lugar, para lo cual las partes presentarán la documentación necesaria para que sirva de fundamento.

VII. UN COMENTARIO SOBRE EL DESISTIMIENTO

En cuanto al desistimiento vale señalar que se trata de una situación diferente y bastante excepcional; el desistimiento debe ser aceptado por la Comisión para que la Corte proceda a homologarlo, si se da esta confirmación el caso quedaría concluido. Aquí, debería entenderse que ha habido algún arreglo favorable al peticionario o a la presunta víctima lo cual le induce a desistir y que la Comisión lo hace suya, es decir, ha operado muy indirectamente una solución amistosa, la misma que no ha trascendido.

Como se dijo, estas situaciones no son frecuentes y tendrían posibilidad de ocurrir en aquellas violaciones de derechos consideradas de menor magnitud o que no han tenido agravantes. Ejemplo de su excepcionalidad está en que sólo ocurrió un desistimiento -hasta hoy- en la Corte, en el caso Maqueda contra Argentina.

Incluso, me inclinaría a pensar que tratándose de derechos humanos la Corte Interamericana no debe dar lugar al desistimiento sino tan solo al allanamiento.

VIII. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado se puede concluir que en la Corte Interamericana existe un estrecho margen para que tenga lugar la solución amistosa, pues es necesario que se den determinadas condiciones, ya por tratarse de un órgano de carácter judicial, ya por la materia de derechos humanos, y, también, por las características propias de nuestro sistema regional. Este último aspecto sería el que marque cierta distancia con el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

En primer lugar, la Corte no podría auspiciar o tomar la iniciativa para un arreglo amistoso, no está en su naturaleza jurisdiccional. Pero si esto ocurre tampoco puede oponerse o rechazarla.

En segundo lugar, es condición *sine qua non* que el Estado demandado ante la Corte reconozca los hechos y acepte su responsabilidad internacional, es decir, que el Estado demandado se allane.

El allanamiento viene a ser un requisito indispensable para dar paso a una solución amistosa. En estas circunstancias corresponde a la Corte señalar *in concreto* aquellas disposiciones de la Convención que fueron violados por el Estado Parte, precisando de este modo la responsabilidad del Estado. Es esta una cuestión que no puede ser evitada ni omitida cuando el caso se encuentra en la Corte.

En tercer lugar, dado el allanamiento, la solución amistosa se circunscribirá a acordar -entre las partes- el alcance de las reparaciones y el monto de las indemnizaciones y costas que la violación de o de los derechos consagrados por la Convención hayan dado lugar.

A mi entender, estos tres aspectos han sido configurados por la incipiente práctica de la Corte, especialmente a partir del caso Benavides Cevallos contra Ecuador.

El aspecto positivo de la solución amistosa está en abreviar el procedimiento y, sobre todo, en haber dado lugar al allanamiento del Estado: donde el expreso reconocimiento que hace un Estado de las violaciones de derechos en que ha incurrido servirá para no reincidir en el futuro.

Si fuera del caso propiciar el arreglo amistoso, en mi criterio, sería preferible que los Estados busquen llegar a dicha solución en el seno mismo de la Comisión Interamericana, donde existe un mayor margen de operatividad para alcanzar su concreción.

En lo relativo a cuestiones procedimentales vale señalar lo siguiente. Con oportunidad de resolver la petición que formulara el Gobierno de Argentina en el caso Garrido y Baigorria, respecto de suspender el procedimiento por un plazo de seis meses a fin de llegar a una solu-

ción amistosa, la Corte estableció categóricamente que: "*La naturaleza del proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas, aun de común acuerdo, pues tienen el carácter de orden público procesal.*"¹²

En consecuencia, la solución amistosa no puede interrumpir el procedimiento de reparaciones, del mismo modo que no es posible suspender la tramitación sobre el fondo de un caso cuando se interponen excepciones preliminares. Por otro lado, sí es factible la concesión de un plazo prudencial para que las partes lleguen a un entendimiento sobre el alcance de las reparaciones y el monto de las indemnizaciones y costas.

Una vez que ha transcurrido dicho plazo y si no hay progreso en la solución amistosa, la Corte está en la obligación de pedir a las partes que presenten sus pruebas y alegatos para determinar las reparaciones, indemnizaciones y costas.

Otorgar un plazo para lograr una solución amistosa "*puede ser* -ha dicho la Corte- *un método adecuado para lograr un acuerdo sobre reparaciones e indemnizaciones.*"¹³

12 Caso Garrido y Baigorria, Sentencia del 2 de febrero de 1996, párrafo 28. Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 26.

13 Caso Garrido y Baigorria, *ídem*, párrafo 30.

**THE CARIBBEAN AND THE
INTER-AMERICAN
HUMAN RIGHTS SYSTEM**

OLIVER JACKMAN*

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

THE CARIBBEAN AND THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

OLIVER JACKMAN

The saga of the relations between the English-speaking Caribbean and the Inter-American human rights system is one fraught with ironies from the very start. In the first place, in the period of the mid-1960's, immediately after some of these states had become independent, there was considerable debate among the ruling elites in the area as to whether they should even join the Organization of American States, an institution which appeared to many leaders of the English-speaking countries as little more than a talking-shop for Latin-Americans.

In the end, as we know, the geographical facts of life, combined with realistic calculations about potential aid from the OAS and, particularly, the Inter-American Development Bank, prevailed over the cultural and political hesitancy. Even so, it should be noted that it took Trinidad and Tobago a good five years after Independence before it joined the OAS: Jamaica needed seven years to make up its mind.

It could be said with some justice that this hesitancy was founded on a mixture of downright ignorance, cultural distance, and a latent - if never overtly acknowledged sense of constitutional and political superiority. Ignorance and cultural alienation were, of course, part of the baggage left over from three centuries of mainly British colonialism. The language factor was also, and still is, alas, to an alarming degree, a substantial distancing element in relations between the anglophone Caribbean and its Ibero-American neighbours.

While it may surprise some to hear talk of a sense of superiority on the part of the extremely small, economically vulnerable states that make up what one writer has called "the cricket-playing Caribbean", the fact is that, almost without exception, the former British colonies entered upon Independence with a considerable - and largely justified - self-confidence about the stability and viability of their social and political institutions, and about the strength of the democratic culture which had evolved, in particular, in the thirty or so years immediately preceding Independence.

In general, the parliaments were representative; in general, they were the result of reasonably fair elections; and both electors and elected took it for granted that from time to time

the former would have no hesitation in throwing out the latter if they egregiously failed to live up to the commitments made at election time. This is not to say that the political system and culture were anything like perfect: as history shows, they were not and are not. They are not immune from abuse, particularly because the so-called Westminster model of government which these countries have inherited from Britain leaves open a wide margin for the accretion and exploitation of the considerable power of the Executive.

But there can be no denying that, at the moment of Independence, West Indian society and its leaders felt that they had little to learn from a turbulent and dictator-infested Latin America in the matter of governance. In addition, there was the substantial irritant of Article 8 of the OAS Charter then in force, which was deliberately designed to exclude Guyana and Belize, the former British Honduras, from ever obtaining membership of the Organization because of the existence of territorial disputes involving Venezuela's claim to five-eighths of Guyana and Guatemala's claim to the whole of Belize. This was seen by most West Indians as a particularly perverse and offensive form of neo-colonialism, and a very persuasive reason for newly-independent West Indian states to steer clear of any close formal association with Latin America.

It should be borne in mind that, by the time Trinidad and Tobago, Barbados, and Jamaica (in that order) had reconciled themselves to the inevitable and joined the OAS towards the end of the 1960's, the human rights situation in the hemisphere had palpably worsened. Bear in mind, too, that the Independence Constitutions of these three countries all included entrenched chapters on fundamental human rights borrowed, sometimes almost verbatim, from the Universal Declaration of Human Rights and the European Human Rights Convention. In the early days of Independence, many judges went on record complacently maintaining that these "Bills of Rights" did little more than restate the existing protections: indeed, the preambles to some Constitutions can be read as expressing that view, more or less explicitly.

The first irony, then, is that these newly independent countries, with arguably the most admirable human rights pedigrees in the hemisphere, displayed an almost complete indifference to the development of the human rights culture in the region, and to the instruments and practice of the Organization of American States. Thus, it took Barbados 11 years from the time of its entry into the OAS - and 12 years from the time of independence - to sign the American Convention on Human Rights, and another three years to ratify the treaty.

A second, striking irony is to be found in the fact that it was ratification by Grenada, in July 1978, that brought the American Convention into force. At the time of ratification Grenada was the victim of a *de facto* dictatorship, albeit one that took office by the electoral route. Less than a year later, Grenada became the first - and so far the only - West Indian state to succumb to a military coup. Further irony is to be found in the fact that Trinidad and Tobago, the only West Indian state to recognize and accept the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, last year became the first country ever to denounce a human rights treaty.

Trinidad and Tobago's denunciation of the American Convention has rightly caused shock and dismay throughout the region. This action, when taken together with threats by Jamaica to do the same, the failure by the four West Indian states party to the Convention to accept the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court, the refusal by all but four of the English-speaking Caribbean states to ratify the American Convention, leaves it open to the observer to conclude that these states have no interest in the international regimes of protection of human rights. From there, it is but a short step to the assumption that the human rights situation in those states is in dire straits.

Nothing could be further than the truth although, as John Donaldson warns, there are some serious threats looming on the horizon. It is perhaps the greatest irony of all that the deterioration of relations between these states and the international human rights regimes springs, not from some general breakdown in the protection of the fundamental rights of the individual, but rather, almost exclusively, from the long-running dispute between the international community and two Caribbean states over a single issue: the issue of the death penalty.

This penalty, outlawed by neither the International Covenant on Civil and Political Rights nor the American Convention, remains on the law books in all independent Caribbean states. As is well known, in recent years actions by the Privy Council, the highest court of appeal for a number of Commonwealth countries, to redefine concepts of "cruel and unusual punishment", and "cruel and inhuman punishment or treatment" in the context of execution of the death penalty have convinced most West Indian lawmakers that the Privy Council as well as the Inter-American Commission on Human Rights and the United Nations Human Rights Committee all have what is described as "an abolitionist agenda". (I am being deliberately compendious, as the essential facts are well known, particularly in a forum like this.)

The basic argument of the governments is that, so long as capital punishment -in appropriate cases, such as those described in Article 4 of the American Convention- is not actually outlawed, back-door attempts to bring about *de facto* abolition by way of procedural delays at the international level amount to an unacceptable -even illegal- interference in their internal affairs. The withdrawal by Trinidad and Tobago, and the threat of withdrawal by Jamaica, from the American Convention, come against the background of a significant increase in violent crime, including murder, in those countries, and an overwhelming public mandate to maintain and to make use of the ultimate sanction of capital punishment.

The dispute carries with it a profound resonance throughout the English-speaking Caribbean, even in those countries where the crime situation may be less acute. While there is no firm indication that the other West Indian states party to the American Convention - Barbados, Dominica, and Grenada- are presently contemplating following the Trinidadian example, the Inter-American community would be wrong to under-estimate the depth of concern surrounding the issue. To judge by the radio call-in programmes and the correspondence columns in newspapers, there is a widely-held public perception that "foreigners" and "starry-eyed idealists" are trying to impose on the West Indian states standards which ignore or disre-

spect the realities of life in the area, standards which, they say, are not required of the United States, for example.

In the course of his speech at the inauguration of this seminar yesterday President Rodriguez struck an ominous note when he spoke of the prospect that the regional human rights system could become a Latin-American, as opposed to an Inter-American, system. The reticence of the United States and Canada, deplorable as it is, is not news. What is news is the emergence of what might be called single-issue abstentionism on the part of the Caribbean. It is a phenomenon that the regional human rights community should not take lightly.

**LA PRUEBA EN LOS PROCESOS ANTE
LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

ALIRIO ABREU BURELLI*

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ALIRIO ABREU BURELLI

Sumario: I. Introducción. II. Instrumentos normativos de la prueba en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. III. Principios que rigen la actividad probatoria. IV. Procedimiento para la obtención de la prueba: lapso probatorio; promoción, admisión y evacuación o desahogo de las pruebas; diligencias probatorias de oficio (medidas para mejor proveer); carga y valoración de la prueba. V. Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

Aun cuando en las legislaciones nacionales abundan las disposiciones sobre la prueba, como consecuencia del desarrollo en las últimas décadas del derecho procesal, son pocas las normas que regulan esta materia en los procesos ante los tribunales internacionales.-

Por ello, en la práctica del derecho internacional, se confiere un amplio margen de libertad a las partes para el ofrecimiento y presentación de las pruebas, y de discrecionalidad al tribunal, no solo para valorarlas, sino para traerlas de oficio al proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Reglamento aprobado en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, y en vigor desde el 1° de enero de 1997, concentró en el Capítulo IV, todo lo relativo a la prueba: (admisión; iniciativa probatoria de la Corte; gastos de la prueba; citación de testigos y peritos; juramento o declaración solemne de testigos y peritos; objeciones contra testigos; recusación de peritos; protección de testigos y peritos; incomparecencia o falsa deposición), en un intento de sistematizar la materia que en Reglamentos anteriores se resolvía en disposiciones dispersas.

Por su parte, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 660a, de 8 de abril de 1980, con modificaciones en 1985, 1987, 1995 y 1996, actualmente en vigor, contiene disposiciones sobre presunción, (artículo 42); solicitud de cualquier información pertinente al representante del Estado (artículo 43.2); investigación *in loco* (artículo 44); fijación de la oportunidad para la recepción y obtención de las pruebas (artículo 45.5); examen de las pruebas que suministren el Gobierno y el peticionario, las que recoja de testigos de los hechos o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones, etc, (artículo 46.1).

Además de las disposiciones de su Reglamento, la Corte Interamericana ha establecido, a través de su jurisprudencia, desde los primeros casos contenciosos. -Viviana Gallardo, Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbí y Solís Corrales, entre otros-, los criterios rectores del proceso y, especialmente, de la prueba, en fecunda y reconocida creación del Derecho, no solo para suplir vacíos normativos, sino también para afirmar la naturaleza especial de su competencia y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana- al igual que su Estatuto y su Reglamento- ha utilizado como fuente inmediata en materia probatoria, la experiencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta, a su vez, tuvo como antecedentes el Proyecto de Disposiciones Sobre Procedimiento para el Arbitraje Internacional, preparado en 1875 por el Instituto de Derecho Internacional; las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales y la práctica reiterada durante muchos años de las Cortes Internacionales de Arbitraje.

La regulación vigente de la Corte Internacional de Justicia tiene su origen en la Corte Permanente Internacional de Justicia, creada en 1920, pues, de conformidad con el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debía fundamentarse en su predecesora, la Corte Permanente Internacional de Justicia, sin que se hayan producido diferencias en las disposiciones sobre la materia probatoria, lo que ha permitido aprovechar la práctica acumulada, en ambos tribunales, durante ochenta años.

Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia -destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho interno- se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas.

Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 de Estatuto, al ordenar que "la Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus ale-

gatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de la pruebas." En el mismo sentido el artículo 49 *eiusdem* dispone que, "aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho." Igualmente puede la Corte (artículo 34, parágrafo 2) "...solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia."

"Como regla general, todo lo alegado ante la Corte Internacional de Justicia debe ser probado, salvo que se trate de un hecho notorio...En el caso "Isla de Palma" entre los Países Bajos y Estados Unidos de América, Max Huber, único árbitro, decidió que no había necesidad de probar la existencia y acuerdos del Tratado de Utrech de 1714. Obviamente, tampoco requieren ser probados los hechos alegados por una parte y no discutidos, aceptados por la otra durante el curso del proceso" (Andrés Aguilar M. "Las Pruebas ante la Corte Internacional de Justicia"). Anteriormente la Corte Permanente de Justicia Internacional al decidir el caso "Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca", 1926, estableció que "desde el punto de vista internacional y de la Corte que es su órgano, las leyes internas (municipal law) son meramente hechos que expresan la voluntad de los Estados y constituyen su actividad en forma similar a las decisiones legales o a las medidas administrativas." El derecho interno o derecho nacional es, entonces, considerado como un hecho que debe ser probado por quien lo alegue. Distinto el criterio respecto al ordenamiento internacional; este no requiere ser probado, en razón del principio *iura novit curia* y, en el caso de las convenciones internacionales, generales o particulares, por disposición del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

El concepto de carga de la prueba debe ser enfocado desde un ángulo diferente en el derecho internacional, pues ante la Corte Internacional de Justicia, -por ejemplo- los sujetos, actor y demandado, no siempre aparecen totalmente delineados, concretamente cuando se han sometido a la jurisdicción de la Corte por acuerdo entre ellos. El juez Manfred Lachs (citado por Aguilar, antes mencionado) en su ensayo sobre "Probanzas en el procedimiento de la Corte Internacional de Justicia" afirma: "frecuentemente el punto en discusión aparece en cuanto a que las posiciones del así llamado demandante y del demandado, no son distinguibles...La práctica de la Corte señala, en realidad, que la carga de la prueba correspondía tanto al demandante como al demandado. Podemos recordar el caso del Estatuto legal del Este de Groenlandia, con relación a lo que el término Groenlandia implica. ¿Correspondía, según la Corte, la carga de la prueba a Noruega, aun cuando este país era el demandado? ¿O tuvo lugar en el "inusual o excepcional significado que Noruega atribuyó a Groenlandia?". Agrega Aguilar que las partes -en los procesos internacionales- tienen la facultad de suministrar las pruebas en la totalidad de las materias, sean de hecho o de derecho. Esta ideología -dice Aguilar- se fundamenta en el principio de cooperación entre las partes y la Corte".

En los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Neira Alegría, entre otros, la Corte Interamericana, al acoger la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, sostuvo que "es el

Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión aunque tiene facultad para realizar investigaciones, en la práctica depende para poder efectuarlas dentro de su jurisdicción de la cooperación y de los medios que le proporcione el gobierno".

Es evidente, además, la influencia de la doctrina jurídica contemporánea en la jurisprudencia sobre la prueba. La obra de Alcalá Zamora, Sentís Melendo, Couture, Fix-Zamudio, Vescovi, Devis Echandia, en América, ha permitido la transformación del procedimentalismo clásico en el actual procesalismo y que el derecho procesal haya dejado de ser un acápite del civil o penal para convertirse en una rama propia e independiente del derecho, dotada de principios fundamentales, con un rico contenido doctrinario.

Si bien el derecho procesal disciplina las formas, ello no impide que contenga normas de carácter sustancial, al desarrollar principios constitucionales sobre la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales. El acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho de petición, la igualdad de las partes, derivan de mandatos constitucionales. En la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela existen, por ejemplo, dos normas que han determinado profundos cambios en la jurisprudencia e igualmente habrán de producirlos en la futura legislación. Así el artículo 25 dispone que *"Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles"*. Y el artículo 257 del mismo texto constitucional *"El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales."*

Es obvio que tales mandatos constitucionales recogen no solo la filosofía de las declaraciones, convenciones, pactos y tratados internacionales, sino las opiniones de los procesalistas. Santiago Sentís Melendo, en su obra "La Prueba", considera el derecho probatorio como una rama autónoma y la más importante del Derecho Procesal. "El proceso -dice- es prueba; pues son pocos los que no lo exigen, y hasta puede decirse que cuando la prueba no existe, acaso sólo se trata de una ficción, o de una parodia, de proceso."

La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se nutre, no sólo de su propia experiencia como órgano creador del derecho, a través de la jurisprudencia -y de las normas procedimentales, por la facultad que tiene de dictar su Reglamento-, sino también de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y de la teoría del moderno derecho procesal.

II. INSTRUMENTOS NORMATIVOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada por Resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile (1959). En la parte pertinente dicha Resolución decidió "*Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros elegidos a título personal de ternas presentadas por los Gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargado de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que este le señale*". Posteriormente, en los años 1962, 1966 y 1970, fueron ampliadas las facultades de la Comisión. El artículo 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos atribuyó a la Comisión el carácter de "órgano competente -al igual que a la Corte Interamericana- para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención."

El artículo 39 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ordena a la Comisión la preparación de su Estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General; igualmente la autoriza para dictar su Reglamento. Varias normas de éste tratan la materia probatoria: el artículo 42 establece la presunción sobre la veracidad de los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Gobierno del Estado aludido si, en el plazo máximo fijado por la Comisión de conformidad con el artículo 34, párrafo 5, dicho Gobierno no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa.- El artículo 44.1 dispone que "si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación *in loco* para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias." El artículo 45.5 dispone, en el procedimiento de *solución amistosa*, que "la Comisión señalará un término para la recepción y obtención de pruebas, fijará fechas para la celebración de audiencias, si proceden, indicará, si es necesario la práctica de una observación *in loco* que se realizará mediante la anuencia del correspondiente Estado y señalará un término para la conclusión del procedimiento, término que podrá ser prorrogado a juicio de la Comisión." El artículo 48 dispone que "De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión examinará las pruebas que suministren el Gobierno aludido y el peticionario, las que recoja de testigos de los hechos o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones oficiales, o mediante una investigación *in loco*; una vez examinadas las pruebas, la Comisión preparará un informe en el que expondrá los hechos y las conclusiones respecto al caso sometido a su conocimiento". Por último, el artículo 72 del Reglamento de la Comisión, establece que ésta podrá solicitar a la Corte la comparecencia de otras personas -además de quienes fueron oídas en el trámite ante la Comisión- en carácter de testigos o expertos. La comparecencia de dichos testigos o expertos se ajustará a lo dispuesto en el Reglamento de la Corte.

La Corte Interamericana fue creada el día 22 de noviembre de 1969 al ser adoptada en San José de Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo Capítulo

VII de la Parte II tiene origen esta institución judicial autónoma encargada de aplicar e interpretar dicha Convención. Fue instalada el 3 de septiembre de 1979 en la ciudad de San José de Costa Rica.

El Estatuto de la Corte, aprobado mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, dispone en su artículo 25.1 que "La Corte dictará sus normas procesales", e igualmente que la Corte dictará su Reglamento. El Reglamento de la Corte, vigente desde el 1° de enero de 1997, dedica el Capítulo IV del Título II a la prueba en el proceso contencioso ante la Corte. El artículo 43 se refiere a la admisión de las pruebas; el artículo 44 a las diligencias probatorias de oficio; el artículo 45, a gastos de la prueba; el artículo 46, a la citación de testigos y peritos; el artículo 47, al juramento o declaración solemne de testigos y peritos; el artículo 48, a las objeciones contra testigos; el artículo 49, a la recusación de peritos, el artículo 50, a la protección de testigos y peritos; y el artículo 51, a la incomparecencia o falsa deposición.

Por tanto, los Reglamentos de la Comisión y de la Corte, constituyen los instrumentos procedimentales básicos en materia probatoria en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

III. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

En primer lugar cabe destacar el *principio de libertad*. Sentis Melendo afirmó que "*sin libertad no hay prueba; podrá haber... sucedáneos, sustitutos de la prueba, pero no verdaderas pruebas*"... "*Si la prueba es verificación ¿quién puede verificar sin sentirse en absoluta libertad para hacerlo? Ya hemos dicho -continúa Sentis Melendo- que se prueba haciendo uso de fuentes con determinados medios ¿Puede limitarse entonces la libertad? Todos los medios son hábiles, nos dirán los códigos modernos. Pero lo interesante es que las fuentes encuentren su medio; porque las fuentes son inagotables. Cuando se habla de la fotografía; o de las grabaciones magnetofónicas ¿Cómo van a encontrar esas fuentes un medio para llegar al proceso, para que el Juez las examine? ¿Puede alguien dejar de pensar en la revolución probatoria que las técnicas modernas pueden producir? ¿Cómo van a ser utilizadas la radio, la televisión? Pero, sobre todo ¿Habeis pensado en la fotografía retrospectiva? Su desarrollo significaría un cambio en todo el proceso; pero si llega habrá de incorporarse... Solo con libertad la parte podrá aportar todas las fuentes y el juez podrá hacer uso de todos los medios...*" (Sentis Melendo "La Prueba".)

El sistema de pruebas ante la Corte Internacional de Justicia, tal como lo ordena su Estatuto y Reglamento, otorga amplia libertad a las partes y a la Corte misma. No limita la presentación de cualquier tipo de evidencia ni contiene preceptos relativos al valor que debe dársele.

El proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aun cuando mantiene el principio de legalidad de los medios, autoriza la utilización de otros medios probatorios no

prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente permitidos por la ley (artículo 136). En el mismo sentido el Código de Procedimiento Civil Venezolano, dispone que "son medios de prueba admisibles aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República" (principio de legalidad). "Pueden también las partes valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones." (Artículo 395).

El principio de libertad no sólo atañe a las partes, conforme al principio dispositivo, sino también al juez, quien tiene la obligación de averiguar la verdad real, principio inquisitivo. El artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que, en cualquier estado de la causa podrá la Corte procurar de oficio toda prueba que considere útil. La práctica en dicho Tribunal demuestra que además de los medios específicos señalados en el Reglamento, la Corte ha admitido la presentación de un video, la declaración de un perito-testigo, el "afidávit", la declaración de la víctima, entre otros.

Principio de Igualdad. Se realiza fundamentalmente en lo relativo a la oportunidad para el ofrecimiento de la prueba. El artículo 43 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y su contestación y, en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa.

Si bien el principio de igualdad tiene plena aplicación en los procesos ante la Corte Internacional de Justicia, por tratarse de conflictos entre Estados partes no así -dogmáticamente- en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ante ésta acude la víctima, representada por la Comisión en un plano de frecuente desigualdad frente al Estado. La Corte Interamericana en numerosas sentencias se ha referido a esta realidad, especialmente al tratar sobre la carga de la prueba y sobre las investigaciones o visitas *in loco* en los Estados aludidos en las denuncias.

Corolario del principio de igualdad es que las pruebas, alegadas por alguna de las partes, deben ser comunicadas a la otra, a fin de darle oportunidad para contradecirlas. El artículo 43, parágrafo 4 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que "Todo documento presentado por una de las partes será comunicado a la otra mediante copia certificada".

En el trámite ante la Corte Interamericana, el Estado al recibir copia de la demanda es informado de las pruebas promovidas por la Comisión, cuando se trate del fondo; o por la Comisión y las víctimas en las demandas de reparación. Las pruebas promovidas por el Estado en su escrito de contestación, o de excepciones preliminares, deberán ser puestas en conocimiento de la Comisión antes de la respectiva audiencia. El control de la prueba se reali-

za a través de repreguntas de testigos y peritos; de objeciones contra documentos y testigos; de recusación de los peritos.

Principio de Inmediación. La evacuación o desahogo de la prueba en el procedimiento ante la Corte Interamericana, tiene lugar en la fase oral del proceso, en la audiencia que, con tal propósito, fije el Presidente (artículo 39 del Reglamento). En dicha audiencia se recibirán las declaraciones de los testigos, peritos y demás personas que hayan comparecido, así como las preguntas que se le formularen y sus respuestas; y se transcribirá el texto de las preguntas de los jueces y las respuestas respectivas. Con frecuencia los jueces de la Corte Interamericana, al igual que los jueces de la Corte Internacional de Justicia, hacen preguntas a los testigos o peritos para aclarar algunos aspectos de su declaración. Existen argumentos a favor y en contra de esta práctica que, recientemente, ha sido también incorporada en las legislaciones nacionales. Puede mencionarse a su favor -según opinión del Dr. Andrés Aguilar- que es excelente mecanismo para conocer la verdadera posición de los sujetos procesales en relación con los puntos importantes del conflicto. En contra, se ha argumentado que los jueces y la Corte misma al formular interrogatorios, pueden asomar una prematura indicación de sus ideas sobre el caso. Sin embargo el balance permite concluir que la práctica -tanto de la Corte Internacional de Justicia, como de la Corte Interamericana- ha tenido resultados negativos y puede haber servido a la finalidad de suministrar información tanto de los hechos, como del derecho, antes que la sentencia sea dictada.

Puede, sin embargo, la Corte Interamericana, conforme al artículo 44.4, comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen una averiguación, una inspección judicial o cualquier otra medida de instrucción. Motivo de preocupación ha sido, tanto para la Comisión como para la Corte Interamericana, la repetición ante ésta de las pruebas obtenidas en el trámite ante aquella. Se ha considerado que no debe repetirse la prueba sino cuando expresamente haya sido objetada por algunas de las partes; en todo caso, corresponderá a la Corte la valoración de la prueba. El argumento en contra de la admisión de los hechos demostrados ante la Comisión es que no permite la inmediación de los jueces en el proceso probatorio. También en razón de este principio la Corte Interamericana ha requerido el *quórum* reglamentario en las audiencias de pruebas; así como que no podrá participar en los actos sucesivos del proceso el juez que no hubiese estado presente en la audiencia de pruebas y de las alegaciones de las partes. El artículo 19.3 del Reglamento de la Corte dispone que "Cuando por cualquier causa un juez no esté presente en algunas de las audiencias o en otros actos del proceso, la Corte podrá decidir su inhabilitación para continuar conociendo del caso habida cuenta de todas las circunstancias que, a su juicio, sean relevantes." Igual sentido se infiere del artículo 16 al disponer que "Todo lo relativo a las reparaciones e indemnizaciones, así como la supervisión del cumplimiento de las sentencias de esta Corte, compete a los jueces que la integren en este estado del proceso, salvo que ya hubiere tenido lugar una audiencia pública y en tal caso conocerán los jueces que hubieren estado presentes en esa audiencia." Disposiciones que tienen como finalidad asegurar la inmediación de los jueces en el proceso contencioso ante la Corte.

Principio de adquisición de la prueba. Fue formulado por Chiovenda y tanto la doctrina jurídica posterior como la jurisprudencia italiana comenzaron a aludir al principio de

adquisición, en razón del cual las pruebas una vez realizadas, despliegan su entera eficacia a favor o en contra de ambas partes sin importar cual de ellas las ha producido. El juez puede y debe utilizar el material probatorio prescindiendo de su procedencia. El principio también es conocido como *de comunidad de la prueba*. Se desarrolla en el proceso en el sentido de que las pruebas no sirven exclusivamente al interés de quien las promueve y gestiona su evacuación, sino que, fundamentalmente, pertenecen al proceso. Este principio de comunidad en ocasiones se extiende no solo a la prueba producida sino también a la prueba anunciada. El Código de Procedimiento Civil de Venezuela, autoriza al juez a ordenar de oficio, entre otras diligencias, "la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente se declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por alguna de las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier otro acto procesal de las partes" (artículo 401.3). Basta, por tanto, que un testigo sea promovido u ofrecido por una de las partes para que el juez, de oficio, ordene su comparecencia. Esta facultad pone, además, de manifiesto la potestad inquisitiva del juez.

La Corte Interamericana no ha aludido expresamente al principio de adquisición o de comunidad de la prueba, pero algunas de sus decisiones se han basado en pruebas ofrecidas, por ejemplo, por el Estado para desvirtuar los hechos de la denuncia en su contra, cuando en dichas pruebas existían elementos de convicción favorables al denunciante.

Principio de razonabilidad. Si bien la actividad probatoria se rige por disposiciones expresas del Reglamento, como las relativas a su admisión, a la oportunidad de su evacuación y a las inhabilidades de los peritos, existe un amplio margen de discrecionalidad en las decisiones de la Corte Interamericana para admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa; igualmente en el caso de recusación de un perito, la Corte hará la designación de quien haya de sustituirlo, si hubiere urgencia en evacuar la prueba (artículo 49.4). En el caso Cayara, Excepciones Preliminares, sentencia de 3 de febrero de 1993, la Corte, respecto a las formalidades requeridas en la demanda y contestación de la demanda y el ofrecimiento, en ellas, de la prueba, expresó que "*el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad; ciertas omisiones o retrasos en la observación de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.*"

La razonabilidad permite decidir un caso con fundamento en asuntos de fondo y no en razones puramente técnico-procedimentales. En el caso "Zonas libres de Alta Saboya y del Distrito de Gex (7 de junio de 1932) la Corte Internacional de Justicia precisó que la "decisión de un conflicto internacional de este tipo no podía depender de razones procesales exclusivamente".

Son estos, algunos de los principios que orientan la actividad probatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Lapso probatorio promoción, admisión y evacuación o desahogo de las pruebas. La parte demandante -un Estado vs. otro Estado o la Comisión vs. un Estado, únicos sujetos en el proceso contencioso sobre el fondo- deberán promover en la demanda las pruebas que pretenden hacer valer en el caso. El Estado demandado, a su vez, deberá hacerlo en el escrito de contestación o en el de excepciones preliminares. Sólo excepcionalmente, y debido a su poder discrecional, la Corte podrá admitir una prueba extemporánea si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa.

El lapso de promoción de pruebas está, por tanto, condicionado por el que se concede para la contestación del Estado respecto de la demanda o a la Comisión para la contestación de las excepciones preliminares. Este lapso podrá extenderse si la Corte utiliza la facultad que le confiere el artículo 44 del Reglamento para procurar las pruebas que estimare pertinentes. En este caso fijará el tiempo en que habrá de realizarse la diligencia ordenada.

La Corte admite la prueba expresamente y ordena a su incorporación al expediente si se trata de documentos escritos. Respecto a las demás pruebas emite pronunciamiento de admisión siempre que no sean ilegítimas: impertinentes, contrarias a la moral, irrealizables o contrarias a la dignidad del tribunal o de las personas que acuden al mismo. No sería admisible, por ejemplo, llamar a confesión a alguna de las partes a través de posiciones juradas, o cuando se trate, como observa Fix-Zamudio, de probar hechos "imposibles o notoriamente inverosímiles". Tampoco la Corte admitirá, por economía procesal, la prueba del derecho internacional, del hecho notorio o del que expresamente haya sido admitido por la parte contra quien se pretende la prueba.

En un procedimiento sobre medidas provisionales tramitado recientemente -refugiados haitianos vs. República Dominicana- la Corte no admitió como peritos a dos personas que con tal carácter habían sido promovidos, pero los llamó a declarar como testigos, lo que pone de manifiesto la naturaleza del Tribunal y de los derechos protegidos por el derecho interamericano. Es obvio que con su decisión la Corte no prejuzgó el mérito de la prueba, pues será la decisión sobre las medidas solicitadas, la que determine el valor de dichas testimoniales.

La evacuación o desahogo de la prueba, con excepción de las documentales o de las inspecciones, se hará en el procedimiento oral en la audiencia pública que fijará el Presidente de la Corte quien asimismo las dirigirá. En dicha audiencia podrán ser interrogados los testigos y los peritos, en primer lugar, por la parte que los presentó, seguidamente por la parte contraria a ésta y, por último, por los jueces. En la etapa de las reparaciones los representantes de las víctimas o sus familiares, a quienes el vigente Reglamento concedió *locus standi*, podrán presentar pruebas en forma autónoma y asistir a las audiencias con las atribuciones que el Reglamento confiere a las partes. El Presidente de la Corte estará facultado para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a las personas a quienes vayan

dirigidas a menos que la Corte resuelva otra cosa. (Reglamento artículo 41). Rige en cuanto a la evacuación o desahogo de la prueba el principio de oralidad para los testigos y peritos, pero sus declaraciones deberán constar por escrito en el acta respectiva. La prueba documental, como se dijo, será incorporada a los autos una vez que el Tribunal la declare admisible, y otras pruebas como los medios audiovisuales, experticias y cualesquiera otras que lo permitan, deberán ser presentadas en la audiencia.

Diligencias probatorias de oficio. El artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana dispone las diligencias probatorias que, de oficio, puede ordenar el Tribunal. Tales diligencias son: 1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo perito o por cualquier otro título a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente. 2. Requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil; 3. Solicitar de cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección que obtenga una información o exprese una opinión o haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. 4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realice una averiguación, una inspección judicial o cualquiera otra medida de instrucción. Estas facultades no son taxativas, tampoco la relación de los medios probatorios. Puede la Corte, por ejemplo, admitir y valorar los indicios, las pruebas circunstanciales, las presunciones o inferencias que resulten de los autos; oír la declaración de la víctima y recurrir a máximas de experiencia respecto de una situación determinada. Se trata de las llamadas pruebas indirectas en la construcción jurisprudencial de la Corte. También puede el Tribunal apreciar las consecuencias que se derivan de alguna actuación u omisión de las partes, por ejemplo, de la no contestación de la demanda o de la negativa de alguna de las partes de suministrar a la Corte una información requerida oportunamente, pudiendo dar por cierto el hecho que se trata de establecer; puede igualmente apreciar el valor indiciario o circunstancial de los informes policiales.

La función esencial de la Corte es la protección de los derechos humanos y de ello deriva la amplitud de sus poderes para determinar si, en efecto, se ha producido una infracción por parte del Estado y la violación de los derechos fundamentales protegidos internacionalmente.

Carga y valoración de la prueba. El principio general y clásico sobre la carga de la prueba se expresa en la mayoría de los códigos al disponer que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Trasladado este concepto de derecho común al derecho internacional cabe señalar, que corresponde igualmente a la parte que alegare un hecho la obligación de probarlo. No es, sin embargo, una exigencia rígida, pues en muchos casos el Estado demandado deberá cooperar en el establecimiento o existencia de un hecho alegado por la Comisión, o por la víctima, en su caso, en virtud del principio consagrado en el artículo 24 del Reglamento de la Corte sobre la cooperación de los Estados, interpretado extensivamente por el Tribunal para aplicarlo a la obtención de la prueba cuando ello no sea posible a la víctima o a sus representantes. Por tanto, se mantiene el principio de que quien alegue un hecho debe probarlo, y así generalmente sucede, sin que el Estado, cuando esté en mejores condiciones, quede exonerado de contribuir al establecimiento de un hecho, aún cuando no lo hubiese alegado.

La valoración de la prueba se realiza según la regla de la sana crítica que, como expresa Fix-Zamudio, tiene su fundamento en la lógica y experiencia, no siendo admitidas en el proceso ante la Corte otras reglas del derecho común sobre la materia.

V. JURISPRUDENCIA

En los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que lo había hecho la Corte Internacional de Justicia, declaró que los tribunales internacionales poseen la potestad de evaluar libremente las pruebas, aún cuando hayan evitado una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar el fallo.

En el caso Cayara, Excepciones Preliminares así como en el caso Paniagua Morales y otros, la Corte expresó que "el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de formalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. También en el caso Paniagua Morales y, en cierto sentido, en Castillo Petruzzi y otros, la Corte consideró que en un Tribunal Internacional cuyo fin es la protección de los derechos humanos el procedimiento reviste particularidades propias que le diferencian del proceso del derecho interno. Aquel es menos formal y más flexible que éste, sin por ello dejar de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes; y en los casos Loayza Tamayo, Castillo Páez, Blake, entre otros, la Corte advirtió que debe aplicar mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ella sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.

En los casos Velásquez Rodríguez, Suárez Rosero y Paniagua Morales, la Corte estimó necesario tener presente que la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Cuando el Estado comparece ante un Tribunal no lo hace como sujeto en un proceso penal, pues la Corte no impone penas a personas culpables de violar los derechos humanos. La función de ésta es proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los Estados responsables de tales acciones. En el caso Castillo Petruzzi y, anteriormente en los casos Gangaram Panday, Loayza Tamayo y Castillo Páez, la Corte observó que además de la prueba directa sea testimonial, pericial o documental, los tribunales internacionales, tanto como los internos, pueden fundar la sentencia en la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones sólidas sobre los hechos. Al respecto, ha dicho la Corte que "en ejercicio de su función jurisdiccional tratándose de la obtención y valoración de las pruebas necesarias para la decisión de los casos que conoce puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquellas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos".

En el caso Blake la Corte atribuyó un alto valor probatorio a la declaración de los testigos dentro del contexto y de las circunstancias de un caso de desaparición forzada, con todas las dificultades que de éstas se derivan, y cuando los medios de pruebas son esencialmente testimonios indirectos y circunstanciales en razón de la propia naturaleza de este delito.

Por último, como lo hizo en el caso Paniagua Morales, la Corte expresó que todo tribunal interno o internacional debe estar consciente de que una adecuada valoración de la prueba según la regla de la sana crítica, permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados.

**LAS REPARACIONES EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ*

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

LAS REPARACIONES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Sumario: I. Introducción. II. Procedimiento y sentencia sobre reparaciones. III. Legitimación procesal. IV. Derecho aplicable a la reparación. V. Hipótesis de violación. VI. Contenido de la reparación: A. Consideración general. B. Garantía actual y futura. C. Indemnización: a. Daños y perjuicios. b. Daño moral. c. Beneficiarios. d. Medidas sobre la integridad de la indemnización. e. Costas. D. Daño al proyecto de vida. E. Medidas de Derecho interno. F. Deber de justicia penal. G. Satisfacción. H. Otras medidas de reparación. I. Supervisión.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

La conducta ilícita genera una lesión jurídica -además de lesiones de otro orden- que es preciso reparar con justicia, oportunidad y suficiencia. Esta es la "prueba de fuego" para un sistema tutelar de bienes. Donde hay violación sin sanción o daño sin reparación, el Derecho entra en crisis, no sólo como instrumento para resolver cierto litigio, sino como método para resolverlos todos, es decir, para asegurar la paz con justicia. Cuestionada su eficacia, asalta la tentación de utilizar vías extrajurídicas para obtener lo que no proveen las jurídicas. Importa, pues, que la positividad de la norma (vigor real) se asocie a su vigencia (vigor formal).

Esa relación es más difícil, incierta, en el orden internacional que en el interno. En aquel abundan los motivos de excusa, reticencia o demora; entre ellos, las razones de la soberanía, que se elevan, paso a paso, en el curso del procedimiento: desde las excepciones preliminares hasta la interpretación y ejecución de la sentencia. Agréguese la complejidad característica, las dilaciones naturales y los costos elevados de la contienda internacional. De ahí que sea preciso vigilar, cuidar, asegurar con especial esmero la relación entre vigencia y positividad en el Derecho de gentes. Aquí la llamada cultura de la legalidad, la convicción jurídica y la voluntad de plegar la conducta propia al deber establecido -*pacta sunt servanda*, en "pie de guerra"- quedan en la mayor evidencia.

El tema se ha recogido en un precepto heterogéneo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 63, que en sus dos incisos y en sus diversos párrafos reúne instituciones de distinta naturaleza. Esta norma relevante abre la vía a un complejo y completo sistema de reparaciones, y en este sentido resulta más amplio y enfático que su correspondiente europeo.

En efecto, este último instrumento propone la consideración de un doble plano reparatorio: primero, ante la autoridad doméstica; luego, ante el órgano transnacional. El artículo 50 del Convenio de Roma señala que si el tribunal europeo encuentra que alguna resolución o medida de cualquier autoridad se opone a las obligaciones que derivan de aquel Convenio, "y si el derecho interno (...) sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada".

En cambio, la norma interamericana no obliga a esa primera verificación sobre la eficacia reparadora de la vía interna; avanza directamente sobre la reparación internacional que proviene de una responsabilidad asimismo internacional del Estado. Así se observó por la Corte: "Ninguna parte (del artículo 63.1) hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo" (*Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, párr. 30).

Si hoy mismo hubiese que redactar una nueva convención americana, probablemente la norma correspondiente a reparaciones recibiría una formulación distinta de la que ahora guarda el artículo 63, y acaso se distribuiría en más de un precepto. Habría que deslindar las medidas para evitar la violación de un derecho (medidas provisionales) de las consecuencias de la violación cometida (reparaciones), que figuran, reunidas, en ese precepto, así como incorporar entre estas últimas las garantías en el goce -y ejercicio- de los derechos y libertades conculcados al lesionado y abarcar con fórmula muy amplia las diversas proyecciones de la reparación.

La lectura del inciso 1 del artículo 63 ha llevado a establecer una doble perspectiva en la operación de sus normas. La primera parte ("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") miraría hacia el futuro y garantizaría, en ese plano del tiempo, protección de la libertad o el derecho; se trataría, en consecuencia, de una disposición con objeto y efectos a un tiempo "preventivos" y "resarcitorios".

La segunda parte ("Dispondrá -la Corte- 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") miraría hacia el pasado, donde se consumó -formal o materialmente- la violación y se actualizó, por ello, una obligación

reparadora y un derecho correspondiente; aquí se trataría, a su vez, de una disposición con objeto y efectos "resarcitorios".

Las complicaciones de nuestra norma han suscitado una constante reflexión jurisprudencial que permita hacer luz donde hay algunas sombras y construir, a fuerza de sentencias, un corpus sobre las reparaciones. A éste han llegado, desde luego, las enseñanzas de la jurisprudencia formada por otros órganos internacionales, frecuentemente acogida por la Corte Interamericana, y de una copiosa doctrina. Es interesante advertir cómo se avanza en el espacio de las reparaciones en cada nueva sentencia sobre la materia que dicta la Corte, e incluso en las resoluciones de fondo.

En un primer momento, la Corte identificó sus sentencias sobre resarcimiento con el rótulo de "Indemnización compensatoria" (así, en los *Casos Velázquez Rodríguez, Sentencia de 21 de julio de 1989*, y *Godínez Cruz, Sentencia de la misma fecha*). Posteriormente, la Corte optó por referirse a "Reparaciones" y sostener que la reparación es un "término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido" (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 41). Adelante volveré con mayor detalle sobre este asunto.

II. PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA SOBRE REPARACIONES

El proceso sobre derechos humanos previsto en el Derecho interamericano tiene un objeto necesario y otro contingente. Aquél es, por supuesto, el litigio mismo sobre violación de derechos; el segundo, la contienda acerca de la reparación. Cuando hablo de objeto contingente me refiero única y exclusivamente, desde luego, a la implicación procesal del punto, no a su significado sustancial. Desde esta perspectiva, el interés jurídico de reparación no reviste ese carácter contingente.

La conclusión ordinaria o normal del juicio internacional -como la de cualquier proceso- es la sentencia que resuelve la controversia, aunque también existe la posibilidad de conclusión anticipada, extraordinaria o anormal -dicho asimismo en términos de Derecho procesal- por medio de una resolución diferente, el sobreseimiento, con la que se cierra el proceso tras el allanamiento o el desistimiento de la pretensión (artículo 52), cuando ésta es disponible. Empero, en el caso de allanamiento "la Corte fijará las reparaciones e indemnizaciones correspondientes" (artículo 52.1).

Sobre el objeto necesario discurren los dos primeros períodos del procedimiento, visto en su conjunto: el relativo al conflicto incidental acerca de las excepciones preliminares -tema que aún reclamará cuidadosa consideración-, en el caso de que el demandado las oponga, y el referente al conflicto sustantivo, que se dirime en la sentencia de fondo. En éste se propone un acto o una situación violatorios; la pretensión consiste en que se declare que los hubo y se fijen las consecuencias pertinentes.

Lógicamente, hay que resolver, en primer término, si efectivamente hubo una violación de la Convención Americana. Si no la hubo, no habrá sustento para consecuencias sancionadoras. Se habrá decidido la materia principal y no se ingresará en la accesoria, que no existe y que precisamente en esta hipótesis muestra su carácter contingente.

Puesto que aquí interesa que se declare la existencia, en su caso, de violaciones a la Convención, tema que puede ser deslindado de su consecuencia -la reparación-, la sentencia correspondiente reviste carácter declarativo. El artículo 55 define el contenido de la sentencia; y nada en él obsta para llegar a esa afirmación, como no sea la referencia expresa a un "pronunciamiento sobre costas, si las hubiere" (1.h), que puede ser genérico y dejar para la sentencia de reparaciones -como en efecto ha sucedido- el detalle de la condena.

Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana han oscilado entre la pura declaración de las violaciones cometidas, por una parte, y esta misma declaración más el agregado de los efectos jurídicos de la violación, que generalmente figuran en términos generales, por la otra. En este último caso se configura una sentencia mixta, declarativa y condenatoria, en la que se agotan los puntos declarativos y sólo se inician -como base para el acuerdo de las partes o la futura resolución de la Corte- los condenatorios.

Dejando de lado condenas reparatorias pecuniarias en la sentencia de fondo, que podrían figurar en ésta o en la específica sobre la materia que ahora nos interesa, conviene llamar la atención acerca de la conducta a seguir por el juzgador cuando la demora en establecer alguna o algunas reparaciones implica la subsistencia de una situación violatoria que afecta un bien de la mayor importancia, como es la libertad. En esta circunstancia, parece razonable que la decisión de fondo avance sobre el tema de reparaciones con el propósito de que cese aquella violación (*Caso Loayza Tamayo, Fondo*, párr. 84 y resolutivo 5).

El tercer período del procedimiento se concentra en la reparación de las violaciones cometidas. He dicho que se trata de un objeto accesorio del proceso -sin perjuicio de que también sea materia esencial del litigio, tanto como la misma cuestión de fondo: las violaciones-, porque puede haber proceso sin que exista debate sobre reparaciones. Así ocurre si el allanamiento se traduce en forma satisfactoria para la víctima, que es la acreedora principal -pero no exclusiva- de las reparaciones, o bien, si tiene éxito la oportunidad de composición entre las partes, abierta por la sentencia declarativa. Si nada de esto acontece, se ingresa en el tercer período, que desembocará en una típica sentencia de condena a determinadas prestaciones por parte de quien incurrió en las violaciones previamente acreditadas (artículo 56).

Digo que la víctima es la acreedora principal a las reparaciones -e incluso este calificativo pudiera resultar discutible-, porque el orden judicial internacional se despliega para la defensa de intereses individuales y colectivos, vulnerados simultáneamente por la conducta o la situación violatorias. Obviamente, esto mismo ocurre en el orden nacional.

Así, hay reparaciones debidas precisamente a la víctima, sujeto lesionado, como la indemnización por daños y perjuicios causados, la condena en costas, la atención al proyecto de vida; pero también las hay que se dirigen a restituir o reparar, reponer o preservar bienes que exceden al lesionado inmediato -aunque pudieran abarcarlo- y corresponden a la sociedad en su conjunto: tal ocurre cuando se dispone la reforma de una norma que se opone a la Convención o se ordena investigar y sancionar al responsable de la violación de derechos, libertades o garantías, que por serlo se convierte, bajo la ley doméstica, en autor de un delito. La persecución de los delitos pretende satisfacer al ofendido, pero ante todo permite mantener incólumes los bienes jurídicos colectivos que se atienden a través de la justicia penal.

En síntesis, si bien nada se opone a que en la sentencia de fondo se avance sobre el tema de reparaciones, posibilidad que establece el artículo 56.1 del Reglamento de la Corte, es razonable que en aquélla sólo se aborden las reparaciones cuya demora pudiera acarrear la continuación de una insoportable vulneración a cierta libertad, derecho o garantía. Fuera de esta hipótesis, parece adecuado que la resolución de fondo no agote el punto de las reparaciones, tomando en cuenta que siempre existe -al menos como generalizada hipótesis- la posibilidad de adecuada composición. Por todo ello, el abordaje de las reparaciones en la sentencia de fondo se puede hacer en forma enunciativa y general sobre el deber de reparar, como consecuencia jurídica de las violaciones declaradas.

Otra técnica sobre la sentencia de fondo, sugeriría que ésta se limitase a los puntos declarativos y a la manifestación de que las reparaciones quedan sujetas, en un primer análisis necesario, al acuerdo entre las partes, y en otro posterior y contingente, a la decisión de la Corte. Ahora bien, el acuerdo entre aquéllas puede poner en otras manos la sugerencia o la decisión misma del asunto: v.gr., una instancia arbitral, que produzca un laudo (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párrs. 18 y ss.), a condición de que las partes finalmente asuman ese laudo como contenido de su propio convenio.

La materia de reparaciones se halla en principio sujeta, pues, a la deliberación y acuerdo entre las partes. Esto implica varias cosas. Por un lado, que generalmente se trata de derechos disponibles -o en todo caso, que es disponible la consecuencia de la inobservancia de esos derechos-, porque de otra suerte sólo cabría una solución estrictamente jurisdiccional. Por otro lado, que se privilegia, como suele ser razonable, la vía no contenciosa sobre la contenciosa: queda franca la posibilidad de desjudicializar la solución del conflicto y permitir que las partes decidan, a través de la autocomposición, lo que convenga mejor a sus intereses.

Este aliento a la composición se localiza a lo largo del procedimiento interamericano: así, la composición amistosa es una solución admisible -y deseable- en la etapa que se ventila ante la Comisión Interamericana, pero debe estar "fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en (la) Convención" (artículos 48.1.f, y 49). El Reglamento de la Comisión, que acoge este mismo señalamiento, puntualiza que para llevar adelante la función compositiva que aquí se comenta es necesario que "el asunto por su naturaleza sea susceptible de solucionarse mediante la utilización del procedimiento de solución amistosa" (artículo

45.2); y que si la Comisión advierte, en la tramitación del asunto, "que éste por su naturaleza no es susceptible de una solución amistosa" podrá dar por concluida su actividad mediadora (*idem*, inciso 7).

En fin, no se trata de arribar a "cualquier" solución amistosa, sino a una solución justa, como es propio de un verdadero sistema de protección de derechos, al que repugna cubrir arreglos injustos con el prestigio de la justicia. Esto mismo se observa en la posibilidad, sobre la que volveré *infra*, de que la Corte ordene la continuación del proceso pese al desistimiento o al allanamiento.

Cuando se habla aquí de acuerdo entre partes, se alude a las que lo son en sentido material -lesionado y Estado-, o bien, asimismo en sentido formal, en cuanto se trate de representantes o familiares de aquél, tomando en cuenta lo que dispone el artículo 56.1 del Reglamento de la Corte acerca de los acuerdos: si ésta "fuere informada de que el lesionado y la parte responsable han llegado a un acuerdo...". Esto no excluye la posibilidad de que la Comisión, parte en todo el proceso, comparezca, pruebe y alegue en la fase de reparación, sobre todo -aunque no exclusivamente, en mi concepto- cuando las reparaciones aplicables van más allá del resarcimiento o la satisfacción estrictamente personales.

Vuelvo ahora a un asunto que *supra* abordé brevemente: la idoneidad del acuerdo como medio conclusivo del litigio y excluyente de la sentencia. No obstante las evidentes ventajas de la autocomposición -en que las partes hallan en sí mismas, y no en la fuerza de un tercero, la solución a su conflicto-, aquélla puede ser fuente de injusticias o inequidades. De ser así, la administración de justicia habría servido a un resultado indigno.

Por ello, como antes mencioné, el acuerdo inter partes -sea que provenga directa e inmediatamente de éstas, sea que asuma el contenido de una decisión de tercero convocado por las partes: laudo, por ejemplo- queda sujeto a la homologación por la Corte, que no se limita a verificar las condiciones formales del acuerdo y las voluntades expresadas en éste, sino lo confronta con las violaciones cometidas, la naturaleza y gravedad que aquéllas revisten, la reparación pertinente y razonable, las exigencias de la justicia y la equidad, y las circunstancias del caso y de las partes. En fin, la Corte siempre se reserva la potestad de homologar el acuerdo, para que éste adquiera eficacia (*Casos Velázquez Rodríguez, Fondo*, párr. 191; *Neira Alegría y otros, Fondo*, párr. 90, y *Garrido y Baigorria, Fondo*, resolutivo 4).

Al respecto, es clara la prevención del artículo 56.1, *in fine*, del Reglamento de la Corte: ésta "verificará que el acuerdo sea justo y dispondrá lo conducente"; y también lo son las disposiciones contenidas en los artículos 52 -la Corte resolverá "si hay lugar al desistimiento" y "sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos"-; 53 -la Corte podrá sobreseer, escuchando previamente a los representantes de las víctimas o sus familiares- y 54: "La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes".

El principio *pro homine*, que gobierna la interpretación de las normas sobre derechos humanos y conduce las decisiones de la jurisdicción, gravita también en las reparaciones y en los correspondientes acuerdos entre las partes. La Corte Interamericana ha considerado esta materia con una fórmula que entraña esa gravitación y fija el criterio aplicable a este asunto: tomando en cuenta "la disposición del Gobierno y los intereses superiores de las víctimas" (*Caso El Amparo, Fondo*, párr. 21).

El desacuerdo entre las partes, del que se informa al tribunal, o la impertinencia del acuerdo alcanzado acerca de la indemnización pertinente, al que no se da carácter ejecutivo a través de la homologación, son otros tantos supuestos para la apertura de la fase de reparaciones dentro del proceso tutelar de derechos humanos, hasta arribar a una sentencia de condena que aborde y abarque todos los puntos pertinentes -haya o no contienda formal- a propósito de cada una de las violaciones cometidas.

Como se ve, tenemos aquí un proceso que continúa por impulso del tribunal, no obstante que las partes se resisten a proseguirlo o desisten de hacerlo. No prevalece la voluntad de éstas, que corresponde a una decisión privada, sino la voluntad tutelar de los derechos humanos, que concierne a una determinación colectiva.

Lo dicho acerca del improcedente convenio sobre puntos de interés aparentemente privado, queda en mayor evidencia en otro supuesto de apertura del procedimiento sobre reparaciones, vinculado con la hipótesis de indisponibilidad de la materia contenciosa: el atinente a medidas cuya adopción va más allá del interés individual de la víctima, aunque afecte a éste o se relacione con él, y por eso mismo haya llegado al conocimiento de la Corte.

Eso sucede, por ejemplo, cuando la reparación consiste en actos legislativos o en medidas de política que abarquen el caso de la víctima y muchos más, como es característico de la norma general y de las políticas públicas, o cuando el pacto implique violación a un deber indeclinable del Estado, como es la obligación persecutoria de las conductas ilícitas. Aquí interesa menos el acuerdo al que lleguen las partes, si acaso llegan a alguno, que el compromiso del Estado -una expresión unilateral, sujeta a apreciación jurisdiccional- sobre la conducta que desplegará.

En efecto, el tribunal ha decidido que "aun cuando el particular damnificado perdona al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención" (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 73).

Por lo que hace a la influencia de la preparación de un acuerdo entre las partes sobre el procedimiento judicial mismo, se ha entendido que aquella no puede interferir en éste, a un

punto tal que lo suspenda, puesto que el proceso sobre derechos humanos interesa al orden público. Pero también la composición sirve a ese orden público. Por ello la Corte, que no puede suspender el procedimiento judicial, está en posibilidad de conceder un plazo para que las partes arriben a un acuerdo (*Caso Garrido y Baigorria, Fondo*, párrs. 28-30).

En suma, se podría concluir que:

- a) el deber de reparar, en la especie, se desprende de las declaraciones formuladas en la sentencia de fondo acerca de las violaciones cometidas; aquélla puede establecer dicho deber, en términos generales, y constituir, por ello, una sentencia mixta: declarativa y condenatoria;
- b) la reparación, objeto accesorio y contingente del proceso tutelar de los derechos humanos, queda sujeta al acuerdo entre las partes, que en este sentido implica un convenio sobre la forma de ejercer un derecho reconocido y cumplir un deber acreditado;
- c) ese acuerdo *inter partes* comprende a quienes participan o pueden participar en la contienda sobre reparaciones como partes en sentido material, o bien, en sentido formal, si se trata de representantes y familiares de la víctima, sin que ello excluya la comparecencia de la Comisión Interamericana, que es parte a lo largo de todo el proceso;
- d) la consecuente autocomposición tiene el límite que en general restringe este género de soluciones del litigio: disponibilidad sobre la materia justiciable y capacidad para ejercer la disposición;
- e) por ello, la flexibilidad que existe en puntos patrimoniales, dentro de un marco de equidad, resulta por lo menos discutible en otros espacios o francamente inadmisibles cuando implica relevar al Estado de un deber público derivado de la Convención o de sus propias disposiciones internas; y
- f) la Corte debe homologar el convenio entre las partes acerca de la reparación; este acto convalida el acuerdo de voluntades, le confiere ejecutividad y pone término a la contención sobre reparaciones, sin perjuicio de la aclaración de sentencia, que en todo caso se resuelve sin revisar las decisiones adoptadas acerca del litigio mismo.

III. LEGITIMACIÓN PROCESAL

La materia de reparaciones ha sido el puente para que ingresen al sistema interamericano algunas novedades útiles en materia de legitimación procesal activa. No hay duda en cuanto a la titularidad del bien jurídico afectado por la violación cometida, pero la hay en cuanto a la posibilidad y conveniencia de que el titular de ese bien acuda, como perfecto *sui juris*, a

reclamar en sede jurisdiccional la violación cometida y rescatar, de esta suerte, su derecho. Y algo más que eso: a defender el Derecho objetivo a través de la defensa del derecho subjetivo.

En este último punto se aprecia también la diferencia entre la tutela del orden jurídico reservada a ciertos órganos públicos y la misma tutela atribuida, en calidad de derecho subjetivo, a cualquier persona, como ocurre, por ejemplo, a través de la acción popular para plantear la inconstitucionalidad de una ley ante una corte constitucional.

En el sistema interamericano, considerado como un todo, la actividad protagónica de la víctima se contrajo a la fase desarrollada ante la Comisión Interamericana, conforme a las disposiciones anteriores al vigente Reglamento de la Corte. La víctima no traspuso la puerta de acceso a la etapa jurisdiccional que se sigue en el tribunal, sólo franqueada para la Comisión Interamericana o el Estado demandante. Dado que las demandas han procedido siempre de la Comisión, ésta asume, por su derecho y en los hechos, una especie de monopolio persecutorio de la conducta ilícita, que se asemeja al que posee, en algunos sistemas nacionales, el Ministerio Público. Esto convierte a la víctima en un observador del juicio que le atañe, un espectador de la suerte que corre su derecho, un extraño en una contienda que es, sin embargo, "su" contienda.

Se aducen ventajas y desventajas en la intervención de la víctima a título de parte procesal, aunque no haya duda de que es sujeto de la relación jurídica material. La pretensión es suya, materialmente, sin perjuicio de que también lo sea de otro titular: uno difuso, genérico, que actúa a través de la Comisión Interamericana y cuyos intereses -la tutela, *in genere*, de los derechos humanos y la legitimidad en la actuación del Estado- no quedan sujetos necesariamente al interés -con las consecuentes oscilaciones- del lesionado particular. Sobre este punto siguen siendo útiles ciertas nociones que no me corresponde desenvolver ahora: la identificación de los intereses en juego, la caracterización de las partes formales y materiales, el ejemplo del Ministerio Fiscal o Público del Derecho interno, la teoría de la dispositividad de los bienes, y algunas más.

El Reglamento de la Corte Interamericana del 16 de septiembre de 1996, que se halla en vigor, admitió una novedad que probablemente señala el camino del porvenir, ya recorrido por el sistema europeo. En efecto, invistió a la víctima con legitimación procesal activa, lo cual es mucho más, ciertamente, que sólo permitir al denunciante original y a los representantes de las víctimas o sus familiares la intervención en un debate, a solicitud de la Comisión y como asistentes de ésta (artículo 22.2 del Reglamento).

La nueva decisión reglamentaria se produjo con una fórmula un tanto oblicua, porque se refirió a los representantes de la víctima en vez de hacerlo a ésta, y en forma limitada, porque la legitimación sólo alcanza a la etapa de reparaciones en el proceso sobre derechos humanos. Esto último resulta, por ahora, insuperable para la propia Corte, que quizás no podría ir más lejos en su reglamentación interna sin chocar con normas superiores por las que está vinculada.

El artículo 23 del Reglamento de la Corte, que faculta a los representantes de las víctimas o sus familiares para presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma con respecto a la Comisión, ha tenido frecuente aplicación en los casos contenciosos de los que ha conocido la Corte en estos últimos años. Ciertamente, no ha estorbado, sino apoyado, la función de la Comisión ante la Corte, del mismo modo que ésta ha favorecido, con su propia actuación, la defensa de los intereses de las víctimas y sus derechohabientes.

Sobre este asunto conviene precisar todavía algunos puntos, deducidos de la jurisprudencia o la práctica de la Corte, o bien, de principios generales sobre las figuras jurídicas que aquí se actualizan, a saber:

- a) la autonomía que se atribuye a los representantes y familiares confiere a éstos personalidad y libertad con respecto a la Comisión y ante la Corte, precisamente en la etapa de reparaciones y para los fines de ésta -que desde luego alcanzan la interpretación de una sentencia sobre la materia y los puntos que atañen a la ejecución respectiva-, no así en otras etapas, como las excepciones preliminares y el conocimiento del fondo;
- b) en tal virtud, la Comisión y los representantes o los familiares de la víctima no se excluyen procesalmente; en la práctica, actúan como los personajes de un litisconsorcio activo;
- c) la actividad procesal de la víctima, de sus representantes y de sus familiares tiene el alcance que se reconoce al concepto de acceso a la justicia en sentido formal, es decir, se identifica con el derecho de audiencia en sentido amplio: comparecer en el proceso, proponer pruebas y expresar alegatos (argumentos). Las disposiciones aplicables a estos actos, en general, son también aplicables a las comparecencias, las pruebas y los alegatos de los sujetos legitimados por el artículo 23 del Reglamento de la Corte;
- d) se entiende que la legitimación alcanza primero a la víctima misma y a sus derechohabientes, que suceden a aquélla en determinados derechos, sin perjuicio de los que pudieran tener a título propio -así, como víctimas indirectas- y como consecuencia o reflejo, habida cuenta de la naturaleza de algunas violaciones y de las circunstancias mismas del juicio, a sus representantes o familiares;
- e) los representantes son las personas que han recibido por cualquier título jurídico idóneo la capacidad de sostener en juicio los intereses de la víctima o de sus derechohabientes; la fuente puede ser legal o convencional; la prueba de la representación no está dominada por el rigor formal inherente al Derecho interno (*Casos Castillo Páez, Reparaciones*, párrs. 65-66, y *Loayza Tamayo, Reparaciones*, párrs. 98-99); y el término familiares debe "entenderse como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano" (*Caso Loayza Tamayo, Reparaciones*, párr. 69); y
- f) La legitimación reconocida a la víctima, un asunto procesal, se proyecta en el contenido posible de la reparación, un asunto material; tal es el caso cuando se considera el pago de gastos y costas.

IV. DERECHO APLICABLE A LA REPARACIÓN

Lo expuesto en el apartado anterior pone al tanto de que la figura del reclamante de reparación -sea la Comisión, sea un particular, sean ambos sujetos- y la forma en que éste comparece en el procedimiento internacional tutelar de los derechos humanos, son asunto del Derecho de gentes, que en la especie han resuelto la Convención Americana y el Reglamento de la Corte. Difícilmente podría haber duda a este respecto, tomando en cuenta que la jurisdicción internacional con respecto a la cual se plantean aquellos puntos, es una creación del Derecho internacional.

En seguida es preciso resolver qué ordenamiento se aplicará a los problemas materiales -ya no procesales- de la reparación. Una vez acreditada la violación, sobreviene el juicio -un juicio subordinado o derivado, pues- sobre la reparación de los daños derivados de ésta. Una primera posibilidad, que no es la prevaleciente en el sistema interamericano, permitiría que la sentencia declarativa internacional fuese el título para construir una sentencia condenatoria nacional, expedida por un órgano interno conforme a su propio Derecho.

Otra posibilidad, que es precisamente la acogida en el sistema interamericano -y no sólo en éste-, entrega la materia al propio órgano judicial internacional y al Derecho de gentes: serán éstos el medio y la regla para resolver todos los temas de la reparación, o al menos los temas sustanciales, sin perjuicio de algunas aplicaciones del Derecho nacional, como serían, por ejemplo, las conducentes a establecer la relación civil entre el lesionado y sus derechohabientes y a identificar a los beneficiarios de ciertas medidas.

La jurisprudencia de la Corte ha destacado -como se ha hecho en otros contextos- que la reparación de las violaciones cometidas constituye uno de los principios fundamentales del actual Derecho de gentes y que la obligación de reparar es de Derecho internacional. En efecto, éste instituye o reconoce el derecho o la libertad, estatuye el deber de respetarlos y previene las consecuencias de la vulneración. Por ende, su régimen excede al Derecho interno. El internacional rige todos los aspectos de la obligación respectiva (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párr. 44). El ordenamiento interno no puede impedir o modificar las medidas reparatoras derivadas del Derecho internacional (*ibidem*), al que pertenecen, evidentemente, las resoluciones de la jurisdicción internacional. Esta afirmación posee resonancias muy importantes en algunas de las expresiones más delicadas de la reparación, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como adelante señalaré.

V. HIPÓTESIS DE VIOLACIÓN

Para fijar la forma y el alcance de la reparación es preciso identificar el acto lesivo -una identificación que pertenece, sobre todo, a la sentencia de fondo en el proceso sobre derechos humanos-, a fin de adecuar a éste la consecuencia reparatora. Para ello hay que estar a lo establecido en la segunda parte del inciso 1 del artículo 63. La redacción es defi-

ciente, o por lo menos discutible, en cuanto parece distinguir entre una reparación de la medida o situación que ha configurado la vulneración de derechos, por una parte, y el pago de una justa indemnización, por la otra. Empero, aquélla -explícitamente denominada reparación- y ésta -designada como indemnización- son versiones o especies de la reparación en sentido riguroso.

Por otra parte, esa misma redacción incluye tanto la violación consistente en una medida, es decir, en un solo acto que por sí solo quebranta la estipulación, como la que consiste en una situación, es decir, en un estado de las cosas, una diversidad de hechos, actos, circunstancias, cuyo conjunto trae consigo la vulneración de la norma.

Si la violación puede provenir de diversas autoridades, es natural que la reparación pueda dirigirse, en contrapartida, a espacios en los que se ejercen las atribuciones de esas autoridades. No hay duda sobre el sujeto responsable de las violaciones: el Estado en su conjunto, y no apenas alguno de sus órganos, organismos o dependencias.

La reacción reparadora que se dirige al Estado se concretará, en consecuencia, sobre cualquiera de los entes que figuran en la estructura autoritaria de éste. Por ello no debiera extrañar -aunque a veces así suceda- que las reparaciones, muy frecuentemente generadas por actos u omisiones que se presentan en el ámbito del Poder Ejecutivo -típicamente administrativos, o bien, de gobierno, o, por último, materialmente legislativos o jurisdiccionales-, puedan serlo también por actos del Judicial -sobre todo resoluciones jurisdiccionales- o del Legislativo -especialmente leyes. Difícilmente se podría pretender que subsistiera, con plenos efectos, un acto de esta última naturaleza que entraña violación a los derechos o libertades previstos en la Convención.

Para resolver las cuestiones que en este punto suscita el tema de la reparación, es preciso encontrar la relación que media entre determinada conducta o situación y cierta afectación de un derecho o una libertad, para decirlo en los términos que emplea el artículo 63. Esto conduce a una cuestión ardua: la relación de causalidad, que se ha explorado en diversas ramas del Derecho. No pretenderé zanjarla aquí.

La aplicación estricta de la teoría de la *conditio sine qua non* nos llevaría a conclusiones excesivas: cada resultado se vincularía a un dato anterior en una cadena infinita de causalidad. Mejor sería, quizás, hablar de una causa eficiente y suficiente: el acto o la situación que por sí mismos vulneran el derecho o la libertad y determinan o concurren eficazmente a determinar, en consecuencia, el daño que aquéllos implican y que es preciso reparar.

La existencia de diversas hipótesis de violación incide en el alcance de las reparaciones: si se trata de una medida violatoria, habrá que corresponder a ella, suprimiendo, reduciendo o compensando sus consecuencias lesivas, que se reducen al asunto justiciable; si viene al caso una situación violatoria, habrá que actuar sobre el conjunto de datos que la integran. Entre éstos

pueden figurar conductas de autoridades que afectan de manera concreta e inmediata los derechos del individuo, o bien, actos que los menoscaban conjuntamente, y de los cuales unos pueden funcionar como condiciones necesarias de los otros, con múltiple proyección: en los hechos considerados en el proceso; en hechos diferentes y posteriores con respecto a la misma víctima; o en hechos relativos a víctimas diferentes; así, leyes o sentencias violatorias que autorizan o se traducen en violaciones específicas.

En fin de cuentas, los actos lesivos se vinculan con los derechos estipulados en los artículos 3 a 26 de la Convención, con la suspensión de garantías regulada en el artículo 27, y con los deberes generales de los Estados, a propósito de la tutela de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, que aparecen en los artículos 1 y 2 y que aluden a la supresión de obstáculos o limitaciones impertinentes y a la adopción de medidas. Evidentemente, la conexión entre violación, deber reparador del Estado y medida procedente se torna mucho más compleja y suscita mayores debates cuando se trata de aplicar estas normas sobre deberes generales que cuando sólo vienen al caso las concernientes a derechos específicos.

No analizaré aquí la fuente de la violación, que me llevaría a la consideración de la responsabilidad misma del Estado por actos de sus agentes o de otras personas. Al respecto sólo señalaré -por haberse suscitado tangencialmente este asunto en un caso resuelto por la Corte- que el Estado debe reparar las violaciones cometidas por funcionarios de una provincia o entidad federada, si aquél se haya organizado bajo forma de Federación (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párrs. 45-46).

VI. CONTENIDO DE LA REPARACIÓN

A. CONSIDERACIÓN GENERAL

La violación es hipótesis normativa acreditable y declarable; la reparación es la consecuencia jurídica de aquélla. La naturaleza y las características de la primera determinan las de la segunda, que también se puede y se suele expresar en términos diferentes: así, la reparación reflejará la naturaleza del bien lesionado o asumirá otro carácter, siempre compensatorio.

Ya señalé que la Corte ha sostenido que la reparación es un "término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido". Por ello, la reparación comprende diversos "modos específicos" de reparar, que "varían según la lesión producida" (*Casos Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 41, y *Castillo Páez, Reparaciones*, párr. 48)

En un plano ideal, lo deseable sería que no hubiese violación y todo corriera en el cauce regular de la licitud. Bajo esta lógica, el remedio idóneo, cuando se ha presentado una violación,

es restituir las cosas al estado que guardaban antes de que aquélla ocurriera, en otros términos, negar jurídica y fácticamente la negación del derecho y restaurar su afirmación en los hechos.

A ese *desideratum* atendería la *restitutio in integrum*, que se atuviese al ambicioso sentido literal de esta expresión, tomada del Derecho romano. Sin embargo, restituir las cosas al estado que guardaban, estrictamente, no sólo es improbable, sino también imposible, porque la violación, con resultados materiales o formales -alteración de la realidad o afectación del Derecho-, constituye un imborrable dato de la experiencia: ocurrió y dejó cierta huella, material o jurídica, que no es posible desconocer. Así, la absoluta *restitutio* sería, más que una reparación, un milagro.

Por ello es que cuando se ha querido precisar el alcance de la *restitutio* se acepta, inexorablemente, que a la virtud naturalmente restitutoria de ésta -el supuesto restablecimiento de la situación anterior- se añade la eficacia resarcitoria por la vía de la reparación de las consecuencias de la infracción y del pago de indemnizaciones como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados (*Casos Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, párr. 26, y *Godínez Cruz, Indemnización compensatoria*, párr. 24).

La Corte Interamericana se ha ocupado con detalle en estas cuestiones. Ha sostenido -como lo ha hecho otra jurisprudencia- que la *restitutio in integrum* es un modo de reparar, pero no el único practicable, precisamente porque en numerosos casos deviene, ella misma, impracticable: por ser imposible, insuficiente o inadecuada (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párr. 49).

No es factible -ha dicho la Corte, empleando una figura- borrar todas las consecuencias de un hecho ilícito: piénsese en la piedra que se arroja a un estanque; produce ondas concéntricas cada vez más alejadas de su eje: efectos cercanos y remotos; estos últimos serán inaccesibles. "Obligar al autor de un hecho a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable" (*idem*, párr. 48).

La reparación se deberá dirigir a los efectos inmediatos, y habrá de abarcarlos, por cierto, sólo en la medida en que se hallen jurídicamente tutelados (*idem*, párr. 49), o dicho de otra manera, en la medida en que los bienes sobre los que esos efectos recaen se encuentren jurídicamente protegidos, y justamente para reafirmar la protección de la norma general -la Convención- por medio de la afirmación específica de la norma particular -la sentencia judicial.

Hay diversas clasificaciones de la reparación, tomando en cuenta el contenido que ésta tiene en cada caso. Ya se dijo que el ideal es la *restitutio in integrum*. Por ende, se procurará que las reparaciones dispuestas por la Corte o acordadas por las partes se aproximen en la mayor medida posible a una restitución integral: garantía de los derechos y libertades conculcados, reposición de las cosas al estado en el que se encontraban, alivio o restauración de los bienes

jurídicos injustamente afectados (tomando en cuenta las características de éstos), reducción de las consecuencias lesivas o peligrosas, compensación por los efectos que sea imposible cancelar o excluir de otra manera y evitación de reiteraciones.

Todo ello genera diversas vertientes o especies reparadoras. Un ensayo de sistematización de las reparaciones consideradas por la Corte Interamericana -entre los muchos ensayos que se han hecho sobre el asunto general de la reparación-, permitiría clasificarlas en las siguientes categorías, que es posible estudiar separadamente sin perjuicio de sus estrechas conexiones internas: garantía actual y futura, devolución, reposición, sustitución, indemnización, satisfacción, anulación y prevención. En seguida me referiré a las variedades de reparación más interesantes y frecuentes, así como a algunas modalidades importantes que últimamente ha recogido la jurisprudencia de la Corte.

B. GARANTÍA ACTUAL Y FUTURA

Ya expuse algunas consideraciones sobre la redacción del apartado 1 del artículo 63, que distingue entre garantías y reparaciones. Aquéllas sugieren la adopción de medidas precautorias destinadas a evitar daños a las personas; sin embargo, no se confunden con éstas. En efecto, el apartado 2 del mismo precepto contiene el régimen específico de las llamadas "medidas provisionales", que son, precisamente, esas medidas precautorias o cautelares y que pueden actualizarse independientemente de que haya proceso -así, mientras el caso se encuentra en sede de la Comisión Interamericana, antes del envío a la Corte (artículo 63.2)-, al paso que las garantías se vinculan expresamente al supuesto en que la Corte "decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por (la) Convención". Evidentemente, esto ocurre cuando existe sentencia declarativa sobre el fondo, sea que la garantía se adopte en esta misma, sea que se haga en un momento posterior, como pudiera ser el relativo a las reparaciones.

En ejercicio de la facultad que le atribuye la primera parte del artículo 63.1 -y que es consustancial a su misión de fondo-, la Corte "dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados". Nótese el carácter imperioso de la expresión "dispondrá que se garantice", a diferencia del menos terminante que se utiliza inmediatamente después, cuando se alude a las reparaciones: "Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias...".

Queda claro que si hubo violación, así declarada por la Corte, lo primero que corresponde hacer -necesariamente y como natural consecuencia del hecho acreditado y declarado y de la función que cumple el tribunal- es ordenar que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. De no ser así, la Corte dejaría de lado su función esencial de tutela de los derechos humanos, tan directa e inmediata como sea posible. Apremia esa especie de *restitutio*, mucho más todavía que la adopción de medidas resarcitorias diferentes.

En mi concepto, la expresión "garantice al lesionado en el goce" debe entenderse en significado más amplio, que no sólo abarque lo que se denomina "goce de un derecho", en sentido estricto, esto es, capacidad de titularidad de aquél, sino también lo que se designa como "ejercicio de un derecho", es decir, capacidad para realizar lo que esa titularidad entraña: desplegar el derecho en los hechos y beneficiarse efectivamente de lo que aquél significa.

Esto último es, en una interpretación del precepto analizado, lo que constituiría el *effet utile* -alcance o aplicación adecuados- de la medida garantizadora. ¿De qué serviría, en efecto, que se asegurase el simple goce de la libertad o de la seguridad o de la propiedad, si el beneficiario no puede ejercitar esos derechos y disfrutar, en la realidad, de los bienes que implican?

Garantizar un derecho o libertad conculcados significa que éstos fueron desconocidos o restringidos en perjuicio de cierta persona, su titular, y que el tribunal dispone que se restituya a éste aquello de lo que se le había privado, o sea, en otros términos, que se repare el agravio jurídico -y material- cometido. De ahí, entonces, que las medidas de garantía, fundadas en la ilicitud observada en el pasado y atentas a la licitud que se quiere para el futuro, sean esencialmente medidas de reparación en beneficio del lesionado.

C. INDEMNIZACIÓN

En la teoría general de los actos ilícitos se reconoce que la indemnización constituye la reparación por excelencia. Permite compensar con un bien útil, universalmente apreciado -el dinero-, la pérdida o el menoscabo de un bien diferente, que no es posible reponer o rescatar conforme a su propia naturaleza. El ejemplo más impresionante de esta compensación de un bien con otro, absolutamente distinto y ciertamente menor en la jerarquía de los bienes jurídicos, es la reparación por la pérdida injusta de la vida. En este caso, la reparación adquiere, fundamentalmente, la forma de una indemnización pecuniaria (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párr. 50).

Al respecto, conviene observar dos principios formulados por la Corte Interamericana. Primero, puesto que se trata -bajo la fórmula del artículo 63- de reparar las consecuencias de la medida o situación violatorias y de proveer una "justa indemnización" a la parte lesionada, ésta debe proveerse en "términos suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida" (*Casos Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria*, párr. 27, y *Godínez Cruz, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria*, párr. 27). Segundo, la indemnización tiene naturaleza compensatoria -dirigida a la víctima que ha sufrido lesión-, no carácter punitivo (*Casos Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, párr. 38, y *Godínez Cruz, Indemnización compensatoria*, párr. 36). Están excluidos, por lo tanto, los llamados punitive damages, que corresponderían más a la figura de una multa que a la de una reparación.

a. Daños y perjuicios

La indemnización se refiere tanto a los daños y perjuicios materiales como a los daños morales (*Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, párr. 39). En este sentido, la Corte ha recogido y desarrollado criterios generales sobre las consecuencias de los actos ilícitos. El daño material o emergente está constituido por las consecuencias patrimoniales que derivan de la violación, en forma directa: un detrimento y/o una erogación más o menos inmediatos y en todo caso cuantificables. El perjuicio lo está por el lucro perdido *-lucrum cesans-*, la reducción patrimonial futura, la expectativa cierta que se desvanece, como consecuencia, asimismo directa, de la violación cometida.

La precisión del daño ofrece menos complejidad que la del perjuicio, que se complica sobre todo en los casos en que la víctima ha fallecido o perdido la capacidad de proveer a otras personas. La Corte ha sostenido que para determinar el lucro cesante es preciso hacer una "estimación prudente de ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable", cuando aquélla ha fallecido (*Casos Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, párr. 49, y *Godínez Cruz, Indemnización compensatoria*, párr. 47). De manera semejante se pondera la indemnización que corresponde a quien cayó en incapacidad como resultado de la violación. Apreciación prudente no es actuación discrecional (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párr. 87).

El cálculo para establecer el lucro cesante toma en cuenta: edad de la víctima, años por vivir conforme a su expectativa vital, ingreso (salario real o mínimo vigente), inclusive adiciones legalmente previstas (por ejemplo, pago de primas) e intereses que permitan actualizar el valor del ingreso. Se ha desechado expresamente la especulación sobre ingresos asociada al comportamiento delictuoso de la víctima, en alguna etapa de su vida: es decir, la negativa a suponer determinado ingreso laboral del sujeto, en función de que probablemente se hallaría recluido como consecuencia de su conducta criminal. En contra de estas conjeturas se eleva la presunción de inocencia. Una vez realizadas esas proyecciones y obtenido su alcance en términos monetarios, se ha considerado pertinente deducir de la suma resultante cierto porcentaje -así, el 25%- en concepto de gastos personales de la víctima (*Caso El Amparo, Reparaciones*, párr. 28).

Por supuesto, en estos extremos su presentan problemas probatorios, como en el caso de cualquier otra pretensión. El proceso internacional tutelar de derechos humanos está regido por el principio de verdad histórica; en tal virtud, interesa conocer la realidad sobre la violación y sus consecuencias lesivas. Empero, no siempre es posible alcanzar la precisión que se desea.

La Corte ha resuelto que procede apreciar el daño emergente como lo aconseje la equidad, a falta de pruebas directas (*Casos El Amparo, Reparaciones*, párr. 21, y *Neira Alegría y otros, Reparaciones*, párr. 42). En alguna ocasión, ante la imposibilidad de conocer el ingreso efectivo de la víctima para establecer el lucro cesante, la Corte admitió también el ejercicio de la equidad y consideró -no sin voto particular discrepante- la situación real económica y social de América Latina (*Caso Neira, Reparaciones*, párr. 50).

Por lo que hace a los potenciales o actuales derechohabientes de la víctima, se presume, salvo prueba en contrario, que la muerte de ésta les ha generado perjuicio. No rige la misma presunción en el caso de los dependientes: aquí se debe probar el perjuicio, acreditando la efectividad de la prestación que hacía la víctima a quienes alegan la relación de dependencia (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párrs. 54 y 71).

b. Daño moral

En cuanto al daño moral, un tema asociado a principios de equidad, la Corte Interamericana entiende que éste proviene de los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de derechos y libertades. Si bien es preciso probar el daño moral, sobre todo cuando se trata de personas afectivamente alejadas de la víctima -los dependientes económicos, a diferencia de los parientes cercanos, cuando hay trato familiar efectivo-, no resulta necesario hacerlo cuando ese daño es evidente, habida cuenta de que "es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados (en el caso sujeto a la Corte) experimente un sufrimiento moral" (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párr. 52); esto excluye de la necesidad de probar el daño moral ciertas hipótesis, como la que se presenta cuando se trata del sufrimiento que padece una madre por la muerte de su hijo (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 62), y otros que son consecuencia de una violación muy grave. En estas hipótesis, es razonable presumir la existencia de daño moral.

Los daños y perjuicios materiales son cuantificables en términos monetarios y resarcibles en la misma forma. No así los morales, imponderables por su propia naturaleza. Sin embargo, se admite que haya resarcimiento monetario, a falta de otro mejor o en combinación con alguno más. Hay casos en que se acepta que la sentencia adversa al Estado constituye, por sí misma, una reparación adecuada para el daño moral: el sufrimiento se compensa con la satisfacción que produce el acto de justicia. No sucede tal cosa cuando es sumamente grave la violación cometida -así, violación del derecho a la vida-, y muy intensos los sufrimientos causados; en tales supuestos procede reparar el daño moral conforme lo dicte la equidad (*Casos El Amparo, Reparaciones*, párr. 35, y *Neira Alegría y otros, Reparaciones*, párr. 56).

La virtud purgatoria de la sentencia también viene al caso cuando se trata de reparaciones que atienden, además del daño moral de la víctima o sus allegados, a otro género de afectación inmaterial, que reclama una compensación de similares características: exaltación del honor, del bien o de la justicia. En fin de cuentas, el daño moral se liga con la indemnización por la vía de la compensación material, y con la satisfacción, por el conducto de la compensación simbólica.

c. Beneficiarios

Es beneficiario de la reparación patrimonial, ante todo, la propia víctima directa de la violación cometida. Si las consecuencias de la violación afectan a otras personas, lo cual ocurre

principalmente -pero no exclusivamente- en caso de fallecimiento, surgen las víctimas indirectas con derecho a percibir prestaciones reparatorias, tanto patrimoniales como de otro género. En algún caso, estas víctimas indirectas devienen directas, a título de "parte lesionada": así, la negación de acceso a la justicia para obtener el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables (*Caso Blake, Fondo*, resolutivos 1 y 2, y *Reparaciones*, párr. 38).

Hay que distinguir entre la indemnización a la que se tiene derecho bajo título propio y la que resulta de la sucesión de derechos. Cuando se ha generado el derecho en la propia víctima directa, aquél se transmite a los sucesores. Tal es el caso, por ejemplo, del daño moral: el sufrido por una persona con motivo de las torturas recibidas hasta el momento de su muerte, genera derecho a la indemnización, que pasa a los familiares por vía sucesoria.

Explícitamente sostuvo la Corte que "el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a los herederos", y que "los daños provocados por la muerte a los familiares de la víctima o a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio" (*Casos Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 50 -con invocación de precedentes de la misma Corte-, y *Castillo Páez, Reparaciones*, párr. 59).

La identidad de los beneficiarios, distintos de la víctima directa, "debe ser resuelta en el marco del derecho interno" (*Caso Caballero Delgado, Reparaciones*, párr. 45), y en ocasiones, conforme a normas consuetudinarias, si ello es pertinente en función de la relevancia que éstas tengan para establecer los vínculos familiares bajo el concepto de la comunidad respectiva y en la medida en que no contravengan la Convención Americana (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párr. 62).

Regularmente se acuerda una parte (mitad o proporción menor) de la indemnización en favor de la cónyuge o la compañera -o bien, compañeras-, otra parte en favor de los hijos y otra más en beneficio de otros familiares cercanos (hermanos). La falta de beneficiarios de alguna de estas categorías acrece la porción de la cónyuge o de los hijos, en sus casos. Es importante precisar que el acceso a la indemnización no está subordinado a los procedimientos característicos del Derecho interno (así, declaración de ausencia o muerte; juicio sucesorio); por tratarse de una obligación de carácter internacional bastará con la decisión que al respecto emita la Corte Interamericana.

d. Medidas sobre la integridad de la indemnización

La Corte se ha ocupado en establecer diversas medidas, que ya son práctica judicial uniforme, para asegurar la integridad de la indemnización. Una de ellas corresponde a la moneda en la que aquélla debe cubrirse. En vista de la inestabilidad de los valores monetarios en la mayoría de los países del Continente, se ha creído adecuado fijar ese valor en dólares de los Estados Unidos de América, una moneda "dura". Desde luego, esto no significa que haya de

pagarse aquélla precisamente en divisa norteamericana; puede satisfacerse, de hecho, en la moneda nacional del Estado obligado, considerando el tipo de cambio vigente en una plaza reconocida de comercio cambiario -Nueva York, por ejemplo- al momento de efectuarse el pago, o bien, el día anterior a esa fecha.

El caso de los menores de edad beneficiarios de indemnizaciones plantea problemas específicos. Es preciso asegurar, mejor aún que en el caso de adultos, la integridad y el buen pago de las reparaciones debidas. El tema se planteó bajo el concepto de "las condiciones más favorables según la práctica bancaria" del país correspondiente.

Aquella expresión fue analizada y explicada por la Corte en términos interesantes: "la expresión *en las condiciones más favorables* se refiere a que todo acto o gestión del agente fiduciario debe asegurar que la suma asignada mantenga su poder adquisitivo y produzca frutos o dividendos suficientes para acrecerla; la frase *según la práctica bancaria* (del país correspondiente), indica que el agente fiduciario debe cumplir fielmente su encargo como un buen padre de familia y tiene la potestad y la obligación de seleccionar diversos tipos de inversión, ya sea mediante depósitos en moneda fuerte como el dólar de los Estados Unidos u otras, adquisición de bonos hipotecarios, bienes raíces, valores garantizados o cualquier otro medio aconsejable (...) por la práctica bancaria" del respectivo país (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, párr. 31).

Por ello se ha dispuesto la constitución de fideicomisos cuyo patrimonio se forma con la suma correspondiente a la indemnización, establecidos en las condiciones más favorables que registra la práctica bancaria. La fiduciaria deberá entregar la indemnización al menor cuando éste cumpla la mayoría de edad o contraiga matrimonio, sin perjuicio de suministrarle las cantidades necesarias para su manutención. Es posible crear una fundación supervisora del buen manejo del fideicomiso para preservar el interés de los menores, cuya operación costea el Estado, que no puede intervenir en las decisiones del organismo (*idem*, párrs. 103 y ss.).

Si el Estado no cumple oportunamente la obligación de pago, la deuda principal genera intereses moratorios. En el caso de que el Estado esté dispuesto a pagar -y de hecho pague, mediante depósito bancario o creación de fideicomiso-, pero el interesado no se presente a recoger la indemnización, ésta revertirá al Estado en determinado plazo, que puede ser de diez años (*Caso Blake, Reparaciones*, párr. 71).

Otro supuesto para la protección de la integridad de la indemnización es el relacionado con las cargas tributarias a las que pudiera hallarse sujeto, conforme a la legislación nacional, el ingreso de cualquier persona. Si la Corte no apreciara cuidadosamente esta circunstancia, podría ocurrir que por la vía fiscal se redujera o extinguiera la indemnización. Por ello se ha resuelto que ésta se halla exenta de cualesquiera gravámenes fiscales actuales o futuros (*Casos El Amparo, Reparaciones*, resolutivo 3, *Neira Alegría y otros, Reparaciones*, resolutivo 3, *Caballero Delgado y Santana, Reparaciones*, párrafo 64, *Blake, Reparaciones*, resolutivo 4, y *Suárez Rosero, Reparaciones*, resolutivo 4,b).

En rigor, no se trata precisamente de que el beneficiario -causante en términos fiscales- quede al margen del sistema tributario del Estado, sino de que no se reduzca por este concepto la indemnización debida. Por lo tanto, debe entenderse que ésta se fija en términos netos o líquidos. Correspondería al Estado, en su caso, disponer la exención o cubrir una cantidad mayor para que de ésta se deduzca el valor del gravamen y quede incólume el monto total de la indemnización.

Este problema fue examinado recientemente por la Corte. Se precisó que el Estado debe adoptar los mecanismos necesarios para asegurar que no se "menoscabará el derecho de los beneficiarios de disponer de la totalidad de los montos ordenados en su favor" (*Caso Suárez Rosero, Reparaciones*, resolutive 2).

e. Costas

Últimamente, la Corte avanzó en la consideración del tema de las costas, mencionadas por el artículo 55.1.h como posible tema de la sentencia de fondo. No se trata, por cierto, de una cuestión menor: tiene que ver con el problema del acceso a la justicia. De nada serviría un sistema muy elaborado de recursos y garantías ante los tribunales, si los particulares se vieran impedidos de llegar a él, de manera efectiva, por carecer de los recursos necesarios para tal fin. Esto, que es válido en lo que respecta a las instancias internas, lo es más todavía en lo que corresponde a las de carácter internacional. Sobra explicar los motivos.

Es verdad que la actividad de la Comisión Interamericana y de diversas organizaciones no gubernamentales alivia considerablemente el problema del acceso a la justicia, pero no lo es menos que esa intervención no basta para poner en manos de los potenciales justiciables la posibilidad de comparecer en juicio. El *locus standi* que el vigente Reglamento de la Corte reconoce a la víctima en la etapa de reparaciones ha servido como argumento persuasivo para explorar nuevos espacios en el asunto de las costas: la legitimación acarrea consecuencias patrimoniales. Vale pensar en las implicaciones de este asunto cuando la víctima acceda directamente a la Corte, si esto llegara a ocurrir, conforme a la natural evolución del sistema interamericano.

En el caso más relevante a este respecto, la Corte debió examinar y responder diversas interrogantes: etapas procesales comprendidas por el derecho a recibir costas y la obligación de pagarlas; alcance y datos a considerar para establecer razonablemente el monto de aquellas. La Corte entendió que la asistencia legal a la víctima, iniciada en el ámbito nacional, "continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte, salvo cuando la víctima o sus familiares reciben asistencia jurídica gratuita". Por ende, la condena en costas abarca las causadas en los procedimientos nacional e internacional, y dentro de éste, los seguidos ante la Comisión y ante la Corte, con salvedad de los gastos hechos por otras personas, sin cargo para la víctima o asunción, por parte de ésta, de obligaciones patrimoniales frente a terceros.

La Corte no hace condena por costas si no lo solicita el acreedor a esta prestación. En lo que concierne al alcance de aquéllas, se atiende a los gastos "efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes", que significan obligaciones de cumplimiento futuro. La Corte estableció la pertinencia de "apreciar prudentemente el alcance específico de las costas sobre las que verse la condena, tomando en cuenta tanto la comprobación de las mismas que se haga oportunamente, como las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento, que poseen rasgos propios y diferentes de los que pudieran revestir otros procesos, tanto de carácter nacional como internacional". Vale destacar aquí dos conceptos para acotar las costas admisibles: "gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso", por una parte, y características del sistema procesal tutelar de los derechos humanos, por la otra, que aleja o reduce la idea de lucro, frecuente en otros órdenes del enjuiciamiento.

En el examen de este asunto, la Corte desechó el método de *cuota litis* y puntualizó que "existen otros elementos que son más importantes para valorar la actuación de los abogados en un proceso ante un tribunal internacional, como, por ejemplo, el aporte de pruebas que tiendan a demostrar los hechos expuestos en la demanda, el conocimiento acabado de la jurisprudencia internacional y, en general, todo aquello que permita evaluar la calidad y pertinencia del trabajo efectuado" (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párrs. 80 y ss.).

Por lo demás, persiste el criterio sostenido hasta ahora, en el sentido de que no procede resarcir a los órganos del sistema interamericano -Comisión y Corte- los gastos hechos por ellos mismos, conforme a sus atribuciones específicas y de acuerdo con la mecánica de trabajo que han establecido, puesto que el financiamiento de dichos órganos corre a cargo del propio sistema, que lo enfrenta con los recursos aportados por los Estados miembros de la OEA.

En materia de honorarios debidos a los abogados que asistieron a la víctima, conviene observar que la Corte ha sostenido, asimismo, que aquéllos se hallan exentos de gravámenes, en los mismos términos que la indemnización pagada a la víctima. Evidentemente, lo que se quiere es evitar que las deducciones fiscales consuman los honorarios y que por este medio se desaliente la defensa de las víctimas. Se trata, en fin de cuentas, de que los abogados reciban sus honorarios "en forma íntegra y efectiva". Por ende, el monto de las costas y los gastos ordenado por la Corte "no estará sujeto, al momento del pago, a deducción ni carga tributaria alguna" (*Caso Suárez Rosero, Reparaciones*, resolutivo 4).

D. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

En un caso reciente, la Corte Interamericana amplió el espacio de las reparaciones con un concepto relevante: el daño al proyecto de vida, que he comentado en otras oportunidades. Así se abre un nuevo horizonte a las reparaciones.

La Corte distinguió el daño al proyecto de vida, por una parte, y el daño emergente y el lucro cesante, por la otra. Aquél "no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos", que es lo característico del daño emergente; y tampoco se confunde con el lucro cesante, porque "mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado 'proyecto de vida' atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".

La noción del daño al proyecto de vida, que va más allá de la pérdida de oportunidades, generalmente vinculada con la frustración de una expectativa económica razonable, se elabora en torno a la idea de realización personal y tiene como referencias diversos datos de la personalidad y el desarrollo individual, que sustentan las expectativas del individuo y su capacidad para acceder a ellas; hay un límite o factor de calificación: la racionalidad o razonabilidad de esas expectativas. Efectivamente, el proyecto de vida "se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone". Estas opciones "son la expresión y garantía de la libertad". Difícilmente se diría que una persona es "verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación".

El proyecto de vida no se traduce en un resultado seguro, de carácter necesario. Sólo implica una "situación probable -no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos". Tales hechos "cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito".

Para sustentar adecuadamente el deber de reparación, la Corte hizo notar que la alteración de la vida ocurre "en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que (la víctima, en su calidad de persona sujeta a determinada jurisdicción nacional, ciudadano de un Estado o miembro de una comunidad nacional) pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses".

La reparación del daño al proyecto de vida implica una indemnización, pero no se reduce necesariamente a ésta. Puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones, que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*, como son las de carácter académico, laboral, etcétera. Por ello conviene examinar este asunto en forma separada del caso general de la indemnización pecuniaria (*Caso Loayza Tamayo, Reparaciones*, párrs. 147 y ss.)

En la primera resolución adoptada por la Corte a propósito del daño al proyecto de vida, todavía no hubo pronunciamiento -aunque sí voto particular- sobre la cuantía de la reparación

que pudiera corresponder a la víctima. A la afirmación del concepto deberá seguir la precisión de sus consecuencias específicas.

E. MEDIDAS DE DERECHO INTERNO

Este rubro abarca diversas cuestiones, y desde luego se relaciona con la obligación, que abajo examino, de investigar y enjuiciar a los responsables de violaciones a los derechos humanos. En este punto me referiré a otras medidas, como son las concernientes a la legislación y a la jurisdicción: aquélla, cuando concurre a configurar una situación incompatible con la preservación de los derechos humanos, y ésta, cuando surge la necesidad de realizar un acto o un procedimiento jurisdiccional compatible con la Convención, a cambio de otro que no lo es y cuya ineficacia, invalidez o insubsistencia han sido materia de resolución por la Corte Interamericana, sea que ésta lo declare expresamente, sea que lo involucre en la sentencia. Es así que estas medidas pueden significar:

1) reforma, abolición o derogación de normas incompatibles con la Convención (*Caso Castillo Petruzzi, Fondo*, párr. 14), o bien, en contrapartida, emisión de disposiciones compatibles, además de necesarias o convenientes, como pudiera serlo, por ejemplo, la tipificación penal de una conducta ilícita, sin perjuicio de que se observe -con efectos para una resolución de improcedencia de la pretensión respectiva- que siendo deseable la tipificación, "la falta de ella no ha obstaculizado el desarrollo de los procesos que sigue la justicia (del Estado correspondiente) para investigar y sancionar los delitos cometidos en perjuicio de las personas" a las que se refiere un caso concreto (*Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones*, párr. 56).

En fin de cuentas, todas estas medidas se hallan contempladas conforme al principio del Derecho de gentes -calificado como evidente: *principe allant de soi*- según el cual "un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas". Es así que la Convención Americana estipula el deber de cada Estado Parte de adecuar su propio Derecho a las disposiciones de aquel tratado (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 68); y

2) liberación de una persona indebidamente detenida, como se hizo en una sentencia de fondo, considerando sin duda la impertinencia de que esa situación se prolongara hasta el momento de la sentencia sobre reparaciones (*Caso Loayza Tamayo, Fondo*, párr. 84 y resolutivo 5), reposición de un procedimiento penal inicialmente seguido ante tribunales incompetentes (*Caso Castillo Petruzzi, Fondo*, resolutivo 13), u observancia de los términos de una resolución jurisdiccional desatendida que estimó un recurso favorable a los derechos humanos de la víctima (*Caso Cesti Hurtado, Fondo*, resolutivo 1).

La pertinencia de adoptar medidas de este género tiene diversos fundamentos, a saber:

- a) la obligación que corresponde al Estado en su conjunto -como antes se dijo-, y no sólo a alguno de sus órganos. La Convención trae consigo deberes cuyo cumplimiento puede interesar los ámbitos de competencia de los Poderes Legislativo y Judicial, no sólo Ejecutivo;
- b) el mandamiento de los fundamentales artículos 1 y 2 de la Convención Americana, que se proyectan -en sus términos precisos- sobre el conjunto de este tratado internacional, a tal punto que las violaciones de los siguientes preceptos resultan indisociables de la violación a esos artículos iniciales. Efectivamente, el artículo 1.1. resuelve que los Estados partes "se comprometen a respetar los derechos y libertades contenidos (en la Convención) y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...". Y el artículo 2, que manifiesta: "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";
- c) las facultades jurisdiccionales que corresponden a la Corte Interamericana para "conocer de cualquier caso (que le sea sometido) relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones" de la Convención (artículo 62.3); y
- d) el compromiso contraído por los Estados de "cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (artículo 68.1), que obviamente abarca los diversos extremos correspondientes a las resoluciones del tribunal, no sólo este aspecto de reparaciones.

Ahora bien, la determinación que pudiera proceder a propósito de normas de carácter general se sustenta en la existencia de violaciones actualmente cometidas, esto es, de la existencia de víctimas específicas a partir de actos de autoridad apoyados en esas normas. Este tema, que ha motivado diversidad de pareceres, quedó contemplado por una opinión consultiva de 1994, en la que el tribunal interamericano entendió que no tiene atribuciones -a diferencia de la Comisión, que sí las tiene como promotora de la observancia y defensa de los derechos humanos- para "decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención".

En esa oportunidad sostuvo el tribunal que dicha competencia "se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos"; y concluyó, en consecuencia, "que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado" (*OC-14/94*, párrs. 49-50).

Alguna vez se ha planteado el límite que representa la soberanía, a propósito del tema que aquí se examina y de otros relacionados con las obligaciones del Estado, el alcance de las

demandas propuestas por la Comisión Interamericana y el ámbito para el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte.

Sobre este punto, que ciertamente suscita diversas consideraciones, el tribunal se ha limitado a recordar que los Estados suscriben y ratifican la Convención precisamente en ejercicio de su soberanía, y que en el desempeño de ésta, por lo tanto, reconocen como obligatoria la competencia contenciosa de la Corte sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación del tratado en los que aquéllos figuren como demandados (*Caso Castillo Petruzzi, Excepciones preliminares*, párrs. 101 y 102).

F. DEBER DE JUSTICIA PENAL

La jurisprudencia de la Corte es uniforme en el reconocimiento del deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurren en violación de los derechos humanos. Corresponde al Estado, pues, lo que se podría denominar, en sentido lato, obligación de justicia penal. De no ejercerse esta justicia, vendría por tierra el aparato nacional e internacional de tutela de los derechos humanos, erosionado por la impunidad. En algunas resoluciones, la Corte ha caracterizado este fenómeno, sumamente destructivo, 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" (*Casos Paniagua Morales y otros*, párr. 173, y *Castillo Páez*, párr. 107).

La Corte Interamericana no tiene atribuciones para emitir condenas penales, que se reservan a la justicia local; tampoco define la responsabilidad penal de los autores de las violaciones, pero recibe y valora pruebas que conducen a establecer la responsabilidad internacional del Estado, y por este medio se interna en asuntos que éste podrá recoger y ampliar para exigir las responsabilidades concretas que en el caso aparezcan. Sobra decir que esta persecución atañe tanto a la prevención de nuevas conductas ilícitas -y por ello las reparaciones pueden asumir "también el carácter de medidas tendentes a evitar la repetición de los hechos lesivos" (*Casos Garrido y Baigorria*, párr. 41, y *Castillo Páez*, párr. 48)- como a la adopción de medidas para restablecer el imperio de los derechos humanos, conforme a la Convención.

Se ha destacado que el deber de investigación -o más ampliamente, de justicia penal- subsiste mientras no se alcance el objetivo al que sirve, esto es, el pleno conocimiento de los hechos, la identificación de sus autores y la sanción que corresponda. El deber de que se trata ha de ser atendido o "cumplido seriamente y no como mera formalidad" (*Caso El Amparo*, párr. 61). La realización de actuaciones irrelevantes, inconducentes o inoportunas no absuelve de la obligación de justicia penal. El deber que ahora analizo no siempre se contrae al procesamiento; en ciertos supuestos puede abarcar otros extremos: así, la localización de los restos de la víctima, cuando vienen al caso la desaparición forzada y/o la privación arbitraria de la vida.

Un tema de suma importancia en este orden de consideraciones es el relativo a la eficacia del Derecho interno cuando éste constituye un obstáculo para la actuación persecutoria del Estado contra los violadores de derechos humanos. "La efectividad de las normas -ha sostenido la Corte, refiriéndose a las disposiciones tutelares de los derechos humanos- es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica" (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 70). Este asunto, que actualiza el tema de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho nacional -punto que no me corresponde analizar ahora-, ha sido materia de consideración en algunas sentencias del tribunal interamericano, sobre todo ante leyes calificadas como "autoamnistías".

En una sentencia de fondo (*Caso Castillo Páez*, párr. 90), la Corte estableció que el deber de investigar y sancionar existe "inclusive en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza". En la sentencia de reparaciones correspondiente al mismo caso se observó que entre esas "dificultades del orden interno" se encuentra la ley de amnistía expedida por el Estado, porque "obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente" (*idem*, párr. 105).

El razonamiento del tribunal gira en torno al artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención. Aquél "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención" (*idem*, párr. 106; igualmente, *Casos Castillo Páez, Fondo*, párrs. 82-83; *Suárez Rosero, Fondo*, párr. 35; *Loayza Tamayo, Reparaciones*, párr. 169), y guarda relación directa con el artículo 8.1.

A propósito de la resolución de la Corte en este punto, adoptada por unanimidad, emití un voto concurrente en el que examino "el carácter que pudiera tener (la sentencia de reparaciones) en el aspecto que aquí se analiza, así como las ideas y preocupaciones que pudieron informarla", en mi concepto. Conviene considerar que las observaciones que amerita este asunto no se dirigen, en modo alguno, a impedir o desacreditar las normas cuyo propósito es abrir una era de paz y concordia civil, tras etapas de opresión que se han caracterizado por su menosprecio hacia los derechos humanos. Por ello subrayo la alta "conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras" (*idem*, párrs 4 y 6).

Surgen puntos delicados en la debida armonización entre las exigencias de la paz y la reconciliación nacional, por una parte, y el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, especialmente cuando se cometen violaciones de extrema gravedad. Aquí es necesario distinguir "entre las llamadas 'autoamnistías', expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de con-

ductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados" (párr. 9 de mi *Voto concurrente*). Es frecuente el rechazo de las normas de la primera categoría.

G. SATISFACCIONES

En sentido amplio, la satisfacción pudiera abarcar diversas reparaciones que tienden a compensar el detrimento de bienes no patrimoniales. En sentido más limitado, que permita el deslinde entre las satisfacciones y la indemnización por daño moral, se suele aludir a ciertas medidas específicas que miran al prestigio o a la buena fama pública de las víctimas; se trata, pues, de rescatar y preservar el honor ante la propia comunidad. A ese fin obedecen las disculpas por parte del Gobierno, la construcción de monumentos en memoria de las víctimas, la imposición del nombre de éstas a calles, plazas o edificios, etcétera.

A este respecto, la Corte ha considerado -al igual que la jurisprudencia de otros tribunales- que la sentencia declarativa de la responsabilidad del Estado constituye por sí misma una fuente de satisfacción adecuada; de ella se desprende que la víctima fue sometida a un trato injusto. En diversas hipótesis, ésta es una forma razonable de reivindicación social.

H. OTRAS MEDIDAS DE REPARACIÓN

En algún caso, la Corte avanzó en una dirección interesante al disponer medidas de protección y desarrollo, en sentido lato, que exceden las meras indemnizaciones y su repercusión en el cuidado de aquéllas. Así ha ocurrido, sobre todo, en favor de víctimas menores de edad. En efecto, el tribunal determinó que se rehabilitaran y pusieran en operación el centro escolar y la unidad de atención médica que prestan servicios a la comunidad en la que residen las víctimas (*Caso Aloeboetoe, Reparaciones*, resolutive 5), a efecto de que éstas -pero también, obviamente, muchas otras personas- cuenten con tales servicios indispensables para su desarrollo personal, que también influyen en el desarrollo colectivo. Éste es un supuesto en el que las reparaciones dirigidas inmediatamente a los lesionados abarcan, por su naturaleza, a un conjunto mayor de individuos, por completo ajenos a los hechos violatorios.

I. SUPERVISIÓN

La Corte no puede desentenderse de la suerte que corran sus resoluciones. Para sustentar esta afirmación conviene recordar que la función jurisdiccional implica la presencia de diversos datos que se proyectan en el quehacer de los órganos respectivos y que son, conforme a una doctrina bien sabida: *notio, vocatio, coertio, iudicio* y *executio*.

Excepcionalmente pudiera quedar excluida la *executio* cuando se trata de equivalentes jurisdiccionales, como es el caso del juicio arbitral y el laudo con el que éste concluye. En tal hipótesis, la ley señala que la resolución del árbitro, para ser ejecutiva, debe ser homologada por el tribunal público. No ocurre nada semejante en la hipótesis de la Corte Interamericana, que reúne en su potestad todos los elementos que he mencionado, inclusive la facultad de atender la ejecución de sus resoluciones.

Ahora bien, esta potestad de la Corte ofrece modalidades que deben ser cuidadosamente consideradas y que están presididas por tres principios indispensables y característicos:

- a) "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable" (artículo 67 de la Convención, seguido por el artículo 29.3 del Reglamento de aquélla);
- b) "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (en un proceso internacional)" (artículo 68.1, que así recoge una expresión de la regla *pacta sunt servanda*); y
- c) la Corte ha destacado que el cumplimiento de sus resoluciones está sujeto a la supervisión del propio tribunal, lo mismo en sentencias de fondo (*Caso Castillo Petrucci, Fondo*, resolutive 16), que en sentencias sobre reparación (*Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, resolutive 7). El caso se da por concluido cuando se obtiene el cumplimiento íntegro de las resoluciones de la Corte. La referencia explícita a la indemnización, derivada de la naturaleza de algunos deberes estatales, no implica la exclusión de facultades supervisoras sobre otras medidas de reparación.

La propia Convención previene expresamente la ejecutabilidad de la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, que se hará conforme al "procedimiento interno vigente en materia de ejecución de sentencias contra el Estado" (artículo 68.2).

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho interno, en que el juzgador puede requerir directamente el apoyo de la fuerza pública para hacer cumplir sus determinaciones, en el orden internacional la falta de cumplimiento de las resoluciones judiciales tiene consecuencias de carácter político. En efecto, la Corte debe someter (el precepto respectivo dice, imperativamente, que "someterá", no que "podrá someter") a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos -el supremo órgano político de ese organismo regional- "los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos". Esta disposición constituye un apartado "especial" -destacado en la Convención- del informe que ese tribunal rinde sobre sus labores del año anterior. El tribunal debe señalar, a este respecto, "las recomendaciones pertinentes" (artículo 65).

Digamos, en resumen, que:

- a) los Estados partes en la Convención, que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, están obligados a cumplir los fallos de ésta;

- b) las resoluciones de la Corte son inmediatamente ejecutables, sin perjuicio de que se solicite la aclaración sobre sus términos, en la inteligencia de que "la demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia" (artículo 58.4 del Reglamento);
- c) la Corte posee la *executio* inherente a la función jurisdiccional, que tiene el alcance y los límites característicos del Derecho internacional;
- d) la ejecución de la condena a indemnización -expresamente prevista, a cambio del silencio sobre otras formas de reparación- se hará conforme al procedimiento interno relativo a la ejecución de sentencias contra el Estado; y
- e) en caso de incumplimiento de algún fallo, la Corte tiene la obligación de hacerlo saber, en su informe anual, a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, que a su vez tiene -en forma correspondiente- la obligación de conocer el informe y las recomendaciones de la Corte, aunque no necesariamente la de pronunciarse conforme a éstas.

**LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE
LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

PEDRO NIKKEN*

* Presidente del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PEDRO NIKKEN

Sumario: I. Materias sometidas a la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1. Tratados sometidos a la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. El Ejercicio de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un ámbito distinto a los tratados *Stricto Sensu*. a. La interpretación de reservas a la Convención. b. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. c. La interpretación de proyectos legislativos. II. Efecto de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1. El ejercicio de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es jurisdiccional. 2. Las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son jurisprudencia internacional. 3. Dos ejemplos de práctica de los Estados. Conclusión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuye a la Corte, además de la competencia primordial de resolver los casos contenciosos que se presenten ante ella y que virtualmente implican la potestad de emitir sentencias de condena por violaciones a la misma Convención, la facultad de responder consultas que le sean formuladas dentro del marco del artículo 64 del Pacto de San José.

La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está definida en su esencia en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que le atribuye dicha competencia, en los términos siguientes:

1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de

los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Dentro del contexto general de esta mesa de trabajo, la cual podría abarcar numerosos problemas y enfoques, limitaré mis comentarios a dos asuntos, que considero de especial relevancia en relación con la función consultiva de la Corte, tanto a la luz del Pacto de San José, como por lo que toca a la jurisprudencia de la misma Corte. El primero de ellos se refiere al alcance de la competencia consultiva de la Corte, más precisamente a las materias que pueden ser objeto de consulta. El segundo está dirigido al efecto de las decisiones de la Corte en el ejercicio de su competencia consultiva.

I. MATERIAS SOMETIDAS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte ha abordado este tema con la mayor amplitud. Partiendo de la base de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos le atribuyó la más vasta función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente, la Corte ha afirmado con largueza su competencia *ratione materiae* para determinar la normativa sujeta a su función consultiva. Este enfoque ha estado presente tanto en la definición de cuáles son los tratados sometidos a la interpretación de la Corte en el ámbito consultivo, así como en la posibilidad de emitir opiniones consultivas o de interpretar normas o principios de otra naturaleza. Pasaré revista sucesivamente a ambas vertientes.

1. TRATADOS SOMETIDOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Se trata de la materia que, dentro de un enfoque de principio y como problema general, hubo de abordar la Corte en su primera opinión consultiva, solicitada por el Gobierno del Perú¹. Gracias a una coyuntura singular en esta fecha, esos principios que entonces se definieron, en

¹ 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.

la primera consulta que la Corte respondió, han sido sustento de la opinión consultiva número 16 del Tribunal, que es la más reciente, solicitada esta vez por los Estados Unidos Mexicanos, y que data del 1° de octubre de 1999². Esta última consulta aplica y desarrolla rigurosamente los principios definidos en 1982, al punto que los invito a prestar especial atención a su lectura y análisis, más que a la presente disertación, cuya necesaria limitación temporal, comporta recortes sobre el desarrollo del tema, con respecto a la amplitud y riqueza jurídica de la aludida OC/16.

En su solicitud de 1982, el Gobierno del Perú formuló a la Corte una interrogante que se dividía en tres preguntas, a saber:

¿Cómo debe ser interpretada la frase: “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”?

En relación con dicho tema, el Gobierno peruano solicita que la consulta absuelva las siguientes preguntas específicas. Esa frase se refiere y comprende:

- a) ¿Solamente los tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del Sistema Interamericano?; o,
- b) ¿Los tratados concluidos únicamente entre Estados Americanos, o sea que la referencia está limitada a los tratados en que son partes exclusivamente Estados Americanos?; o,
- c) ¿Todos los tratados en los que uno o más Estados Americanos sean partes?

A este cuestionario la Corte, *motu proprio*, añadió otra interrogante, que implicaba ampliar hasta su máximo extremo el ámbito de su función consultiva, como lo era la interpretación de disposiciones particulares referentes a derechos humanos, contenidas en tratados bilaterales o multilaterales, *cuyo objeto principal no fuera la protección de los derechos humanos*, sino otras materias concernientes al intercambio recíproco de intereses interestatales.

La Corte consideró que debía darse la más amplia interpretación posible a su función consultiva:

Ni la solicitud del Gobierno del Perú, ni la Convención, distinguen, en esa perspectiva, entre tratados multilaterales y tratados bilaterales, así como tampoco entre tratados que tengan por objeto principal la protección de los derechos humanos y tratados que, aun con otro objeto principal, contengan disposiciones concernientes a esta materia, como ocurre por ejemplo, con la Carta de la OEA. *La Corte considera que las respuestas que se den*

² Corte I.D.H., *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías al debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999.

a las interrogantes planteadas en el párrafo 32 resultan aplicables a todos estos tratados, puesto que el problema de fondo consiste en determinar cuáles son las obligaciones internacionales contraídas por los Estados americanos que están sujetas a interpretación consultiva y cuáles las que no podrían estarlo. No parece, pues, determinante el carácter bilateral o multilateral del tratado fuente de esa obligación, ni tampoco cuál sea su objeto principal. (Énfasis añadido).³

Del anterior enunciado, la Corte misma postuló la dirección de la repuesta a su consulta, afirmando su competencia consultiva *ratione materiae* en los más amplios términos:

De todo lo anterior puede concluirse que el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 29, la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente en el mismo sentido. No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.⁴ (Énfasis añadido).

La Corte, no obstante, dejó sentado que, en determinadas condiciones, podría abstenerse de responder una solicitud de consulta. Ello ocurre, claro está, si la consulta no se refiere a la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. A este supuesto la Corte agregó otro, vinculado con una apreciación teleológica de su función consultiva, que debe estar orientada a fortalecer el sistema y a *coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA.*⁵ Partiendo de esa concepción sobre su función consultiva, la Corte concluyó que debe considerarse inadmisibile:

...toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión

3 *"Otros Tratados" ... cit., párr. 34.*

4 *Ibíd., párr. 48.*

5 *Ibíd., párr. 25.*

solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motivada.⁶

Esta conclusión de la Corte implica que, antes de responder una consulta, ella debe determinar si existen razones para considerarla inadmisibles, sobre la base de una consideración concreta, caso por caso, que no admite una norma estricta que vaya más allá de los principios antes enunciados. Ciertas observaciones remitidas a la Corte, en relación con la consulta formulada por el Gobierno del Perú, provenientes de Estados Miembros y de órganos de la OEA, prevenían sobre el riesgo de que una interpretación amplia permitiría a la Corte emitir una consulta que involucrase a Estados que no tienen que ver con la Convención ni con la Corte, y que ni siquiera pueden actuar ante ella. A esta objeción la Corte respondió, nuevamente, fundándose en el margen de discrecionalidad que ella misma se reservó para absolver o no una consulta:

...si se solicitara una consulta cuyo propósito principal fuese determinar el alcance o el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Estados ajenos al sistema interamericano, la Corte estaría habilitada para abstenerse de responderla, por decisión motivada. *Lo que no resulta convincente es que, de la sola circunstancia de que exista esa posibilidad, remediable en cada caso concreto, se pretenda concluir que ella basta para excluir, a priori, que la Corte pueda emitir una consulta que le sea sometida y que concierna a obligaciones referentes a la protección de los derechos humanos, contraídas por un Estado americano, únicamente porque se originen fuera del marco del sistema interamericano.*⁷ (Énfasis añadido).

Otra objeción concebible para que la Corte asumiera el más amplio concepto sobre el alcance de su función consultiva, extendiéndola a tratados abiertos a Estados que no conforman el sistema interamericano, radica en la posibilidad de que se configure un escenario propicio para que, sobre un mismo tema jurídico, se emitan interpretaciones o decisiones contradictorias, en el supuesto de que una materia sometida a la Corte relativa a esos tratados, sea también objeto de interpretación o decisión por otro órgano judicial o cuasijudicial de la comunidad internacional, ajeno a la OEA. A esta objeción la Corte respondió en los términos siguientes:

es este un típico argumento que prueba demasiado, y que no tiene, además, la trascendencia que puede imaginarse a primera vista. Prueba demasiado, porque la posibilidad de tales interpretaciones contradictorias está siempre planteada. En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por

6 *Ibíd.*, párr. 31.

7 *Ibíd.*, párr. 48.

lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el derecho internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtualidad de eliminar posibles contradicciones del género comentado.⁸

De todo ello, la Corte, por unanimidad, concluyó que, dentro del ejercicio de su función consultiva, lo esencial era interpretar las normas internacionales atinentes a derechos humanos aplicables en cualquier Estado Americano y preservar la integridad del sistema de protección a los derechos humanos establecido en el Pacto de San José. La consulta del Gobierno del Perú fue respondida en los términos siguientes:

Primero

que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

Segundo

que, por razones determinantes que expresará en decisión motivada, la Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede de los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano, ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga.

Estos principios sentados por la Corte en su primera opinión consultiva, formulados en abstracto, encontraron aplicación concreta en la última opinión emitida para la fecha de esta presentación. El 9 de diciembre de 1997, el Gobierno de México, solicitó a la Corte que interpretara el alcance del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuyo objeto principal, como tratado, no es la protección internacional de los derechos humanos, pero que reza:

8 *Ibid.*, párr. 50.

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

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos;

El mismo artículo, en su apartado 1.b, impone a las autoridades que han detenido a un extranjero el deber "*de informar sin dilación* a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado."

En este marco, la Corte afirmó su competencia para responder la consulta, a pesar de que la mencionada Convención no tiene como objeto principal la protección de los derechos humanos. La Corte estimó que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: "*reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia.*"⁹ Se trata entonces de un derecho humano subjetivo que se encuadra dentro de las garantías del debido proceso. Por lo tanto, su interpretación y aplicación entran dentro de las materias que la Corte puede considerar dentro del ámbito de su función consultiva.

La Corte, en plena coherencia con su primera opinión consultiva, concluyó, entre otras cosas, que

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.
2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.
3. Que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

9 Corte I.D.H., *El derecho a la información sobre la asistencia consular...*, cit., párr. 80.

**2. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
EN UN ÁMBITO DISTINTO A LOS TRATADOS *STRICTO SENSU***

La Corte ha afirmado su competencia para interpretar materias de otra naturaleza. En primer término, ha considerado que, conceptualmente, la noción de tratado alcanza a las reservas que los Estados hayan formulado a los mismos, de modo que tales reservas pueden ser objeto de interpretación consultiva (A). En segundo lugar, ha considerado que el Pacto de San José contiene bases que la facultan para emitir consultas no sólo sobre tratados, sino sobre textos que no pueden considerarse convencionales, como lo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (B). Finalmente, también ha decidido que el artículo 64.2 la autoriza a responder consultas de los Estados Miembros de la OEA sobre la compatibilidad entre un proyecto legislativo, aún no sancionado, y la Convención (C).

a. La Interpretación de Reservas a la Convención

Aun cuando a los tratados sobre derechos humanos no son plenamente aplicables las disposiciones relativas a la reciprocidad en materia de reservas, en la medida en que dichas reservas están autorizadas por la Convención Americana¹⁰, puede concluirse que éstas se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretarlo cabalmente, respecto del Estado reservante, sin interpretar la reserva misma:

De este modo, la Corte juzga que la facultad que le atribuye el artículo 64 de la Convención, en el sentido de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, incluye igualmente la competencia para emitir dichos dictámenes respecto de las reservas que puedan haberse formulado a esos instrumentos.¹¹

b. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Reconociendo que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no fue adoptada, en 1948, como una convención internacional, la Corte ha afirmado su competen-

10 El tema fue abordado por la Corte en su segunda opinión consultiva: Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982.

11 Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Series A y B No. 3, párr. 45.

cia para interpretarla en el contexto del artículo 64.1 de la Convención Americana, a la luz de la evolución de la protección de los derechos humanos dentro del sistema regional, así como con base en ciertas disposiciones del mismo Pacto de San José, citadas por la Corte:

En efecto, la Convención Americana hace referencia a la Declaración en el párrafo tercero de su Preámbulo que textualmente dice:

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Y en el artículo 29.d) que señala:

Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

d) excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De lo anterior se desprende que, *al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración.* (Énfasis añadido).¹²

Todavía más lejos, al analizar la práctica de los Estados Miembros de la OEA y de algunas resoluciones de los órganos de la misma, la Corte afirmó que:

Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que *la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.* (Énfasis añadido).¹³

¹² Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 36.

¹³ *Ibíd.*, párr. 43.

De allí la Corte concluyó, en el dispositivo de su opinión consultiva número 10, que el artículo 64.1 la autoriza para "*rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos*".¹⁴

c. La interpretación de Proyectos Legislativos

Como ha quedado dicho, el artículo 64.2 de la Convención Americana faculta a la Corte para emitir su opinión, a solicitud de cualquier Estado Miembro de la OEA, sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. El 28 de junio de 1983, el Gobierno de Costa Rica consultó a la Corte sobre la compatibilidad de un *proyecto de enmienda* de los artículos 14 y 15 de su Constitución Política con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte consideró admisible la consulta, fundamentándose entre otras cosas en que

Abstenerse, en consecuencia, de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de "proyectos de ley" y no de leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión. Este criterio no ayuda a "dar efecto" a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos.¹⁵

En la misma ocasión la Corte, no obstante, avanzó sus reservas para emitir opiniones sobre proyectos legislativos, cuya admisibilidad debería ser atendida con mayor prudencia para evitar que el Tribunal se vea inmiscuido en debates de política interna de los Estados Miembros. En tal sentido, afirmó que "*la Corte debe analizar cuidadosamente la solicitud para determinar, entre otras cosas, si su propósito es ayudar al Estado solicitante a cumplir mejor con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Para tal propósito, la Corte debe actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno*."¹⁶

Asimismo, la Corte, de conformidad con los mismos principios que enunció en la antes citada opinión consultiva número 1, ha decidido abstenerse de responder a una consulta sobre

14 *Ibíd.*, párr. 48.

15 Corte I.D.H., *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 26.

16 *Ibíd.*, párr. 30.

un proyecto de ley cuando su respuesta "*podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención.*"¹⁷

En **conclusión**, la Corte Interamericana ha sido dotada de una muy amplia función jurisdiccional consultiva por el artículo 64 del Pacto de San José. Más aún, apoyándose en ese texto, y actuando de conformidad con lo que es la práctica usual de las entidades de protección internacional de los derechos humanos, la Corte ha interpretado de manera amplia y extensiva su competencia consultiva, de modo que la misma sirva para asegurar de la manera más eficiente los fines del sistema regional de protección, particularmente, la garantía y el respeto de los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados americanos y el apoyo a éstos en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia. Falta abordar el segundo punto que me propuse para esta presentación: en tan amplio contexto, ¿qué efecto cabe atribuir a las opiniones consultivas de la Corte?

II. EFECTO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Aun cuando, como apuntaré más adelante, ciertas expresiones relativamente ambiguas tomada de algunas de las opiniones consultivas de la Corte, han hecho pensar a un respetado autor que la misma Corte ha restado valor a dichas opiniones¹⁸, en mi apreciación cuando la Corte responde una consulta, ejerce una función jurisdiccional, en los términos contemplados en la Convención Americana y en el Estatuto de la misma Corte.

La Convención, según lo estipula, su ya citado artículo 64, atribuye a la Corte competencia para responder las consultas que se le formulen dentro del contexto y por las entidades allí mencionadas. Por su parte, el Estatuto de la Corte¹⁹ la define como "*una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*" (art. 1º; énfasis añadido). En consecuencia, al ejercer, sea en el campo contencioso, sea en el consultivo, la función de "aplicar o interpretar" el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional (1). Se trata, en consecuencia, de jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho inter-

17 Corte I.D.H., *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, solicitada por el Gobierno de la República de Costa Rica. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12, párr. 28.

18 Faúndez Ledezma, H.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1996, págs. 450-454.

19 Aprobado por la Resolución N° 448 de la Asamblea General de la OEA, en su Noveno Período de Sesiones, en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

nacional, en los términos previstos por los artículos 38 y 59 de la Corte Internacional de Justicia, jurisprudencia que ha sido invocada en numerosos casos contenciosos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, aunque sus opiniones consultivas no están llamadas *per se* a ser ejecutadas de inmediato, sí están dotadas de un efecto práctico virtual y, además, se pueden citar ejemplos en los que el ejercicio de la función consultiva ha repercutido en esferas concretas de la actividad estatal (3).

1. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ES JURISDICCIONAL

Esta es una nota que se deduce directamente de los textos citados de la Convención (art. 64) y del Estatuto de la Corte (art. 1º). El mismo Tribunal lo ha señalado explícitamente, como un enunciado general, al referirse a la naturaleza de su competencia consultiva considerado que la amplitud de términos en que ha sido concebida dicha función,

...crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un *método judicial alternativo* de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta.²⁰ (Énfasis añadido).

En el mismo sentido, la Corte ha vinculado el ejercicio de dicha función con el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos:

*La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA.*²¹. (Énfasis añadido).

La interpretación de la Convención Americana (o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos), cuando resulta de una opinión

20 Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte* Opinión Consultiva OC-3/83 (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 8 de septiembre de 1983. Serie A, N° 3, párr. 43.

21 "*Otros Tratados*" ...*cit*, párr. 25.

consultiva de la Corte, no es una interpretación cualquiera, pues se trata de conclusiones obtenidas por el órgano que la misma Convención creó con el propósito de interpretar la Convención. Es cierto que el artículo 2 del Estatuto de la Corte parece oponer la función "jurisdiccional" (contemplada en los arts. 61, 62 y 63 de la Convención) a la "consultiva" (prevista en el art. 64 de la misma), pero en mi concepto tal oposición se explica porque se hizo un uso estricto del vocablo "jurisdiccional", considerándolo como sinónimo de "contencioso". La Corte, tanto en su Reglamento, como en sus sentencias y opiniones consultivas, ha hecho la distinción entre su competencia contenciosa y su competencia consultiva. En ambos supuestos, la Corte interpreta la Convención y afirma cómo debe ser rectamente aplicada, como órgano competente para hacerlo, según la Convención. En tal sentido, dice lo que es Derecho, o en otros términos, ejerce la *juris dictio*.

Como antes he expresado, el profesor Faúndez Ledesma ha criticado otras expresiones de la Corte que, a su juicio, introducen elementos, al menos ambiguos, sobre el valor y fuerza que el Tribunal adjudica a sus opiniones consultivas.²² En una ocasión la Corte afirmó que sus opiniones consultivas "no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa"²³; y en otra oportunidad afirmó que "en este ámbito, cumple una función asesora"²⁴. En mi parecer, el citado autor exagera el valor de esas expresiones y no toma en cuenta el contexto en el que fueron formuladas. En el primer caso, la Corte refutaba el argumento según el cual, al responder consultas sobre tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que no fueran fruto del sistema interamericano o en el que no fueran partes Estados americanos, se corría el riesgo de generar pronunciamientos judiciales contradictorios en la esfera internacional (lo que resulta menos grave si las opiniones de la Corte "no tienen el mismo efecto vinculante" que sus sentencias). En el segundo, la Corte se refería a una

22 El autor también objeta la denominación de *opiniones consultivas* que el Reglamento de la Corte emplea para referirse a las consultas que responde en aplicación del artículo 64 de la Convención (*cit.*, pág. 452). Fundamenta dicha objeción sobre el hecho de que la expresión *opinión consultiva* no figura en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que se ha tomado de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que sí contienen dicha formulación. Creo que se trata más bien de una cuestión de semántica. Como la Convención Americana, en efecto, no contiene una denominación específica para las decisiones que adopte la Corte en el ejercicio de su función consultiva, la misma Corte, al aprobar su Reglamento, recurrió al referente de la Corte de la Haya (tanto Corte Permanente de Justicia Internacional como la Corte Internacional de Justicia) y de la Corte Europea de Derechos Humanos (en el Protocolo N° 2 a la Convención Europea de Derechos Humanos), que utilizan la expresión *opinión consultiva*, para referirse al resultado del ejercicio de su competencia consultiva (por oposición a la contenciosa). Si bien las condiciones en que estos últimos tribunales internacionales han estado llamados a ejercer dicha competencia son más restringidas a las previstas para la Corte Interamericana, no pienso que hay problema alguno de fondo en cuanto a la denominación, al menos en lo que se refiere al efecto y valor de las opiniones consultivas. Nadie puede desconocer el respeto universal que han tenido numerosas opiniones emitidas por la Corte de La Haya, que han enriquecido la jurisprudencia internacional y han impulsado y orientado el desarrollo del Derecho internacional.

23 "Otros Tratados" ...*cit.*, párr. 51.

24 *Restricciones a la pena de muerte...cit.*, párr. 32.

objeción de Guatemala a la admisibilidad de la consulta solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues consideraba que se trataba de un caso contencioso encubierto, atinente a una controversia sobre la interpretación de ciertas reservas a la Convención formuladas por Guatemala y las reformas a la legislación interna de ese país relativa a la pena de muerte. La Corte debió marcar algunas diferencias entre los efectos de sus sentencias y de sus opiniones consultivas, teniendo presente, además que, en las circunstancias de la especie, había varias personas condenadas a muerte, cuya ejecución había quedado suspendida por el Gobierno de Guatemala y que una opinión que apareciera abiertamente condenatoria del Gobierno podría haber sido interpretada por éste como una provocación a lo que había sostenido en estrados y precipitar la ejecución de la pena capital, la cual, como comentaré luego, nunca se produjo.

Estas circunstancias de especie explican las citadas expresiones de la Corte, las cuales, en ambos casos, estaban destinadas a explicar y a afirmar la amplitud de su función consultiva y no a debilitarla. Lo que sí expresó el Tribunal, como enunciados generales referidos a su competencia consultiva, son los ya citados conceptos según los cuales dicha competencia ofrece "*un método judicial alterno*" destinado a "*coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos*". Allí radica el valor y efecto de las opiniones consultivas de la Corte. También por eso se explica que la misma Corte haya considerado y aplicado tales opiniones como jurisprudencia que sustenta sus sentencias en casos contenciosos.

2. LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SON JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La Corte ha considerado sus opiniones consultivas, fundadas sobre el artículo 64 de la Convención, como fuente jurisprudencial de Derecho internacional para resolver numerosos casos contenciosos. Así ha ocurrido, por lo menos, en los siguientes casos contenciosos en los que, al aplicar el artículo 62 del Pacto de San José, la Corte ha hecho valer criterios de interpretación nacidos del ejercicio de la función que le atribuye el artículo 64: **1)** Corte I.D.H.: *Caso Velázquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 4. párr. 165; y **2)** *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5. Los párrafos 165 y 174 de las sentencias, respectivamente, aluden a la opinión consultiva: *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. **3)** Corte IDH: *Caso Caballero Delgado y Santana*. Excepciones Preliminares. Serie C: Resoluciones y Sentencias. No. 17. Sentencia de 21 de enero de 1994. En el párrafo 49 de la sentencia se invoca la opinión consultiva: *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. **4)** Corte I.D.H.: *Caso Genie Lacayo*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 29 de enero de 1995. Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 21. El párrafo 40 de la sentencia alude a la opinión consultiva: *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. Asimismo, el párrafo 50 de la misma sentencia hace referencia a la opinión consultiva: *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 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. **5)** Corte I.D.H.: *Caso Neira Alegria y Otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 20. Los párrafos 82 y 83 de la sentencia citan, respectivamente, a las opiniones consultivas: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; así como también la relativa a *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. **6)** Corte IDH: *Caso Caballero Delgado y Santana*. Serie C: Resoluciones y Sentencias. No. 22. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. En el párrafo 60 de la sentencia se invoca la opinión consultiva: *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 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. **7)** Corte I.D.H.: *Caso Paniagua Morales y Otros. Excepciones Preliminares* Sentencia de 25 de enero de 1996, Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 23. El párrafo 41 de la sentencia menciona la opinión consultiva: *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. **8)** Corte I.D.H.: *Caso El Amparo. Reparaciones*. (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 28. En el párrafo 59 de la sentencia se evoca la opinión consultiva: *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 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. **9)** Corte I.D.H.: *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C: Resoluciones y Sentencias. No. 33. En el párrafo 50 de la sentencia se invocan las opiniones consultivas: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; así como también la relativa a *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. **10)** Corte I.D.H.: *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 35. El párrafo 63 de la sentencia hace referencia a la opinión consultiva: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. También los párrafos 89 y 97, respectivamente invocan las opiniones consultivas: *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6; y: *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. **11)** Corte I.D.H.: *Caso Blake* Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C: Resoluciones y Sentencias No.

36 En el párrafo 31 de la sentencia, se cita la Opinión Consultiva *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos - OC-15, de 14 de noviembre de 1997)*. 12) Corte I.D.H.: *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 37. El párrafo 149 de la sentencia alude a la opinión consultiva: *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

Cabe entonces concluir que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u "otro tratado" sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

No tengo, por lo tanto, diferencia alguna con las conclusiones a las que llegó Faúndez Ledesma, después de criticar, fuera de su justo contexto, las antes mencionadas expresiones de la Corte. Afirma el citado autor:

"...el artículo 64, párrafo 1 de la Convención confiere a la Corte competencia para emitir *interpretaciones* autorizadas de la Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, las cuales no corresponden a una mera *asesoría* sino a un dictamen que reúne las características de certeza y finalidad... (énfasis del original).²⁵

El mismo autor concluye que, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce la competencia que le asigna el artículo 64.1 de la Convención.

...la Corte opera como una especie de tribunal constitucional, en cargado de interpretar la Convención u otros tratados de derechos humanos".²⁶

3. DOS EJEMPLOS DE PRÁCTICA DE LOS ESTADOS

Para evaluar, en su efecto y valor real, la función consultiva de la Corte, es útil tener en cuenta su repercusión, no sólo en la jurisprudencia contenciosa del mismo Tribunal, sino en la práctica de los Estados. Es preciso reconocer que esa práctica no ha sido homogénea, pero, con visión optimista, citaré dos casos en los cuales, dentro del contexto del ejercicio de la función

25 *Cit.*, pág. 453.

26 *Ibíd.*

consultiva de la Corte, se ha producido una modificación en la conducta de los Estados para adecuarla a la Convención. Me referiré a las opiniones consultivas relativas a las *Restricciones a la pena de muerte* y *La colegiación obligatoria de periodistas*, materias objeto de las opiniones consultivas números 3 y 5 de la Corte, respectivamente.

A. *Guatemala y las Restricciones a la Pena de Muerte*

El 15 de abril de 1983 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una consulta que envolvía un caso que estaba siendo examinado por la misma Comisión, en relación con cierta legislación guatemalteca ("Ley de Fuero Especial") que había creado tribunales de excepción y había extendido la aplicación de la pena de muerte a delitos que no eran objeto de esa pena cuando Guatemala ratificó la Convención. En opinión de la Comisión, tal legislación contravenía el artículo 4.2 de la Convención Americana, en cuyos términos está prohibido extender la aplicación de la pena de muerte "*a delitos a los cuales no se la aplique actualmente*". Guatemala había alegado ante la misma Comisión que una reserva que había formulado al artículo 4.4 de la Convención²⁷, reservaba que consideraba aplicable, toda vez que los delitos a los que se refería la Ley en debate eran delitos comunes conexos con los políticos, de suerte que la reserva guatemalteca no podía considerarse restringida al párrafo 4º del artículo 4 de la Convención, sino a cualquier parte de la misma "en que figure una norma similar".²⁸

La audiencia pública correspondiente a dicha solicitud de consulta tuvo lugar el 26 de julio de 1983. El Agente de Guatemala, durante la introducción su alegato sobre la admisibilidad de la consulta y a la defensa de la interpretación sostenida por su Gobierno, expresó lo siguiente:

...el Gobierno de Guatemala ha considerado la posibilidad de reexaminar y suspender, por ahora, la ejecución de sentencias que dictan los tribunales de fuero especial en que se condene a la pena de muerte a los procesados.

En su decisión final, la Corte concluyó que la interpretación de la Comisión se ajustaba a Derecho. Más allá de esa circunstancia está el hecho de que ninguna de las condenas a muerte pendientes para la fecha en que tuvo lugar la audiencia pública fue jamás ejecutada. Se produjo, además, un cambio de Gobierno en Guatemala y la Ley de Fuero Especial fue abrogada. Más tarde, por Acuerdo Gubernativo No. 281-86, de fecha 20 de mayo de 1986, Guatemala retiró su reserva al artículo 4.4 del Pacto de San José. En la

27 "*En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos o comunes conexos con los Políticos.*"

28 Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie B No. 3, pág. 10.

práctica, aunque la opinión consultiva de la Corte no fue directamente invocada para tales sucesos, el hecho es que dicha consulta fue la ocasión para que un Estado ajustara su conducta y su legislación a la Convención y, lo que es más importante, para salvar la vida de varias personas condenadas a muerte.

B. Costa Rica, la Colegiación Obligatoria de los Periodistas y el caso Róger Ajún Blanco

Otro caso relevante en el Derecho comparado latinoamericano y que expresa el valor vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, fue decidido por la Sala Cuarta (Constitucional) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Una Opinión Consultiva, relativa a la constitucionalidad (compatibilidad con el Pacto de San José), de una Ley costarricense (atinerente a la colegiación obligatoria de los periodistas) fue sometida a la Corte, a pesar de que, previamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había concluido que las disposiciones legales en juego no violaban el Pacto de San José. La Corte Interamericana, en cambio, por unanimidad, decidió que dichas normas no eran compatibles con la Convención, particularmente con la definición de libertad de expresión contenida en el artículo 13 de la Convención, que garantiza dicha libertad en términos más amplios que cualquier otro tratado²⁹. Pues bien, sin desconocer el mérito del Gobierno de Costa Rica de arriesgarse, por propia y libre iniciativa, a tener una opinión adversa de la Corte después de haber obtenido una resolución favorable de la Comisión, su reacción frente a la decisión de aquella fue de una manifiesta irritación y no se adoptó iniciativa alguna de parte del Gobierno o de la Asamblea Legislativa para reformar la Ley de Ejercicio del Periodismo y adaptarla a la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Años más tarde, se planteó ante la Sala Cuarta (Constitucional) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica la cuestión de la constitucionalidad de la colegiación obligatoria de los periodistas, de acuerdo con la Ley N° 4420 de ese país. La Sala, en sentencia del 9 de mayo de 1995,³⁰ declaró la nulidad de la norma que imponía tal colegiación obligatoria, fundándose en la aludida Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta importante sentencia, la Sala Cuarta estatuyó:

...en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, *otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional.*

29 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

30 Exp. 0421-S-90.- No. 2313-95.

Al punto de que, como lo ha reconocido la Jurisprudencia de esta Sala, *los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución* (vid. Sentencia No. 3435-92 y su aclaración No. 5759-93). (Énfasis añadidos).

También afirmó que, cuando un Gobierno solicita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre la compatibilidad de sus leyes internas con la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, la opinión de la Corte es vinculante y obligatoria para el gobierno que la solicitó. Se pronunció asimismo sobre la naturaleza y efectos que, en general, tienen las Opiniones Consultivas de la Corte, en los mismos términos que ya se han señalado. Dijo la Corte costarricense:

No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede ser a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, *debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada*. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. (Énfasis añadido).

El razonamiento de la Sala Cuarta es un ejemplo notorio de interacción entre el Derecho internacional de los derechos humanos con el Derecho Constitucional, ya no solamente en la calidad de textos o normas, sino en el encadenamiento de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción constitucional doméstica.

CONCLUSIÓN

Quizás es impropio extraer conclusiones en una presentación destinada a un panel, donde la discusión de lo planteado por cada uno de los que tenemos el privilegio de intervenir está sujeto al escrutinio y análisis del colectivo. Esa discusión es la mejor conclusión de las reflexiones que anteceden.

Debo recordar, sin embargo, como lo expresé al inicio de esta disertación, que ella estaría limitada a dos temas relativos a la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: las materias que pueden ser objeto de consulta y el efecto de las decisiones de la Corte en el ejercicio de su competencia consultiva. Los he abordado someramente, con la esperanza de que puedan contribuir a la reflexión y a la discusión; pero con la conciencia de que se trata sólo de una aproximación a temas que invitan a un estudio más profundo y detenido.

Esta exposición ha omitido, por razones de tiempo, ciertas cuestiones de principio que ha definido la Corte, dentro del ejercicio de su función consultiva, que sirven de guía y de criterio para todas sus decisiones. Por ejemplo, la Corte ha destacado la particular naturaleza que tienen los tratados sobre derechos humanos cuando declaró que no persiguen "*un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*" sino que "*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*"³¹. Asimismo, la Corte ha afirmado que, en aplicación de los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, habida cuenta del objeto y fin de los tratados relativos a la protección de los derechos humanos, los mismos deben ser interpretados del modo más favorable al ser humano, que es el sujeto de la protección internacional³², y ha puntualizado que "*si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.*"³³

Terminaré con una referencia histórica sobre el significado de las opiniones consultivas de la Corte, especialmente válido en un evento de celebración de los veinte años de existencia de la institución. Como es sabido, no fue sino después de siete años de su instalación que la Corte fue llamada a decidir sus primeros asuntos contenciosos. La morosidad de los Estados partes en la Convención en reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte, unida a la inercia de la Comisión para acudir al Tribunal para solventar casos de los Estados que sí habían formulado tal reconocimiento, produjo como efecto que la "Primera Corte" viera expirar los seis años de su primer mandato sin ejercer su competencia contenciosa. Durante esa difícilmente comprensible etapa, en la práctica, las consultas absueltas por la Corte sustentaron su autoridad y llenaron una importante función como medio de protección de los derechos humanos. Ahora, cuando existen condiciones para que la Corte ejerza a plenitud su competencia contenciosa, la experiencia colectada por los efectos de sus opiniones consultivas no debe ser desdeñada. La riqueza, así como las circunstancias de hecho y de Derecho que han rodeado la opinión con-

31 Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

32 Cf. p. ej. Corte I.D.H., *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, No. G 101/81. Serie A. Decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 16; Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte...cit.*, párr. 65.

33 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas...*, cit., párr. 52

sultiva número 16, a la que aludí ya en esta presentación, son un buen ejemplo de la vigencia de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como herramienta para la protección internacional de los derechos humanos en el hemisferio.

San José, 24 de noviembre de 1999

IMPLEMENTATION OF THE JUDGMENTS OF THE COURT

THOMAS BUERGENTHAL*

* Presidente Honorario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Miembro de la Corte Internacional de Justicia. Ex Presidente y ex Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IMPLEMENTATION OF THE JUDGMENTS OF THE COURT

THOMAS BUERGENTHAL

Summary: I. Introduction. II. The Parties to the Dispute. III. Judgments as Precedents. IV. Advisory Opinions.

I. INTRODUCTION

The topic assigned to me is the "Implementation of the Judgments of the Court." As I understand it, I am to address the question of the obligations the American Convention on Human Rights imposes on the States Parties to comply with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights and the legal or normative effect of such judgments.

This complex of issues has not been dealt with extensively in the literature,¹ nor has the Court itself had much occasion to address it. The Convention too has little to say on the subject. At the same time, it is clear that this subject will gain increasing attention as the volume of the Court's jurisprudence increases and national courts are called upon to give effect to these decisions.

I propose to address the topic assigned to me from a number of perspectives. I will deal first with the effect of a judgment of the Court on the parties to the case and the consequences that follow therefrom as far as compliance is concerned. Next, I will address the precedential effect of the Court's judgment on the States Parties to the Convention in general. Both of these issues will be considered from the point of view of international and national law. I will conclude a discussion of the normative effect of advisory opinions.

¹ See generally V. M. Rodríguez Rescia, "La ejecución de sentencias de la Corte," en J. Méndez y F. Cox (eds), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* 448 (San José, 1998); L.I. Sánchez Rodríguez, "Los sistemas de protección americano y europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia," en R. Nieto Navia (ed), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* 501 (San José, 1994).

II. THE PARTIES TO THE DISPUTE

Any discussion of the effect of a judgment of the Court on the parties to the case must begin with the language of Articles 67 and 68 of the Convention. The here relevant provision of Article 67 stipulates: "the judgment of the Court shall be final and not subject to appeal." Paragraph 1 of Article 68 provides that "the States Parties to the Convention undertake to comply with the judgment of the Court in any case to which they are parties." The second paragraph of Article 68 reads as follows: "That part of a judgment that stipulates compensatory damages may be executed in the country concerned in accordance with domestic procedure governing the execution of judgments against the state." Finally, it is also relevant to note that Article 65 of the Convention, after requiring the Court to provide the General Assembly of the Organization of American States with an annual report of its work, declares that the Court "shall specify, in particular, the cases in which a state has not complied with its judgments, making any pertinent recommendations."

It is thus clear that the States Parties to the Convention have an obligation under international law to comply with a final judgment of the Court in a case to which they are parties. This conclusion immediately suggests the question as to the beneficiaries of this obligation, that is, who has the right or the standing to seek to enforce this obligation on the international plane. Here one would have to distinguish between enforcement efforts within the framework of the Organization of American States and enforcement efforts outside that institutional framework. Within the OAS system, the Commission certainly has that right by virtue of the functions it performs under Article 41 of the Convention and Articles 18 and 19 of its Statute. It is clear also that the OAS General Assembly and the Permanent Council have the right to seek compliance by a State Party with a decision of the Court in a case to which such State was a party. As far as the role of the Assembly is concerned, the right to seek compliance flows in part from the obligation the Court has under Article 65 of the Convention to inform the Assembly of the failure of States to comply with the Court's judgments. It is also based on the general powers the Assembly, and through it the Permanent Council, have under the OAS Charter. The problem these institutions face in seeking to obtain compliance with the Court's judgments is that they have the power only to adopt recommendations and lack the power to impose sanctions, which is not to say that the political effect of an Assembly finding that a State is in default of its obligations under the Convention is insignificant. The mere threat of such a finding may under certain circumstances bring about compliance. In this regard, of course, much depends upon the political will of the Member States of the OAS. They have in the past shown little eagerness to support efforts by the Commission or Court to prod delinquent States to comply with their human rights obligations.

Before leaving this subject, it is important to clarify one point regarding the scope of Article 65. The mere fact that this provision requires the Court to present an annual report of its activities, does not mean, as some have suggested in the literature, that the Court's obligation to specify "the cases in which a state has not complied with its judgment," is limited to cases that have arisen during the reporting year. It seems to me that the language and obvious purpose of

Article 65 permit the Court to call the Assembly's attention to the delinquent State's non-compliance and to make appropriate recommendations for as many years as the non-compliance continues. This is so because as long as the non-compliance continues, it must be deemed to affect the work of the Court during the relevant reporting year.

It must be asked next whether States Parties to the Convention have standing to institute proceedings in the Inter-American Court of Human Rights against another State to demand compliance with a judgment of the Court in a case in which they were not parties. I believe the answer is yes, if the judgment rendered was in favor of a national of the plaintiff State. The Court's jurisdiction hear such an inter-State case would be based on Article 61(1) of the Convention, which provides that "only States Parties and the Commission have the right to submit a case to the Court read together with Article 62(3). That provision declares that "the jurisdiction of the Court shall comprise all cases concerning the interpretation and application of the provisions of the Convention that are submitted to it...." The clauses to be applied and interpreted would be Articles 67 and 68, which deal with the effect of the Court's judgments. I don't believe that Article 61(2) of the Convention, which provides that "in order for the Court to hear a case, it is necessary that the procedures set forth in Articles 48 to 50 shall be completed," prevents the institution of this inter-State action. In reaching this conclusion, which is not without doubt, I would argue that the case giving rise to the controversy was submitted to the procedures provided for under Articles 48 to 50. It could also be argued, probably more convincingly that Article 61(2) is not applicable to inter-State disputes relating to the obligations assumed by the States Parties under Articles 67 and 68, and that it applies only to claims relating to violations of the human rights guaranteed in the Convention.

In view of the fact that nationality is not a basis for the protective system established by the Convention,² it could also be argued that the above inter-State proceeding can be instituted by any State Party to the Convention, which has accepted the Court's jurisdiction. Even if one were to grant that standing here is more doubtful, it is clear that any OAS Member State would have the right under Article 64 of the Convention to seek an advisory opinion of the Court concerning the obligations under the Convention and, hence, under international law, of the State that has failed to comply with the Court's judgment.

Of course, you might ask why institute any of these actions against a State that continues to fail to comply with the original judgment. The simple answer is that these subsequent proceedings keep the delinquency in the public view and thus serve as a legitimate basis for putting more political pressure on the delinquent State to comply with its obligations. That, after all, is what this game is all about.

Let me now turn to a more difficult problem: the domestic legal effect of the Court's judgment in the State party to the case before the Court. In dealing with this issue, we start with

2 On this subject, see generally I-Am Court HR, Advisory Opinion OC-2/82, para 29 (1982).

Article 68(2) of the Convention, which reads as follows: "That part of a judgment that stipulates compensatory damages may be executed in the country concerned in accordance with domestic procedure governing the execution of judgments against the state." A reading of this provision yields two conclusions. The first is that the Article does not require the beneficiary of the judgment, that is, the private party who was awarded compensatory damages, to seek execution through domestic courts. It would, of course, permit that party to seek such execution if the State Party refused to pay, but it does not make it a condition precedent of such payment. Moreover, it would be a mistake to assume that the use of the permissive "may" in Article 68(2) compels the conclusion that the private party does not have a right to this remedy and that, as a result, the State was free to grant it or not. I would submit instead that the proper reading of this language is that, if the State provides a remedy for the execution of judgments against the State, the private party beneficiary of the Court's judgment has a right to resort to this remedy.

Let me explain and amplify the foregoing conclusion. When interpreting Article 68(2), one has to distinguish between its international and domestic applicability. As a matter of international law, the provision grants the private party a right to seek execution of the Court's judgment through the domestic courts, provided only that the domestic legal system has a procedure in place for the execution of money judgments against the State. But if no such domestic procedure exists, the State is not obliged under Article 68(2) to establish it.

The domestic application of Article 68(2) depends on the legal system within which its application is sought. In a country where the provisions of a treaty become domestic law upon the State's ratification of the treaty, the national judge would be free to give effect to the right Article 68(2) confers on the private party and permit the execution of the judgment, provided that the existing national legislation establishes general procedures for the executions of judgments against the state. It must be recognized, however, the relevant national legislation may be so narrowly drawn that it might prevent extending it to the judgments of the Court.

In States where treaties do not enjoy the status of domestic law upon their ratification, Article 68(2) would most likely not be given effect. Here it should be noted, however, that if the national law of such a State does provide a procedure for the execution of judgments against the State, it would be a breach of the Convention for such a State not to extend those procedures to the beneficiaries of the Court's judgment. This conclusion follows from the fact that Article 68(2) requires the Court's money judgments to be treated, for purposes of domestic execution, the same way as domestic judgments against the State. Here it is irrelevant what legal status treaties enjoy in any given country.

I would assume that some of you must be wondering whether I have overlooked one important issue as far as the domestic application of Article 68(2) is concerned. It has to do with the question whether the private party beneficiary of the Court's judgment has standing to invoke the relevant domestic procedures, considering that he or she was not a formal party

to the proceedings before the Court. This formalistic argument overlooks the fact that the real party in interest is the private party on whose behalf the case was referred to the Court, either by the Commission or a State. Nevertheless, it is entirely possible that one or the other national court might adopt such a formalistic approach and claim that the private party has no standing to enforce the judgment. It would be wise, therefore, for the Inter-American Court to anticipate such a holding and, in its judgment, treat the private party for purposes of its compensatory award as a party with standing to invoke the remedy provided for in Article 68(2).

It should now be asked whether the manner in which Article 68(2) is worded indicate that the drafters of the Convention wished to preclude the domestic enforcement of any but the compensatory parts of the Court's judgment. Put another way, must the Convention be read to prevent domestic courts from holding that they have the right or power to give effect to those parts of the Court's judgment that impose obligations other than compensatory damages. Here I am thinking, for example, of a judgment holding that a person's imprisonment violates the Convention and that he should be released.

In my opinion, Article 68(2) only establishes a special method for enforcing monetary damages against the State. It does not lay down any particular rules for the domestic enforcement of other types of judgments and thus leaves States free to regulate or not to regulate the subject on the domestic plane. On the international law plane they are, of course, under an obligation to comply with the judgment. In short, the language of Article 68(2) does not prevent a domestic court in a State Party to the Convention from giving effect to a judgment of the Inter-American Court, provided it has the power to do so under its domestic law.

Whether a domestic court would do so, will depend upon the domestic law status of treaties in the country where the court sits.³ A court in a State in which the American Convention does not have the status of domestic law will not be able to enforce the judgment of the Inter-American Court without a special national law authorizing it to do so. This is so because here neither the Convention nor the Court's judgment is source of law for the national courts.

The situation will be different in a State in which treaties in general or only human rights treaties enjoy the status of domestic constitutional law or domestic law superior to that of ordinary national law. (One or the other is increasingly the case in many Latin American countries.) Here the domestic court could take the position that Article 68(1) of the Convention is binding

³ See generally T. Buergenthal, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law," 235 *Recueil des cours* 303 (Hague Academy, 1992); T. Buergenthal, "Modern Constitutions and Human Rights Treaties," 36 *Columbia J. Trans.L.* 211 (1997).

on all organs of the State and not only on the executive branch of the government.⁴ The court would therefore rule that it is bound by virtue of Article 68(1) to enforce the judgment of the Inter-American Court, provided the measures called for in that judgment are measures the domestic court has the power to take. Hence, if the Inter-American Court required the release from prison of an incarcerated individual, the national court could order the person's release, assuming that similar powers are vested in it in appropriate circumstances under domestic law. Here you might ask, what is the theoretical or doctrinal basis justifying the result I have postulated? The answer, I would submit, is that for States in which the Convention has the status of domestic law, particularly constitutional law or law superior to that of ordinary domestic law, the "obligation to comply with the judgment of the Court" assumed by a State party to the case" under Article 68(1), converts the judgment of the Court into a treaty obligation which, as such, enjoys the same normative status under domestic law as the treaty itself. This treaty obligation is self-executing or not, depending upon the power of the domestic court to execute it. That, in turn, will depend upon the contents of the judgment of the Inter-American Court, upon what it provides or what measures it requires the State to take. In sum, to the extent that the judgment of the Inter-American Court is by virtue of Article 68(1) binding treaty law for a State party to the case, a national court can be deemed to have the power to reverse a prior domestic court decision in conflict with the judgment of the Inter-American Court or to refuse to give effect to a national law found by the Inter-American Court to be in violation of the Convention.

Applying this same argument to States where the Convention only has the status of ordinary national law, it is clear that the judgment of Inter-American Court will not be able to override the application of a later domestic law in conflict with that judgment. By the same token, though, it will take precedence over ordinary laws which entered into force before the Inter-American Court's judgment was issued. These conclusions follow from the application of the rule *lex posterior derogat priori*.

Let me note, in this connection, that this same principle comes into play in States where the Convention has a normative status higher than ordinary law. As a result, a judgment of the Court could only trump laws or domestic decisions based on laws having a lower normative status or, in the case of laws of the same normative rank, where the Court's judgment is later in date. Of course, where the Convention has the status of constitutional law, which it now has in a number of States, domestic courts would have to reconcile the constitutional obligation to give effect to the Court's judgment with whatever other constitutional provisions might also be applicable.

4 On this subject see two very important decisions: *Ekmekdjian v. Sofovich*, Supreme Court of Argentina, Judgment of 7 July 1992; Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica, *Acción de inconstitucionalidad No. 421-S- 90- Voto No. 2313*, Judgment of 9 May 1995. For a discussion of the *Ekmekdjian* case, see T. Buergenthal, "La jurisprudencia internacional en el derecho interno," en R. Nieto Navia (ed), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* 67 (1994).

Many of the questions I have discussed up to this point could be dealt with in the States Parties to the Convention by means either of an agreement with the Inter-American Court or by statute. Thus, the agreement between the Court and Costa Rica, regulating matters relating to the seat of the Court (Convenio de Sede) reads as follows: " 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."⁵ This provision of the agreement with Costa Rica was drafted by the Court in the hope that it would serve as a model for similar agreements between the Court and other States Parties to the Convention. To date, however, no such agreements have been concluded with any other State.

A law adopted in Peru in 1982 pursuant to Article 105 of the Peruvian Constitution provided that a decision of international bodies whose obligatory jurisdiction Peru had accepted, "no requiere [en el Perú] para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno." This law charged the Supreme Court of Peru with the execution of such a decision.⁶ Before this law could be applied in Peru, it was abrogated together with the 1980 Peruvian Constitution. But the law in question would be the type of law that could and should be adopted in the States Parties to execute the Courts judgments. To my knowledge only the Guatemalan Constitution contains a similar clause, but it too has to date not been applied.

III. JUDGMENTS AS PRECEDENTS

We come now to the question of the normative effect, if any, of a judgment of the Inter-American Court in a State Party to the Convention that was not a party to the case within the meaning of Article 68(1) of the Convention. Here it is clear that the State Parties to the Convention have not assumed a formal obligation to recognize the legal effect of such judgments. At most, such judgments constitute judicial precedent as to the meaning of disputed provisions of the Convention. But they are not binding judicial precedent in the Anglo-Saxon sense of requiring lower courts to follow the decisions of higher courts in the same judicial system.

In theory, therefore, a domestic court is free to reach a decision that is in conflict with a prior judgment of the Court interpreting the Convention. But even in countries that do not accept the Anglo-Saxon doctrine of precedent - which is the case generally for all Latin American countries - national courts do not as a rule depart from the pronouncements of higher courts unless they have good reason to do so. This practice is justified by the recognition that

5 Convenio de Sede entre Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 27, suscrito en San José de Costa Rica, el 10 de Setiembre de 1981.

6 Ley de Hábeas Corpus y Amparo, No. 23506, art. 40 (1982).

the lower court does not have the last word on the subject and that it will most likely be reversed by the higher court if it does not follow the precedent the latter established in a like case. To submit litigants to decisions of lower courts, which will very likely be reversed by higher courts, is inherently arbitrary and thus incompatible with the orderly and fair administration of justice, be it domestic or international. Of course, there are exceptions to this proposition, particularly if a lower court concludes that there are good and not previously advanced arguments to depart from the precedent.

The same principles should apply to decisions of the Inter-American Court. Although these decisions are not binding on States that were not parties to the case, they are emitted by the Court which, under the Convention, has the last word on the meaning of this treaty. These decisions are entitled, therefore, to be followed unless good and convincing reasons compel the domestic court to depart from them. A domestic court that fails to do so acts in a manner that is arbitrary and, it is arguable, thus deprives the individual of the right Article 25(1) of the Convention guarantees. That provision reads as follows: " Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for the protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention...."⁷ It can certainly be argued that a domestic court, which for no good reason refuses to grant a litigant remedies to which he or she is entitled under well-established precedents of the Inter-American Court, acts in an arbitrary manner and thus denies the affected individual "simple and prompt recourse ... to a competent tribunal for the protection against acts that violate his fundamental rights recognized ... by this Convention."

Even if one were not to accept the foregoing interpretation, I believe that a national court of a State Party to the Convention should, even if it does not have to, take a decision of the Court into account when called upon to apply the Convention in a similar case. This approach would seem to be implicit in the principle that treaties are to be interpreted in good faith. It also makes good practical sense since a national court which fails to follow the precedents established by the Court subjects its State to a predictable adverse decision once the case gets to the Inter-American Court.

IV. ADVISORY OPINIONS

Advisory opinions are not binding, of course. But that does not mean that they lack legal or normative effect. They are rendered by the Inter-American Court in the exercise of judicial functions conferred on it by the Convention. When the Court renders an advisory opinion,

⁷ I recognize that the purpose of this provision was to establish the right to amparo or habeas corpus, which does not mean that it is not applicable to acts of judicial arbitrariness resulting from the failure of following established precedent.

it engages in a judicial and not academic exercise. Its advisory powers were conferred on the Court in order to enable the Member States of the OAS and OAS organs to obtain from it an authoritative interpretation of the Convention and related human rights treaties. The opinions the Court renders in the discharge of this function thus have an undisputed juridical legitimacy, which the Member States and OAS organs can rely on for their decision-making processes. Their value as precedent derives from the fact that the Court is the highest judicial institution within the OAS system for the interpretation and application of the Convention and related human rights treaties.

It follows therefrom that the authoritativeness of advisory opinions as precedents within the Convention system can be equated to that enjoyed by the Court's contentious decisions in relation to States that were not parties to the case that produced the judgment. This is a point that is often overlooked because of the erroneous assumption that contentious decisions somehow have an inherently greater normative effect than advisory opinions. They have that effect only with regard to the parties to the case. As far as other States are concerned, they have the status of non-binding precedent equal in weight and respect to that enjoyed by advisory opinions.

**ORDEN Y VALORACIÓN DE LAS
PRUEBAS EN LA FUNCIÓN CONTENCIOSA
DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO*

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ORDEN Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Sumario. I. Introducción. II. Concepto de prueba. El derecho probatorio. III. Procedimiento, objeto, medios y valorización de las pruebas. IV. El orden en el ofrecimiento y desahogo de los elementos de convicción en el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana. V. El desahogo de las pruebas ante la Corte Interamericana. VI. Apreciación de las pruebas en el proceso internacional de los derechos fundamentales. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Los elementos de convicción constituyen uno de los aspectos básicos del procedimiento jurisdiccional o contencioso ante cualquier juez o tribunal, ya que excepcionalmente la controversia versa sobre cuestiones estrictamente jurídicas, pues en la mayoría de los supuestos las partes alegan la existencia de varios hechos que es necesario demostrar en el proceso para obtener una sentencia favorable, y en ese supuesto resulta indispensable el ofrecimiento, tramitación, desahogo y apreciación de las pruebas respectivas, que de esta manera asumen una gran trascendencia dentro del proceso.

2. Existe un gran desarrollo sobre los diversos aspectos de la prueba, es decir, sobre el concepto general de la misma en el campo del derecho procesal, así como los enfoques que tiene dicho concepto en relación con el *objeto* (qué se demuestra), la *carga* (quién prueba); el *procedimiento probatorio* (cómo se prueba); *medios* (con qué se prueba), así como

la *valorización o apreciación* (razonamiento del juez sobre la eficacia de los medios de convicción).¹

3. Todos estos sectores han sido motivo de una evolución constante por parte de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación de los diversos ordenamientos, los que han incorporado en los últimos años los adelantos de la tecnología, como son los relativos a la fotografía, los videos y los desarrollos de la computación, lo que ha determinado que se hubiese producido una alta complejidad en el procedimiento probatorio, que requiere de una preparación más adecuada de los abogados, ministerio público y juzgadores. Lo que ha ocurrido en el ámbito interno también ha trascendido al ámbito internacional, en el cual se han aplicado los principios elaborados por los códigos procesales nacionales, pero con aspectos peculiares en relación con los tribunales supranacionales, que si bien no se han apartado de los principios generales de la teoría o doctrina del proceso o del derecho procesal, sí han requerido de una atención específica como se desprende de la doctrina, pero especialmente la jurisprudencia, que ha establecido reglas particulares, primero por parte de la Corte Internacional de Justicia², y posteriormente la Comisión y la Corte Europeas, y la Comisión y la Corte Interamericana, todas ellas de Derechos Humanos, en la inteligencia de que estos organismos regionales y especializados han debido construir nuevas reglas en virtud de que su función, no es como la de la primera, resolver controversias entre Estados, sino la protección de los derechos fundamentales de las personas.

II. CONCEPTO DE PRUEBA. EL DERECHO PROBATORIO

4. No es sencillo establecer un concepto general de la prueba procesal, ya que existen diversos puntos de vista de los cultivadores de la ciencia del proceso, por lo que nos limitaremos a citar algunas opiniones que nos parecen relevantes para llegar, más que a una definición estricta, a una simple descripción que nos sirva de punto de partida. Una expresión aparentemente sencilla es la del insigne jurista italiano Francesco Carnelutti, quien sostuvo que probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una *afirmación*, y cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se reduce a la aportación de las razones.³

1 Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Introducción al estudio de la prueba", en su libro *Estudios de derecho probatorio*, Concepción, Chile, 1965, pp. 117-118; Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1958, pp. 215-216.

2 Cfr. Rosenne, Shabtai, *The World Court. What is and how it works*, 5ª. ed., Dordrecht, 1995, pp.128-132.

3 *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, tomo II, *Composición del proceso*, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944, p. 398.

5. Desde otro punto de vista, el notable procesalista español Jaime Guasp consideró que la prueba no debe estimarse con una actividad sustancialmente demostrativa ni de mera fijación formal de los datos, sino un intento de conseguir el *convencimiento psicológico del juez* con respecto a la existencia o inexistencia o la veracidad o la falsedad de los datos mismos, por lo que la prueba será, por tanto, el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo.⁴

6. A su vez, el destacado procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, señaló que en su sentido procesal la prueba es *medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en un proceso*.⁵

7. La lista de autores es interminable, pero podemos intentar una aproximación a la idea general de la prueba procesal en el sentido de que debe considerarse como la demostración de los hechos afirmados por las partes (excepcionalmente respecto de algunas normas jurídicas), que llevan al juzgador a la convicción sobre la veracidad de los propios hechos.

8. Si tomamos lo anterior como un punto de partida, resulta evidente la trascendencia de la prueba en todo tipo de proceso, y debido a esa importancia existe la tendencia a establecer una disciplina autónoma dentro de la ciencia procesal que se ha calificado como *derecho probatorio*, que es la que estudia los conceptos, principios e instituciones relacionados con la prueba.⁶ Los juristas angloamericanos desde hace tiempo han realizado el estudio autónomo de las normas jurídicas relativas a la prueba bajo la denominación de *Rules of Evidence*, a las que atribuyen un carácter significativo.⁷ En esta misma dirección se puede afirmar que dentro de nuestra concepción de la existencia de un derecho procesal internacional, que todavía se encuentra en evolución,⁸ se puede hablar de un *derecho probatorio internacional*, del cual forma parte lo que también se puede calificar como *derecho probatorio internacional de los derechos humanos*.

4 *Derecho procesal civil*, tomo primero, *Introducción y parte general*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, pp. 320-321.

5 *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. *supra* nota 1, p. 217.

6 Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de derecho probatorio*, cit. *supra* nota 1; Sentís Melendo, Santiago, "Introducción al derecho probatorio", en *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, EJE, 1967, tomo I, pp. 511-560; y el procesalista que ha desarrollado con mayor amplitud esta disciplina, el conocido jurista colombiano Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª. ed., Buenos Aires, Víctor de Zavalía, 1981, II tomos.

7 Cfr. como un simple ejemplo la obra de Rothstein, Paul, *Evidence. State and Federal Rules*, 2ª., ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1981.

8 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra editada por Rafael Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 147-148.

9. Como una de las ramas de mayor importancia dentro de la ciencia del proceso, el derecho probatorio tiene un contenido muy extenso, pues analiza la prueba desde sus numerosos significados, tanto desde el punto de vista de sus funciones dentro del proceso, como respecto a la actividad de las partes y del juez dentro del llamado procedimiento probatorio, la regulación de los diversos medios de convicción, hasta culminar con la valorización de los mismos por parte del juez, con el objeto de formar su convicción sobre la existencia y veracidad de los hechos alegados por los justiciables.

10. Aun cuando existen matices en las diversas ramas procesales, el derecho procesal moderno asigna al juzgador la función de la dirección del proceso (y no exclusivamente, como en el proceso civil clásico, la de un simple expectador de las actividades de las partes), y por ello se atribuye al juez una vigorosa actividad probatoria, la que no se limita a los elementos de convicción aportados por las partes, sino que debe llevar de oficio al proceso aquellos que considere necesario para lograr su convicción cuando son insuficientes las pruebas ofrecidas por los justiciables, pero con respeto a la igualdad de estos últimos y sin abandonar su carácter de imparcialidad y objetividad.

III. PROCEDIMIENTO, OBJETO, MEDIOS Y VALORIZACIÓN DE LAS PRUEBAS

11. Como no sería posible en este breve ensayo analizar todos los aspectos y sectores de la prueba, sólo haremos referencia a los que tienen mayor relación con el tema que pretendemos abordar relativo al orden y valoración de los medios de convicción.

12. a) Resulta indudable que la prueba procesal se desarrolla en un *procedimiento* que comprende varias etapas, que se inicia con el señalamiento de los hechos que constituyen el objeto de la prueba, el ofrecimiento de los medios de convicción relacionados con los propios hechos, continúa con el pronunciamiento del juzgador sobre la pertinencia y la admisibilidad de estos medios; la tramitación contradictoria de los medios de prueba; su desahogo por las partes y por el juzgador, con la facultad de este último para allegarse otros medios probatorios que considere necesarios para el conocimiento de la veracidad de los hechos alegados; y finalmente la valoración de los medios de convicción presentados para lograr su convicción sobre los propios hechos.

13. Este complejo *procedimiento probatorio* debe seguir una sucesión lógica, que es lo que podemos calificar como *orden o secuencia* en las diversas etapas, pues de otra manera se produciría incertidumbre sobre los tiempos en que debe realizarse la tramitación, de manera que en la mayoría de los ordenamientos procesales se establecen *etapas preclusivas*, que no pueden alterarse sino cuando se presentan situaciones excepcionales.

14. b) El segundo sector esencial del derecho probatorio es el relativo al *objeto* de la *prueba*, que también se le conoce como *thema probandum*, que está constituido esencialmente por los hechos principales y accesorios que deben demostrarse en el proceso, y excepcional-

mente también se refiere a normas jurídicas (derecho consuetudinario, derecho extranjero), si bien como lo hizo notar el insigne procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, dichas normas se estiman como hechos para el efecto de su demostración procesal.⁹

15. Para el efecto de su demostración procesal, la doctrina ha elaborado varias clasificaciones que no podemos abordar en el esa oportunidad, pero de las cuales percibimos la complejidad del *thema probandum*.¹⁰ Así se hace referencia a hechos admitidos expresa o tácitamente; presumidos por la ley; normales, evidentes o notorios,¹¹ así como también hechos irrelevantes o imposibles, entre otros.¹²

16. c) Un tercer aspecto del derecho probatorio que tiene relación con el tema que abordamos en este sencillo análisis se refiere a los llamados *medios de prueba o de convicción*, que comprende a los diversos instrumentos que pueden presentarse en el proceso para lograr el convencimiento del juez sobre la existencia y veracidad de los hechos alegados por las partes.

17. Existen diversas clasificaciones de estos instrumentos probatorios, pero sólo haremos referencia a las que consideramos de mayor trascendencia, entre las que destaca aquella que divide los medios de prueba en *directos e indirectos*. En los primeros se produce la percepción directa del juzgador de los hechos que se pretenden demostrar, como ocurre en relación con la llamada *inspección judicial*, en tanto que en los segundos existe una reproducción de hechos anteriores, a cargo de terceros como la declaración de testigos y los dictámenes judiciales, así como la prueba documental.¹³

18. Una segunda clasificación se refiere a aquellos medios de prueba que se establecen con anterioridad al proceso, que son las llamadas *pruebas preconstituidas*, y aquellas otras que deben desarrollarse dentro del mismo proceso, que son las *pruebas por constituir*. Normalmente las primeras constan en documentos redactados previamente al proceso pero que se presentan en el mismo, si bien en ocasiones otras pruebas que deben desarrollarse dentro del procedimiento probatorio, pueden realizarse con anterioridad como ocurre respecto de declaraciones de testigos que deben ausentarse o se encuentran enfermos de gravedad, y entonces se les denominan *pruebas adelantadas*.¹⁴

9 Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de derecho probatorio*, cit. *supra*, nota 1, pp. 118 y ss. El destacado procesalista español consideró que tanto las normas jurídicas extranjeras como los usos y costumbres de carácter jurídico se demostraban en la misma forma que los hechos controvertidos.

10 Cfr. Proto Pisani, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª. ed., Napoli, Juvene Editore, 1999, pp. 430-432.

11 Cfr. Coture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. *supra* nota 1, pp. 223-236.

12 Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, cit. *supra* nota 1, p. 133.

13 Cfr. Proto Pisani, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit. *supra* nota 10, pp. 442-446.

14 Cfr. Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, cit. *supra* nota 1, pp. 144-146.

19. Ya hemos señalado con anterioridad (ver *supra* párrafo 3), que los medios de prueba se han tecnificado en los últimos años debido al dinámico desarrollo científico y tecnológico, de manera que a los instrumentos tradicionales como los documentos, inspecciones judiciales, testimonios y peritajes, se les han agregado de manera progresiva, las fotografías, la grabaciones magnetofónicas, los archivos y centros de datos, los videos y los constantes adelantos de la computación y de la electrónica, de manera que en la actualidad los juzgadores deben compenetrarse con dichos medios de convicción que son de carácter muy complejo, lo que complica tanto la recepción como el desahogo y la valorización de las pruebas.

20. d) Finalmente debemos hacer algunas reflexiones previas sobre la *apreciación de las pruebas* por parte del juzgador. Éste es el aspecto más delicado y con el cual culmina el procedimiento probatorio, ya que implica el análisis del tribunal sobre los medios de convicción que las partes y en ocasiones, el mismo juez, han tramitado para demostrar la existencia y la veracidad de los hechos controvertidos.

21. Existe una discusión doctrinal sobre los diversos sistemas de valoración de las pruebas, pues en tanto que algunos los dividen en dos, pero dentro del segundo se incluye una subclasificación, los restantes consideran que son tres los métodos de apreciación. Aquellos que prefieren la separación en dos sectores afirman que existen los principios relativos a la llamada *prueba legal o tasada*, y los que se refieren a la *prueba libre o de la libre convicción*, sin embargo en esta última admiten una subdivisión para referirse a la *prueba racional o de la sana crítica*. Aún cuando en ocasiones se utiliza la frase *convencimiento en conciencia*, esto no significa que el juzgador puede actuar como un jurado, sin fundamentar su decisión sobre la apreciación de las pruebas, sino sólo que la ley no lo somete a ningún criterio predeterminado, de manera que la "libre convicción" del juez, según su recta conciencia, no puede nunca equivaler a arbitrariedad, capricho o despotismo.¹⁵

22. Otro sector de la doctrina considera que existe una triple categoría, ya que estima que son diferentes los aspectos relativos a la libre convicción y los que se refieren a la prueba razonada o de la sana crítica, ya que comprender estas dos últimas categorías en una sola puede producir confusiones inconvenientes. En realidad, en el fondo existe acuerdo sobre la existencia de tres sistemas de valoración, aun cuando hay discrepancia en cuanto a su clasificación. Por nuestra parte, nos adherimos a la división tripartita, que desde nuestro punto de vista tiene una mayor claridad para la comprensión de las complejas operaciones lógicas que debe realizar el juzgador.

15 Cfr. Vázquez Sotelo, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1984, pp. 479-490.

IV. EL ORDEN EN EL OFRECIMIENTO Y DESAHOGO DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA

23. Ya expresamos con anterioridad que es preciso establecer un orden o secuencia en el ofrecimiento y desahogo de los instrumentos probatorios (ver *supra* párrafo 13), para evitar la dispersión y el retraso en el procedimiento judicial, y si esto es indispensable en los procesos seguidos ante los tribunales internos, con mayor razón se debe implantar esa sucesión en el procedimiento que se sigue en los organismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, como ocurre con los procesos ante las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos.

24. Sin embargo esta secuencia no estaba suficientemente precisada en los dos primeros reglamentos de la Corte Interamericana, es decir en los aprobados por la misma en los años de 1980 y 1991, ya que particularmente el primero seguía de cerca el procedimiento establecido en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia en el cual todavía existen algunos aspectos de negociación entre las partes sobre los plazos y términos en los que deben realizarse los actos procesales, entre ellos los probatorios, lo que se explica por tratarse de controversias entre Estados, de acuerdo con el artículo 31 del Reglamento mencionado en último lugar, según el cual el Presidente de dicha Corte Internacional de Justicia debe tomar en cuenta los puntos de vista de las partes por lo que respecta a las cuestiones del procedimiento. Además, se ha observado que la presentación de testigos y peritos es infrecuente en los procesos seguidos ante ese Tribunal.¹⁶

25. En efecto, en los mencionados Reglamentos de la Corte Interamericana no existían disposiciones sobre la oportunidad en que deben ofrecerse los medios de convicción por las partes: Comisión Interamericana y el Estado demandado, o decretadas de oficio por la Corte. En el artículo 34 de ambos Reglamentos, con mayor precisión en el segundo que en el primero se establecían lineamientos sobre las medidas de instrucción relativas a la obtención y tramitación de las pruebas, especialmente por el Tribunal, pero sin señalar los plazos y términos respectivos.¹⁷

26. Lo anterior ocasionó en la práctica de la tramitación de las controversias ante la Corte Interamericana numerosos problemas debido a que las partes ofrecían durante la tramitación escrita varios elementos de convicción sin sujetarse a un período determinado, lo

16 Cfr. Rosene Shabtai, *The World Court*, cit. *supra* nota 2, pp. 130-131.

17 En relación con esta situación el Reglamento de 1980, Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 86-87.

que producía dilaciones, ya que era necesario informar de dichas pruebas a la contraparte para que hiciera observaciones y así sucesivamente y en ocasiones fue necesario que el presidente o la Corte misma dictaran proveídos para ordenar el procedimiento probatorio.

27. Debido a esta experiencia, en el Reglamento actual redactado por la Corte Interamericana en septiembre de 1996, estableció un verdadero procedimiento probatorio en el Capítulo IV (*De la prueba*), artículos 43-51, en el cual se establecen disposiciones sobre el ofrecimiento, tramitación y desahogo de los elementos de convicción con el propósito de establecer una secuencia lógica, o sea, un orden en el citado procedimiento.

28. Por lo que se refiere a la primera etapa del procedimiento probatorio, que se refiere a la oportunidad de ofrecimiento y admisibilidad de los medios de convicción, es muy clara la disposición del artículo 43 del Reglamento vigente de la Corte de 1996, en cuanto establece que: "Las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y en su contestación y, en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. *Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervenientes en momento distinto de los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa.*"

29. De esta manera se evita el desorden en el ofrecimiento de las pruebas que hemos señalado anteriormente y en la situación actual los medios de convicción deben señalarse expresamente en los citados escritos y sólo de manera extraordinaria, debido a obstáculos insuperables o tratándose de hechos posteriores a los documentos mencionados, pueden señalarse medios de convicción que no pudieron indicarse de manera oportuna,

30. Desde el comienzo del procedimiento probatorio se advierte el principio del *contradictorio* como un aspecto ineludible, en el sentido de que las pruebas presentadas por las partes, e inclusive, como se verá más adelante (ver *infra* párrafos 33-36), las ordenadas de oficio por la Corte Interamericana, deben respetar el derecho de defensa de los justiciables y mantener la *igualdad real* de las propias partes. Al respecto la doctrina procesal ha destacado que la exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas, la que se ha interpretado de diversas maneras según el contexto político-jurídico imperante en una época histórica y en este aspecto acudimos al agudo pensamiento del insigne Piero Calamandrei,¹⁸ sobre la "relatividad del contradictorio", dentro del cual establece concepto del "nuevo significado del principio de igualdad de las partes".¹⁹

18 *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1962, tomo I, pp. 417-421.

19 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", en su libro *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*; México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 500-501.

31. El mismo Calamandrei insistió sobre el *carácter dialéctico del procedimiento judicial*, que en su opinión era el más preciso y típico del proceso moderno, lo que significa que la voluntad del juez no tiene, en ningún caso, la naturaleza de soberanía absoluta, sino que está siempre condicionada (incluso en el proceso penal), a la voluntad y comportamiento de las partes, es decir, a la iniciativa, al estímulo, a la resistencia o a la aquiescencia de las mismas.²⁰ Esto no significa que las partes son las únicas que deben actuar en el proceso moderno, ya que deben hacerlo de acuerdo con el equilibrio que debe establecerse con las funciones de dirección procesal que corresponden al juzgador (ver *supra* párrafo 10). Esta relación dialéctica entre las partes y el juez, se advierte con mucha claridad en el proceso internacional de los derechos humanos y particularmente en el procedimiento probatorio, en el cual el derecho de defensa de los justiciables tiene carácter esencial.

32. El siguiente paso en relación con los medios de prueba presentados oportunamente por las partes a la Corte Interamericana, se refiere a su *admisión* por el Tribunal. El Reglamento mencionado no contiene una disposición relativa a la admisibilidad de los elementos de convicción, y en la práctica la Corte ha desarrollado gran flexibilidad en esta etapa (pero ha tomado en cuenta las objeciones de las partes sobre el ofrecimiento de los instrumentos de convicción), con el objeto de allargarse el mayor número posible de elementos para el conocimiento de los hechos controvertidos. Además, la Corte Interamericana ha atendido los principios básicos que ha establecido la doctrina procesal sobre la propia admisibilidad probatoria, como son aquellos relativos a la *pertinencia*, o sea la relación de los medios de convicción con los hechos alegados, los cuales tampoco pueden ser *imposibles o notoriamente inverosímiles*.

33. Un sector significativo del proceso internacional de los derechos humanos está constituido por los amplios poderes de la Corte Interamericana para ordenar *de oficio* todos los medios de convicción no aportados por las partes pero que considera necesarios para el conocimiento, no simplemente formal, sino de carácter *material*, de los hechos controvertidos. Por ello, en los primeros reglamentos de 1980 y 1991, se regularon las extensas facultades de la Corte para ordenar la práctica de oficio de elementos de prueba²¹.

34. El artículo 44 del Reglamento vigente de la Corte Interamericana (*Diligencias probatorias de oficio*), sistematiza estos poderes del Tribunal. En primer lugar dispone que la Corte podrá procurar de oficio toda la prueba que considere útil, y podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión considere pertinente. De acuerdo con el inciso 2 de este precepto, el Tribunal podrá requerir de las

20 Cfr. *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJE, 1960, pp. 150-167.

21 Cfr. Piza R., Rodolfo E., y Trejos, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1989, pp. 316-317.

partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance, o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.

35. Según los incisos 3 y 4, del mencionado artículo 44, la Corte Interamericana tiene el poder de solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados y además, tiene la facultad de comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen una averiguación, una inspección judicial o cualquier otra medida de instrucción (probatoria).²²

36. La Corte ha utilizado en varias ocasiones estos poderes probatorios de oficio, y sólo en vía de ejemplo podemos citar que, en una de las primeras controversias presentadas por la Comisión Interamericana ante la propia Corte contra el Gobierno de Honduras, el Tribunal ordenó la práctica de varias diligencias probatorias, entre ellas un informe pericial sobre la firma de una de las presuntas víctimas, así como varios certificados y constancias oficiales de los Gobiernos de El Salvador y de Guatemala, sobre la posible entrada o salida de esos países de las personas señaladas como desaparecidas.²³

37. En otro asunto en el que existían dudas sobre las causas de la muerte de un persona, ya que con las pruebas existentes no se tenía la convicción sobre si la misma había sido provocada o se trataba de un suicidio, la Corte Interamericana solicitó dictámenes periciales de organismos públicos especializados en medicina forense, que tuvieron importancia significativa para la decisión de fondo.²⁴

38. Se puede señalar también en vía de ejemplo que fue un asunto difícil en cuanto a las reparaciones a las víctimas, ya que éstas eran miembros de una tribu que radica en la selva de Surinam, por ello se envió a una funcionaria de la Corte para realizar una inspección judicial sobre la situación en que se encontraba dicha tribu, así como de sus usos y costumbres, además de solicitar el dictamen de un experto en la cultura de la misma población.²⁵

39. Por lo que se refiere a la etapa inmediatamente posterior a la presentación de los elementos de convicción por las partes en el proceso ante la Corte Interamericana, es decir, la de la *admisibilidad*, la propia Corte ha actuado con un criterio amplio, y por la tanto con mayor

22 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit. *supra* nota 8, pp. 176-177.

23 Cfr. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrafos 44-46.

24 Caso Gagaram Panday, sentencia de 21 de enero de 1994, párrafos 55 y 56.

25 Caso Aloeboetoe y otros, sentencia sobre reparaciones de 10 de septiembre de 1993, párrafos 39-40.

flexibilidad de la que se aplica generalmente en el proceso interno, ya que si bien en los artículos 48 y 49 del Reglamento vigente del Tribunal, se establecen reglas en relación con la facultad de las partes de objetar a los testigos (lo que tradicionalmente se conoce con el nombre de *tachas*, y con este nombre se reguló en el artículo 38 del Reglamento de 1991), y de recusar a los peritos. Sin embargo, en la mayor parte de los casos la Corte Interamericana ha preferido, especialmente en el caso de los testigos, rechazar dichas objeciones, con apoyo en lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del citado artículo 48 del Reglamento en vigor (que en esencia corresponde a lo que se estableció en los artículos 37 e incisos 2 y 3 de los Reglamentos de 1980 y 1991, respectivamente), que le otorga la facultad de oír, si lo estima útil, y a título informativo, a una persona que estaría impedida para declarar como testigo, en la inteligencia de que el valor de las declaraciones y el de las objeciones de las partes sobre las mismas, debe ser apreciado por la propia Corte (ver *infra* párrafo 42).

40. Desde los primeros casos resueltos por la Corte Interamericana, en los cuales se advirtieron serios problemas probatorios por tratarse de desaparición forzada de personas, el Tribunal estableció varias reglas que aplicó en casos posteriores en los cuales existían cuestiones complejas sobre la admisibilidad de los medios de convicción. En efecto en los casos Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, y Fairén Garbí y Solís Corrales, presentados por la Comisión Interamericana y resueltos por la Corte en cuanto al fondo los días 29 de julio de 1988, 20 de enero y 15 de marzo de 1989, respectivamente, el Tribunal consideró como argumento para admitir varios testimonios, que era inadmisibile que se insinuara que las personas que, por cualquier título, acudieran al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos estuvieran incurriendo en deslealtad hacia su país y extraerse de este hecho cualquier sanción o consecuencia negativa (respecto a sus declaraciones), y que tampoco era sustentable que la circunstancia de tener antecedentes penales o procesos pendientes, por sí sola debía considerarse suficiente para negar la idoneidad de los testigos para deponer ante la Corte.²⁶

41. En forma diversa a lo que ocurre con los medios de prueba invocados por las partes, las que tienen que ofrecerlos de manera oportuna (ver *supra* párrafo 28), las extensas facultades de la Corte Interamericana para decretar de oficio la presentación de instrumentos de convicción, pueden ser ejercidas por el tribunal en *cualquier estado de la causa*, como lo disponen de manera expresa los incisos 2, 3 y 4 del artículo 34 del Reglamento vigente de la Corte Interamericana (ver *supra* párrafo 28).

V. EL DESAHOGO DE LAS PRUEBAS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA

42. Una vez admitidos los medios de convicción presentados por las partes en el proceso ante la Corte Interamericana, es decir por la Comisión Interamericana y el Estado deman-

²⁶ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 491-500. Sentencias, casos Velázquez Rodríguez, párrafos 142-145, Godínez Cruz, párrafos 150-151, y Fairén Garbí y Solís Corrales, párrafos 142-143.

dado, así como los decretados de oficio por el Tribunal para el mejor conocimiento de los hechos controvertidos, y comunicados estos instrumentos a las dos partes para oír sus objeciones u observaciones; es necesario su desahogo, el cual, con excepción de las pruebas documentales que tienen el carácter de *preconstituidas* (ver *supra* párrafo 18), todas las demás deben presentarse ante la Corte Interamericana, en *audiencia pública y contradictoria*, de acuerdo con los principios formativos de *publicidad, oralidad e inmediación*.²⁷

43. La presentación de los medios de convicción ofrecidos por las partes y admitidos por la Corte Interamericana, se realiza por medio de una o varias audiencias en las cuales se rinden las declaraciones de los testigos y se presentan oralmente los dictámenes de los peritos, todos los cuales pueden ser interrogados por ambas partes de manera sucesiva, y una vez terminado el interrogatorio, que como hemos señalado tiene carácter contradictorio, los jueces de la Corte Interamericana pueden, a su vez, formular preguntas y repreguntas a los mencionados peritos y testigos, todo de ello según la práctica de los tribunales de los ordenamientos formados de acuerdo con la tradición angloamericana o del *common law* (*cross examination* o interrogatorio cruzado).²⁸

44. En la tradición romanista de los ordenamientos latinoamericanos, difícilmente se ha podido practicar este sistema contradictorio en la recepción pública de los medios de prueba, ya que el procedimiento se ha calificado como "desesperadamente escrito", si bien los Códigos procesales más recientes consagran esa tendencia hacia la oralidad que se expresa esencialmente en el período de desahogo de los medios de convicción. Esta es la orientación del proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, redactado esencialmente por los destacados procesalistas uruguayos Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart, y que ha servido de inspiración a los ordenamientos más recientes en la región, entre ellos el Código del Proceso en el Uruguay,²⁹ proyecto que se orienta respecto de la prueba, de acuerdo con los principios de la oralidad, por medio de audiencias públicas.³⁰ Y nos referimos esencialmente al proceso civil, en virtud de que la Corte Interamericana ha sostenido en su jurisprudencia que el proceso ante dicho tribunal no tiene carácter penal, como se señalará posteriormente (ver *infra* párrafos 54-55).

27 Cfr. el libro clásico de Wyness Millar, Robert, *Los principios formativos del proceso civil*, trad. de Catalina Grossmn, Buenos Aires, Ediar, 1945. Couture, Eudoro J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. *supra* nota 1, pp. 181-200.

28 Cfr. Rothstein, Paul F., *Evidence. State and Federal Rules*, cit. *supra* nota 7, pp. pp. 161-191.

29 Cfr. Vescovi, Enrique, *Manual de Derecho Procesal*, Montevideo, Editorial Idea, 1991, pp. 70-74.

30 Cfr. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, Antecedentes, Exposición de Motivos*, Montevideo, 1988, pp. 38-43. El artículo 132 de dicho Proyecto que se refiere a la producción de la prueba, dispone en lo conducente, que todas las pruebas deben ser producidas en la audiencia, p. 119, y posteriormente, el artículo 151 establece el interrogatorio cruzado de los testigos, pp. 124-125.

45. De acuerdo con las reglas del examen contradictorio de las partes ante los jueces de la Corte Interamericana, dichos jueces y las mismas partes tienen el derecho de hacer preguntas y repreguntas a los testigos y peritos, según lo establecido por el artículo 41 del Reglamento en vigor. El artículo 40 del mismo Reglamento dispone que el Presidente de la Corte dirigirá los debates en las audiencias, determinará el orden en que tomarán la palabra las personas que en ellas pueden intervenir y dispondrá las medidas que sean pertinentes para la mejor realización de las propias audiencias.

46. Ha sido una práctica constante en las mencionadas audiencias probatorias, que los interrogatorios no sólo sean hechos por los delegados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta en su calidad de demandante, sino también por los abogados de los denunciados o de los organismos no gubernamentales que los han representado en el procedimiento ante la propia Comisión, cuando dichos abogados son designados por esta última como sus asesores, ya que de acuerdo con el artículo 22 del mencionado Reglamento vigente (que corresponde en esencia a los artículos 21 del Reglamento de 1980 y 22 del aprobado en 1991), la mencionada Comisión Interamericana será representada por los delegados que al efecto designe y que estos *delegados podrán hacerse asistir por cualesquiera personas de su elección. Si dentro de quienes asisten a los delegados figuran abogados representantes designados por el denunciante original, por la presunta víctima o por los familiares de ésta, esta circunstancia deberá comunicarse a la Corte.*

47. Ha sido frecuente que los mencionados abogados, como asesores de la Comisión Interamericana y a petición de ésta, intervengan activamente en las audiencias probatorias ante la Corte Interamericana y participen en los interrogatorios contradictorios de los testigos y peritos. Por otra parte, en el artículo 23 del Reglamento en vigor se introdujo una nueva disposición en el sentido de que en la etapa de reparaciones de las víctimas o de sus familiares, los representantes de éstos podrán presentar en forma autónoma sus propios argumentos y *pruebas*, es decir, con independencia de los de la Comisión.

48. Finalmente, debe mencionarse que en algunos supuestos en los que ha sido necesario interrogar testigos que no pueden asistir a las audiencias ante la Corte Interamericana, por ejemplo, debido a su estado de salud o por estar reclusos en centros penitenciarios, el Tribunal ha acordado que las audiencias contradictorias, con asistencia de los delegados de la Comisión y de sus asesores, así como de los representantes de los Estados, puedan realizarse en el territorio de otro país distinto de la sede, inclusive en el del Estado demandado,³¹ y se

31 El artículo 24 del Reglamento vigente de la Corte Interamericana (Cooperación de los Estados), dispone en sus incisos 1 a 3, que los Estados partes en un caso tienen el deber de cooperar para que sean debidamente cumplidas todas aquellas notificaciones, comunicaciones o citaciones dirigidas a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, así como el de facilitar ejecución de órdenes de comparecencia de personas residentes en su territorio o que se encuentran en el mismo, así como respecto de toda diligencia que la Corte decida practicar u ordenar en el territorio del Estado parte en el caso. Además, cuando la ejecución de cualquiera de las diligencias anteriores requiera la cooperación de cualquier otro Estado, el Presidente de la Corte se dirigirá al gobierno respectivo para solicitar las facilidades necesarias.

ha encomendado a abogados independientes, aceptados por ambas partes, para que presidan dichas audiencias.³²

VI. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

49. Este es la etapa en la cual culmina el procedimiento probatorio y corresponde de manera exclusiva al juzgador valorar los medios de convicción que hubiesen sido presentados por las partes y, en su caso, decretados de oficio por el tribunal. Como hemos señalado anteriormente, los códigos procesales internos han establecido dos y algunos supuestos, tres sistemas de apreciación de las pruebas, es decir, el legal o tasado, el de libre convicción, y en algunos ordenamientos un tercero, calificado como de la prueba racional o de la "sana crítica", que se integra al segundo cuando se utiliza un criterio dual (ver *supra* párrafos 21-22).

50. En ninguno de los tres reglamentos que ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han establecido reglas de valoración de los instrumentos de convicción, aun cuando la jurisprudencia ha establecido algunos principios de apreciación, varios de los cuales se introdujeron desde los primeros casos resueltos por el Tribunal, y ello es comprensible, por tratarse de controversias en las cuales se imputaron al Estado demandado la desaparición forzada de personas, en las que la materia probatoria resulta particularmente complicada.

51. En efecto, en los asuntos que pueden considerarse clásicos de Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbí y Solís Corrales, resueltos en cuanto al fondo, respectivamente, los días 29 de julio de 1988 y 20 de enero y 15 de marzo de 1989, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tomó como base de su apreciación probatoria el criterio establecido por la Corte Internacional de Justicia,³³ en el sentido de que los tribunales internacionales poseen la potestad de evaluar libremente las pruebas, aun cuando han evitado una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesario para fundar el fallo.³⁴

52. Lo anterior significa que la Corte Interamericana ha utilizado como principio básico la llamada prueba racional o de la "sana crítica", que tiene su fundamento en las reglas de la *lógica y de la experiencia*, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en

32 Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia de fondo de 8 de diciembre de 1995, párrafos 48-52.

33 En los casos Corfú Channel, 1949 y Nicaragua vs. United States of America., 1986.

34 En los mismos casos que señaló que "Para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos.." párrafos 127-128, 133-134 y 130-131, respectivamente.

la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria.

53. Otro principio básico para la apreciación de los medios de prueba de los procesos tramitados ante la Corte Interamericana se fundamenta en la afirmación de que no se trata de *causas de carácter penal*, ya que no se pretende determinar la culpabilidad de las personas cuya conducta ha implicado la violación de los derechos humanos de las víctimas, sino exclusivamente la responsabilidad internacional del Estado demandado.³⁵ Lo anterior no sólo afecta varios aspectos del procedimiento probatorio ante la propia Corte, como el relativo a la carga de la prueba, que en el proceso penal recae esencialmente en la parte acusadora,³⁶ sino que también posee efectos importantes en la valoración de los elementos de convicción.

54. La Corte Interamericana ha reiterado en su jurisprudencia el criterio, que estableció en los primeros casos ya mencionados, en los cuales sostuvo, en la parte relativa de las sentencias de fondo que: "(...) *la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal*. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones".³⁷

55. Debe tomarse en consideración que como los procesos ante la Corte Interamericana no tienen carácter penal, es inaplicable el principio *in dubio pro reo* en beneficio de los Estados demandados, ya que dicho principio está íntimamente relacionado, aun cuando no debe confundirse con el de la *presunción de inocencia* de los imputados en el proceso penal interno. Ambos principios tienen su aplicación al pronunciarse la decisión judicial de carácter penal, como lo señala la doctrina, y por tanto son esenciales en cuanto a la apreciación de los elementos de convicción.³⁸

35 Respecto a la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos, con especial referencia al sistema interamericano, Cfr. Aguiar, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad del Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, 1997, pp. 173-264.

36 En dos de los tres primeros casos sometidos por la Comisión Interamericana al conocimiento de la Corte, ésta estableció que: "A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado." Sentencias de fondo en los casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz, párrafos 135, y 141, respectivamente

37 Cfr. las sentencias de fondo en los casos Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbí y Solís Corrales, párrafos 134, 140 y 136, respectivamente.

38 Cfr. Vázquez Sotelo, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, cit. *supra* nota 15, pp. 291-294.

56. Por otra parte, si el proceso ante la Corte Interamericana no tiene carácter penal, para llegar el Tribunal a la convicción sobre la responsabilidad del Estado demandado no puede exigirse que los medios de prueba demuestren la certeza de los hechos violatorios *más allá de toda duda razonable*, que es una de las exigencias para determinar la responsabilidad de los inculpados de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, sino que es suficiente que se compruebe la veracidad y verosimilitud de los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado demandado, o de las personas que operen con el apoyo expreso o tácito de dichos agentes.

57. Si la valoración de las pruebas documentales, testimoniales y periciales son importantes, en ciertos supuestos estos elementos de convicción no son suficientes, por ser muy difícil la demostración de la certeza de ciertos hechos, especialmente tratándose de desaparición forzada de personas y violaciones relacionadas con esta situación, y entonces es necesario acudir a los *indicios* derivados de hechos ya conocidos y que pueden conducir a la existencia de *presunciones*, que no son medios de convicción, sino las que se desprenden de la relación entre los hechos ya demostrados y su inferencia respecto de aquellos que no pueden verificarse de manera directa, y por ello se han calificado como *pruebas circunstanciales*. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que "La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos."³⁹

58. En la apreciación de las pruebas circunstanciales apoyadas en indicios y presunciones, se obtiene ya no la veracidad de los hechos que no han podido demostrarse por otros elementos de convicción, pero si la *verosimilitud* de estos últimos, de acuerdo con el profundo análisis del notable procesalista italiano Piero Calamandrei, para quien "el juicio de verosimilitud puede tener sobre el juez valor decisivo".⁴⁰

59. La apreciación de las pruebas constituye un análisis lógico y estimativo muy complejo, pues además del examen de todas y cada uno de los instrumentos de prueba, el juzgador debe efectuar un razonamiento de conjunto de todos ellos para poder llegar a una convicción sobre la veracidad, y en su caso, respecto de la verosimilitud, de los hechos controvertidos. A este respecto nos parece muy acertada la disposición contenida en el artículo 130 (*valoración de la prueba*), del citado Proyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (ver *supra* párrafo 44), en el cual se establece: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa; ello sin perjuicio del análisis que el Tribunal deberá realizar

39 Cfr. sentencias de fondo en los casos ya mencionados, Velázquez Rodríguez, Rodríguez Cruz y Fairén Garbí y Solís Corrales, párrafos 130, 136 y 133, respectivamente.

40 *Derecho procesal civil*, tomo III, "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1962, pp. 346-350.

de todos los medio de prueba, indicando expresamente cuales de ellos fundan principalmente su decisión".⁴¹

60. Si del análisis individual o de conjunto de los instrumentos probatorios no se llega a la convicción de que el Estado demandado, por medio de sus agentes, hubiese realizado los hechos violatorios, sino que existen otros elementos que desvirtúan la veracidad de dichos hechos, es necesario absolver al propio Estado demandado de toda responsabilidad internacional, y así ocurrió en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra el Gobierno de Honduras, en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte Interamericana el 15 de marzo de 1989, en cuyo punto resolutivo 2, la Corte declaró que: "en el presente caso no ha sido probado que Francisco Fairén Garbí y Yolanda Solís Corrales hayan desaparecido por causa imputable a Honduras, cuya responsabilidad, por consiguiente, no ha quedado establecida."

VII. CONCLUSIONES

61. De las breves reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

62. *Primera.* El estudio de las normas que regulan las pruebas en los ordenamientos procesales es de tal importancia, que la doctrina ha considerado que se puede configurar una disciplina autónoma en el campo del derecho procesal científico, que puede intitularse como *derecho probatorio*, que estudia los conceptos, los principios y las instituciones de los instrumentos de convicción del juzgador. Desde hace tiempo esta autonomía se ha reconocido en los ordenamientos que pertenecen a la tradición angloamericana o del *common law*, en los cuales se ha configurado una rama procesal que se conoce con la denominación de *Rules of Evidence*.

63. *Segunda.* La doctrina, la legislación y la jurisprudencia sobre las pruebas asume cada vez más complejidad en los ordenamientos internos, si bien los aspectos básicos del derecho probatorio que se derivan de la teoría o doctrina del proceso o del derecho procesal, han trascendido al campo internacional, ya que se han adecuado en sus lineamientos básicos al procedimiento contencioso ante los órganos jurisdiccionales internacionales, específicamente ante las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, y se han aplicado por estos Tribunales de manera más flexible y con mayor amplitud, especialmente por lo que respecta a los criterios de valoración de los medios de prueba.

64. *Tercera.* Debe tomarse en consideración que según la experiencia de los ordenamientos procesales nacionales que ha servido de base a los lineamientos del proceso interna-

41 Cfr. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, cit. *supra* nota 30, p. 119.

cional de los derechos humanos, es preciso establecer, un *orden* o una *secuencia* en la tramitación de los elementos de convicción, pues de lo contrario, se produce desorden en el procedimiento probatorio, el cual debe tender a la concentración y no por el contrario, a la dispersión.

65. *Cuarta.* En el proceso seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se había establecido en sus dos primeros reglamentos de 1980 y 1991, un orden preciso en el procedimiento probatorio, pero en el reglamento actual aprobado en 1996, se introdujo una secuencia, al menos por lo que respecta al ofrecimiento y admisión de los medios de convicción propuestos por las partes, los que deben ser señalados en la demanda, en su contestación; en el escrito de excepciones preliminares o en su contestación, y excepcionalmente cuando se alegue fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes en un momento distinto de los antes señalados (artículo 43). También se perfeccionaron las disposiciones relativas a las muy extensas diligencias probatorias de oficio (artículo 44).

66. *Quinta.* Para el desahogo de los medios de prueba, el Reglamento de la Corte Interamericana adopta el sistema de la oralidad que impera en los procesos internos de los ordenamientos angloamericanos, ya que las declaraciones de los testigos, peritos o inclusive las de aquellos que acuden a cualquier otro instrumento de convicción, deben ser desarrolladas en audiencias públicas contradictorias, en las cuales las partes realizan un interrogatorio cruzado y posteriormente, los jueces de la Corte pueden hacer preguntas y repreguntas.

67. *Sexta.* La última etapa del procedimiento probatorio es el relativo a la apreciación o valorización de los diversos medios de prueba presentados por las partes u obtenidos de oficio por la Corte Interamericana para el mejor conocimiento de la veracidad de los hechos controvertidos. Esta es una compleja actividad lógica y estimativa del juzgador, por medio de la cual debe llegar a la convicción de que son veraces o verosímiles (esto último tratándose de la prueba indiciaria apoyada en presunciones), los hechos respectivos. Algunos autores dividen en dos sectores y otros en tres, los sistemas de apreciación de las pruebas, pero en todo caso, el tribunal debe expresar los razonamientos que lo llevaron a esa convicción, y por ello se considera que con independencia de la denominación de "íntima convicción" o "convicción en conciencia", la Corte debe apoyarse, y así lo demuestra la práctica de la Corte Interamericana, en las reglas de la lógica y de la experiencia.

68. *Séptima.* No existen lineamientos precisos sobre la valoración de las pruebas en las normas que rigen el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero su jurisprudencia ha configurado varios principios sobre esta complicada reflexión que lleva al convencimiento del tribunal sobre la veracidad o verosimilitud de los hechos controvertidos, que son más flexibles y amplios que los que se establecen en los códigos procesales nacionales, pero que no se apartan de los enseñanzas de la doctrina procesal general.

69. *Octava.* Finalmente debe tomarse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que el proceso ante la misma no tiene carácter penal, ya que no

tiene por objeto establecer la culpabilidad o inocencia de los agentes del Estado demandado que han realizado las violaciones de derechos humanos que se señalan en la demanda presentada por la Comisión Interamericana, sino exclusivamente la responsabilidad internacional del propio Estado por la conducta de sus propios agentes. Lo anterior significa que no tienen aplicación los principios de *presunción de inocencia* e *in dubio pro reo*, del proceso penal, y por ello no es indispensable que los instrumentos de convicción demuestren la responsabilidad del Estado más allá de una duda razonable, que únicamente tiene aplicación respecto del imputado en un proceso penal.

LA SOLUCIÓN AMISTOSA

ALEJANDRO MONTIEL ARGÜELLO*

* Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA SOLUCIÓN AMISTOSA

ALEJANDRO MONTIEL ARGÜELLO

En atención a la preferencia de una solución amistosa o directa entre las partes sobre una jurisdiccional, muchas legislaciones han establecido un trámite de conciliación o de mediación para toda clase de litigios.

En materia de derechos humanos, la solución jurisdiccional es susceptible de generar resentimientos que a su vez pueden generar nuevas violaciones.

Dentro de ese orden de ideas, el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, dispone en su Artículo 28.b. que la Comisión "se pondrá a la disposición de los interesados para llegar a un arreglo del asunto que se inspire en el respeto de los derechos humanos tal como los reconoce la presente Convención".

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispone en su Artículo 42.1 que si un asunto sometido al Comité de Derechos Humanos no se resuelve a satisfacción de los Estados Partes, el Comité, con el previo consentimiento de estos, "Podrá designar una Comisión Especial de Conciliación. Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a la disposición de las Partes para llegar a una solución amistosa del asunto basado en el respeto al presente Pacto".

En el Sistema Interamericano, el Artículo 48. 1.b. de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, al señalar el procedimiento a seguir por la Comisión cuando reciba una comunicación en que se alegue violación de cualquiera de los derechos que consagra, dispone que "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".

Además, en el Artículo 49 dispone la Convención que, si se llegare a una solución amistosa, la Comisión redactará un informe para todos los Estados Partes en la Convención y el Secretario General de la OEA, y en el caso contrario, en los Artículos 50 y 51 señala el procedimiento a seguir, el cual puede llegar al sometimiento del caso a la Corte.

En el Estatuto de la Comisión, el Artículo 23 sólo agrega a lo anterior el señalamiento de un plazo de ciento ochenta días para la emisión de un informe en el caso de que no se llegue a la solución amistosa.

El Reglamento de la Comisión en su Artículo 45 es un poco más amplio pues agrega que la Comisión puede actuar a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, en cualquier etapa del examen de una comunicación; que es necesario que se hayan precisado suficientemente las posiciones de las partes; y que a juicio de la Comisión "el asunto por su naturaleza sea susceptible de solucionarse mediante la utilización del procedimiento de solución amistosa"; que la propuesta de una de las partes de abrir el procedimiento requiere la aceptación expresa de la otra; que si la Comisión acepta la propuesta designará dentro de sus miembros una Comisión o un miembro individual que informarán a la Comisión dentro del plazo que se señale; que la Comisión señalará un término para pruebas, fijará fecha para la celebración de audiencias y determinará si es necesaria la práctica de una observación *in loco*; y que en caso de que la Comisión advierta que "el asunto por su naturaleza no es susceptible de una solución amistosa" de que alguna de las partes no consiente en la aplicación de ese procedimiento o no muestra voluntad de querer llegar a una solución amistosa fundada en el respeto a los derechos humanos, la Comisión podrá dar por concluida su intervención.

Debe reconocerse que la redacción del Reglamento de la Comisión no parece ajustarse a los términos de la Convención, pues ésta establece la obligación de ponerse a la disposición de las partes en una forma general, mientras que el Reglamento hace una distinción entre asuntos que por su naturaleza no son susceptibles de solución amistosa y otros que sí lo son. Por otra parte el Artículo 61.2 de la Convención establece que para que la Corte pueda conocer de cualquier caso es necesario que sean agotados todos los procedimientos previstos en los Artículos 48 a 50, lo que incluiría lo referente a la solución amistosa. Más adelante veremos la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia.

La redacción del Reglamento parece referirse sólo al caso de que una parte solicite la iniciación del procedimiento de solución amistosa ya que requiere la aceptación expresa de la otra, y no al caso de que la Comisión proceda por iniciativa propia. Además no precisa el carácter con que debe intervenir la Comisión, y en esto me parece acertado, ya que ese carácter puede depender de la etapa en que se encuentre el procedimiento de examen de la comunicación. Es cierto que el Reglamento requiere que estén precisadas las posiciones de las partes, mas si la solución amistosa se intentare en las primeras etapas, el papel de la Comisión necesariamente deberá limitarse al acercamiento de las partes y que sean estas quienes busquen la solución, o sea lo que en Derecho Internacional se denomina buenos oficios. En cambio, si el procedimiento ha avanzado y se han presentado suficientes alegaciones y pruebas, la Comisión puede tener un papel más activo, actuando como mediador o conciliador, conduciendo las negociaciones, recibiendo y obteniendo pruebas y presentando proposiciones a la consideración de las partes. La Comisión no es un tribunal que debe abstenerse de emitir opinión alguna antes de su resolución final.

Si pasamos a lo que ha sucedido en la práctica, nos encontramos con que la Comisión no ha podido cumplir a cabalidad el papel que le ha encomendado la Convención en materia de solución amistosa. En los primeros años de su funcionamiento, la Comisión omitía rutinariamente ese procedimiento y después lo ha practicado en forma poco eficaz. Y no se puede por ello culpar a la Comisión. El número de comunicaciones que recibe y las restricciones presupuestarias que tiene que enfrentar, le impiden desempeñar el papel que debería asumir para intentar la consecución de solución amistosa de un número mayor de casos. La responsabilidad de esa actuación es de los Gobiernos de los países miembros de la OEA y es de esperar que en el futuro sea asumida por ellos.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguna disposición de su Estatuto o de su Reglamento le asigna la función de propiciar la solución amistosa de los casos que le sean sometidos. Sin embargo, a pesar de haber ya presentado un caso, la Comisión puede continuar su intervención a ese respecto, o las partes mismas pueden entablar independientemente negociaciones. Tal vez habría un mayor número de soluciones amistosas si la Corte pudiera jugar un papel más activo, lo que podía conseguirse mediante la reforma de su Reglamento.

Para el caso que se produjere una solución amistosa, un avenimiento u otro hecho idóneo para la solución del litigio, el Artículo 54 del Reglamento de la Corte dispone que ésta, después de haber oído a los representantes de las víctimas o sus familiares, sobreseerá y declarará terminado el asunto y aun entonces, de acuerdo con el Artículo 55 del Reglamento, podrá decidir que prosiga el examen del caso, tomando en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos. Aunque expresamente no lo dice el Reglamento, esto ocurrirá cuando la solución no repare la violación de los derechos humanos.

Ese último caso nunca se ha presentado pero es concebible que un condenado a prisión con violación del debido proceso, acepte una reducción de la pena; o que el editor de un periódico que ha sido cerrado, acepte la apertura bajo censura previa, y entonces la Corte tendría que rechazar la solución amistosa a que se había llegado y continuar el examen del caso, ya que subsistiría una violación de los derechos humanos.

Tomando en cuenta los casos contenciosos que hasta la fecha ha tenido que resolver la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es de notar que en muchos de ellos ha tratado cuestiones relacionadas con la solución amistosa.

En los tres primeros casos, los llamados casos hondureños de desapariciones forzadas, la parte demandada opuso como excepción preliminar la omisión del procedimiento de solución amistosa, alegando que de acuerdo con la Convención él tenía carácter obligatorio y que las condiciones que respecto a él establecía el Reglamento de la Comisión, no eran aplicables.

Por su parte, la Comisión sostuvo que el procedimiento no tenía carácter imperativo, que en esos casos no era posible realizarlo porque los hechos estaban imperfectamente definidos por falta de cooperación del Gobierno y que los derechos relativos a la vida, a la integridad personal y la libertad no podrían ser restituidos en su vigencia a través de la conciliación de las partes.

Para resolver esa excepción, la Corte consideró que la Convención parecía haber establecido un trámite obligatorio, pero que una interpretación de acuerdo con el contexto llevaba al convencimiento de que sólo debía intentarse cuando las circunstancias determinaban la necesidad o conveniencia de utilizarlo, sujeto a la apreciación de la Comisión; que de acuerdo con el Reglamento de la Comisión ésta poseía facultades discrecionales pero de ningún modo arbitrarias para decidir si resultaba conveniente o adecuado el procedimiento, que con independencia de si se habían o no precisado las posiciones de las partes y el grado de cooperación del Gobierno, cuando se denuncia la desaparición de una persona por acción de las autoridades de un Estado y éste lo niega, resulta, muy difícil lograr un acuerdo amistoso. Con base en las consideraciones que anteceden, la Corte desestimó la excepción preliminar opuesta por Honduras,^{1, 2, 3.}

En el caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia, también por desaparición forzada, el Estado opuso como excepción preliminar la falta de iniciativa de la Comisión para el procedimiento de solución amistosa; que el precepto de la Convención no facultaba a la Comisión para trasladar a las partes la obligación de ponerse a disposición de la Comisión para intentar la solución amistosa; que no podía aplicarse el criterio sostenido por la Corte en el caso Velásquez Rodríguez pues en éste la demandada había negado toda participación en la desaparición y aun negado que se hubiera producido, mientras que en el presente caso no se había negado el hecho de la desaparición y se había seguido proceso para encontrar las víctimas y determinar los autores de la desaparición, lo que indicaba un reconocimiento de que pudieran haber tenido participación autoridades colombianas.

Por su parte, la Comisión alegó que a partir de la sentencia de la Corte en el caso citado, había quedado claro que el procedimiento de solución amistosa no debía considerarse un trámite obligatorio sino una opción para las partes y la Comisión; que esa sentencia aceptaba la validez del Artículo 45 del Reglamento de la Comisión, en virtud de que no contradice la Convención, si no que la desarrolla de manera adecuada; y que en su sentencia la Corte se abstuvo de apreciar la conducta del Gobierno, pues la cuestión esencial era determinar si la Comisión estaba obligada siempre a iniciar el procedimiento de solución amistosa.

1 Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987, párrs. 32 y 42-46.

2 Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1986 párrs. 37 y 47-51.

3 Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987 párrs. 36 y 45-49.

Para resolver la excepción, la Corte citó dos párrafos de sus sentencias en los tres casos anteriores y luego tomó en consideración que era muy clara la intención de la Convención sobre el papel conciliador que debía cumplir la Comisión; que sólo en casos excepcionales y por razones de fondo podía omitirse el procedimiento, pero no simplemente por la naturaleza del asunto y que debía fundamentarse el rechazo a la solución amistosa de acuerdo con la conducta del Estado; que sin embargo la negativa de la Comisión no había causado un perjuicio irreparable al Estado porque éste, de acuerdo con el Reglamento, tenía la facultad de solicitar la iniciación del procedimiento; que en ese procedimiento es indispensable la intervención y decisión de las partes involucradas; que aún interpretando literalmente la Convención, la Comisión sólo podría sugerir a las partes entablar conversaciones pero carece de poder para decidir la solución; que la Comisión sólo puede propiciar el acercamiento pero sus resultados no dependen de ella; que si una parte tiene interés en la solución amistosa puede proponerla y ello no podría entenderse como un reconocimiento de responsabilidad sino como cumplimiento de buena fe de los propósitos de la Convención; que la Corte no encontraba aceptable que el Gobierno arguyera como excepción que la Comisión no ejecutó el procedimiento de solución amistosa cuando él tenía esa misma facultad; y que no se puede exigir a otro un comportamiento que uno mismo pudo cumplir en igualdad de condiciones pero no lo hizo. Con base en esas consideraciones la Corte desechó la excepción.⁴

El caso Maqueda es muy diferente de los cuatro anteriores pues en éste hubo una solución amistosa ante la Comisión y ésta desistió de la demanda que había presentado a la Corte contra la República Argentina, por la condena de la víctima a diez años de prisión. En el acuerdo de solución amistosa, el Estado se comprometió a conmutar la pena de modo que permitiera a la víctima salir en libertad condicional en forma inmediata. Al recibir la Corte el desistimiento, tomó en consideración que aún cuando en la demanda se citaba la violación de otros derechos durante el juicio seguido contra la víctima, éstos habían sido planteados en relación con el derecho a la libertad. Como consecuencia de lo anterior, la Corte admitió el desistimiento y sobreseyó el caso, reservándose la facultad de reabrirlo si hubiese en el futuro un cambio de las circunstancias que dieran lugar al acuerdo.⁵

En el caso Genie Lacayo contra Nicaragua, la parte demandada opuso como excepción preliminar la omisión del procedimiento de solución amistosa, argumentando que la Comisión no había fundamentado debidamente su negativa al basarla en la naturaleza de los hechos mientras que la Convención no hacía esa distinción. La Comisión respondió que el procedimiento no era obligatorio sino que era aplicado discrecionalmente; que Nicaragua siempre había negado ser responsable de los hechos y que el Reglamento permitió a las partes iniciar el procedimiento.

4 Caso Caballero Delgado y Santana. Excepciones Preliminares. Sentencia del 21 de enero de 1994, párrs. 19-31.

5 Caso Maqueda. Resolución del 17 de enero de 1995. párr. 27.

La Corte razonó que conforme había dicho en el caso Caballero Delgado y Santana, la Comisión puede por razones de fondo omitir el procedimiento; que en este caso se había limitado a invocar la naturaleza del asunto pero no perjudicó al Gobierno porque éste podía solicitarlo en cualquier momento, y que si bien es cierto que la Comisión debió juzgar un papel activo, mal podía el Gobierno objetar la actuación al no haber solicitado la conciliación. Como consecuencia la excepción fue desechada⁶.

En el caso Garrido y Baigorria por desaparición forzada, la República Argentina, que era la parte demandada, reconoció los hechos alegados por la Comisión, lo mismo que su responsabilidad por esos hechos, por lo que la Corte dictó Resolución concediendo a las partes un plazo de seis meses para llegar a un acuerdo amistoso sobre reparaciones e indemnizaciones⁷.

Los apoderados de las familias reclamantes y el apoderado de la Provincia de Mendoza cuyas autoridades habían ejecutado los hechos invocados en la demanda, con intervención del Agente de la República Argentina, convinieron en la constitución de un tribunal arbitral, el cual dictó un laudo en que determinó las indemnizaciones. El laudo fue acogido por la Comisión y presentado a la Corte, pero ésta dictó una Resolución en que declaró que las partes no habían llegado a un acuerdo en el plazo señalado. La Corte se basó en que el compromiso debía haber sido concertado por la República Argentina que era la parte en el juicio y no por la Provincia de Mendoza, y que el laudo había sido impugnado por los familiares de las víctimas. Yo disentí de esa Resolución porque a mi juicio la aprobación que había dado el Agente de la República Argentina hacía innecesario examinar la intervención que había tenido la Provincia de Mendoza; que los familiares de las víctimas habían informado que estaban haciendo gestiones con el Gobierno Nacional para lograr una compensación adicional, lo que implicaba aceptación del laudo; y que en caso de arreglo extrajudicial, lo que la Corte debía decidir era si por medio de él, se reparaba la violación de los derechos humanos y era irrelevante que el pago de la indemnización fuera hecho por un Estado Federal o por una Provincia.⁸ Como consecuencia de esa resolución quedó sin efecto la solución amistosa y la Corte fijó las indemnizaciones después de seguir la fase de reparaciones.⁹

Un caso en que sí hubo solución amistosa es el de Benavides Ceballos contra el Ecuador por torturas y muerte, pues en la audiencia convocada para la recepción de pruebas, la parte demandada se allanó a las pretensiones de la demanda y presentó un documento suscrito con los familiares de la víctima, en que éstos confiesan haber recibido la suma de un millón de

6 Caso Genie Lacayo. Excepciones Preliminares. Sentencia del 17 de enero de 1995 párrs. 37-39.

7 Caso Garrido y Baigorria. Resolución del 2 de febrero de 1996. párrs. 27-30.

8 Caso Garrido y Baigorria. Resolución del 31 de enero de 1997. párrs. 15-17.

9 Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones. Sentencia del 27 de agosto de 1998.

dólares en pago de todos los daños arrojados. La Corte dictó sentencia en que declara procedente el allanamiento, toma nota del reconocimiento de responsabilidad internacional, aprueba el acuerdo entre las partes y requiere al Estado que continúe las investigaciones para sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos.¹⁰

De los hechos y razonamientos anteriormente expuestos parecen desprenderse las siguientes conclusiones:

- 1º. Que es importante que los Estados miembros de la OEA aporten a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los recursos necesarios para cumplir a cabalidad la función de propiciar la solución amistosa.
- 2º. Que podría recomendarse a la Comisión Interamericana la reforma de su Reglamento para ajustarlo a la Convención, particularmente en la supresión de la naturaleza del asunto como justificación de la omisión del trámite de solución amistosa.
- 3º. Que en cuanto a la Corte podría contemplarse la posibilidad de incluir en su Reglamento la celebración de un trámite similar cuando a su juicio lo considere oportuno.

10 Caso Benavides Ceballos. Sentencia del 19 de junio de 1998.

**CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Y DE LAS RECOMENDACIONES DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

HELIO BICUDO*

* Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

**CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Y DE LAS RECOMENDACIONES DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

HELIO BICUDO

Se me ha encomendado, en el marco de este evento, comentar sobre mi visión del sistema interamericano, pero sobre todo hablar del tema del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para ello es necesario hacer un breve recuento, de una manera sencilla, de cómo nació el sistema de defensa de los derechos humanos en el hemisferio.

Aún cuando la CIDH hubiese empezado sus actividades antes del año 1969; cuando el Pacto de San José fue celebrado, fue en verdad este tratado el que le otorgó su real personalidad. Instituida en una reunión de Ministros del Exterior de distintos Estados del Hemisferio -por cierto no en forma unánime- realizada después de la proclama de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de mayo de 1948, aquella tuvo una actuación difícil de sustentarse por sí misma, ya que dicha actuación solamente podría ser reconocida después de que fuera prevista en una Convención.

La CIDH, en verdad, asumió esa personalidad, calificada jurídicamente, a partir de 1969, y desde entonces viene trabajando intensamente dentro de su competencia, investigando las denuncias que le son presentadas, cumpliendo con audiencias públicas, haciendo visitas *in loco* y de otras naturalezas, de las cuales resultan informes con recomendaciones a los Estados miembros de la OEA. Al mismo tiempo, solicita a dichos Estados, en casos de peligro inminente de violación de algunos de los derechos humanos fundamentales previstos en la Convención Americana, la adopción de medidas cautelares para la protección inmediata de esos derechos.

Por otra parte, en casos más extremos, también puede solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos medidas provisionales, para que los Estados no practiquen actos violatorios de los mismos derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a la vida.

Asimismo, la CIDH actúa además mediante relatorías especiales, como lo son las relatorías de los pueblos indígenas, de las mujeres, de las cárceles, de los niños y de la libertad de expresión.

La CIDH tiene -a mi modo de ver- una función cuasi jurisdiccional, ya que a través de los exámenes de los casos que le son presentados, hace recomendaciones a los Estados miembros, teniendo en perspectiva la reparación de la violación cometida. Estas recomendaciones van desde el castigo a los responsables de violaciones a derechos humanos y la imposición del pago de una indemnización pecuniaria, hasta la solicitud de cambios en la legislación interna, recomendándolas de acuerdo con las normas internacionales vigentes.

A propósito del tema, hace poco tiempo, la CIDH recomendó al Estado de Argentina que eliminara de su legislación penal el delito tipificado como "desacato", recomendación cumplida, pues esa figura delictiva fue erradicada del Código Penal de dicho país.

Paralelamente a su competencia contenciosa, la CIDH, cuando las partes lo soliciten, puede ayudarlas a encontrar una solución amistosa, para arreglar casos de violaciones precedentes.

La CIDH es el órgano -llamado principal- por la Convención Americana para la defensa de los Derechos Humanos. En ese sentido, la Comisión es el único ente facultado para llevar casos a la Corte de parte de las víctimas, y así lo ha venido haciendo.

La Corte -cuyo funcionamiento inició en 1979- a su vez procesa y juzga los casos que le son presentados por la CIDH en contra de los Estados, casos de Estados en contra de Estados, y responde a solicitudes de opiniones consultivas, para fijar puntos interpretativos de la Convención, o bien así para fijar la jurisprudencia en las diferentes situaciones jurídicas.

Últimamente, las recomendaciones de la CIDH, -o bien las decisiones de la Corte- vienen siendo objeto de incumplimiento por parte de algunos Estados, bajo el principio equivocado aún de la soberanía nacional.

Ahora bien, desde el momento en que un Estado asume obligaciones establecidas en los tratados internacionales que ha suscrito o ratificado, en realidad, ese Estado abdicó de su soberanía en nombre de la buena convivencia internacional y, por tanto, está obligado a cumplir de buena fe las determinaciones de dichos tratados.

Por otra parte, es necesario además aclarar que las normas de derecho internacional indican que las obligaciones para los Estados surgen desde mucho antes de que estos ratifiquen un tratado internacional. En este sentido, el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados expresa claramente que un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustre el objeto y fin de un tratado. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en consonancia con disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los

Tratados, estableció en el caso *German Settlers*, que un Estado que ha ratificado un tratado puede ser responsable por la violación del mismo después de su firma y antes de su ratificación.

No obstante, algunos Estados miembros vienen discutiendo la validez de las recomendaciones de la CIDH y así como las sentencias de la Corte.

Así se tiene por ejemplo que el Estado de Perú, al no cumplir las decisiones de la Corte, en por lo menos dos casos de violaciones reconocidas judicialmente por la Corte, comunicó a ésta que no se subordinaría a sus decisiones.

Es así que, algunos Estados se resisten a cumplir las recomendaciones de la CIDH, argumentando, por ejemplo, sobre el seguimiento que de estas hace la Comisión, la que verifica así su cumplimiento, o lo que realizó el Estado para poner en práctica dichas recomendaciones.

Estas cuestiones han sido ventiladas y discutidas, en el seno de la Corte y de la Comisión, pero también por supuesto, por el Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización.

En la Reunión de Cancilleres en Costa Rica, del año pasado, cuando se conmemoró el 20° aniversario de la Corte Interamericana, fue creado un Grupo de Trabajo "ad hoc" para estudiar y sugerir medidas para el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de defensa de los derechos humanos.

De este espacio de reflexión, en la primera reunión de ese Grupo de Trabajo, salió la recomendación, junto a otras medidas, que los países del Hemisferio bajo la aceptación de las normas de la Declaración y de la Convención, deberían cumplir las sentencias de la Corte y agotar todos los esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la CIDH.

Asimismo, el Grupo de Trabajo "ad hoc" recomendó a los Cancilleres "que dentro de las actuales competencias de la Asamblea General y del Consejo Permanente, se dé 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".

Seguidamente, el Consejo Permanente, en el marco del Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos, tomó entre otras, dos importantes decisiones que deberían ser apreciadas por la próxima Asamblea General de la OEA. La primera, al reiterar que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y que los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos de que sean parte. Asimismo, se recomienda a los Estados miembros que hagan todos los esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la CIDH.

En lo que consta del proyecto de resolución, aprobado en la Sesión del 26 de abril de 2000, de cara a los informes respectivamente del Consejo Permanente sobre la evaluación y perfeccionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos, (presentado en cumplimiento a la resolución 1633, de la última Asamblea General de la OEA); y del informe del Presidente del Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos en el marco del diálogo sobre el Sistema, (celebrado según la competencia de dicho Comité), con el propósito de la necesidad del fortalecimiento de dicho Sistema, resolvieron, entre otras propuestas, instar a los Estados miembros de la Organización a que, *in verbis*, n.5, letras "c" y "b", respectivamente, adopten las medidas necesarias para cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Convención Americana, en el caso de aquellos Estados que reconocen su competencia obligatoria, y "realicen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la CIDH, de conformidad con el principio de la buena fe".

También resulta importante reflexionar sobre la existencia misma y eficacia del Sistema. A ese respecto deben señalarse los pronunciamientos de la CIDH y las decisiones de la Corte.

En Comunicado de Prensa de 29 de septiembre de 1999, la CIDH, con conocimiento de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recién acababa de dictar sentencias por medio de las cuales declaraba inadmisibles el pretendido retiro del Estado Peruano, de la competencia contenciosa de dicha Corte, con efectos inmediatos. En estas destacó con solidez jurídica cuyo apoyo, en una ponderada interpretación de la Convención y con su cuidadoso análisis de la jurisprudencia internacional, las mencionadas sentencias constituyen un significativo aporte a la consolidación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por supuesto, la Corte ha fundamentado de manera irrefutable su decisión al repeler la pretensión del Estado Peruano en ese sentido.

Así afirmó la Corte:

"32. La cuestión del pretendido retiro, por parte del Perú, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y de los efectos jurídicos del mismo, debe ser resuelta por este Tribunal. La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/ Kompetenz-Kompetenz).

33. La Corte no puede abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones según el artículo 62.3 de la misma. Dicha disposición establece que: (1) 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.

34. La competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción.

35. Al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin, la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención. Sería inadmisibles subordinar tal mecanismo a restricciones súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus aceptaciones de la competencia contenciosa del Tribunal, lo cual no sólo afectaría la eficacia de dicho mecanismo, sino que impediría su desarrollo futuro.

36. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno".

Finalmente, una palabra sobre el problema llamado de "seguimiento" de los informes de la CIDH, por dicha Comisión.

Como tuvimos la oportunidad de afirmar en nuestro pronunciamiento del 11 de febrero pasado, ante el Grupo de Trabajo "ad hoc" ya mencionado, "un aspecto esencial en el fortalecimiento del sistema es el del cumplimiento de las decisiones de la Corte y de los informes de la Comisión. Al respecto, es conveniente reiterar la obligación de los Estados de establecer procedimientos internos para posibilitar dicho cumplimiento. Según expresó la Comisión ante la Asamblea General en el mes de junio de 1999, ese cumplimiento es fundamental para la vitalidad e integridad del sistema de derechos humanos de la Organización. La Comisión desea recordar que el artículo 68 de la Convención Americana establece de manera categórica que "los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". En lo que se refiere a la Comisión, sus informes son interpretaciones válidas de obligaciones libremente adquiridas por los Estados. Si un Estado no concuerda con dichas interpretaciones tiene la libertad para recurrir a la Corte Interamericana disputando las conclusiones y procedimientos de la Comisión. Hasta el momento, lo que es significativo, ningún Estado ha recurrido en casos contenciosos en contra de los informes de la Comisión. Y, además, "los órganos políticos deben cumplir un rol central en asegurar el cumplimiento de las decisiones de los órganos de protección. El fortalecimiento del sistema no depende únicamente ni se agota en el funcionamiento de los

órganos de supervisión. En última instancia su efectividad depende de la acción que los órganos políticos estén dispuestos a emprender ante quienes ignoren sus obligaciones internacionales. Los Estados y los órganos se constituyen en la garantía colectiva del cumplimiento de las normas de derechos humanos. Para ello, deben, como mínimo, discutirse los informes de violaciones a los derechos humanos, como asimismo el incumplimiento de decisiones de los órganos cuando estas ocurran. Según ya se señalara ante la Asamblea General, la inobservancia de las sentencias (de cumplimiento obligatorio) de la Corte Interamericana constituye un hecho sumamente preocupante que merece un serio examen y la adopción de medidas apropiadas por los órganos políticos de la Organización. Creemos que de esto depende tanto el futuro del Sistema, como la credibilidad de dichos órganos políticos y de este proceso de evolución".

Algunos Estados, como Brasil, Perú y México tienen posiciones contrarias a esa actuación de la Comisión, según el argumento de que se estaría, en verdad, renovando el conocimiento de un caso ya terminado.

Por el contrario, las ONG consideran muy importante la "supervisión del cumplimiento de las recomendaciones" de la CIDH, y proponen algunos mecanismos para incluir en el Reglamento de la CIDH, mecanismos que culminen en un breve informe de la Comisión.

En el Plan de Acción de las Américas, las ONG también señalan que se debe profundizar y fortalecer el rol de la Corte y la Comisión en la supervisión del cumplimiento de sus propias decisiones. En ese sentido observan que la Comisión, en los últimos años, ha decidido incluir en diversos informes finales una cláusula estableciendo que evaluará el cumplimiento de las recomendaciones definitivas por parte de los Estados.

Al estudiar el problema del fortalecimiento del Sistema, el mencionado Grupo de Trabajo "ad hoc" consideró destacar, entre otros aspectos, el "seguimiento de las recomendaciones de la CIDH".

Esa misma posición puede ser encontrada en la ponencia del Dr. Pedro Nikken, Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Expresidente de la Corte Interamericana, al hablar ante el Grupo de Trabajo "ad hoc", cuando destacó las "audiencias de seguimiento".

Para finalizar, debemos considerar que el Sistema ha tenido una actuación más allá de las expectativas, y se constituye hoy en el instrumento más relevante para la protección y defensa de los derechos humanos en el Hemisferio.

Ahora bien, para que llegue a sus fines, para que los cumpla, es fundamental que los países acaten las sentencias de la Corte y las recomendaciones de la CIDH. Mas eso es de la competencia de los órganos políticos de la OEA. Vamos a esperar que lo hagan.

**EXAMEN DE COMUNICACIONES:
EXPERIENCIA DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

CLAUDIO GROSSMAN*

* Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

**EXAMEN DE COMUNICACIONES:
EXPERIENCIA DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

CLAUDIO GROSSMAN

Muchas gracias señor Presidente. En un país de la región, un abogado que toma un caso de derechos humanos recibe amenazas por defender clientes que el gobierno considera "enemigos del Estado". El abogado no hace caso de esas amenazas, y recibe una carta bomba que al explotar le vuela un brazo y le hace perder la vista en un ojo. En otro país un periodista en su columna semanal critica la influencia creciente del narcotráfico y la corrupción en su ciudad. El periodista es amenazado varias veces y por último asesinado. Los asesinos son detenidos y confiesan haber recibido \$ 10.000 en pago. La fiscalía del país, a pesar de las protestas de los familiares de la víctima, no hace ninguna investigación que conduzca a los autores intelectuales del delito.

Una mujer (una de cuatro mujeres de la región es objeto de violencia doméstica) reclama, porque de acuerdo con las leyes de su país tiene que pedir permiso para trabajar. Además, de acuerdo con las leyes de su país, si el violador ofrece matrimonio a la víctima, la violación no es punible.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) efectúa una visita *in loco* a las cárceles de otro país de la región (el 70% de los presos en el Hemisferio, están reclusos sin condena) y observa que el porcentaje de detenidos sin condena es de un 93%. Hay individuos presos por más tiempo que el que les correspondería si hubieran sido encontrados culpables y condenados a la pena máxima.

Una niña de doce años de edad, es expulsada del colegio porque, según la petición pendiente ante la CIDH (y que no voy a prejuzgar), le han negado arbitrariamente su nacionalidad, y según la ley del país demandado, no hay que educar a alguien que no sea nacional o se encuentre ilegalmente en su territorio.

Estos son algunos de los casos que tiene la CIDH (cerca de 550 casos al año y un 70% de esos casos se refieren a violaciones de derechos fundamentales como el derecho a la vida y la prohibición de tortura).

Grandes desarrollos, sin embargo, han tenido lugar en la promoción y protección de los derechos humanos en la región en los últimos 10 años. No puede negarse el valor de que 34 de los 35 países de la región (todos salvo Cuba), tengan elecciones libres. La legitimidad de los sistemas de gobierno que respetan y confían en el libre albedrío de las personas es de gran importancia; nunca como antes, tantas mujeres y hombres en la región han aceptado la legitimidad de la democracia. Las elecciones democráticas han ido aparejadas de una drástica disminución de desapariciones, ejecuciones sumarias y otras formas de represión brutal que caracterizaron a los regímenes dictatoriales de la región, y que fueron implementadas por éstos como política de Estado, con la finalidad de mantenerse en el poder. Como nunca antes en la región ha emergido una sociedad civil rica, pluralista y diversa con un mundo privado que ofrece un contrapeso a las estructuras tradicionales de poder. La idea (que tenían algunas bases importantes en la historia de la región) de que constituía intervención la preocupación internacional sobre los derechos humanos, ha sido reemplazada por el concepto de que hay un espacio legítimo para el derecho internacional en esta materia, sobre la base de tratados libremente consentidos.

El derecho internacional de los derechos humanos surgió en gran medida, por el fracaso en la Segunda Guerra Mundial de la noción de que los temas de derechos humanos eran temas de derecho interno. Cuando el régimen de la Alemania nazi exterminó por ejemplo a 200.000 discapacitados de nacionalidad alemana, el derecho internacional clásico no poseía, supuestamente, los conceptos e instrumentos para reaccionar contra este crimen espantoso, que "era una cuestión exclusiva de jurisdicción doméstica".

A veces estos fenómenos se ven lejanos, como fenómenos europeos; en nuestra región, sin embargo, como dice Gabriel García Márquez, los desaparecidos políticos y las víctimas de la violencia política, bastarían para poblar un país como Noruega. Reflejando la situación mundial y hemisférica, los fundadores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), a lo que siguió la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en 1959) y, en esta ciudad, el Pacto de San José de Costa Rica, o la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). El resultado ha sido un sistema que establece derechos para los individuos sin distinción alguna, (lo que permite medir conductas de los estados de acuerdo con normas libremente aceptadas), y además crea Órganos de Supervisión (que miden dichas conductas de acuerdo con normas jurídicas). Igualmente se establecen procedimientos para que los individuos actúen en el nivel internacional, reclamando por la violación de sus derechos, y obtengan justicia cuando no la puedan lograr en el ámbito interno. Estos desarrollos son un gran logro para los Estados democráticos, que vieron la necesidad de crear este tipo de sistema que permitiera resolver los temas de derechos humanos, y crear solidaridad democrática y justicia individual.

Quedan sin embargo serios problemas por resolver, como muestran algunos de los casos que se mencionan en el comienzo de esta presentación. La realidad nos muestra sociedades en transición luchando por superar las herencias de dictaduras que han producido estructuras y

tradiciones profundamente arraigadas, además de una abismal pobreza para muchas personas. Mientras las elecciones son una condición *sine qua non* para la democracia y para la realización de los derechos, la democracia y los derechos humanos requieren más que eso, requieren valores fundamentales que incluyan sociedades civiles poderosas, poderes judiciales independientes, justos y modernos, policías que cumplan con la ley, libertad de prensa, y ninguna persona por encima de la ley, independientemente de su nivel económico, su poder político y social. En un hemisferio donde una gran proporción de mujeres son víctimas de violencia doméstica y donde las mujeres controlan menos del 3% de la riqueza, donde las poblaciones indígenas ven sus derechos menoscabados, donde millones de niños viven en las calles, la democracia también debe posibilitar un dinámico proceso de expansión de valores fundamentales, haciendo que cada persona cuente. Esta realidad, debe ser el punto de partida para el análisis del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y es la vara para medir los intentos valiosos de fortalecerlo y hacerlo mejor.

En el contexto de este hemisferio y su realidad de pobreza, hoy el desafío primordial y el primer deber del sistema de protección es evitar el regreso a sistemas autoritarios, reaccionando prontamente frente a situaciones que amenacen con destruir los logros democráticos conseguidos. El segundo es la expansión de derechos y libertades sobre la base de tratados libremente ratificados. Para ello el sistema interamericano utiliza distintas técnicas. Las visitas *in loco* que efectúa la CIDH constituyen una necesaria forma de acción "al por mayor", ya que frente a situaciones de miles de desaparecidos, u otras violaciones masivas, el sistema de casos (dirigido a resolver situaciones individuales) se ve sobrepasado. Las visitas *in loco* intentan mostrar la preocupación de la comunidad internacional frente a violaciones masivas e informar a la opinión pública de los hechos que estén ocurriendo.

En el pasado, en que las violaciones masivas a los derechos humanos no eran una excepción, las visitas *in loco* eran la forma de acción más importante de la CIDH. En la situación actual, para evitar regresiones e impulsar avances de acuerdo con el marco normativo de la Convención y la Declaración, juega un rol muy importante el sistema de casos individuales. ¿Como trata la Comisión dichos casos? En primer lugar, cualquier individuo u organización válidamente reconocida en los países de la región puede presentar una petición a la CIDH. La Comisión inscribe la petición e inicia un proceso de discusión y análisis (de la petición). Si considera que se trata de un derecho protegido por la Convención o la Declaración Americana, procede a dar traslado de la petición al Estado y abrir el caso. Sin embargo, la CIDH puede dar traslado al Estado, sin abrir el caso, para obtener su opinión respecto a cuestiones de admisibilidad. La segunda fase, después del registro e inscripción, es la decisión sobre admisibilidad. La admisibilidad no prejuzga sobre el contenido, la admisibilidad pretende solo establecer si se cumple con requisitos formales tales como que la petición haya sido presentada dentro del plazo de seis meses desde producida la última decisión interna, si se han agotado los recursos internos, si el procedimiento está pendiente ante otro tribunal o procedimiento internacional, si la petición se refiere a alguno de los derechos protegidos por la Convención o la Declaración Americana. El agotamiento de los recursos internos, es sin duda un requisito muy importante que se justifica por el carácter subsidiario de los órganos de supervisión. La CIDH cumple

estrictamente con este requisito, incluyendo, desde luego, la doctrina de que si no es razonable dicho agotamiento (ya que, por ejemplo, hay una práctica constante que muestra que los recursos no son eficaces), se declara la admisibilidad. Después de la admisibilidad, se procede a establecer los hechos y el derecho.

De acuerdo con su reglamento, la CIDH celebra audiencias, valora pruebas e incluso, si es autorizada por los estados, efectúa visitas *in loco* para obtener evidencia. La Comisión se pone en todos los casos a disposición de las partes para intentar una solución amistosa. Las partes son enteramente libres de aceptar dicho trámite. De haber un acuerdo, la CIDH debe aprobarlo, si este es compatible con los derechos protegidos. Si no hay arreglo, la CIDH adopta un informe. La Comisión es el único órgano que trata las peticiones relativas a Estados que no han ratificado la Convención o aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana. Tratándose de Estados que han ratificado la Convención y declarado aceptar la jurisdicción de la Corte, la CIDH puede decidir referir el caso a la Corte o, después de un segundo informe, proceder a su publicación. La CIDH para referir el caso toma en cuenta la naturaleza del derecho violado, el expediente, el impacto que tiene el caso en el Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos, los recursos disponibles (el problema de recursos es esencial: un caso en la Corte vale más de \$60.000). Por la insuficiencia de recursos, la CIDH se enfrenta regularmente a un "Sophie's Choice" (una situación en la que una madre debe decidir cuál de sus dos hijos va a los campos de exterminio de Alemania nazi). La CIDH hace grandes esfuerzos para evitar este dilema, buscando, por ejemplo, financiamientos extraordinarios de fundaciones privadas.

Para evaluar el sistema y su futuro, un primer comentario debe valorar su existencia. Si no hubiera existido el sistema (con todos sus problemas de falta de recursos), no habría sido posible medir la conducta de los Estados en relación con normas jurídicas de dignidad humana. El sistema ha contribuido a documentar violaciones, a dar apoyo a quienes han visto negados sus derechos, y ha apoyado la recuperación democrática que ha vivido la región. Para aumentar la eficiencia de su sistema de casos, en la nueva realidad hemisférica de procesos de transición, la Comisión comenzó, hace cuatro años, un ambicioso proceso de fortalecimiento (actualmente hay una masa crítica de países respeto de los cuales hay menos necesidad de hacer visitas *in loco*). Con tal propósito, la CIDH revitalizó las medidas cautelares -que se adoptan en casos urgentes para evitar daños irreparables (en 1999 solamente más de sesenta medidas cautelares), así como el mecanismo de solicitar medidas provisionales de la Corte, igualmente en casos urgentes. La CIDH mejoró sus procedimientos de registro de peticiones, con el requisito de declaración de admisibilidad para nuevos casos (en el pasado la admisibilidad no se declaraba en el comienzo de los casos). Además, la CIDH ordenó su sistema de audiencias, mejoró su capacidad investigativa usando visitas *in loco* para obtener pruebas, dio cumplimiento estricto al requisito de intentar una solución amistosa en cada caso y modificó su reglamento para proteger la confidencialidad de algunas etapas del procedimiento. La CIDH adoptó criterios sobre qué casos llevaría a la Corte y consolidó la práctica de designar a los demandantes originales como asesores legales de la Comisión ante la Corte.

Hay una vieja expresión religiosa que dice "Si uno salva una vida, salva un mundo entero", la Comisión y la Corte Interamericanas, el Sistema Interamericano y los Estados que lo crearon, han salvado muchas vidas y muchos mundos, y han ido también mucho más allá: han permitido crear una dinámica de expansión de derechos. En Soluciones Amistosas (por una nueva realidad caracterizada por gobiernos democráticos) se han logrado soluciones amistosas con Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Méjico, Paraguay y Venezuela favoreciendo a cientos de personas, (además, hay discusiones bastante avanzadas para obtener soluciones amistosas en casos de Chile y Perú). La legitimidad en la Comisión ha sido también acrecentada por visitas *in loco* a México, Brasil, República Dominicana, Canadá, Estados Unidos, y en visitas sobre casos individuales a Argentina, Brasil, Paraguay, México, y la República Dominicana.

La CIDH ha presentado casos nuevos e importantes ante la Corte; lo que ha desarrollado una jurisprudencia de gran valor jurídico de ambos órganos tanto en temas procesales (por ejemplo: valor y peso de la prueba, agotamiento de recursos internos), como sustantivas (el deber de los estados de proteger y garantizar los derechos, las normas de debido proceso y criterios de reparación).

La solidez jurídica de los razonamientos de la CIDH se ve corroborada por el hecho de que hasta ahora ni un estado ha llevado un caso a la Corte en contra de una decisión de la Comisión. Los desafíos centrales que confrontan al sistema son en gran medida de carácter económico, lo que refleja, además, desafortunadamente una realidad política porque los recursos mínimos otorgados a la Comisión y a la Corte no les permiten procesar y decidir los casos en el tiempo que sería requerido.

Aunque los procedimientos de órganos internacionales (y nacionales) siempre pueden mejorarse, y ser objetos de crítica, nada sustituye el lento y laborioso proceso, inherente a la función judicial, de reformas reglamentarias sobre la base de la rica experiencia que los mismos órganos desarrollan. Ese proceso se encuentra en curso y su integridad debe respetarse evitando su politización. Para evitar dicho peligro debe terminarse el incesante intento de proyectar dudas sobre el sistema manteniéndole constantemente bajo amenazas de "reforma".

El sistema interamericano de protección de derechos humanos se ha transformado, a pesar de sus deficiencias, en un importante instrumento que conecta a la O.E.A. con las aspiraciones de justicia y respeto al derecho de innumerables individuos en la región. Sus bases -la igualdad, el debido proceso y la igualdad ante la ley- son valores fundamentales que es importante seguir proyectando y promoviendo en el hemisferio. Al cuestionar el sistema se cuestiona también la legitimidad de dichos valores, lo que no solo tiene connotaciones éticas sino efectos políticos desestabilizadores, que pueden surgir de la decepción y la frustración de las aspiraciones democráticas y de cumplimiento con los derechos humanos en la región. De allí que toda discusión sobre el sistema tiene que incorporar a la sociedad civil y caracterizarse por su transparencia. La discusión sobre procedimientos solo es valiosa si se enmarca en un objetivo general, la protección de los derechos humanos. De allí que el valor de toda propuesta debe ser decidido sobre la base de si resultará en cumplimiento del derecho a debido proceso, ausencia de

impunidad, ni un preso sin condena, igualdad plena de los individuos y los niños del hemisferio en los colegios preparándose para su futuro y no en las calles brutales y empobrecidas de numerosas ciudades en la región. Para ello los Estados deben dotar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos de recursos económicos suficientes (y rechazar todo intento de politizar el sistema y su fortalecimiento). Es esencial además que los órganos políticos de la O.E.A. den credibilidad a su función de garantes de la democracia y de los derechos humanos. Como mínimo deben impulsar el cumplimiento de las decisiones de la Corte y la Comisión.

El sistema interamericano fue una creación valiosa de estadistas de la región que comprendieron la necesidad de desarrollar una comunidad hemisférica basada en la democracia y los derechos humanos. Ese desafío continúa y, para su realización, el sistema dotado del apoyo político y los recursos que requiere, es insustituible.

**APPLICATION OF THE
AMERICAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS IN THE
ENGLISH SPEAKING CARIBBEAN**

JOHN S. DONALDSON*

* Former President of the Inter-American Commission on Human Rights.

**APPLICATION OF THE
AMERICAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS IN THE
ENGLISH SPEAKING CARIBBEAN**

JOHN S. DONALDSON

In my letter of acceptance to the Inter-American Court of Human Rights to participate in this seminar, I indicated that I viewed the seminar as an important event in the Human Rights Calendar of the Hemisphere. It is fitting therefore that I congratulate the Court on its initiative to ensure that the fortieth anniversary of the Commission, the thirtieth anniversary of the San José Pact and the twentieth anniversary of the coming into force of the provisions for the establishment of the Court should be appropriately commemorated. It is felicitous that the illustrious Government of Costa Rica has also found it fit to celebrate the significant events that have brought us together today in San José.

In the circumstances, I wish to place on record my sincere thanks to the President and members of the Inter-American Court of Human Rights and the illustrious Government of Costa Rica for this concrete manifestation of their unselfish dedication and commitment to the cause of human rights in our Hemisphere. On the personal level, this seminar has afforded me the opportunity not only to renew some old acquaintances but it has also made it necessary that I consider once more the Human Rights situation in this Hemisphere generally and more specifically the English speaking Caribbean and in my own country.

Our panel will focus on the "Application of the American Convention vis-à-vis the Caribbean" and I know that my fellow panellists will address the specifics of the provisions of the Convention. I will therefore use the little time allowed to me to indicate the Human Rights context of the English-speaking Caribbean today and suggest mechanisms for improvement in the future.

CHARACTERISTICS OF THE REGION

The English-speaking Caribbean is characterised by ethnic, religious, cultural and language diversity between and within states. Their constitutions vary and provide for Unitary and

Federal States, Republics and Monarchies. They all cherish and jealously protect their relatively recent independence and their sovereignty. Apart from Guyana and Belize, they are all small, island States.

As members of the Organization of American States, all the English speaking Caribbean States, including Belize and Guyana, come under the jurisdiction of the Inter-American Commission on Human Rights. However, it is noteworthy that of these, only Barbados, Dominica, Jamaica and Trinidad and Tobago have ever signed and ratified the Convention, and only Trinidad and Tobago accepted the jurisdiction of the Court. It must be noted with concern however, that Trinidad and Tobago denounced the Convention in May of 1998.

All of the English speaking states, with the exception of Guyana, have the Privy Council as their final Court of Appeal. The judiciary in these states is free, fair and independent. And in Guyana, which has its own final Court of Appeal, the judiciary is also free, fair and independent. All the constitutions of these states have adequate provisions for the protection of Human Rights. In the result, Human Rights abuses are not characteristic of these states. The time is ideal, in respect of the English-speaking Caribbean, for the system to pre-empt rather than later to react to developments that suggest increasing disillusionment with the system.

In spite of this generally stable Human Rights climate however, alarms of one type or another have been raised, and these alarms suggest there is need for vigilance. A panel such as our own must therefore take note of such alarms. It is apt also, that any concerns of the Human Rights Community in this Hemisphere be made known so that governments may take precautionary measures or even remedial measures where necessary. I'll refer to four examples of existing concerns.

In the recent past, there have been claims in the region that the *electoral processes* have not been as free and as fair as they have been traditionally perceived to be. In the face of such claims, international observers have become part of the electoral process in some states. The concern of some persons and institutions about the integrity of the electoral process should be viewed with some measure of seriousness by the hemispheric Human Rights Community and by the state authorities in the region. Both precautionary and remedial measures may be necessary to address this relatively new phenomenon. (The Declaration - Art. XX and the Convention - Art. 23 indicate quite clearly the rights of individuals and the responsibility of states in this regard.)

Secondly, the separate responsibility of *the judiciary* in democracies is a universal constitutional imperative for the protection of all rights. The Declaration (Art. II and Art. XVIII) and the Convention (Art. 25) recognize that the protection of individual and other rights mandates the establishment of an independent, fair and functioning Judiciary. In this regard, it is significant and useful that states note that the Commission has indicated that it will not be a Court of fourth instance where the decisions of the Final Courts are concerned, in states where the Judiciary is free, independent and functioning (1997 Annual Report of the Commission).

In individual states, alarms have been raised in respect of the independence of the Judiciary. It was at a regional meeting of Chief Justices that it was found necessary to declare that the Chief Justices insisted on the need for all states to ensure the independence of their individual Judicial Systems. In one Caribbean state, the Judiciary itself has indicated its fear about possible violation of its traditional independence. These concerns were noted by the Bar and an inquiry was agreed to by members of that state's Bar. The Hemispheric Human Rights Community may wish to focus on these concerns in the region.

Thirdly, *Freedom of the Press and of Expression* are now under special consideration by the Commission. In fact, a special rapporteur was appointed in 1997. Such attention is timely and relevant in respect of the enjoyment of these rights in the region. (The Declaration - Art. 4 - and the Convention - Art. 13 -). Although the constitution and the laws of the states recognize and protect the right to freedom of the press and expression, journalists have alleged that they have been coerced by state officials and functionaries to do the bidding of the authorities. Loss of employment or even imprisonment are not unknown to journalists. There is need therefore that the Commission consider the Caribbean reality in its report on freedom of the press and expression in the hemisphere. The rapporteur might gain useful insights from a visit to some states.

Fourthly and finally, the *Right of Assembly* and the *Freedom of Association* (Art. XXI & Art. XXII of the Declaration and Art. 15 and 16 of the Convention) are rights which though protected by national legislation are violated in one way or another from time to time. Trade Unions and Political Organizations complain of restrictions on the enjoyment of these rights. There is no perceived crisis at this point of time, yet there are events that suggest impatience and frustration on the part of the state authorities who for one reason or another are opposed by organized labour and political organizations. Governments often are confronted by the paradox of having come to power with the support of the very organizations which object to their policies.

Over and above the situations described, there is one phenomenon common to all the states in the region which is that there is *general lack of information and knowledge about the hemispheric system* for the protection of Human Rights. This ignorance is not merely at the level of the general population but exists at the level of officials of the Government, the Judiciary, the BAR and Institutions of Higher Learning. Moreover, there is great cynicism about the activities of all Human Rights organizations. These organizations are perceived as supporters of the criminals rather than supporters of victims of crime; they are viewed as impediments to implementation of laws, especially in respect of judicial executions; and not infrequently, Human Rights activists are seen as charlatans in search of financial and political rewards.

For these and other reasons, there is some degree of hostility to the various organs of the Human Rights system in the Hemisphere. Hostility exists at the level of Governments and other state institutions and to some extent even within the press and media generally, which are themselves protected by the very provisions of the Declaration and the Convention.

States in the Caribbean also note that there is not yet universal application of the Convention in the Hemisphere and without knowing or accepting the reasons, pay particular attention to the fact that large and indeed influential English speaking states have not yet ratified the Convention. Incorporation of all English-speaking states will ensure that the system realises its Inter-American character and will also positively redefine that character.

It is in this general context that the American Convention on Human Rights applies in the English-speaking Caribbean. For these reasons there is the need for an enormous and prolonged promotional exercise in the region. I must caution however, that states will have serious problems complying with any far reaching structural changes to the system. I earnestly hope that time is on our side, that is, on the side of those who work towards the enjoyment of all Human Rights in a uniquely happy region of the world. And in this instance patience may not be a virtue.

**LE PACTE DE SAN JOSÉ
ET LES PAYS DE LA RÉGION CARAÏBE**

JEAN JOSEPH EXUMÉ*

* Membre de la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH)

LE PACTE DE SAN JOSÉ ET LES PAYS DE LA RÉGION CARAÏBE

JEAN JOSEPH EXUMÉ

Sommaire: I. Introduction. II. Analyse de la Déclaration et de la Convention. 1. La Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme. 2. La Convention américaine relative aux Droits de l'Homme ou Pacte de San José. III. Les pays de la région caraïbe et la Convention interaméricaine. IV. Conclusion.

I. INTRODUCTION

Depuis la deuxième moitié du 20^{ème} siècle et particulièrement avec la fin de la guerre froide, la défense des droits humains est devenue une arme aux mains des grandes puissances pour porter les pays du tiers et du quart monde à accepter la politique choisie pour eux. Mondialisation, ajustements structurels sont les objectifs réels, soigneusement masqués par la façade du respect des droits humains. Les pays nantis, par exemple, dans le rôle qu'ils se sont attribués de "gendarme du monde" imposent leur loi à coup de résolutions de l'ONU ou de l'OEA. Sur le Continent Américain, on pourrait dire que les droits humains sont devenus la meilleure voie pour l'application de la doctrine de Monröe: Avant de se lancer dans une opération, les gendarmes cherchent toujours à se munir d'une couverture légale. Dans les cas les plus récents en Amérique (Invasion de la Grenade, du Panama ou d'Haiti), on a toujours trouvé une pseudo-justification, entérinée par une résolution d'un organisme régional ou de l'ONU ou mieux par suite de la demande même d'autorités constituées du pays visé et qui réclamaient l'aide de la communauté internationale. C'est alors l'application de la théorie du droit d'ingérence, de l'assistance à peuple en danger etc...

Cette stratégie a été grandement appuyée par l'Organisation des Etats Américains (OEA), justifiée d'ailleurs par la Charte de celle-ci qui prescrit que le respect des droits fondamentaux de l'homme constitue un des piliers sur lesquels repose l'Organisation internationale régionale de l'OEA. Dans le préambule de cette Charte, les Etats du Continent déclarent qu'ils sont:

Sûrs du fait que le véritable sens de la solidarité américaine et du bon voisinage ne peut se concevoir qu'en consolidant dans ce continent et dans le cadre des institutions démocratiques, un régime de liberté individuelle et de justice sociale basé sur le respect des droits fondamentaux de l'homme.

Dès l'article 1 de la Charte, les Etats posent le principe de la non-ingérence dans les questions relevant de la juridiction interne des Etats membres. L'OEA se propose d'établir "un ordre de paix et de justice, d'encourager leur solidarité, défendre leur souveraineté, leur intégrité territoriale et leur indépendance."

Se fondant sur les principes de base établis dans la Charte même de l'OEA, a vu le jour ce que nous appelons aujourd'hui le système interaméricain de promotion et de défense des droits humains, auquel adhèrent tous les pays du continent américain, à l'exception de Cuba.

Notre propos est de faire une sorte de bilan de l'application de la Convention dans les pays de la région Caraïbe. Cependant, beaucoup de pays de cette zone n'ayant pas ratifié la Convention, c'est la Déclaration Américaine qui leur est applicable, conformément à la double compétence de la CIDH qui lui permet également de connaître de cas relatifs aux pays non partie au Pacte de San José. Une brève analyse conjointe de ces deux instruments s'avère donc nécessaire.

II. ANALYSE DE LA DÉCLARATION ET DE LA CONVENTION

1. LA DÉCLARATION AMÉRICAINE DES DROITS ET DEVOIRS DE L'HOMME

Adoptée à la Neuvième Conférence Internationale Américaine, tenue à Bogota en l'année 1948, elle peut être considérée comme la base du système. Le texte comprend 38 articles divisés en 2 chapitres. Le premier chapitre allant de l'article 1 à l'article 28 traite des droits de l'être humain et le second chapitre de l'article 29 à l'article 38 de ses devoirs.

Les droits

– Droits à la vie et à l'intégrité physique

La Déclaration Américaine, dès l'article 1, dégage l'importance du droit à la vie, à la sécurité et à l'intégrité de la personne, droit qui va de pair avec celui de l'égalité devant la loi consacré par l'article 2. Les articles 25 et 26 protègent les droits contre la détention arbitraire et la garantie à un procès régulier, dispositions que l'on retrouve pour la plupart dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.¹

¹ La Déclaration universelle des Droits de l'Homme a été approuvée et proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 Décembre 1948 par sa Résolution 217 (III) A.

L'article 25 de la Déclaration Américaine stipule:

Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas et selon les formes établies par les lois existantes.

Nul ne peut être emprisonné pour n'avoir pas accompli des obligations de caractère exclusivement civil.

Tout individu qui a été privé de sa liberté a droit à ce que le juge vérifie immédiatement la légalité de cette mesure et à être jugé sans retard ou, dans le cas contraire, à être mis en liberté. Il a également droit à un traitement humain au cours de sa détention.

L'article 26, pour sa part, établit ce qui suit:

Tout accusé est considéré innocent jusqu'au moment où sa culpabilité est prouvée. Toute personne accusée de délit, a le droit de se faire entendre en audience impartiale et publique, d'être jugée par des tribunaux antérieurement établis en vertu des lois déjà existantes, et à ne pas se voir condamner à des peines cruelles, dégradantes ou inusitées.

Il s'agit là des principes les plus importants en matière de protection des droits de l'individu à son intégrité physique. La présomption d'innocence peut, si elle est respectée, empêcher cette tendance qui se retrouve dans la plupart des pays, consistant à procéder à l'arrestation d'un prétendu délinquant avant toute enquête. C'est la fameuse maxime: Arrêtez d'abord, enquêtez ensuite. Le Pouvoir Exécutif dispose d'un puissant moyen coercitif pour baillonner les récalcitrants et les opposants. A ce sujet, on peut avancer que l'arrestation et la détention arbitraires sont la plus nette violation de la présomption d'innocence et de l'égalité devant la loi.

– *Droits économiques, sociaux et culturels*

Au niveau des droits économiques, la Déclaration en son article 23 reconnaît, entre autre, le droit de propriété permettant à toute personne de "satisfaire aux nécessités essentielles d'une vie décente, qui contribue à maintenir sa dignité et celle de son foyer."

Elle consacre également:

– le droit à la préservation de la santé et du bien-être (article. 11), le droit au travail et à une juste rémunération (article 14)

– *Droits politiques*

Les droits suivants sont consacrés par la Déclaration Américaine:

– le droit à la liberté d'opinion (article 4), le droit à l'inviolabilité et à la libre circulation de la correspondance (article 10), le droit à la nationalité (article 19), le droit de suf-

frage et de participation au gouvernement (article 20), le droit de réunion (article 21), le droit de pétition (article 24).

Signalons que ces droits fondamentaux de l'individu sont certes des droits inaliénables mais ils ont une portée, une limite que l'on retrouve dans l'article 28 du texte ainsi libellé:

Les droits de chaque homme sont limités par les droits des autres, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien-être général et du développement de la démocratie.

Des devoirs

Dans cet esprit, le chapitre 2 établit en quelque sorte la contrepartie des droits consacrés dans le chapitre 1, en précisant les devoirs de l'individu: devoirs envers la société (articles 29 à 34) et devoir d'obéissance à la loi et aux autorités légitimes (article 33).

Si l'article 12 reconnaît à chacun le droit à l'éducation, notamment de recevoir pour le moins l'instruction gratuite, en revanche, l'article 31 lui fait obligation de s'instruire. Il lui est également fait obligation de payer les impôts (article 36) et de travailler dans la mesure de ses capacités et de ses possibilités, afin de se procurer les ressources nécessaires à sa subsistance ou pour le bénéfice de la communauté (article 37).

2. LA CONVENTION AMÉRICAINNE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME OU PACTE DE SAN JOSÉ²

Ce document a été souscrit à San José, Costa Rica, le 22 Novembre 1969, lors de la conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme. Il comprend 82 articles qui reprennent pour l'essentiel les dispositions contenues dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains, la Déclaration américaine des Droits et des Devoirs de l'Homme et la Déclaration universelle des Droits de l'Homme.

Analyse du texte:

Le chapitre 1 de la Convention fit référence à l'engagement pris par les Etats de "respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine

2 Les pays qui ont à ce jour ratifié le Pacte de San José sont les suivants: Argentine, Barbade, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Chili, Dominique, Equateur, El Salvador, Grenade, Guatémala, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République Dominicaine, Suriname, Trinité et Tobago, Uruguay, Vénézuéla.

nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale." (Art 1 alinéa 1).

Les Etats s'engagent en conséquence à prendre les mesures législatives ou autres en accord avec leurs Constitutions pour garantir le respect des droits consacrés par la Convention. (Article 2).

Le Chapitre 2 traitant des droits civils et politiques comprend 23 articles (article 3 à article 25). L'article 3 reconnaît le droit de quiconque à la personnalité juridique. L'article 4 traite du droit à la vie en spécifiant notamment que la peine de mort ne peut être appliquée que dans les cas les plus graves, en exécution d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent en application d'une loi prévoyant cette peine et qui était en vigueur avant la perpétration du crime.

L'article stipule en outre que la peine de mort ne sera pas rétablie dans les Etats qui l'ont abolie. Elle ne peut être appliquée pour crimes politiques ou pour crimes de droit commun connexes à ces derniers. Elle ne peut être infligée aux personnes qui, au moment du crime, étaient âgées de moins de dix-huit ans ou de plus de soixante-dix ans; de même qu'aux femmes enceintes.

Enfin, l'amnistie, la grâce ou la commutation de peine peuvent être demandées par tout condamné à mort et tant que la demande se trouve pendante devant l'autorité compétente, la condamnation ne pourra être exécutée.

La Convention pose en outre, en son article 5, le droit essentiel à l'intégrité de la personne, intégrité physique, psychique et morale. En conséquence, une personne privée de sa liberté ne peut être soumise à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Ce même article rappelle le caractère personnel de la peine et l'obligation de la ségrégation dans les centres de détention: séparation des condamnés des prévenus, des femmes des hommes, des adultes des enfants.

Les articles 7 et 8 de la Convention comptent parmi les plus importants de ce document. L'article 7 condamne l'arrestation ou la détention arbitraire, en violation du droit de chacun à la liberté et à la sécurité de sa personne. De plus, une personne arrêtée doit être informée des raisons de l'arrestation et traduite dans le meilleur délai devant qui de droit, jugée dans un délai raisonnable, ou libérée, sans préjudice de la continuation des poursuites.

L'article 7, alinéa 6, consacre le droit de *l'habeas corpus*, permettant "à toute personne privée de sa liberté d'introduire un recours devant un juge ou un tribunal compétent pour voir celui-ci statuer sans délai sur la légalité de son arrestation ou de sa détention et ordonner sa libération si l'arrestation ou la détention est illégale".

Dans beaucoup de pays de l'Amérique latine, notamment le Mexique, l'Argentine, ce recours est connu sous le nom "d'amparo"³ et est ouvert non seulement contre l'arrestation et la détention illégales et arbitraires mais encore contre tout acte de l'administration publique.

Enfin, l'article 7 alinéa 7 de la Convention interdit l'arrestation et par conséquent l'emprisonnement pour motif de dette, sauf en matière d'exécution des obligations alimentaires.⁴

De son côté, l'article 8 prévoit les garanties judiciaires pour toute personne. Les principes essentiels suivants peuvent se dégager de cet article.

- obligation des autorités d'assurer aux justiciables un jugement de leur cause, tant en matière pénale, civile, fiscale ou en matière de travail, et cela dans un délai raisonnable par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi.
- la présomption d'innocence donnant droit à l'accusé d'être assisté gratuitement de traducteur ou d'interprète, de se défendre par lui-même ou par un défenseur de son choix, ou d'un défenseur fourni par l'Etat quand il ne se conforme pas à cette dernière disposition.
- le caractère public du procès pénal, sauf quand il s'agit de sauvegarder les intérêts de la justice.
- le droit de tout condamné d'exercer un recours devant une juridiction supérieure.

Un autre droit consacré par la Convention américaine est le droit au dédommagement prévu par l'article 10 qui stipule: "Toute personne a droit à être indemnisée conformément à la loi lorsqu'elle a été condamnée en vertu d'un jugement définitif rendu par suite d'une erreur judiciaire". Cette question peut cependant soulever de grands problèmes d'interprétation, car la détermination d'une erreur judiciaire compète exclusivement aux tribunaux internes.

3 Le recours d'amparo est un système de garantie des droits de l'individu contre les abus dont il peut être victime. Il a fait l'objet de beaucoup d'études théoriques, notamment de celle d'Ignacio Burgoa O., docteur en droit et professeur émérite de l'Université Nationale Autonome de Mexico. Son ouvrage *El juicio de amparo*, publié en l'année 1943 a été édité de nombreuses fois. La dernière édition (la 32ème) a été réalisée en 1995 par la Maison d'édition mexicaine *Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15 México, ISSN 968-432-103- 1*.

4 Il est important à ce sujet de noter la déclaration interprétative faite par l'Argentine de l'alinéa 7 de l'article 7 de la Convention. Ce pays précise que la prohibition de la détention pour dettes n'interdit pas à l'Etat d'imposer des peines en raison du non-paiement de certaines dettes, quand la peine n'est pas imposée en raison du non-paiement de la dette mais pour un fait illicite antérieur et indépendant.

Il faut mentionner d'autres droits importants dans la Convention que l'on retrouve dans les articles suivants: la protection de l'honneur et de la dignité de la personne (article 11), la liberté de conscience et de religion (article 12), la liberté de pensée et d'expression (article 13), le droit de rectification ou de réponse (article 14), le droit de réunion (article 15), la liberté d'association (article 16), la protection de la famille (article 17), le droit à un nom (article 18), le droit de l'enfant (article 19), le droit à la nationalité (article 20), le droit à la propriété privée (article 21), le droit de déplacement et de résidence (article 22).

Les droits politiques se retrouvent dans l'article 23 de la Convention. Tous les citoyens ont le droit de participer directement ou indirectement à la direction des affaires publiques, d'élire et d'être élus, sous réserve des restrictions que la loi peut imposer eu égard à des considérations d'âge, de nationalité, de résidence, de langue, de capacité de lire et d'écrire, de capacité civile ou mentale, ou dans le cas d'une condamnation au criminel prononcée par un juge compétent.

Un autre point qu'il est impossible de passer sous silence est celui qui traite de la suspension des garanties (article 27). Un Etat a le droit de suspendre ses garanties, "en cas de guerre, de danger public ou dans toute situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité de cet Etat", à condition que "ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit International et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale."

Notons que la Convention a limité le champ d'application des mesures de suspension des garanties. En effet, celles-ci ne sont pas autorisées en ce qui concerne le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (article 3), le droit à la vie (article 4), le droit à l'intégrité de la personne (article 5), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 6), le principe de légalité et de rétroactivité (article 9), la liberté de conscience et de religion (article 12), la protection de la famille (article 17), le droit à un nom (article 18), le droit de l'enfant (article 19), le droit à une nationalité (article 20), les droits politiques (article 23).

Enfin, quand un Etat utilise le droit de suspension, il est tenu d'informer immédiatement les autres Etats parties à la Convention, via le Secrétaire Général de l'Organisation, tout en précisant les droits suspendus, les motifs à l'appui et la date où cette suspension prendra fin.

Il est important de noter que contrairement à la Déclaration américaine où, comme nous l'avons vu, 9 articles (29 à 38) traitaient des devoirs de l'individu, le Pacte de San José n'a prévu qu'un seul article (article 32) sur la question. Cet article est ainsi libellé:

1. Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité.
- 2.. Les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique.

Dans la deuxième partie, la Convention traite des moyens de protection des droits fondamentaux. Le chapitre 6 avec un seul article 33 parle des organes compétents pour connaître des questions relatives à l'exécution des engagements pris par les Etats parties à la Convention, en l'occurrence la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) et la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH).

Une brève comparaison entre la Déclaration et la Convention montre que les deux instruments se complètent. La Déclaration a accordé une plus grande place aux droits économiques, sociaux et culturels, tandis que la Convention a mis plus d'emphase au droit à la vie, au respect de la liberté individuelle et aux garanties judiciaires.

III. LES PAYS DE LA RÉGION CARAÏBE ET LA CONVENTION INTERAMÉRICAINNE

Quand on parle de Pays Caraïbes, dans le cadre du système interaméricain, on se réfère particulièrement aux Grandes Antilles que sont Cuba, Haïti, la République Dominicaine, Jamaïque, aux Petites Antilles qui comprennent les Antilles Françaises (Martinique, Guadeloupe), les Antilles néerlandaises (Curacao, Aruba, Bonaire), ainsi que les Iles du Vent et sous le Vent.

De ces Pays caraïbes, ont ratifié la Convention: Haiti, la République Dominicaine, Trinidad et Tobago⁵, Barbades, Dominique, Grenade.

Par contre, un plus grand nombre de pays caraïbéens ne sont pas partie à la Convention: Antigua et Barbuda, Bahamas, Cuba, St kitts et Nevis, Sainte Lucie, St Vincent et les Grenadines, mais en vertu de la Charte la Commission a bien juridiction sur eux.

Cette question de la compétence de la Commission interaméricaine a été posée à l'égard de Cuba. Au cours de la huitième réunion de Consultation des Ministres des Affaires Etrangères a Punta del Este, en janvier 1962, il a été décidé d'exclure le *gouvernement* de Cuba de l'Organisation des Etats Américains. Les arguments soutenus pour justifier cette grande décision se rapportaient aux liens entre ce gouvernement et le bloc sino-soviétique, liens qui étaient interprétés comme une violation des obligations de tout Etat faisant partie du système régional interaméricain de l'OEA. Les Ministres des Affaires Etrangères avaient décidé que:

"1. L'adhésion de n'importe quel membre de l'Organisation des Etats Américains au Marxisme Léninisme est incompatible avec le système interaméricain et l'alignement d'un tel gouvernement avec le bloc communiste brise l'unité et la solidarité de l'hémisphère.

⁵ Trinidad et Tobago depuis le mois de mai 1999, n'est plus partie à la Convention, après que sa dénonciation de la Convention soit devenue effective.

2. Le présent gouvernement de Cuba, qui s'est lui-même identifié comme un gouvernement marxiste-léniniste, est incompatible avec les principes et objectifs du système inter-américain."

A partir de cette exclusion de Cuba, la question s'est tout naturellement posée de savoir si la Commission pouvait encore maintenir une compétence pour suivre l'application des droits de l'homme dans ce pays. Au cours de sa quatrième période de sessions, la CIDH déclara qu'elle était toujours compétente pour continuer ses études sur la situation des droits de l'homme à Cuba, se basant sur le fait que suivant le Statut de l'Organisation, elle reste une institution autonome, ne pouvant donc être engagée par les décisions politiques de l'OEA.

Le gouvernement castriste a réfuté catégoriquement cette interprétation et n'a jamais répondu aux sollicitations de la Commission. D'autre part, l'opinion de la Commission n'a pas été acceptée par tous les Etats Membres, dont certains ont toujours contesté la compétence de la CIDH, estimant qu'il y avait là une entorse au principe de l'équité judiciaire ou *due process*. Mais ces divergences n'ont pas empêché la Commission de continuer à suivre la situation cubaine, en produisant des rapports spéciaux insérés au chapitre 4 du Rapport annuel et des rapports au titre de l'article 53 du Règlement.

Dans ce cadre, la Commission, en 1980, prépara un rapport sur la situation pénitentiaire à Cuba devant être inclus dans le rapport annuel à soumettre à l'Assemblée Générale. Le Conseil Permanent examina dans ses séances des 10 et 12 Septembre 1980 la question de savoir si ce rapport sur Cuba devait y être inclus. Le moins que l'on puisse dire est que cette question n'a jamais fait l'objet d'un consensus au sein de l'OEA.⁶

Une question aujourd'hui très importante de l'application de la Convention concernant les pays caraïbes se situe au niveau des articles 8 et 25 relatifs aux garanties judiciaires. Il s'agit de l'application de la peine de mort, notamment dans les pays des Caraïbes pour la plupart faisant partie du système juridique de "common law"⁷. Le débat est très vif de savoir si le caractère obligatoire de la peine de mort, qui consiste à appliquer la sanction suprême de manière automatique, sans les circonstances « atténuantes » de chaque infraction eu égard aux faits spécifiques et à « l'individualisation » de la peine ne constitue pas une violation de la Convention.

6 Des pays comme l'Equateur, la Grenade, la Jamaïque, le Nicaragua et dans une certaine mesure le Mexique s'opposèrent à ce que le rapport sur Cuba soit inclus dans le rapport annuel de la Commission, en raison du fait que la CIDH n'avait plus de compétence relative à ce pays, auquel on avait enlevé sa qualité de membre. La Commission a pourtant continué à suivre la situation de Cuba. De 1962 à 1983, elle a produit 7 rapports concernant ce pays.

7 Les pays des Caraïbes qui maintiennent la peine de mort pour les crimes ordinaires sont: Antigua et Barbuda, les Bahamas, la Barbade, Cuba, la Dominique, Saint Kitts et Nevis, Sainte Lucie, Saint Vincent et les Grenadines, la Jamaïque, Trinidad et Tobago.

Qu'il me soit permis de préciser que pareil débat ne constitue nullement une remise en cause du droit d'un pays de maintenir dans sa législation interne la peine de mort. Il n'en est rien! Elle n'a pas été d'ailleurs abolie par la Convention. Ce qui est en débat c'est la manière d'appliquer la sanction. On ne pourrait certes contester à la Jamaïque ou à Trinidad leur devoir de protéger la sécurité de leurs citoyens, contre le trafic de drogue, le banditisme, surtout lorsque des pays plus avancés, leur retournent des criminels endurcis, formés dans les véritables « laboratoires du crime et de la délinquance » de ces grandes métropoles que sont par exemple New-York ou Miami. Un exemple, qui permet de se rendre compte, de l'importance et de la gravité de ce problème : de janvier 1996 à octobre 1999, les Etats Unis d'Amérique et le Canada ont déporté vers Haïti 2.500 criminels de tous poils. Pour la seule année 1999, les Etats Unis à eux seuls ont expulsé vers Haïti 300 criminels. Plus inacceptable encore est le fait par ces pays de ne pas fournir des informations suffisantes sur le statut de ces déportés, relativement aux crimes commis, à la purge de leurs peines etc... .

On ne saurait passer sous silence la question de l'administration de la justice et de l'administration pénitentiaire dans les Pays Caraïbes, par rapport aux normes de la Convention. Reconnaissons avant tout que certains pays comme Trinidad, Barbade ou Haïti (pour ne citer que quelques exemples) font des efforts appréciables pour assurer à leurs citoyens une justice efficace. Cependant, comme il est facile de le comprendre, la réforme de la justice est un processus de très longue haleine et qui est liée à des problèmes tant infrastructurels que superstructurels ayant trait à la capacité financière du pays. En aucun cas, cette approche ne doit être sous-estimée. Mais surtout, il faut éviter de poser le problème en ce qui concerne ces pays, sous l'angle purement théorique et sur la base des standards que l'on peut trouver dans des pays économiquement plus avancés.

La question des travailleurs migrants dans les Caraïbes est un autre sujet très préoccupant. Le sucre produit dans les bateys dominicains essentiellement avec l'aide des braceros haïtiens a un goût de plus en plus amer. Des voix se sont élevées pour condamner l'attitude raciste des Dominicains envers les Haïtiens, il faut évidemment appeler un chat un chat mais on ne peut négliger les contingences historiques et les poids culturels qui sous-tendent ces actions. La République Dominicaine, au mépris des normes de la Convention et du Droit International interdisant les expulsions massives entreprend à l'heure actuelle des rafles d'Haïtiens que l'Etat Dominicain expulse ensuite, dans des conditions intolérables, sur la base de leur prétendue situation illégale. S'il est vrai que l'on ne saurait méconnaître à un Etat le droit de faire sortir de son territoire tout individu qui s'y trouve illégalement ou qui devient indésirable, cela ne justifie nullement les expulsions massives qui se pratiquent par la République Dominicaine.

Mais il y a vraiment lieu de se demander si l'action dominicaine interpelle la conscience des pays de l'Organisation, quand on considère l'extrême timidité avec laquelle cette situation est perçue par les Organes de l'OEA, à l'exception de la Commission interaméricaine, qui a toujours adressé cette violation des droits des Haïtiens, comme le témoigne notamment le dernier rapport sur ce pays, et sans oublier également les dénonciations et les actions d'organisations non gouvernementales contre ce qu'elles appellent l' «esclavage des temps modernes.»

IV. CONCLUSION

Ces quelques considérations que nous venons de faire nous conduisent à nous questionner sur l'avenir même du système interaméricain de défense et de protection des droits humains. Il faut reconnaître d'abord que de manière incontestable, il y a eu un renforcement de ce système au cours des dernières années. Dans certains aspects de protection, comme par exemple les mesures conservatoires (article 29 du Règlement de la CIDH) et les mesures provisoires (article 25 du Règlement de la Cour IDH), le système interaméricain semble être plus efficace que le système européen ou le système universel. Petit à petit, une riche jurisprudence américaine s'est consolidée sur les lois d'amnistie, la justice militaire, la détention préventive prolongée, l'application du droit humanitaire dans les cas de conflits armés internes etc

Reconnaissons ensuite que l'application de la Convention américaine dans les pays Caraïbes ne peut pas être vraiment considérée de manière spécifique pour ces derniers. Sous l'angle des violations, les problèmes inhérents à cette partie du monde, ne sont pas en réalité tellement différents de ceux que l'on rencontre en Amérique du Nord ou en Amérique Centrale.

Il apparait, en effet, que le plus grand danger qui menace le système interaméricain est la non-exécution des décisions de la Commission et de la Cour par certains Etats. Lorsque des gouvernements déclarent de façon péremptoire qu'ils n'entendent pas exécuter les décisions des organes, au mépris des engagements pris en ratifiant les traités et des règles du Droit International, lorsque, malgré un ordre de la Cour, Trinidad exécute des condamnés à mort, lorsque le Pérou déclare «retirer», avec effet immédiat, son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour Interaméricaine, il y a sans aucun doute une menace sérieuse pour la crédibilité et la survie du système de protection et de défense des Droits de l'Homme dans les Amériques.

Ce qu'il faut au système aujourd'hui, c'est moins un chambardement par une remise en question du rôle des organes prévus par la Convention, la Commission et la Cour, mais plutôt un renforcement de ces organes par les Etats en mettant à leur disposition les moyens financiers nécessaires pour mener à bien leur tâche, de plus en plus lourde.

Il est à cet égard souhaitable et tous doivent y travailler que les pays des Caraïbes, qui ne l'ont pas encore fait, ratifient la Convention Américaine. Mais il faut que les autres Etats (les Etats Unis, le Canada) le fassent également et reconnaissent la compétence obligatoire de la Cour Interaméricaine, si l'on veut aboutir à un renforcement véritable du système.

Je voudrais terminer mon intervention par un souhait, celui de voir l'Etat de Trinidad rejoindre à nouveau, avant la fin de ce millénaire, la grande famille du Pacte de San José. Il sera toujours le bienvenu.

San José, Costa Rica, le 20 Novembre 1999.

**EL COMPROMISO DE LA COMUNIDAD
INTERNACIONAL CON LA PROTECCIÓN
INTERNACIONAL EFECTIVA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LAS IMPLICACIONES
FINANCIERAS DEL FORTALECIMIENTO DEL
SISTEMA INTERAMERICANO: EL CASO DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

MANUEL E. VENTURA ROBLES*

* Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**EL COMPROMISO DE LA COMUNIDAD
INTERNACIONAL CON LA PROTECCIÓN
INTERNACIONAL EFECTIVA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LAS IMPLICACIONES FINANCIERAS
DEL FORTALECIMIENTO DEL
SISTEMA INTERAMERICANO: EL CASO DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Para mí es muy grato dirigirme a ustedes esta tarde para exponer el tema denominado "El compromiso de la Comunidad Internacional con la protección internacional efectiva de los derechos humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", porque difícilmente se puede encontrar un auditorio tan calificado y receptivo para explicar un tema como este.

Hoy día, el sistema interamericano de derechos humanos y sus órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana"), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal") y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o la "Comisión Interamericana"), deben de enfrentar un desafío, difícil de resolver, el de su financiamiento, para poder cumplir satisfactoriamente las delicadas e importantes funciones que les asigna la Convención Americana.

No puede haber ocasión más propicia que ésta, el trigésimo aniversario de la firma de la Convención Americana, el cuadragésimo aniversario de la creación de la Comisión Interamericana y el vigésimo aniversario de la instalación de la Corte Interamericana, para abordar con franqueza este tema frente a tan renombrados expertos que, sin la menor duda, serán receptivos y tratarán de buscar soluciones a las lagunas y limitaciones del sistema interamericano de protección de derechos humanos, para que éste pueda funcionar adecuada y satisfactoriamente en los próximos años, frente a los nuevos desafíos, y con miras a resolver la nueva problemática que presentan los derechos humanos en América a inicios del nuevo milenio y del nuevo siglo.

Este desafío de naturaleza económica, el del financiamiento adecuado del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que constituye el tema de esta disertación con referencia a la Corte Interamericana, tiene que ver con la carencia de los recursos necesarios e indispensables para que el Tribunal funcione adecuadamente. Este tema, aunque de naturaleza económica, depende para su solución de decisiones políticas de los órganos principales de la OEA, la Asamblea General y el Consejo Permanente, para fijar las prioridades y asignar los recursos necesarios a las áreas más sensitivas de la Organización, una de ellas, indudablemente, la protección de los derechos humanos.

Es claro que la solución de este problema debe englobarse dentro de la problemática general que enfrenta la OEA, que debido a la carencia de recursos suficientes para atender tantos mandatos que le han asignado los Estados Miembros a través de la Asamblea General de la Organización, debiera centrar su acción en fortalecerse como foro político del hemisferio que es, en la recopilación y en el desarrollo del derecho internacional americano y en la protección internacional de los derechos humanos. Nada legitimaría tanto la existencia de la OEA como el atender debidamente estos tres pilares, que son los que verdaderamente justifican su existencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nace en 1979, aunque su primer presupuesto había sido aprobado en 1978, por seis meses únicamente, en una época en que empezaron a gestarse, en unos casos, y a presentarse, en otros, los primeros problemas del financiamiento de la OEA. Hoy día esos problemas, que son del conocimiento de todos, se han agudizado tanto en el órgano regional como en la propia Organización de Naciones Unidas. Es un contrasentido que los organismos internacionales de naturaleza política, que son los más importantes, estén desfinanciados, mientras que los organismos internacionales de financiamiento, que deberían ser los brazos ejecutores de las decisiones de los órganos políticos, cuentan con recursos propios y abundantes. Deben buscarse alternativas al obsoleto sistema de cuotas que financia el fondo regular de la OEA, como única solución a los problemas permanentes que padece, para lograr fortalecerla, tanto a ésta como a los organismos que dependen de ella.

Es dable suponer que en 1969 los redactores de la Convención Americana y, en 1979 y 1980, la Asamblea General de la OEA cuando aprobó los estatutos de la Corte y de la Comisión, no pudieron vislumbrar que 20 años después de que entrara en vigencia la Convención, el sistema interamericano iba a tramitar 500 denuncias sólo este año, de las cuales la Comisión iba a remitir únicamente un promedio de cinco casos por año a la Corte, independientemente de los casos que finalizan con informe del artículo 51 de la Convención y de las visitas in loco y los informes sobre países, y que la Corte iba a dictar un promedio de 10 sentencias al año independientemente de resoluciones de trámite, medidas provisionales y opiniones consultivas.

Creo que ellos imaginaron un sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el que muy de vez en cuando y, en circunstancias muy calificadas, iba la Comisión a remitir un caso a la Corte, los que como el Comité Jurídico Interamericano, se iban a reunir dos veces al año a considerar unos pocos asuntos.

Si 20 años después ese cuadro fue desbordado por la realidad, debemos tomar ya medidas hacia el futuro para que el sistema no colapse. La realidad hoy en día justifica una Corte y una Comisión permanentes. Ya en diciembre del año 1996, en el Seminario sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que celebró la Comisión Interamericana del 2 al 4 de diciembre en Washington, D. C., me permití llamar la atención sobre la necesidad de tomar medidas urgentes para que la Corte pudiera tramitar y resolver más casos. El texto de dicha exposición, que tiene gran actualidad hoy día, se incluye como anexo del presente trabajo¹.

A la Corte Interamericana la OEA le asignó para el año 1980 su primer presupuesto anual por la suma de US\$200.000. Este tuvo un crecimiento vegetativo hasta el año 1989. A partir del año 1990 se inicia la asignación de fondos a la Corte, de acuerdo con el siguiente cuadro:

Año	Monto aprobado - (US\$1.000)
1989	312.3
1990	352.0
1991	369.9
1992	424.0
1993	501.2
1994	511.0
1995	585.7
1996	794.5
1997	1.035.7
1998	1.120.0
1999	1.114.9
2000	1.114.9

A estos presupuestos hay que sumar los US\$100.000 que gira anualmente a la Corte el Gobierno de Costa Rica como compromiso de sede. Estas sumas son las que le permiten

1 Véase Anexo 1.

al Tribunal sesionar durante dos semanas cuatro veces al año², mantener operando adecuadamente el edificio que ocupa y disponer de recursos humanos formados por el Secretario, el Secretario adjunto y cuatro abogados, así como el personal administrativo de soporte necesario³. Las publicaciones de la Corte y el equipo de computación necesario

2 El primer y más importante beneficio logrado para mejorar el trabajo de la Corte, consecuencia de los aumentos presupuestarios recibidos por la Institución, fue que el Tribunal pudo aumentar el número de sesiones que realizaba y así atender la creciente demanda de trabajo.

Inicialmente, se celebraban dos sesiones ordinarias al año, que luego pasaron a ser tres y, finalmente cuatro, independientemente que junto con ellas se celebrara alguna sesión extraordinaria. Actualmente, el presupuesto aprobado para el año 1998 contempla la realización de cuatro períodos de sesiones de ocho semanas de duración en total; o sea, de dos semanas cada uno. Cabe resaltar que el Tribunal, en algunas ocasiones, ha celebrado sesiones de tres semanas y a veces unos días más, con el fin de cumplir con las metas de trabajo programadas. Sea esta la ocasión para agradecer públicamente al personal de la Corte, por primera vez, en un trabajo de esta naturaleza, la extraordinaria tarea que han realizado sin jornadas mínimas, sin días feriados, sin sábados ni domingos libres pero sí, con algunas madrugadas de faenas agotadoras (Ventura Robles, Manuel E. "Contribución del Juez Héctor Fix-Zamudio a la evolución institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante los años 1987-1997. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Volumen I. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. pág. LIX).

3 El otro problema que se pudo empezar a solventar, también poco a poco, fue el de los recursos humanos con que contaba el Tribunal.

La Asamblea General de la OEA aprobó en el mes de noviembre de 1978 el primer presupuesto para la Corte Interamericana para el semestre julio-diciembre de 1979, que fue la suma de US\$100.000, ocasión en la que tuve la oportunidad de intervenir como delegado alterno de Costa Rica en su consecución, la que se duplicó para el año 1980 a US\$200.000, suma que por los siguientes 10 años tuvo únicamente un aumento vegetativo. Asimismo, dentro de ese presupuesto aprobó únicamente cuatro posiciones para ejecutar las labores del naciente Tribunal, las cuales eran y continúan siendo de una gran complejidad e intensidad: el Secretario, el Secretario adjunto, una Secretaria principal y una Secretaria auxiliar.

Con los recursos adicionales que desde el año 1980 ha proveído el Gobierno de Costa Rica como compromiso de sede, como mínimo anual de US\$100.000, conseguidos mediante una gestión del primer Presidente de la Corte, Juez Rodolfo E. Piza Escalante, con el entonces Presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo Odio, la Corte alquiló sus instalaciones físicas y dispuso de recursos para el mantenimiento de la misma. También, con esos recursos, fue posible contratar el elemento humano indispensable para realizar las labores imprescindibles para que el Tribunal pudiera funcionar: seguridad, limpieza, un mensajero-chofer, una recepcionista y una miscelánea.

Aunque sea difícil de creer, la OEA no aumentó el número de personas que permanentemente laboraban para ella en la Corte, pagadas con su presupuesto regular, hasta el año 1994 en que se contrataron tres abogados bajo la modalidad de CPRs (Contrato por Resultados), con fondos aprobados por la Asamblea General en el año 1993. Estos funcionarios, debido a las regulaciones laborales internas de la Organización, no gozaban de ningún beneficio social. Y, cabe resaltar, que al pensionarse el Secretario en marzo de 1989, el autor de este artículo permaneció como único profesional pagado por la OEA en la Secretaría de la Corte hasta mayo de 1991, en que fue llenada la vacante de Secretario adjunto. Lo mismo ocurrió durante el año 1997 en que, por haber finalizado la relación laboral con la persona encargada de la administración de la Corte (antes Secretaria principal), la Organización se vio imposibilitada de pagar un Oficial administrativo de abril a diciembre de ese año. En situaciones de emergencia, como las relatadas, hubo que recurrir a los escasos fondos provenientes del Gobierno de Costa Rica para pagar un

para la operación de la misma se han financiado, desde el año 1994, con fondos provenientes de la Unión Europea⁴.

El presupuesto de US\$1.114.900 para el año 2000, con la estructura actual del sistema interamericano y de la Corte, no permite funcionar adecuadamente al Tribunal. En realidad,

modesto salario a un joven y recién graduado abogado, el Licenciado Víctor M. Rodríguez Rescia, hoy Secretario adjunto *a.i.* de la Corte, que asistió directamente al Secretario durante los años 1989, 1990 y 1991 y, a la comprensión y generosidad del señor Arturo Herrera, Director del proyecto de la Unión Europea en la Corte, programa del que se hablará más adelante, para que asumiera también las funciones de administrador de la Corte con un recargo salarial mínimo. Sería cometer una gran injusticia el no mencionar también al Bibliotecario de la Corte, señor Winston Salas, que durante muchos años, debido a la carencia de personal, ha asistido directamente a los jueces y al Secretario de la Corte en funciones casi que de abogado y, por supuesto, que van más allá de sus obligaciones como Bibliotecario, cargo para el cual además siempre tuvo el tiempo necesario para atenderlo debidamente, a lo que se debe en gran medida el prestigio de que hoy goza la Biblioteca de la Corte, que es conjunta con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Cabe resaltar que posteriormente esta última se institucionalizó como Biblioteca Conjunta de la Corte y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos mediante un convenio firmado, en la sede de la Corte, el día 17 de enero de 1995 por el Presidente de ésta, Juez Héctor Fix-Zamudio, por el Presidente del Instituto Interamericano, Doctor Pedro Nikken y por el Juez Antônio A. Cançado Trindade, entonces Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y hoy Presidente de la Corte, siendo el que esto escribe Secretario de la Corte.

A partir de 1994 y, en los años siguientes, con los aumentos de presupuesto ya señalados, fue posible organizar la Secretaría de la Corte con una estructura racional y permanente que le permitiera afrontar debidamente sus obligaciones. Se crearon tres departamentos, Legal, Administrativo y Biblioteca, con un profesional jefe responsable de cada uno de ellos, bajo la supervisión del Secretario de la Corte. Fue a partir de entonces que, con el pleno respaldo en su momento de los jueces Nieto Navia y Fix-Zamudio, se pudo descentralizar el trabajo de la Secretaría y el Secretario dedicarse a las funciones establecidas en la Convención, Estatuto y Reglamento de la Corte, es decir, coordinar, asesorar y revisar el trabajo del personal de la Corte que, hasta ese momento, era ejecutado por él casi en toda su totalidad. Tampoco ya no fue necesario, a partir de ese momento, ajustar la estructura organizativa de la Secretaría a los requerimientos de cada sesión, porque desde entonces ésta ha estado organizada de una manera tal que, con la división del trabajo que operó a partir de ese momento, ha podido hacer frente permanentemente al trabajo que se le somete al Tribunal, con lo cual está desempeñando adecuadamente la labor que estatutaria y reglamentariamente le corresponde.

Pero lo más importante de este logro ha sido la consolidación de un joven equipo de profesionales, amantes del Derecho y creyentes en los derechos humanos, que son la garantía de la permanencia del Tribunal, ya que son el brazo a través del cual éste, sea cual sea su composición o las circunstancias que afronte, podrá cumplir con su cometido. Lo que sí es una pena es que hasta el momento no se hayan podido conseguir los recursos económicos suficientes para garantizarles un nivel salarial acorde con su preparación y responsabilidades profesionales; es decir, que por lo menos gocen del mismo status de los funcionarios de la Comisión Interamericana (*Ibid.*, págs. LIX-LXI).

4 Vital para el crecimiento y funcionamiento adecuado de la Corte fue la iniciativa que tomó el Juez Rafael Nieto Navia durante su última gestión como Presidente para negociar, con la Unión Europea, un proyecto de cooperación que permitiera a la Corte en primer lugar poner al día la publicación de sus sentencias, ya que desde el año 1991 los recursos aprobados por la OEA en este renglón debían de dedicarse a las sesiones del Tribunal para que éste lograra atender todos los casos, opiniones consultivas y medidas provisionales sometidas a su consideración, en segundo lugar a comprar equipo de computación, como

durante 20 años, ha sido el enorme esfuerzo de los jueces y del personal de Secretaría lo que ha hecho que se hayan dictado más de 60 sentencias de gran calidad jurídica, emitido 16 opiniones consultivas que forman un importante cuerpo de doctrina para guiar la conducta de los Estados Miembros de la OEA en materia de derechos humanos, y dictado decenas de resoluciones de tramitación de casos y sobre medidas provisionales, destinadas a proteger a las personas en casos de extrema gravedad y urgencia y con el fin de evitarles daños irreparables.

Pero para atender hoy en día el flujo de casos que tiene la Corte, lo cual implica pagar las relatorías a los jueces por el trabajo que hacen en sus países de origen, incrementar a siete el número de abogados, uno por juez, y aumentar consecuentemente los costos de operación de la Secretaría, debe de aumentarse de inmediato, en un 51%, el presupuesto actual de la Corte a un monto de US\$1.682.598⁵.

En caso de que se quiera fortalecer el sistema interamericano de protección de derechos humanos y permitir a las víctimas poder llevar directamente el caso a la Corte una vez que la Comisión ha emitido el informe del artículo 50 de la Convención, lo que presupone una Corte permanente porque se incrementaría notablemente el número de casos que se someterían a su consideración, el presupuesto de la Corte debería ser de US\$6.116.530⁶.

Una Corte permanente, con una Secretaría debidamente fortalecida, recibiendo demandas de los Estados Partes en la Convención y de las propias víctimas o sus representantes, es el ideal por el que hay que luchar en esta etapa del desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos en América. Esto haría el sistema más legítimo y más dinámico.

Debe señalarse con claridad en este foro que la Corte Interamericana, cuando dicta sentencias en casos contenciosos o cuando emite opiniones consultivas, está indicando a los Estados Americanos los límites cualitativos que deben tener las jurisdicciones y las legislaciones internas para no incurrir en responsabilidad internacional y, el cumplimiento por los Estados Americanos de estos estándares internacionales en la administración de la justicia y en

consecuencia de lo cual la Corte tiene hoy una eficiente red computacional, y, en tercer lugar, a modernizar y computarizar la Biblioteca con la compra de libros y la actualización de sus bases de datos.

Este programa, que ha tenido un gran éxito, se encuentra ahora en su tercera etapa. La primera, que se llevó a cabo de julio de 1994 a julio de 1995, se suscribió por un monto de ECUs 130.000; la segunda, que se realizó de septiembre de 1995 a septiembre de 1996 fue por un monto de ECUs 200.000. Y la tercera, que empezó el 1 de julio de 1997 y que se encuentra ahora en pleno desarrollo, se firmó por un monto de ECUs 300.000. Con los dineros de la Unión Europea, además de las publicaciones usuales, se han hecho también otro tipo de publicaciones, tales como libros conmemorativos o de homenaje, en las que han participado destacados expertos en la materia de diversas partes del planeta, así como una publicación electrónica muy solicitada por los expertos e investigadores en la materia (*Ibid.*, pág. LXIII).

5 Véase Anexo 2.

6 Véase Anexo 3.

la promulgación de la legislación, son los que garantizan la seguridad jurídica en una determinada sociedad, *conditio sine qua non* para que haya confianza e inversiones en la economía de esa sociedad y ésta pueda ser próspera.

De ahí el interés que deben de tener las instituciones multilaterales de financiamiento en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, porque éste es un factor constante de evaluación de los sistemas jurídicos internos de los Estados, para determinar si éstos pueden ser o no confiables para poder desarrollar globalmente una determinada sociedad. Si en un sistema judicial los recursos de hábeas corpus y de amparo son inoperantes y no existe el debido proceso, tampoco van a funcionar adecuadamente los tribunales civiles o mercantiles. Las sentencias y las medidas provisionales de la Corte Interamericana son la señal de alarma de que el poder judicial de un determinado país no funciona debidamente y que deben darse medidas correctivas.

Si la OEA no está en capacidad de financiar adecuadamente el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte y la Comisión deben conseguir los fondos adicionales que necesitan a través de proyectos que presenten a los organismos internacionales de financiamiento, mientras la propia OEA logra superar su crisis estructural y económica.

Quisiéramos despertar el interés en esta materia de los representantes aquí presentes de las entidades internacionales de financiamiento, para poder acercarnos a ellos y presentarles proyectos que permitan funcionar adecuadamente el sistema. Si con su presencia en este Seminario lográramos ese objetivo nos daríamos por satisfechos porque, en definitiva, nos interesa algo más que la buena marcha de una economía. Nos interesa la defensa de los derechos fundamentales del ser humano, de aquellos derechos que son consustanciales a su misma naturaleza, que son anteriores al Estado y que deben ser reconocidos y protegidos por éste. Nos interesa, en definitiva, el ser humano que es el fin último de todo el quehacer social, sea éste el campo del derecho o el campo de la economía y el desarrollo.

No está demás recordar que el desarrollo económico es consecuencia, entre otros factores, de la democracia, del Estado de Derecho, del respeto a los derechos humanos y de poderes judiciales independientes y debidamente capacitados. Debemos estar claros que la fórmula no opera al revés. El desarrollo económico per se no produce, como por arte de magia, sociedades democráticas, Estados de Derecho, respeto a los derechos humanos y poderes judiciales independientes.

Sin la cooperación de unos con otros no habrá ni desarrollo económico ni desarrollo humano. Estamos juntos en esta apasionante aventura de luchar por una vida digna para todos los americanos.

Muchas gracias.

Anexo 1

**SEMINARIO SOBRE
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
2 AL 4 DE DICIEMBRE DE 1996
WASHINGTON, D. C., U. S. A.**

Propuesta de reforma a la Convención sobre Derechos Humanos, de darle contenido económico al artículo 16 del Estatuto de la Corte y de aumentar el presupuesto de ésta, para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueda considerar, tramitar y resolver, un mayor número de casos contenciosos.

Por Manuel E. Ventura Robles
Secretario de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos

Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado las medidas necesarias que están a su alcance, a través de la modificación de su Reglamento, para que los casos contenciosos se tramiten y resuelvan con la mayor rapidez posible. En efecto, el viejo Reglamento de 1980 tomó como modelo para la tramitación de los casos contenciosos el Reglamento entonces vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos, que en esta materia se redactó siguiendo los lineamientos del proceso clásico que se sigue en la Corte Internacional de Justicia para juicios de puro Derecho Internacional. Este Reglamento disponía que después de que se introducía la demanda se debían citar las partes para que, éstas conjuntamente con el Presidente de la Corte, convinieran en las fechas para la presentación de las memorias, contramemorias, réplicas y dúplicas, lo que hacía el proceso lento.

Para subsanar esta situación y hacer el proceso más expedito, la Corte, al adoptar el Reglamento del año 1991, dispuso que la Comisión o, el Estado Parte demandante, introdujera la demanda directamente a la Corte y se le fijó un plazo de tres meses al Estado demandado para contestarla y un plazo de un mes para presentar las excepciones preliminares. Este mismo criterio se siguió en el Reglamento de 1997, extendiéndose los plazos un poco porque los Estados en varias ocasiones habían solicitado que se les ampliaran los plazos.

Las excepciones preliminares, por su propia naturaleza, han sido susceptibles de resolverse con prontitud pero, se ha empezado a formar una acumulación de casos debido a que la Corte instruye los casos y debe recibir prueba pericial y testimonial y, en algunos casos, prueba para mejor proveer antes de resolverlos y estas diligencias las ha venido realizando el

Tribunal en pleno, que no es permanente, durante sus períodos de sesiones. Actualmente la Corte Interamericana tiene pendiente escuchar el testimonio de 157 testigos y expertos sobre el fondo de nueve casos contenciosos, lo que consumiría, teóricamente, todos los días de trabajo del Tribunal durante un año, sin que hiciera nada más. Esto, pese a que se ha dado la figura del desistimiento en un caso y la del allanamiento en cuatro más, por lo que no ha sido necesario recibir la prueba.

Sin analizar las solicitudes de opiniones consultivas (quince hasta la fecha) ni las medidas provisionales (dieciocho hasta hoy), a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Comisión le ha sometido a su consideración veintidós casos contenciosos: tres en el año 1986; tres en el año 1990; dos en el año 1992; tres en el año 1994, seis en el año 1995 y cuatro durante el presente año 1996. La Corte ha dictado hasta el momento un total de veintinueve sentencias en casos contenciosos en los siguientes años: tres en 1987; uno en 1988; cuatro en 1989; dos en 1990; tres en 1991; dos en 1993; dos en 1994; cinco en 1995 y siete en 1996.

Al programar las actividades de la Corte para 1997 me preocupé seriamente al determinar que se formará una acumulación de casos contenciosos en espera de ser resueltos por la Corte. La Corte Interamericana ha creado un rico cuerpo de doctrina y una vasta e importantísima jurisprudencia trabajando los jueces y la Secretaría con intensidad, incluyendo noches y feriados, para evitar dilaciones en la administración de la Justicia en el Sistema Interamericano. Pero el ingreso de trece casos contenciosos, siete solicitudes de medidas provisionales y una opinión consultiva presentada por Chile, importantísima para la tramitación de los casos ante la Comisión, en los últimos tres años, ha sobrepasado las posibilidades materiales y humanas del Tribunal para resolver con prontitud. Antes de resolver el fondo de los casos hay que resolver las excepciones preliminares y recibir el testimonio de peritos y testigos (157 pendientes a la fecha) y, finalmente, tramitar el caso en etapa de reparaciones y supervisar el cumplimiento de la sentencia. Para acelerar los procesos la Corte ya ha tomado la determinación de no realizar audiencias públicas, sólo que vayan a vertir nuevas pruebas o criterios para resolver la Corte, en excepciones preliminares, medidas provisionales y opiniones consultivas. Sin embargo, todo este esfuerzo no es suficiente ya que, debido al número de casos que ingresaron en los últimos tres años, la Corte tiene actualmente pendiente de dictar no menos de diecinueve sentencias en etapas de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, lo que sumado al testimonio que hay que recibir, en las circunstancias actuales de la Corte, equivale al trabajo que podría desarrollar el Tribunal en los próximos tres años, sin considerar los nuevos casos que se sometan a partir de ahora. Por lo cual, me permito someter a ustedes las siguientes propuestas de reforma a la Convención Americana, de darle contenido económico al artículo 16 del Estatuto de la Corte y de aumentar el presupuesto de ésta, para solventar el problema actualmente existente, partiendo de la base de que el flujo de casos contenciosos a la Corte seguirá a un ritmo permanente:

1) Reformar el artículo 52 de la Convención Americana para aumentar el número de jueces a once con el propósito de que la Corte se divida en dos salas formadas por cinco jueces cada una. Cada sala podría reunirse tres veces al año durante dos semanas y, el Tribunal en pleno durante una semana para ver asuntos administrativos, presupuestarios, aprobar informes,

reformular el Reglamento, adoptar criterios sobre la tramitación de casos, etc. Con este, la Corte pasaría a sesionar, de cinco semanas que sesionó en 1996 y siete que lo hará en 1997, a trece semanas. Con una reforma como esta la Corte podría tramitar y resolver un mayor número de casos.

2) Dar contenido económico al artículo 16.2 del Estatuto de la Corte que dispone que "El Presidente [de la Corte] deberá prestar permanentemente sus servicios". Si el Presidente recibe salario de la Organización, aunque no resida permanente en la sede, se podría regularmente dictar resoluciones de trámite, resolver otros asuntos procedimentales, con lo cual la tramitación de los casos se haría más expedita y lo que es más importante, recibir la prueba testimonial y pericial fuera de los períodos de sesiones, con lo cual la Corte se reuniría únicamente para sentenciar. Para estos efectos la Corte podría delegar en el Presidente la potestad de recibir la prueba. Debe reconocerse, de alguna manera, todo el tiempo que el Presidente debe dedicar y, que de hecho ya dedica, al desempeño de sus funciones.

3) Fortalecimiento de la Secretaría de la Corte. Para poder dar apoyo profesional y logístico a una Corte de la naturaleza de la propuesta, la OEA deberá dar un mayor presupuesto a la Corte para que, conforme a lo propuesto, el Presidente pueda dedicar no menos de un medio tiempo a la Corte y, para aumentar un abogado más dentro del "staff" profesional de la Corte, para que la Secretaría disponga de un total de seis abogados, tres para trabajar con cada sala, además de los dos secretarios. Aquí la meta más importante que debe alcanzarse es la consolidación institucional de la Secretaría de la Corte, dando a los abogados de la Corte el mismo nivel profesional y salarial que a los abogados de la Comisión y asumiendo la OEA el pago total de la planilla del Tribunal, lo cual se ha cubierto en parte, durante 17 años, con el aporte que en virtud del Convenio de Sede hace el Gobierno de Costa Rica a la Corte, situación ésta que es cada día más difícil de solucionar.

De continuar el flujo de casos como lo ha sido en los dos últimos años, esta solución permitiría a la Corte solventar el problema por unos pocos años. Después, la Corte Interamericana deberá ser permanente, para lo cual se debería empezar ya a tomar las providencias del caso.

Muchas gracias.

Anexo 2

Proyecto de Presupuesto para el año 2001

Resumen por Rubro de Gasto

DETALLE	RUBRO	US\$
Puestos aprobados	1	981,689.24
Puestos temporales y sobretiempo	2	
Subtotal		981,689.24
Becas y Adiestramiento	3	-
Viajes	4	182,016.00
Documentos	5	46,350.00
Equipo	6	77,335.00
Edificio/Mantenimiento	7	110,344.00
Contratos por Resultado	8	36,978.00
Otros	9	247,885.00
Subtotal		700,908.00
GRAN TOTAL		1,682,597.24

Anexo 3**Proyecto de Presupuesto para una Corte Permanente****Resumen por Rubro de Gasto**

DETALLE	RUBRO	US\$
Puestos aprobados	1	3,103,159.07
Puestos temporales y sobretiempo	2	
Subtotal		3,103,159.07
Becas y Adiestramiento	3	-
Viajes	4	914,016.00
Documentos	5	139,050.00
Equipo	6	316,805.00
Edificio/Mantenimiento	7	312,090.00
Contratos por Resultado	8	218,930.50
Otros	9	1,112,480.00
Subtotal		3,013,371.50
GRAN TOTAL		6,116,530.57

**EL COMPROMISO DE LA
COMUNIDAD INTERNACIONAL CON LA
PROTECCIÓN INTERNACIONAL EFECTIVA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LAS IMPLICACIONES
FINANCIERAS DEL FORTALECIMIENTO DEL
SISTEMA INTERAMERICANO: CASO DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

JORGE E. TAIANA*

* Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

**EL COMPROMISO DE LA
COMUNIDAD INTERNACIONAL CON LA
PROTECCIÓN INTERNACIONAL EFECTIVA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LAS IMPLICACIONES FINANCIERAS
DEL FORTALECIMIENTO DEL
SISTEMA INTERAMERICANO: CASO DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

JORGE E. TAIANA

Deseo comenzar destacando la iniciativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de realizar un seminario sobre el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, en este año donde conmemoramos los 40 años de existencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los 30 años desde que aquí, en San José, se aprobara la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los 20 primeros años de existencia de la Corte Interamericana.

La iniciativa de la Corte en relación al Seminario y la del Gobierno de Costa Rica de impulsar esta semana de actividades en torno a los derechos humanos, es particularmente oportuna porque vivimos momentos en nuestro hemisferio en que el reclamo por una efectiva vigencia de los derechos y libertades garantizados por la Convención, han echado raíces profundas en hombres y mujeres que no quieren aceptar ni la arbitrariedad ni la impunidad como norma.

Sé que la mayoría de los presentes ya conocen bastante sobre la creación y la evolución de los instrumentos y órganos que tratan de proteger y promover los derechos humanos en el Hemisferio. Sin embargo, probablemente puede añadir una nueva dimensión a ese conocimiento, si analizamos la evolución del sistema y en particular de la Comisión, relacionándola con los recursos humanos y económicos que ella ha tenido a su disposición a través de los años para el desempeño de sus tareas. Veremos así, cuál ha sido el apoyo presupuestario que los Estados han brindado a la Comisión, la medida en que ésta se ha modificado en el tiempo, y la esencial correlación entre la producción del sistema -investigaciones, audiencias, visitas *in loco*, soluciones amistosas, casos ante la Corte, informes, etc.- y los insumos indispensables para su realización - financiamiento y recursos humanos disponibles.

El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, a diferencia del europeo, tuvo un proceso largo y paulatino de gestación. El primer antecedente es la reunión de cancilleres del hemisferio efectuada en 1945 en Chapultepec, México. Allí, al comenzar a diseñarse un orden hemisférico de posguerra se plantea la conveniencia de un instrumento regional de derechos humanos.

Tres años más tarde con la creación en 1948 de la Organización de los Estados Americanos en Bogotá, Colombia, se adopta, el dos de mayo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento que antecede en unos seis meses a la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas.

La Declaración Americana es, sin duda, un paso muy importante hacia la creación de un sistema. Sin embargo, quedó sólo como una "declaración de principios" de los Estados, sin que se estableciera ningún mecanismo concreto que permitiese monitorear el cumplimiento de los Estados con lo establecido en la Declaración.

Tuvieron que pasar 11 años para que se diera un nuevo paso adelante. Como se ve, el proceso de avance es lento, y esto tiene que ver con el limitado compromiso que tenían con los derechos humanos varios regímenes del hemisferio de la época. En 1959, frente al doble desafío de los acontecimientos de Cuba y la República Dominicana, los cancilleres americanos reunidos en Santiago de Chile resuelven crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Allí surge el órgano decano del sistema, que se ha venido desarrollando y fortaleciendo durante sus 40 años de existencia.

Desde sus primeros años, la CIDH tuvo una característica muy destacada: Se trata de un órgano con una clara vocación progresiva que siempre ha buscado hacer más efectiva la protección de los Derechos Humanos, desarrollando prácticas, interpretaciones y jurisprudencia que fueron abriendo caminos y que luego son aceptados e institucionalizados por los Estados. El primer y más notorio ejemplo es la decisión de la CIDH de comenzar a recibir y tramitar peticiones individuales a pesar que nada de ello estaba establecido en su mandato. Es recién en 1965, en Río de Janeiro, que los Estados de la OEA otorgan de derecho lo que la Comisión ya está realizando de hecho desde años atrás. Dos años después, en Buenos Aires, al reformarse la Carta de la OEA, los Estados reconocen la creciente importancia y significación de la Comisión, y la definen como órgano principal de la organización.

Aún tendrán que pasar dos años para que, en 1969, se reúna aquí en San José la Conferencia especializada que aprobó el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, dando por fin forma a un tratado que se había comenzado a concebir un cuarto de siglo atrás. Como ustedes conocen bien, la Convención amplió y precisó el mandato y las funciones de la Comisión, al tiempo que creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Vemos así que en un plazo de poco menos de 10 años, que prácticamente coincide con la tumultuosa década de los sesenta, se crea la Comisión y se elabora el instrumento fundamental del sistema regional de protección.

Analicemos ahora como fueron esos mismos años desde la perspectiva del desarrollo de la Comisión, su competencia y los recursos de que disponía.

Durante sus primeros años de funcionamiento, la Comisión no contaba con una secretaría propia. La tarea de los comisionados descansaba en el apoyo logístico y administrativo que le brindaban uno o dos abogados del entonces denominado Departamento de Asuntos Legales de la Secretaría General de la OEA. Esta ausencia de estructura es coherente con la visión limitada con que fue creada la CIDH en 1959. Concebida originariamente como un órgano sobre todo de promoción, la CIDH fue desarrollando una rica y variada práctica que no tardó en reflejarse, como ya señalamos, en la ampliación de su mandato para recibir denuncias individuales contra Estados (1965) y en su reconocimiento como "órgano principal" de la OEA al reformarse la Carta de la Organización en 1967. Coincidentemente, la Comisión "se independiza" del Departamento de Asuntos Legales y en ese mismo año de 1967, ya cuenta con una Secretaría Ejecutiva, compuesta por cuatro profesionales, y un presupuesto anual de \$85.000.

Durante la mayor parte de la década siguiente, el personal y los recursos de la Comisión permanecen relativamente constantes en términos reales, registrándose sólo un pequeño incremento para facilitar los gastos operativos. A lo largo de los años setenta, caracterizados por masivas violaciones a los derechos humanos, y la multiplicación de dictaduras en América Latina, la CIDH fue cimentando un merecido prestigio por su defensa de los derechos humanos. La independencia de sus miembros, la objetividad de sus informes y resoluciones y la firmeza para denunciar los crímenes cometidos por los regímenes de fuerza de la época, fueron las bases sobre las que se obtuvo el respeto y el reconocimiento en el hemisferio y en la comunidad internacional. Las herramientas fundamentales que tuvo la Comisión en estos años para desarrollar su tarea y cumplir su mandato, fueron las visitas *in loco* -cuando eran permitidas- y los informes sobre países. Particular repercusión tuvieron los informes realizados sobre Cuba, Chile, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y, sobre todo, Argentina.

Deseo destacar que esta importante tarea fue desarrollada por la Comisión, con el apoyo de un equipo realmente reducido. En 1978, el mismo año que entra en vigencia la Convención, el impulso que el tema derechos humanos alcanza en la organización, especialmente a iniciativa de la administración del entonces Presidente James Carter de los Estados Unidos, se refleja con claridad en el apoyo presupuestario brindado a la Comisión: En ese año los recursos aumentaron un 150%. Estos recursos permitieron, en particular, ampliar el personal en razón de la visita *in loco* efectuada a la Argentina en septiembre de 1979, ya que resultaba imposible, con el personal existente, procesar el cúmulo de información y documentación que dio origen al informe sobre Argentina presentado en 1980.

En esos años, la producción de la Comisión se centró en los informes sobre países, y no en casos individuales. Esta forma de trabajo estuvo determinada al menos por tres razones: En primer lugar, porque en esos años el sistema de peticiones individuales no estaba tan desarrollado como en los años posteriores. En segundo lugar, porque frente a violaciones masivas de las características que tuvieron las perpetradas en el Cono Sur en esos años, el sistema de informes individuales resultaba un tanto desbordado -más de cinco mil denuncias se recogieron en Argentina- y de poca eficacia para detenerlas, prefiriéndose, por tanto, el impacto de los informes generales. Por último, la estructura de recursos y de personal con que contaba la Secretaría no estaba en condiciones de tramitar tal cantidad de peticiones en forma diligente.

Los años ochenta, que son los años de las transiciones a la democracia en el hemisferio, son también años de transición para la Comisión. En la medida que van desapareciendo las violaciones masivas y las dictaduras, la Comisión comienza a recibir nuevas y variadas demandas. Por un lado, se establecen comunicaciones e intercambios más fluidos con los nuevos gobiernos democráticos. Estos colaboran con la Comisión, participan de los procedimientos y, en muchos casos, solicitan a la CIDH distintas formas de cooperación para facilitar el desarrollo de las nacientes democracias y consolidar el Estado de derecho.

Así como se fortalecen las relaciones de los Estados, también se multiplican las relaciones entre la Comisión y una amplia red de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Surgidas muchas de ellas en condiciones extremadamente difíciles, obtuvieron un amplio reconocimiento en sus sociedades y desarrollaron un importante papel en las transiciones a la democracia en sus respectivos países, al tiempo que se convirtieron en un sector relevante frente al sistema interamericano de protección.

Como consecuencia de esta nueva realidad, se fortalece la presencia de la Comisión en el hemisferio y se consolida en nuestras sociedades la conciencia sobre los derechos humanos y la importancia del sistema regional de protección.

La Comisión acompaña este proceso y la Secretaría se esfuerza en adecuar su personal y recursos a las exigencias de la nueva realidad; así, en 1985 la Comisión cuenta con un personal de nueve abogados y nueve funcionarios administrativos. A lo largo de toda la década, sin embargo, el programa presupuesto de la Comisión sólo recibe un incremento muy leve, en nada adecuado a los cambios de la década. En 1980, la asignación presupuestaria fue de \$858,200 y en 1989, sólo se alcanzó los \$1,168.900.

Durante la segunda mitad de los ochentas, la Comisión comienza a hacer funcionar la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al presentar los primeros casos a consideración de la Corte. De esta manera, la Comisión incorpora en la práctica una nueva actividad que se irá incrementando paulatinamente en años posteriores: litigar casos en la Corte de San José.

Durante la década de los noventa, la actividad de la Comisión ha crecido de una manera sostenida. Se multiplicaron los requerimientos de todo tipo, y la Comisión ha realizado un conjunto de esfuerzos y de iniciativas para responder a esa nueva realidad.

A título de ejemplo, veamos algunos indicadores de la actividad de la CIDH: A lo largo de su historia, se efectuaron 77 visitas *in loco*. De ellas 41, más de la mitad, se efectuaron en esta década. En la década pasada, se habían elevado sólo 4 casos contenciosos a la Corte Interamericana, en los noventa se elevaron 31. En la década de los 80 sólo una medida provisional se presentó a la Corte. En esta década, la segunda de la Corte, se presentaron 20 medidas provisionales.

Mayor actividad, aún, se puede verificar en el sistema de casos individuales. La Comisión recibe más peticiones (un promedio de 550 por año), tramita más casos y produce más informes. A su vez, los informes de casos se han robustecido ganando en extensión, detalle y profundidad del análisis jurídico.

Esta mayor actividad en el sistema de casos, tiene su expresión más obvia en la envergadura que ha alcanzado el informe anual que la CIDH eleva a la Asamblea General de la OEA. Como ustedes saben, el informe está dedicado en más de un 80% a los informes de casos. En 1989-1990, la Comisión publicó un volumen de 335 páginas. El Informe Anual en 1995 tiene 312 páginas. En 1996, el primer año en que me empecé a desempeñar como Secretario Ejecutivo, el informe alcanzó 911 páginas. Luego en 1997 la Comisión publicó 1.648 páginas de informes y en 1998 solo su Informe Anual totalizó 1.600 páginas, a las cuales hay que añadir otras 183 páginas de informes sobre países.

El aumento de la actividad y de la producción de la Comisión, ha sido particularmente notable en los últimos cuatro años. Esto se verifica en todas las áreas: son más numerosos los informes sobre casos publicados; son más las visitas *in loco* efectuadas; son más los informes sobre países publicados; son más los casos presentados y litigados ante la Corte Interamericana; son más las medidas cautelares otorgadas por la Comisión, las medidas provisionales solicitadas y tramitadas ante la Corte; son más los procedimientos de solución amistosa realizadas, son más las actividades de promoción efectuadas, etc.

A modo de ejemplo, señalemos que durante ese mismo período 1996-99 la Comisión llevó a cabo 13 visitas *in loco*, elevó 16 casos contenciosos ante la Corte, y solicitó 15 medidas provisionales

Más importante aún es el aumento en la publicación de informes sobre casos individuales. En el Informe Anual 1989-90 hay sólo 8 informes de casos; en el de 1995 hay 10 decisiones; en el de 1998 hay 25 informes de fondo, 2 soluciones amistosas, 35 decisiones de admisibilidad y 10 de inadmisibilidad.

Esta mayor actividad que se constata a lo largo de toda esta década, no hubiera sido posible de realizar si no se hubiera dado un mayor apoyo en recursos a la Comisión. En términos

de presupuesto, al comenzar el período, en 1990, el presupuesto de la CIDH es de \$1,305.500. En los años siguientes se reciben leves aumentos, pero en 1996 se registra un aumento sustantivo, que permite duplicar la asignación presupuestaria de 1990. Este importante crecimiento, que coincide con la llegada del Dr. César Gaviria a la Secretaría General, fue la base para que la Comisión pudiera responder, al menos en cierta medida a los desafíos que le planteaba la década del 90. Para el año 2000, la asignación presupuestaria es de \$2,998.000.

Es importante señalar que de estos casi 3 millones de dólares, poco más de dos millones se dedican a cubrir los salarios y cargas sociales del personal tanto profesional como administrativo. Esto significa que con menos de 900.000 dólares la CIDH debe cubrir todas sus operaciones. La CIDH realiza dos sesiones ordinarias anuales de 3 semanas de duración, además de 2 o 3 sesiones extraordinarias. Cada una de las sesiones de 3 semanas, tiene un costo aproximado de casi US\$200.000, si tomamos en cuenta los costos de interpretación (en tres idiomas) y traducción.

Como ustedes comprenden, este monto para gasto operativo apenas alcanza a financiar las reuniones de la Comisión, parcialmente la elaboración y publicación de documentos (no podemos traducir a los cuatro idiomas, tenemos dos años de atraso en eso) y las actividades mínimas en relación a casos, reuniones con funcionarios, mínimas actividades de promoción.

Ciertamente, los fondos regulares asignados no nos permitirían realizar el número de visitas *in loco* que se han llevado a cabo, ni litigar los casos que están ante la Corte Interamericana.

Para solventar estas y otras necesidades, la CIDH ha solicitado y obtenido fondos voluntarios. En los últimos ocho años la Comisión ha recibido un total de \$2,285.000 de fondos voluntarios, provenientes de seis países. De esa suma las contribuciones de los Estados Unidos han sumado \$2,050.000. En otras palabras, en términos reales la Comisión ha tenido aproximadamente unos \$350.000 por año de contribuciones voluntarias, lo que se suma a los casi 3 millones de dólares en el fondo regular del presupuesto de la Organización. Este total ciertamente representa un avance notable cuando se compara con las cifras de las décadas anteriores. También representa una inversión significativa en el futuro del sistema por parte de los países miembros de la Organización y de varios países amigos de Europa. Estos aumentos son votos de confianza en el sistema aun cuando se tenga en cuenta el factor de inflación que ha tendido a erosionar el poder adquisitivo real de este crecimiento presupuestario.

En 1990 la Comisión contaba con ocho abogados. Cinco años después tenía 13 y hoy día cuenta con 16. Para tener un entendimiento más claro de las operaciones de la CIDH, sin embargo, es importante tener en cuenta que la Comisión ha logrado aumentar de hecho el número de personas a su servicio por medio de su programa de becas, contratos por resultado y, sobre todo, la contratación adicional de varios funcionarios administrativos a través de agencias de personal.

Para poder apreciar mejor la situación de los recursos de la Comisión (y valdría la pena hacer un análisis similar sobre los de la Corte), creo que sería útil considerar la situación de la ahora unificada Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia, órgano principal en materia de derechos humanos del Consejo de Europa.

El Consejo actualmente tiene 41 países miembros y un presupuesto anual de \$1.000.000.000, de los cuales \$160 millones, un 16%, son asignados a la Corte.

El tribunal europeo cuenta con 200 funcionarios de los cuales 80 son abogados (recuérdese que ellos sólo trabajan en dos idiomas). De igual o mayor importancia, en el sistema europeo todos los 41 Estados miembros han ratificado la Convención Europea de Derechos Humanos y todos han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte. Es más, todos pagan sus cuotas y en todos se acatan a las sentencias de la Corte.

En resumen, en nuestra parte del mundo es justo afirmar que hemos visto algunos avances notables en la evolución del sistema hemisférico para la defensa y promoción de los derechos humanos. Estos avances se manifiestan en términos de aumentos de los insumos presupuestarios, contribuciones de fondos externos, el crecimiento del número de funcionarios y más aún por el extraordinario crecimiento de productividad tanto de la Comisión como de la Corte y sus respectivas secretarías.

Sin embargo, cualquier observador razonablemente neutral tendría que conceder que comparado con Europa, estamos lejos de realizar nuestro potencial. Sólo dos tercios de los países han ratificado la Convención Americana, y un número menor acepta la competencia contenciosa de la Corte. La porción del presupuesto que la Organización destina para el sistema de derechos humanos no alcanza siquiera al 5% de los fondos de la Organización, a pesar de haberse declarado a derechos humanos "área prioritaria" desde el punto de vista de la asignación presupuestaria. Los recursos asignados son a todas luces insuficientes para que la Comisión pueda cumplir eficazmente con su mandato de promoción y protección de los derechos humanos en el hemisferio.

En los últimos cuatro años, como hemos visto, la Comisión ha tenido un aumento muy pequeño de su presupuesto y de su personal. Sin embargo, ha multiplicado su actividad de manera notable. Esto ha sido posible gracias a los esfuerzos tanto de los comisionados como de los miembros de la Secretaría. Los comisionados, por un lado, han demostrado un gran compromiso, efectuando períodos de sesiones ordinarios más largos, realizando no menos de dos períodos extraordinarios por año, concurriendo a diversas visitas *in loco*, litigando aquí en San José, recibiendo y trabajando en borradores permanentemente y sosteniendo numerosas conferencias telefónicas. En fin, en la práctica la tarea de comisionado se ha convertido en una actividad casi cotidiana, cada vez más intensa y exigente. Por su parte el personal de la Secretaría ha visto sumamente recargada su actividad y ha respondido con eficiencia y profesionalismo que los lleva a extender su jornada de trabajo hasta altas horas de la noche y los fines de semana. Al aumento de requerimientos y a los limitados recursos se respondió con un importante aumento de productividad.

En el presente, nos encontramos nuevamente en un momento de cambio. La mayor actividad de estos años ha alcanzado un límite con los recursos existentes. Existen más demandas a la Comisión:

- 1) llegan más denuncias;
- 2) se tramitan más casos
- 3) se elevan más casos a la Corte;
- 4) se solicitan y realizan más visitas *in loco*;
- 5) hay más reuniones de solución amistosa;
- 6) se necesita fortalecer las relatorías temáticas;
- 7) se piden tramitar más medidas cautelares y provisionales;
- 8) se requieren más actividades de promoción y de capacitación.

Las posibilidades de expansión de nuestras actividades en base al esfuerzo de Comisionados y de la Secretaría son en el presente limitados.

Si queremos responder a esta nueva ola de requerimientos, y mantener, sobre todo, el nivel de calidad de los informes y fortalecer aún más el sistema de casos, es necesario que los Estados refuercen significativamente los recursos de la Comisión.

Es tiempo que los países reexaminen su compromiso con los derechos humanos. Lo que se ha creado, lo que se ha logrado y lo que se ha sostenido durante los últimos años es realmente importante. Pero no nos debemos engañar. El respeto a los derechos humanos en el hemisferio aún es precario y necesitamos de un órgano de protección regional fortalecido para cumplir adecuadamente su misión.

La Comisión busca y buscará recursos adicionales en organismos de cooperación, en países amigos y en organismos multilaterales que deseen contribuir a proyectos especiales y a fondos voluntarios. Sin embargo, la responsabilidad primordial de sostener y fortalecer el sistema es de los Estados miembros, que han creado el sistema y deben dotarlo con los recursos que necesita para poder desempeñar su tarea en este comienzo de milenio.

Muchas gracias.

Anexo I

Año	Presupuesto OEA *#	Presupuesto CIDH	Diferencia	Porcentaje Presupuesto
1960	7,235,544	34,200?		0,47
1961	8,323,382			
1962	10,111,885	62,133?		0,62
1963	13,153,920	65,960?	+3827	0,5
1964	14,634,239	70,727?	+4,767	0,48
1965	14,980,080	81,400?	+10,673	0,54
1966	15,127,354	84,893?	+3,493	0,56
1967	17,207,921	85,400?	+507	0,5
1968	17,207,921	139,000?	+53,600	0,81
1968/69	19,162,763	143,356	+4,356	0,75
1969/70	20,265,594	206,115	+62,759	1,02
1970/71	23,724,421	193,940	-12,175	0,82
1971/72	26,836,539	255,505	+61,565	0,95
1972/73	23,123,600	270,600	+15,095	1,17
1973/74	30,550,600	288,200	+17,600	0,94
1974/75	24,973,094	303,100	+14,900	1,21
1975/76	26,139,862	319,100	+16,000	1,22
1976/77	41,683,100	338,000	+18,900	0,81

Continúa página siguiente...

...Viene de página anterior

1977 ¹	42,480,532	358,500	+39,400	0,84
1978	48,322,000	891,100	+532,600	1,84
1979	48,688,000	800,800	-90,300	1,65
1980	51,929,000	858,200	+57,400	1,65
1981	52,418,000	937,000	+78,800	1,79
1982	63,580,100	1,044,000	+107,000	1,64
1983	63,580,100	1,010,400	-33,600	1,59
1984	63,154,200	1,049,000	+38,600	1,66
1985	64,980,100	1,119,000	+70,000	1,72
1986	64,980,100	1,074,200	-44,800	1,65
1987	64,980,100	1,071,700	-2,500	1,65
1988	66,054,500	1,083,700	+12,000	1,64
1989	66,054,500	1,168,900	+85,200	1,77
1990	60,060,100	1,305,500	+136,600	2,17
1991	60,060,100	1,367,100	+61,600	2,28
1992	65,398,200	1,487,600	+120,500	2,28
1993	70,956,300	1,617,100	+129,500	2,28
1994	72,945,200	1,734,100	+117,000	2,38
1995	83,952,900	1,734,800	+700	2,07
1996	84,333,500	2,830,600	+1,095,800	3,36
1997	84,333,500	2,854,600	+24,000	3,39
1998	79,990,100	2,846,800	-7,800	3,56
1999	78,000,000	3,002,700	+155,900	3,85
2000	78,000,000 ²	2,998,100 ²	-4,600	3,84

* Presupuesto aprobado sin ajustes.

Fondo Regular.

1 En 1977 hubo una asignación presupuestaria de \$63,720,800 que cubrió un período de 18 meses. El presupuesto para el año fiscal , que aparece en esta tabla, representa dos tercios de esa cantidad.

2 Propuesta.

Fuentes: Informe de los Departamentos de Programa Presupuesto y Tesorería de la OEA.
Preparado por Klaas Dykmann, septiembre, 1999.

Anexo II

CONTRIBUCIONES A LA CIDH

Gobierno Donante	Propósito	Fecha donación	Cantidad \$
España	Edición del Manual de Derechos Humanos	Feb./92	10,454.26
Estados Unidos	Visitas <i>in loco</i>	Abr./93	300,000.00
Netherlands	Compra Anuarios para donación a Universidades Latinoamericanas	Nov./93	10,000.00
Estados Unidos	Visitas <i>in loco</i>	May./94	57,500.00
Estados Unidos	Visitas <i>in loco</i>	Oct./18/94	242,500.00
Estados Unidos	Visitas <i>in loco</i>	Oct. 24/94	350,000.00
Canadá	Information Management Development	Ago./96	28,844.59
Estados Unidos	Visitas <i>in loco</i>	Mar./98	350,000.00
Estados Unidos	Relatoría Libertad de Expresión	Jul./98	150,000.00
Estados Unidos	Visitas <i>in loco</i> y Documentos	Jun./99	400,000.00
Estados Unidos	Relatoría Libertad de Expresión	Jun./99	200,000.00
Argentina	Relatoría Libertad de Expresión	Jun./99	5,000.00
España	Renovación Centro Documentación y Biblioteca R.G. (\$55,000), Programa Publicaciones (\$47,675)	Oct./99	105,507.44
Suecia	Relatoría Libertad de Expresión	Oct./99	75,283.44
México	Relatoría Trabajadores Migratorios	Dec/99	50,000.00
Dinamarca	Derechos Pueblos Indígenas	Dec/99	191,500.00
	TOTAL		\$2,526,589.73

- | | | |
|----|---|----------------|
| 1) | Total recibido desde el año 1992 hasta la fecha | \$2,526,589.73 |
| 2) | Recibido durante el año 1999 | 1,027,290.88 |
| 3) | Promedio donaciones de 1993 a la fecha | 345,823.71 |

**THE INTER-AMERICAN COMMISSION
ON HUMAN RIGHTS:
THE DOMINICAN REPUBLIC AND SURINAME**

DAVID J. PADILLA*

* Assistant Executive Secretary of the Inter-American Commission on Human Rights.

**THE INTER-AMERICAN COMMISSION
ON HUMAN RIGHTS:
THE DOMINICAN REPUBLIC AND SURINAME**

DAVID J. PADILLA

During its forty year history the Inter-American Commission on Human Rights¹ has been very active in the Caribbean sub-region of the Americas including a number of Central American countries such as Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala and Mexico as well as the northern tier South American countries of Venezuela, Colombia and Panama.²

Among the Caribbean island states of the Organization of American States, the Commission has conducted on site visits in Haiti and prison visits in Jamaica and the Bahamas.³

The focus of this paper, however, is limited to the Commission's work with respect to the Dominican Republic and Suriname. In reviewing in a summary way the efforts on behalf of the human rights in these two countries, I intend to illustrate the utility and flexibility of an intergovernmental *quasi-judicial* body, the Inter-American Commission on Human Rights, in addressing situations in which gross and massive human rights have occurred including violations of the political rights of their peoples during or following the forced overthrow of constitutional, democratic regimes.

Let us take them, then, in chronological order in terms of the Commission's involvement in each country.

The Dominican Republic, of course, was a founding member of the OAS.⁴ For more than thirty years it was governed by the authoritarian regime ruled by the dictator, Rafael Leonidas Trujillo. Following Trujillo's assassination in 1958, the Dominican Republic carried out a series of failed efforts to achieve representative, democratic and stable government.

1 Basic Documents.

2 Nicaragua, El Salvador, Guatemala, Mexico, Colombia, Panama A.R.s Venezuela, Honduras.

3 ARs Jamaica and Bahamas.

4 Charter.

Trujillo's plan before his death to assassinate the President of Venezuela, Rómulo Betancourt, and his increasingly harsh repression of any opposition along with the revolution and subsequent mass exodus of thousands of political refugees from the neighboring island of Cuba, in great measure, inspired the creation the IACHR at Santiago, Chile in 1959.⁵

During the 1960s the Inter-American Commission conducted three on site visits to the Dominican Republic. The first took place in October of 1961, just a year after the election of the first Commission.⁶ The proximate cause was the *coup d'état* carried out by the Dominican armed forces and the subsequent arrest of many supporters of ousted President Juan Bosch. The second visit took place in May, 1963 in connection with OAS efforts to reestablish constitutional government in the country.⁷ The third *in situ* mission to the Dominican Republic can hardly be called a classical on site visit. In the wake of the invasion carried by United States armed forces, the Commission had a presence in country from June 1965 until June of the following year.⁸

During all of these efforts, particularly the last one, the Commission played a quiet but extremely important role. In addition to its traditional fact finding and reporting role (its reports focused primarily on descriptions of its activities and unlike the Commission's contemporary reports were not widely disseminated and by and large refrained from drawing conclusions and formulating recommendations) the IACHR carried out a number of what might be termed humanitarian tasks. These included visiting prisoners of war camps after the 1965 civil war and invasion, assuring, in so far as possible humane treatment of prisoners, the obtaining of safe conducts by persons loyal to the Bosch forces who had sought asylum at friendly embassies, family reunification, witnessing efforts at disarmament of the contending forces and eventually, observing free elections. The last activity is presently carried by the Organization's Unit for Democracy.

Indeed, we see in the Dominican context the precursors of what are known under the American Convention on human Rights as friendly settlements. The Commission's good offices and efforts to mediate disputes seemed to ameliorate a bitter and chaotic situation and undoubtedly helped avert even greater suffering and, in some instances, saved lives. During its third presence in the Dominican Republic, the Commissioners and secretariat staff practiced a kind of shuttle diplomacy, rotating members and officials from the general secretariat who worked closely with then OAS Secretary General, Jose Mora.

The Commission's work also dealt with the fair settlement of property claims and encouraged the reinstatement of democratic processes.

5 Basic Documents.

6 DR Report.

7 DR Report.

8 DR Report.

Incidentally, the Commission would play a similar role a few years later after the brief but bitter conflict known as the “Futbol War” between El Salvador and Honduras.⁹

Since 1976 the Dominican Republic has been governed in an unbroken line by a series of democratically elected administrations. And in the main, the human rights situation in the country has vastly improved.

In 1978 the Dominican Republic ratified the American Convention on Human Rights, the same year the treaty came into force and last year it accepted the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights.¹⁰ In doing so the Dominican Republic became the twenty first OAS member to do so. The Court was established in 1980, and along with the Commission constitute the supervisory organs of the Organization in the field of human rights.

During the 1970s and 80s the Commission concentrated its efforts particularly in terms of its on site visits on other countries in the Americas. However, in 1991 the Commission, by invitation of the Government conducted its fourth *in loco* visit to the Dominican Republic.¹¹ Two principal areas of concern on that visit were prison conditions and the functioning of the judiciary.

The fifth and last general visit to date was carried out in June, 1997. The Commission examined with special care the issue of due process and the administration of justice and allegations of abusive treatment of documented and undocumented Haitians as well as Dominicans of Haitian descent. The visit was followed by the publications of a country report and sets forth the Commission’s findings and recommendations.¹²

Of course, the IACHR’s work over the years aimed at improving respect for human rights in the Dominican Republic has not been limited to its on site visits. The Commission has also processed and ruled on a number of individual petitions, and most recently, has petitioned the Inter-American Court of Human Rights to order provisional measures, akin to injunctions, to protect the rights of Haitians and Dominicans of Haitian ancestry who have been the object of massive and arbitrary expulsions from the national territory.¹³

Besides these activities the IACHR, as it does with virtually all member states of the OAS, cultivates close communication with national and international non-governmental human rights matters, issues precautionary measures where it believes that there exist imminent threats

9 Futbol War.

10 Basic Documents.

11 AR re D.R. 91.

12 DR Report.

13 AR cases.

of irreparable harm to a Convention protected right¹⁴, and routinely holds hearings at OAS headquarters in Washington in which government representatives and claimants air their positions with respect to concrete cases and general situations affecting human rights.¹⁵

The Commission's involvement in Suriname dates from the 1980s. This former Dutch Crown colony gained its independence in 1975 and joined the OAS in 1977. Three years later the democratic government of Suriname was overthrown in a bloodless coup. Two years later, however, on December 7, 1982, military dictator, former sergeant Desi Bouterse, ordered the arrest of a number of leading figures among the opposition to his regime. Fifteen trade union, academic, political and business leaders were detained and, after torture, were brutally murdered at the military headquarters of Fort Zeelandia in the capital, Paramaribo.

Thus, in June, 1983 the Inter-American Commission on Human Rights carried out its first on site visit to Suriname. During the visit it inspected the facilities at Fort Zeelandia and interviewed relatives of the victims as well as the top military authorities including Lt. Col. Bouterse. The Commission thereafter issued its first report on the situation on human rights in Suriname, clearly assigning responsibility to the military government for the political assassinations.¹⁶

In the ensuing years, political repression increased and impunity remained the norm in matter of human rights violations. So in 1984, the Commission returned to Suriname. The expanded scope of this visit included the interior of the country. The investigation confirmed the IACHR's earlier findings and in country report on the human rights situations in Suriname it verified a large number of additional abuses.¹⁷

In 1986 the situation in Suriname grew even more grave. A war between the countries of Maroon peoples and the army led to large scale bloodshed. The most notorious case was the massacre of some 230 bush negroes, mostly women and children at a village called Moiwana.¹⁸

This outrage prompted a third visit by the Commission, conducted in 1987. The Commission's very first action on that occasion was to visit Stanley Rensch, a Maroon and Suriname's leading human rights advocate. Mr. Rensch was released unharmed shortly thereafter.¹⁹

14 Regs Prec. Measures Art. 29.

15 Regs - hearings.

16 1st Suriname Report.

17 2nd Suriname Report.

18 AR 1987 (88).

19 AR Rensch.

In a further effort to examine the slayings of 1982 the Commission twice sent delegations to the Netherlands to interview exiled family members of the mass murdered who had received asylum in that country.²⁰ On another occasion, the Commission sent a representative to French Guiana, Suriname's neighbor to the east, to interview asylees at St. Laurent in that French Department. With the cooperation of the French authorities, the investigator was able to take testimonies from many of the thousands of Maroons who had been forced to flee across the Maroni River to French territory to escape annihilation at the hands of their country's army.²¹

Under great pressure from the Inter-American community and Europe, plans evolved to restore, albeit slowly, constitutional government in Suriname. In 1987, Suriname deposited its instrument of ratification to the Inter-American Convention on Human Rights and accepted the Court's mandatory jurisdiction.²² For its part, a Commission representative visited Suriname in 1988 and took eye witness testimony from a victim of another massacre of eight maroon boatmen, an incident that led to the case of *Aloeboetoe, et al v. Suriname*, before the Inter-American Court of Human Rights.²³ The case, in which the newly and freely elected government of Suriname accepted state responsibility and complied with the Court's decision on reparations for the relatives of the murdered boatmen, ushered in a new period of dynamic litigation of contentious cases before that body -a tribunal that had been previously less employed in the struggle for human rights in the Americas.

As was the case of the Dominican Republic, the Commission also used its other tools to effect human rights matters in Suriname including the holding of hearings, the processing of important individual cases and the publication of reports, both specific and general, in its annual reports regarding the human rights situation in the country. Finally, it is interesting to note that when the first democratically elected president of Suriname took his oath of office, a representative of the Commission was invited to witness the ceremony in a place of honor.

CONCLUSION

The history of the involvement of the Inter-American Commission on Human Rights graphically illustrates the effective contribution a versatile, committed inter-governmental organ of the OAS can make towards the improvement of human rights in demanding and difficult situations of brutality and instability in a hemisphere in which the value of human rights are still, in some places, threatened by civil strife, ideological conflict and the struggle for political power.

20 AR Netherlands.

21 AR F. Guiana.

22 Basic Documents.

23 Aloeboetoe.

In recent years there has been a healthy and welcome debate about the possibility of merging the Inter-American Commission on Human Rights into its sister institution, the Inter-American Court, along the lines of the new European Court of Human Rights at Strasbourg, France.²⁴ It is my view, and I can say without exception, the opinion of the current members of the Commission, and most if not all, of the NGOs that plead before the IACHR that this would be a tragic mistake.

The political realities of our hemisphere (not unlike those in the expanded Council of Europe) are such that the Organization needs and will continue to need a *quasi-judicial* institution such as the Commission to respond to the likely challenges it is apt to face in one member country or another for the foreseeable future.

No other organ of the OAS is capable of the flexible response demonstrated time and again by the Commission in action. In the OAS, only the Commission has the institutional experience of reaching remote areas in the Americas and conducting through on site investigations of complex events and situations. Only the Commission has set rules governing its mobility in the field. The independence of its operations and the confidentiality of its communications with governments, victims and witnesses alike are codified in its regulations. Moreover, the Commission is the only OAS body capable of reacting rapidly and effectively to situations involving massive, gross and on-going human rights violations involving large numbers of victims, particularly those of a social nature involving issues of race, ethnic friction or socio-economic class conflict. The Commission's capacity for expeditiously responding to emergency situations, calming fears, promoting dialogue, creating space for the exercise of free speech by civil society and dispassionately conducting its fact finding has been demonstrated time and again in the past.

The truth is that if the IACHR didn't exist in the Organization of American States, the member countries would have to invent its equivalent.

In summary, the Commission is uniquely equipped, both legally and by virtue of its experience -it has conducted some 78 on site visits to date- to respond to the types of challenges it addressed in the countries discussed in this paper. While we fervently trust that neither the Dominican Republic nor Suriname will ever again be afflicted by the troubles they experienced in the past, common prudence and an understanding of our region's history instruct us to keep alive an instrument that has proven its worth time and again on the ground in the ongoing effort to strengthen democratic rule and enhance respect for human rights in the Americas.

The views expressed in this article are those of the author alone.

24 Protocol 11 E: Convention on Human Rights.

**30 AÑOS DE LA CONVENCION AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS:
TODAVIA HAY MUCHO CAMINO POR RECORRER**

FEDERICO ANDREU-GUZMÁN*

* Consejero jurídico para América y Asia. Amnistía Internacional.

**30 AÑOS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS:
TODAVÍA HAY MUCHO CAMINO POR RECORRER**

FEDERICO ANDREU-GUZMÁN

El 22 de noviembre se cumplen 30 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, piedra angular del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Hace 20 años surgió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que junto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha perfeccionado el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Este Sistema se ha ido dotando de nuevos instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y los Protocolos Adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materias de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. En 1999, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptó por primera vez en su historia una resolución sobre los defensores de derechos humanos en la región.

Es innegable, hoy en día, que la Corte y la Comisión Interamericanas vienen desempeñado un importante papel en la salvaguarda de los derechos fundamentales en la región, tanto en el campo de la protección y de la promoción como en la elaboración de un importante arsenal jurídico. Dichos órganos constituyen mecanismos valiosos de protección para los derechos humanos de los habitantes del hemisferio.

No obstante, estos avances y logros no pueden hacer perder de vista que la construcción de un eficaz y creíble Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es aún una tarea inconclusa. Esta se enfrenta en no pocas ocasiones no solo con la ausencia de voluntad política de muchos Estados sino, a veces, a con claros intentos de socavar el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con el fin de volverlo débil e inoperante.

Hoy día, 30 años después, sólo 24 de los 35 Estados americanos son partes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de estos sólo 18 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 26 de mayo de 1998, Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos: este hecho tan grave

y sin precedente, solo contó con una tímida reacción de la Asamblea General de la OEA. En julio de 1999, Perú notificó su retiro "con efecto inmediato" de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante un procedimiento manifiestamente ilegal. Este grave hecho sin precedente no ha contado, una vez más, con una enérgica reacción de los órganos políticos de la OEA.

Catorce años después de su adopción en 1985, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ha sido ratificada solamente por 14 Estados americanos. Desde su adopción en 1994, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ha sido ratificada por tan sólo 7 estados miembros de la OEA. Las resoluciones que anualmente adoptan los Estados en la Asamblea General de la OEA, llamando a ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados interamericanos, no se han traducido efectivamente una total ratificación de los instrumentos de derechos humanos de la región. Es hora que los compromisos trasciendan el campo de la retórica y que se traduzcan en una decidida y real voluntad.

En los últimos años, Amnistía Internacional ha registrado con honda preocupación la emergencia de acciones por diferentes Estados que socavan el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Numerosas son las medidas cautelares y recomendaciones finales indicadas en casos individuales por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que no son implementadas por los Estados de la región. En Bahamas y Trinidad y Tobago varias personas fueron ejecutadas pese a que sus casos estaban siendo examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y esta había solicitado la suspensión de las ejecuciones hasta tanto no diera su decisión final. Jamaica y Trinidad y Tobago han adoptado normas internas que pretenden condicionar los procedimientos internacionales de trámite de comunicaciones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, socavando la eficacia de este mecanismo de protección. A principios de 1999, los procuradores generales de 12 países hicieron un llamado a sus respectivos gobiernos a retirarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La vocación abolicionista de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se enfrenta a grandes retos y obstáculos en la región. Cuando, en San José de Costa Rica, se adoptó en 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quince países americanos hicieron una declaración en la que manifestaban "solemnemente [su] firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte". Sin embargo la pena de muerte, esa forma de castigo cruel e inhumano, sigue imponiéndose en muchos países de la región. El 13 de septiembre de 1996 y tras un periodo de 13 años en el que no se registró ninguna ejecución de la pena capital, Guatemala -uno de los Estados que suscribieron la declaración de 1969- reanudó con la práctica de las ejecuciones. Además, las autoridades extendieron la aplicación de la pena capital a varios delitos, en franca violación al artículo 4 (2) de la Convención Americana de Derechos Humanos. En los Estados Unidos de América, país que aún no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han sido ejecutadas desde 1990

más de 350 personas. Es, junto con Pakistán, el país con el número más elevado de personas condenadas a muerte: más de 3.500 personas aguardan en el "corredor de la muerte". Antigua y Barbuda, Bahamas, Guyana, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas así como y Trinidad y Tobago retienen la pena capital. Cada tanto, surgen en diferentes países americanos, que ya han abolido la pena de muerte, propuestas de introducir nuevamente la pena capital. Aunque 19 de los 24 Estados partes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos son abolicionistas, de derecho o de facto, tan solo 6 de ellos han ratificado su Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Los defensores de derechos humanos constituyen un eslabón vital y dinámico de la cadena del sistema de protección de derechos humanos. Actúan a nivel nacional utilizando los recursos disponibles para proteger los derechos humanos, asistir a las víctimas y obtener que los Estados cumplan con su deber de garantía. Difunden y promocionan los derechos humanos en los diversos estamentos de la sociedad. En suma, la actividad de los defensores de derechos humanos apunta a fortalecer el estado de derecho y el imperio de la justicia, para una plena vigencia de los derechos humanos.

No obstante, los defensores de derechos humanos del hemisferio se enfrentan a múltiples obstáculos y dificultades para llevar a cabo sus labores, cuando no son víctimas ellos mismos de violaciones a sus derechos fundamentales. En varios países de la región, numerosos defensores de derechos humanos han sido asesinados, desaparecidos, detenidos arbitrariamente u obligados a abandonar su país. Hostigamiento, intervenciones telefónicas y amenazas de muerte son para muchos defensores de derechos humanos un pan diario. Víctimas de campañas de difamación y desprestigio, tachados de "subversivos" y de "idiotas útiles", muchos defensores ven coartadas sus posibilidades de trabajo en la protección y promoción de los derechos humanos. En ciertos países del hemisferio, la existencia de draconianas regulaciones en materia de visados y/o de libertad de circulación dificulta en grado sumo las labores de observación e investigación de los defensores de derechos humanos. Si bien, en 1999, la Asamblea General de la OEA adoptó la Resolución AG/Res. 1671 (XXIX-0/99), reivindicando la actividad de los defensores de derechos humanos e instando a los Estados de la región a garantizar sus labores e integridad, lo cierto es que la situación de los defensores de derechos humanos sigue siendo precaria en la región, cuando no dramática en algunos países.

Los defensores de derechos humanos acuden a los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos: son, en realidad, sus principales usuarios y han hecho una importante contribución en la construcción, fortalecimiento y defensa del sistema interamericano. Ante las diferentes tentativas de socavar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son los defensores de Derechos Humanos quienes se han movilizado para defenderlo. A pesar de su dinámico papel y a diferencia de los sistemas universal, europeo y africano de protección de los derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos no cuentan hoy con un estatuto consultivo ante la OEA, que le permita contribuir de manera más eficaz al apuntamiento y vida del sistema interamericano. En los últimos años, los órganos políticos de la OEA han flexibilizado su posición respecto de la participación de las organizaciones no

gubernamentales de derechos humanos de cara al sistema regional. Aún cuando, El Consejo Permanente esta considerando el establecimiento de *Directrices para la participación de la Sociedad Civil en las actividades de la OEA*, lo que constituye un paso positivo, lo cierto es que estas directivas están por debajo de los estándares establecidos en materia de estatuto consultivo para las organizaciones no gubernamentales en otros sistemas intergubernamentales.

Es común la idea según la cual el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos está integrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ciertamente esta idea es correcta técnicamente, desde una óptica preponderantemente jurídica. No obstante, desde un ángulo más sistémico y funcional, si bien la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos constituyen el eje del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos otros actores participan del sistema. Los órganos políticos de la OEA, en particular la Asamblea General, tienen definidas responsabilidades en este campo, a la luz de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y deben tomar las medidas necesarias para garantizar la integridad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Así mismo, los Estados miembros de la OEA tienen una gran responsabilidad en el aseguramiento de la efectividad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: de la observancia de sus obligaciones internacionales depende en gran parte que el sistema sea un mecanismo efectivo de protección .

Treinta años después de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es todavía mucho el camino que queda por recorrer en el perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección los Derechos humanos y la puesta en practica de las promesas de los Estados de respetar plenamente los derechos fundamentales en la región. La plena ratificación de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, el estricto acatamiento de las providencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la observancia de las recomendaciones y decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por todos los Estados de la región, la abolición de la pena de muerte en el hemisferio y la creación de un estatuto consultivo para las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos son asignaturas aún pendientes de los Estados miembros de la OEA. En el umbral del Siglo XXI, es tiempo que las declaraciones sobre los derechos humanos que hacen regularmente los Estados de la región en los diferentes foros hemisféricos se transformen en verdadera acción.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS
DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS ENTRE EL
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

JEAN-MARC BORNET*

* Delegado Regional Comité Internacional de la Cruz Roja para América Central y el Caribe.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS
DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS ENTRE EL
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

JEAN-MARC BORNET

*"El respeto del derecho internacional
humanitario y del derecho de los
derechos humanos hace la diferencia
entre un militar y un asesino."*

Para el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el continente americano es una paradoja. Por una parte se puede afirmar que actualmente es el continente más pacífico del mundo. Aparte del caso de Colombia, donde no se discute la calificación de la situación que allí se vive -que es una situación de conflicto armado no internacional- y donde se puede afirmar que parte del conjunto de las normas del derecho internacional humanitario es aplicable y a veces es aplicado.

Por otra parte, existen focos de violencia en muchos de los países y de ellos emana el mismo tipo de víctimas que en una situación de conflicto armado, aunque en un menor grado. Violencia, que se traduce lamentablemente en personas heridas, desaparecidas, así como también casos de privaciones de justicia y violaciones a los derechos fundamentales.

En este contexto tan difuso, el gran reto del CICR es avocarse a difundir las normas del derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos así como de los principios humanitarios tanto a aquellos que tienen el deber de llevar las armas en tiempo de guerra como a aquellos que tienen la responsabilidad de mantener el orden público en tiempos de paz.

En el cumplimiento de su misión, el CICR no denuncia las violaciones sino, que más bien actúa de manera confidencial ante los responsables de las violaciones del derecho interna-

cional humanitario. Esta confidencialidad no es en absoluta, no constituye un dogma institucional ni una manifestación de pasividad sino más bien un método para guardar la confianza de los protagonistas de la violencia. Por ello se puede hablar de una complementariedad con las organizaciones no gubernamentales, tanto aquellas existentes a nivel nacional como a nivel internacional, y con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El valor de la confidencialidad, característica fundamental del CICR y condición *sine qua non* de su trabajo, ha sido subrayado recientemente por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Según esta jurisprudencia los Estados Parte de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales han asumido una obligación convencional para asegurar la no divulgación en los procedimientos judiciales de información relacionada con el trabajo del CICR. En la mencionada decisión, el Tribunal afirma que los Estados Parte han aceptado dicha confidencialidad como necesaria para el cumplimiento efectivo de las funciones del CICR.

A pesar de esta diferencia esencial con otros organismos nacionales e internacionales, es sin duda, la protección de la persona el común denominador, entre las instituciones que velan por el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario siendo este el fin último de todo el sistema de protección. La lucha por la protección de las personas en tiempo de conflicto armado, ha llevado a que desde sus orígenes el derecho internacional humanitario contemple formas de prevenir, reprimir y si fuere necesario, sancionar las violaciones a su normativa. Esta década ha sido testigo de la creación de dos tribunales penales internacionales *ad hoc* siendo ellos: el Tribunal de la ex-Yugoslavia y el Tribunal de Ruanda, ambos con el mandato de sancionar las violaciones al derecho internacional humanitario y de hacer efectiva la responsabilidad penal internacional en forma individual. A este desarrollo se suma la culminación de los esfuerzos internacionales de muchos años: la realización de una Conferencia Internacional llevada a cabo en Roma en el año de 1998, que resulta en la adopción de un Estatuto para la creación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente.

Este movimiento internacional por el respeto de los derechos de la persona en tiempo de conflicto armado y de lucha contra la impunidad se ha dado en forma paralela a un movimiento a favor de la inclusión en el sistema jurídico interno de los Estados de una normativa que prevea la sanción de las violaciones al derecho internacional humanitario, dentro de las cuales se encuentran las violaciones graves a este derecho conocidas como crímenes de guerra. Al respecto el CICR ha desplegado, desde hace ya varios años, esfuerzos para incluir en los Códigos Penales y Códigos de Justicia Militar una serie de normas que prevean y sancionen dichas violaciones. Vale mencionar que estos esfuerzos han ido unidos a una labor de difusión, dirigida a todos los sectores de la sociedad, de las normas humanitarias sean respetadas en tiempo de conflicto armado.

La lucha por el respeto de la vida ha llevado también a la comunidad internacional a adoptar la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción - conocido como el Tratado de Ottawa-, minas antipersonal, que plazadas en tiempo de conflicto armado cobran víctimas día a día en

países que actualmente viven en paz. Estas situaciones traen nuevamente a colación los ámbitos comunes de protección del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, dado que ambas ramas del derecho promueven el respeto del derecho a la vida y a la integridad personal de esas numerosas víctimas inocentes que mueren o son mutiladas al pisar una mina antipersonal.

Los anteriores ejemplos del desarrollo del derecho internacional humanitario demuestran la actualidad e importancia que este derecho ha adquirido en los últimos años y se constituyen en testimonio del ámbito de convergencia y de especialización que este derecho tiene con el derecho de los derechos humanos. Tenemos por delante los grandes retos del siglo próximo, dentro de ellos, una real y efectiva aplicación del derecho internacional humanitario en los sistemas jurídicos internos de los Estados, una mayor difusión de las normas en él contenidas, para lograr una mayor y eficaz protección de las poblaciones civiles en tiempo de conflicto armado, es decir, una mayor protección de la persona, fin último de todas las normas pertenecientes al derecho internacional de los derechos humanos.

**LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

**CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA
DE LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE
A LA LUZ DE SU JURISPRUDENCIA**

JORGE CARDONA LLORENS*

* Catedrático de Derecho Internacional Público. Universitat Jaume I de Castellón.

LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE A LA LUZ DE SU JURISPRUDENCIA

JORGE CARDONA LLORENS

Sumario: I. Introducción. II. Derecho Internacional de los Derechos Humanos *versus* Derecho Internacional Público Clásico. A. El objeto y fin del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. B. Repercusiones del objeto y fin en aspectos formales de las normas. C. Repercusiones del objeto y fin en relación con las normas sustantivas. D. Repercusiones del objeto y fin en relación con las normas procesales. III. Función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *versus* función contenciosa de una corte interestatal. A. Similitudes entre la función contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. B. Características diferenciadoras de la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el ejercicio de la función contenciosa por la Corte Internacional de Justicia. IV. Función contenciosa de la Corte *versus* función de un tribunal penal. A. La Corte no es un tribunal penal internacional. B. La Corte no es un tribunal penal de última instancia que pueda revisar las sentencias condenatorias de la víctima. C. La Corte no juzga a los agentes del Estado que participaron en las violaciones de Derechos Humanos. D. La acción ejercida ante la Corte no es una acción penal contra el Estado. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En este *Seminario sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, me ha correspondido presentar el panel sobre la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Permítanme que, antes de las magistrales exposiciones de los miembros de este panel, realice algunas reflexiones sobre la naturaleza de esta función de la Corte.

Hace ahora 51 años, la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, señaló: "no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente" y, "tratándose de derechos internacionalmente reconocidos la protección jurídica para ser eficaz debe emanar de un órgano internacional"¹. Consecuentemente con ello, la Conferencia encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

Esa Corte, que tardó 21 años en crearse por un tratado (cuyo 30 aniversario conmemoramos en este Seminario), y 10 años más en empezar a funcionar, ha dictado a fecha de hoy 63 sentencias, 16 dictámenes y tiene 23 asuntos contenciosos más en tramitación.

El objeto de la presente ponencia es una reflexión sobre la naturaleza de una de las dos funciones básicas que tiene la Corte, a saber: la función contenciosa. Función que es la que de forma más directa cumple la misión antes señalada: la protección jurídica por un órgano internacional de los derechos protegidos en normas internacionales, no sólo en la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también, como es sabido, en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994, en el art. 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer ("Convención de Belém do Pará") y en los arts. 8 y 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador").

La Corte es pues un órgano judicial internacional que garantiza derechos protegidos en tratados internacionales.

Ahora bien, afirmado esto debemos hacer dos salvedades especialmente importantes: ni el derecho del que surge y que aplica la Corte tiene las mismas características que el derecho internacional tradicional, ni la función contenciosa de la Corte es asimilable a la función contenciosa de un tribunal internacional clásico y mucho menos a la función de un tribunal penal.

Estas diferencias marcan de modo especial los temas que serán tratados a continuación por los miembros de este panel. Como vamos a ver, tanto el orden y valoración de las pruebas (tema que será tratado por D. Héctor Fix-Zamudio y D. Alirio Abreu Burelli), como la solución amistosa (tema tratado por D. Hernán Salgado Pesantes y D. Alejandro Montiel Argüello), como las reparaciones (tema tratado por D. Sergio García Ramírez y D. Theo Van Boven), como el mismo cumplimiento de las sentencias (tema tratado por D. Thomas Buergenthal) son cuestiones claramente influidas por la naturaleza del derecho aplicable y de la función contenciosa de la Corte en tanto que Corte de Derechos Humanos.

1 Resolución XXXI de la Novena Conferencia Internacional Americana.

Para una mejor comprensión de estas influencias y sus consecuencias permítanme que me detenga brevemente, en primer lugar, en las características diferenciadoras del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relacionadas con la función contenciosa de la Corte. En segundo lugar, y a la luz de estas peculiaridades, intentaré señalar algunas de las diferencias de la función contenciosa de Corte Interamericana de Derecho Humanos en relación, de una parte, con la función contenciosa de una Corte interestatal como, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia y, de otra parte, con la función de un tribunal penal.

Para este análisis me voy a basar exclusivamente en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya rica en el análisis de estas cuestiones, y voy a procurar centrarme exclusivamente en aquellos aspectos que, a mi entender, más se relacionan con las cuestiones que van a ser tratadas en este panel.

II. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS versus DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO CLÁSICO

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, ante todo, Derecho Internacional. Con ello queremos resaltar que no estamos ante un orden jurídico que se pretenda autónomo, sino ante un sector del ordenamiento jurídico internacional. La Corte recurre abundantemente, podríamos decir que en todas sus sentencias, a las reglas generales del Derecho Internacional Público, ya sea para interpretar las normas de Derechos Humanos, ya sea para atribuir un hecho al Estado, ya sea para fijar el contenido de la reparación.

Ahora bien, hecha esta afirmación, debemos señalar también que, en cuanto sector del ordenamiento jurídico internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene determinadas características especiales que lo individualizan, separándose en ocasiones de las reglas generales del Derecho Internacional e, incluso, en ocasiones, produciéndose "tensiones" entre uno y otro. Dichas características tienen su fundamento en el objeto y fin de este sector del Derecho (a), lo que provoca diferencias significativas en materia de características formales de las normas (b), de contenido sustantivo de las mismas (c), o incluso de cuestiones procesales (d).

A. EL OBJETO Y FIN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ha señalado la Corte desde su más temprana jurisprudencia, "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de 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 jurisdicción². En otras palabras, "los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano"³.

Con estas afirmaciones, la Corte sigue, como ella misma afirma⁴, la jurisprudencia sentada ya por la Corte Internacional de Justicia respecto a los tratados humanitarios modernos al señalar que "en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención"⁵; así como la de la Comisión Europea de Derechos Humanos que, a su vez, se ha pronunciado en forma similar en el caso *Austria vs. Italia* (1961) en el que declaró que las obligaciones asumidas por los Estados Partes en la Convención Europea de Derechos Humanos "son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes"⁶; o la Corte Europea de Derechos Humanos que afirmó, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (1978), que "a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una 'garantía colectiva'"⁷. Igualmente, en el

2 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párr. 29.

3 "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 24

4 Ver: *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párrs. 29 y ss., *Caso Ivcher Bronstein, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, párrs. 44 y ss.

5 Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *I.C.J. Reports*, 1951, p. 15

6 European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application No. 788/60, *Austria vs. Italy case*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, The Hague, M. Nijhoff, 1961, vol. 4, p. 140. La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, que "el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho" (*Ibid.*, pág. 138).

7 Eur. Court HR, *Ireland vs. United Kingdom case*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, párr. 239.

caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), la Corte Europea declaró que la Convención Europea "debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias"⁸.

Es por ello por lo que la Corte Interamericana puede afirmar que "la evolución del "derecho americano" en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho internacional clásico"⁹.

B. REPERCUSIONES DEL OBJETO Y FIN EN ASPECTOS FORMALES DE LAS NORMAS

La característica específica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que supone su objeto y fin principal produce, como ha expuesto magistralmente el actual Presidente de la Corte, Juez Antônio Cançado, en su voto razonado en la sentencia sobre el fondo del caso *Blake*, "un *décalage* entre el derecho de los tratados, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las soluciones del primero, consagradas en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986), fueron erigidas en gran parte sobre la premisa del equilibrio del acuerdo de voluntades entre los propios Estados soberanos, con algunas significativas concesiones a los intereses de la llamada comunidad internacional (identificadas sobre todo en la consagración del *jus cogens* en los artículos 53 y 64 de ambas Convenciones de Viena). Las soluciones del segundo se erigen sobre premisas distintas, contraponiendo a dichos Estados los seres humanos victimados bajo su jurisdicción, titulares últimos de los derechos de protección. De ahí la tensión ineluctable entre uno y otro"¹⁰.

8 Eur. Court H.R., *Soering Case*, decision of 26 January 1989, Series A no. 161, párr. 87.

9 *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de Julio de 1989, Solicitada por el Gobierno de la República de Colombia, Serie A No. 10, párr. 38. Entre las manifestaciones de esa diferencia la Corte señala expresamente: "Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3. En la misma línea de pensamiento ver también Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) *I.C.J. Reports, 1971*, pág. 16 ad 57; cfr. United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Judgment, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 3 ad 42)" (*Ibidem*).

10 *Caso Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párrs. 16 y ss.

Dicha tensión fue de nuevo analizada por el mismo Juez en su voto razonado en la sentencia sobre reparaciones en el mismo asunto al afirmar: "La tensión entre los preceptos del Derecho Internacional Público y los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es de difícil explicación: mientras los conceptos y categorías jurídicos del primero se han formado y cristalizado sobre todo en el plano de las relaciones *interestatales* (bajo el dogma de que sólo los Estados, y más tarde las organizaciones internacionales, son sujetos de aquel ordenamiento jurídico), los conceptos y categorías jurídicos del segundo se han formado y cristalizado en el plano de las relaciones *intraestatales*, es decir, en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (erigidos estos últimos en sujetos de aquel ordenamiento jurídico)...

"Distintamente del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no rige las relaciones entre iguales; opera precisamente en defensa de los ostensiblemente más débiles y vulnerables (las víctimas de violaciones de los derechos humanos). En las relaciones entre desiguales, se posiciona en defensa de los más necesitados de protección. No busca obtener un equilibrio abstracto entre las partes, sino más bien remediar los efectos del desequilibrio y de las disparidades en la medida en que afectan los derechos humanos. No se nutre de las concesiones de la reciprocidad, sino se inspira más bien en las consideraciones de *ordre public* en defensa de intereses comunes superiores. Es un verdadero *derecho de protección*, marcado por una lógica propia, y dirigido a la salvaguardia de los derechos de los seres humanos y no de los Estados...

"Es este el sentido propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyas normas jurídicas son interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del Derecho Internacional Público clásico¹¹".

En otras palabras, y como ha señalado la Corte, "desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción"¹².

La Corte Interamericana ha tenido en cuenta este razonamiento en su jurisprudencia y ha ido extrayendo consecuencias en la interpretación y aplicación de la Convención Americana.

11 *Caso Blake, Reparaciones*, Sentencia de 22 de enero de 1999, párrs. 5 y ss.

12 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párr. 33.

Como ha señalado reiteradamente la Corte, basándose en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados: "El objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos humanos, por lo que la Corte, siempre que requiera interpretarla debe hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos adquiriera todo su efecto útil"¹³.

El objeto y fin de la Convención ha permitido, por ejemplo, alegar reglas específicas en los tratados de Derechos Humanos en materia de reservas a los tratados (i), o de denuncia de los mismos (ii)

i) Así, en materia de *reservas a la Convención*, la Corte ha afirmado que no es aplicable la regla prevista en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 respecto a la necesaria aceptación de las reservas para la entrada en vigor de la manifestación del consentimiento. En palabras de la Corte: "En este contexto sería manifiestamente irrazonable concluir que la referencia del artículo 75 (de la Convención Americana) a la Convención de Viena, obliga a la aplicación del régimen legal establecido por el artículo 20.4 de la última, según el cual la entrada en vigor de una ratificación con reserva, depende de su aceptación por otro Estado. Un tratado que da tal importancia a la protección del individuo, que abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente puede decirse que tienda a retrasar la entrada en vigencia del tratado hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante como Parte. (...) Habiendo concluido que las reservas expresamente autorizadas por el artículo 75, esto es, todas las compatibles con el objeto y fin de la Convención, no requieren aceptación de los Estados Partes, la Corte opina que los instrumentos de ratificación o adhesión que las contienen entran en vigor, de acuerdo con el artículo 74, desde el momento de su depósito. Desde luego, los Estados Partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y son libres de afirmar ese

13 Cfr.: "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, Serie A No. 1, párrs. 43 ss.; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2; párrs. 19 ss.; *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 47 ss.; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 20 ss.; *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 29 ss.; *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, párrs. 13 ss.; *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 35; *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 33; *Caso Paniagua Morales y otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C No. 23, párr. 40.

su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquélla; pero no tienen interés en retrasar la entrada en vigor de la misma ni, por ende, la protección que ésta ofrece a los individuos en relación con los Estados que la ratifiquen o se adhieran a ella con reservas¹⁴"

Es esta una manifestación más de la "tensión" entre el Derecho Internacional clásico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como ha señalado el juez Cançado Trindade en su voto razonado en el *caso Blake*, llegando incluso a hacer proposiciones de *lege ferenda*, la tensión ineluctable entre ambos se manifiesta en "el propio sistema -voluntarista y contractualista- de reservas a tratados, consagrado en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículos 19-23) (inspirado en el criterio sostenido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las Reservas a la Convención contra el Genocidio), que conlleva a una fragmentación (en relaciones bilaterales) de las obligaciones convencionales de los Estados Partes en tratados multilaterales. Dicho sistema es, a mi juicio, enteramente inadecuado a los tratados de derechos humanos, que se inspiran en valores comunes superiores y se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva. La justa preocupación en salvaguardar sobre todo la integridad de los tratados de derechos humanos reclama hoy día una amplia revisión del sistema individualista de reservas consagrado en las dos mencionadas Convenciones de Viena. Fuertes razones militan en favor de atribuir a los órganos de supervisión internacional establecidos por estos tratados la determinación de la compatibilidad o no de reservas con el objeto y propósito de los tratados de derechos humanos, -en lugar de dejar dicha determinación a cargo de los propios Estados Partes, como si fueran, o pudieran ser, los árbitros finales del alcance de sus obligaciones convencionales. Dicho sistema de control internacional estaría mucho más conforme al carácter especial de los tratados de derechos humanos, dotados de mecanismos propios de supervisión. Aquí efectivamente se suman dos elementos necesariamente complementarios: el carácter especial de los tratados de derechos humanos (factor determinante, que no puede ser minimizado), y la necesidad de determinación del alcance de las competencias de los órganos de supervisión por ellos creados"¹⁵.

ii) Esta tensión se manifiesta también, en opinión del mismo juez, en materia de *denuncia* de los tratados de derechos humanos: "El mismo género de preocupación incide sobre la denuncia de un tratado, permisible en principio sólo cuando expresamente prevista en éste último, y no presumible en el presente dominio de protección. Aquí, nuevamente, se hace presente el factor tiempo: a diferencia de otros tratados cuya vigencia puede inclusive ser expresamente limi-

14 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párrs. 34 y ss.

15 *Caso Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 18.

tada en el tiempo, los tratados de derechos humanos crean obligaciones de protección de carácter objetivo, sin restricción temporal. Así, aunque prevista la denuncia (mediante ciertos requisitos), su aplicación, en caso extremo, debe sujetarse a controles, por cuanto no es razonable que un Estado Parte se comprometa a respetar los derechos humanos y a garantizar su pleno ejercicio solamente por algunos años, y que, denunciado el tratado, todo sería permisible... Nadie osaría intentar sostener tal posición. Además, aunque efectuada una denuncia, subsistirían en relación con el Estado denunciante las obligaciones consagradas en el tratado que corresponden también a reglas del derecho internacional consuetudinario, las cuales privarían la denuncia de todo efecto práctico. Al fin y al cabo, hay un elemento de intemporalidad en el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por tratarse de un derecho de protección del ser humano como tal, independientemente de su nacionalidad o de cualquier otra condición o circunstancia, y por lo tanto construido para aplicarse sin limitación temporal, o sea, todo el tiempo. El derecho de los tratados no puede seguir dejando de tomar en debida cuenta este elemento de intemporalidad propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶".

C. REPERCUSIONES DEL OBJETO Y FIN EN RELACIÓN CON LAS NORMAS SUSTANTIVAS

Si el objeto y fin de las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se refleja en los procedimientos de creación, reservas o denuncia de los tratados que las contienen, mucho más se refleja en el contenido sustantivo de las mismas. Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos deben ser interpretados buscando su efecto útil con el objeto de proteger al individuo frente al Estado. Todas las sentencias de la Corte son muestra de ello.

Incluso la Corte ha tenido en cuenta el objeto y fin de la Convención para interpretar la regla del previo agotamiento de los recursos internos. En palabras de la Corte: "La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones

16 *Ibidem*, párrs. 20 y 21.

contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo...

"El Gobierno puntualizó en la audiencia la naturaleza subsidiaria del régimen de protección internacional de los derechos humanos consagrado en la Convención respecto del derecho interno, como razón de la obligación de agotar previamente los recursos domésticos. La observación del Gobierno es acertada. Pero debe tenerse también en cuenta que la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no sólo estar justificada sino ser urgente. En esos casos no solamente es aplicable el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión, a propósito de la carga de la prueba, sino que la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional. De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Esa es la razón por la cual el artículo 46.2 establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional, precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos no son efectivos. Naturalmente cuando el Estado opone, en tiempo oportuno, esta excepción, la misma debe ser considerada y resuelta, pero la relación entre la apreciación sobre la aplicabilidad de la regla y la necesidad de una acción internacional oportuna en ausencia de recursos internos efectivos, puede aconsejar frecuentemente la consideración de las cuestiones relativas a aquella regla junto con el fondo de la materia planteada, para evitar que el trámite de una excepción preliminar demore innecesariamente el proceso¹⁷".

D. REPERCUSIONES DEL OBJETO Y FIN EN RELACIÓN CON LAS NORMAS PROCESALES

Por último, la Corte ha considerado que dicho objeto y fin atribuye un carácter especial a la Convención no sólo en las cuestiones formales (reservas, denuncia) o sustantivas (previo agotamiento de los recursos internos, contenido de las obligaciones) sino también en cuestiones procesales. Así, en los casos *Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional*, la Corte, ante el intento por parte de Perú de oponer como causa de incompetencia de la Corte la retirada de la cláusula de aceptación de su competencia en materia contenciosa, ha señalado que: "Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este princi-

17 *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párrs. 91 y ss.

pio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva... El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional... En el funcionamiento del sistema de protección consagrado en la Convención Americana, reviste particular importancia la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Al someterse a esa cláusula queda el Estado vinculado a la integridad de la Convención, y comprometido por completo con la garantía de protección internacional de los derechos humanos consagrada en dicha Convención. El Estado Parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo. El instrumento de aceptación de la competencia de la Corte debe, pues, ser apreciado siempre a la luz del objeto y propósito de la Convención Americana como tratado de derechos humanos"¹⁸.

* * *

En conclusión, afirmando sin lugar a dudas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un sector del Derecho Internacional del que comparte una gran número de caracteres y cuyas reglas generales son en su mayor parte aplicables, podemos afirmar también con la Corte que "la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamen-

18 *Caso Ivcher Bronstein, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, párr. 37 y ss.; *Caso Tribunal Constitucional, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párrs. 36 y ss.

tan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno¹⁹".

III. FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *versus* FUNCIÓN CONTENCIOSA DE UNA CORTE INTERESTATAL

Al igual que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un sector del Derecho Internacional Público del que no comparte todas sus características y entre los que en ocasiones surgen "tensiones", tampoco podemos confundir la Corte, pese a ser claramente un órgano judicial internacional, ni su función contenciosa, con una Corte internacional clásica, como la Corte Internacional de Justicia y la función contenciosa por ella ejercida.

Ello no significa que la función contenciosa de ambas jurisdicciones no tenga nada en común. Muy al contrario, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la función contenciosa de otras Cortes internacionales de Derechos Humanos, es una jurisdicción internacional que aplica el Derecho Internacional y que, por tanto, comparte muchas características comunes con la función contenciosa de una Corte internacional clásica (a). Pero hecha esta afirmación, debemos afirmar también que, igual que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen características específicas, es lógico que la naturaleza y el contenido de la responsabilidad por su violación, así como el ejercicio de la función contenciosa para su exigencia, también las tengan, lo que provoca diferencias importantes entre la función contenciosa de una corte internacional clásica y la función contenciosa de una Corte internacional de Derechos Humanos (b).

A. SIMILITUDES ENTRE LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ambas jurisdicciones buscan establecer la eventual responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales. Ello nos permite establecer, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, similitudes en la naturaleza jurisdiccional de ambas Cortes (i), en que ambas funciones contenciosas tengan por fin resolver casos concretos y no cuestiones teóricas o abstractas (ii), en la aplicación exclusiva de las normas internacionales para la atribución de un hecho al Estado (iii), así como para la determinación del contenido de la responsabilidad (iv), en la aplicación del principio característico del

19 *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, párr. 42

Derecho Internacional del no formalismo a lo largo de todo el procedimiento (v), en los criterios de valoración de las pruebas (vi) y en la aplicación de la regla del previo agotamiento de los recursos internos (vii)

i) Lo primero que debemos destacar es la *naturaleza de órgano jurisdiccional* de la Corte Interamericana. Naturaleza que, además, es el único órgano de la Convención que la posee pues, como ha señalado la Corte, la función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es la misma. En palabras suyas: "la Corte, en ejercicio de su competencia contenciosa, está facultada para decidir "sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de (la) Convención" (art. 62.1). Son esas las atribuciones que aceptan los Estados que se someten a la jurisdicción obligatoria de la Corte. Los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. Ella es competente, por consiguiente, para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Convención y para adoptar las disposiciones apropiadas derivadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer del caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en la que esté envuelta la "interpretación o aplicación de (la) Convención". En el ejercicio de esas atribuciones la Corte no está vinculada con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación. Obviamente la Corte no actúa, con respecto a la Comisión, en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Su jurisdicción plena para considerar y revisar *in toto* lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional de la materia. En este sentido, al tiempo que se asegura una más completa protección judicial de los derechos humanos reconocidos por la Convención, se garantiza a los Estados Partes que han aceptado la competencia de la Corte, el estricto respeto de sus normas"²⁰.

La Corte Interamericana comparte, pues, con la Corte Internacional de Justicia el carácter de órgano jurisdiccional internacional.

ii) Igualmente, comparte con ella el fin de determinar la eventual responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales a su cargo en un *caso concreto*.

Así, la Corte ha señalado reiteradamente que, en el ejercicio de su función contenciosa, al igual que la Corte Internacional de Justicia, no puede analizar cuestiones abstractas, sino casos concretos donde se plantee ante la Corte una o más violaciones concretas del Derecho.

20 *Caso Velásquez Rodríguez - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de Junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 29

En palabras de la Corte Interamericana: "La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención".²¹

Igualmente ha mantenido 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 contrario a la Convención. La Corte, al conocer del fondo del asunto, tendrá que examinar si la conducta del Gobierno se ajustó o no a la Convención, pues, como ya ha dicho: tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado..."²².

iii) Precisamente en esa función de examinar la conducta del Gobierno del Estado, la Corte Interamericana, al igual que la Corte Internacional de Justicia en su función contenciosa, aplica también exclusivamente el Derecho Internacional respecto de la *atribución de un hecho al Estado*.

La Corte se rige por las reglas reconocidas y aplicadas por la jurisprudencia internacional para atribuir al Estado un hecho que supone violación de una obligación internacional. Así, por ejemplo, en el *caso Velásquez Rodríguez*, la Corte ha señalado que: "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

21 *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 del 9 de Diciembre de 1994, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Serie A No. 14, párr. 49.

22 *Caso Genie Lacayo - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 27 de Enero de 1995, Serie C No. 21, párr. 50. Ver también: *... 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 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 48.

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...

"Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención...

"El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación...

"El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado...

"El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos 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...

"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."²³

Son pues las mismas reglas de atribución recogidas en el Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados que se encuentra elaborando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y que aplica reiteradamente la Corte Internacional de Justicia.

iv) De la misma forma, las reglas aplicables al *contenido de la responsabilidad* las extrae la Corte Interamericana única y exclusivamente del Derecho Internacional: "la obligación de reparación se rige por el derecho internacional en todos los aspectos, como por ejemplo, alcance, modalidades, beneficiarios, entre otros, que no pueden ser modificados ni suspendidos por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno"²⁴.

En este mismo sentido, analizando el art. 63.1 de la Convención Americana relativo a las reparaciones, la Corte ha señalado²⁵ que este artículo reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del actual derecho internacional de la responsabilidad de los Estados²⁶. Así lo ha aplicado la Corte²⁷, afirmando, además, que la jurisprudencia ha considerado también que la responsabilidad consagrada en esta disposición es un corolario necesario del derecho²⁸: "Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar"²⁹.

23 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 172 y ss.

24 *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 44; *Caso El Amparo - Reparaciones* Sentencia de 14 de Septiembre de 1996, párr. 15.

25 *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 43.

26 Cfr.: *Usine de Chorzów*, compétence, arrêt no. 8, 1927, *C.P.J.I. série A*, no. 9, p. 21 y *Usine de Chorzów*, fond, arrêt no. 13, 1928, *C.P.J.I. série A*, no. 17, p. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1949*, p. 184.

27 *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 25; *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 8, párr. 23; *Caso El Amparo, Reparaciones*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 14); *Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones*, Sentencia de 19 de septiembre de 1996, Serie C No. 29, párr. 36; *Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones*, Sentencia 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 15.

28 Sentencia arbitral de Max Huber del 23.X.1924 en el caso de los bienes británicos en Marruecos español, O.N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 641; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 33.

29 *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, Sentencia de 27 de Agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 40.

La Corte, además, ha precisado, en reiteradas ocasiones, el significado de la reparación en el contexto del art. 63.1 de la Convención, señalando: "La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte... La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos...

"Es conveniente recordar también aquí que la obligación contenida en el artículo 63.1 de la Convención es de derecho internacional y que éste rige todos sus aspectos como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc...

"La reparación, como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su calidad y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores".³⁰

Vemos pues como la Corte Interamericana, al igual que cualquier otra Corte internacional, se rige única y exclusivamente por el Derecho Internacional para fijar el contenido de la reparación.

v) Respecto a la proyección del *principio del no formalismo en el procedimiento*, la Corte determinó ya en su primer caso contencioso: "la Corte deberá abordar varios problemas relativos a la interpretación y aplicación de las normas procesales contenidas en la Convención. Para ese fin, la Corte tiene en cuenta, en primer lugar, que, en la jurisdicción internacional, la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados

30 *Ibidem*, párrs. 41 y ss. Ver también: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 189; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 199; *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párrs. 44 y 46; *Caso El Amparo, Reparaciones*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párrs. 15 y 16; *Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones*, Sentencia 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párrs. 16 y 17; *Caso Neira Alegría y Otros, Reparaciones*, Sentencia de 19 de Enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 37; *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 38 y *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 8, párr. 36.

los distintos procedimientos. A este respecto cabe destacar que, ya en sus primeras actuaciones, la Corte de La Haya señaló:

La Corte, al ejercer una jurisdicción internacional, no está llamada a atribuir a las consideraciones de forma la misma importancia que ellas podrían tener en el derecho interno (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, *P.C.I.J., Series A*, No. 2, pág. 34; véase también Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, *I.C.J. Reports 1978*, párr. 42).

"Esta Corte deberá determinar, por ende, si se han respetado las cuestiones esenciales implícitas en las reglas de procedimiento contenidas en la Convención. Para ello deberá examinar si, en el curso del trámite de este asunto, se ha visto menoscabado el derecho de defensa del Estado que opone las excepciones a la admisibilidad, o éste se ha visto impedido de ejercer cualquiera de los otros derechos que la Convención le reconoce dentro del procedimiento ante la Comisión. Asimismo la Corte ha de verificar si el presente asunto ha sido tramitado de conformidad con los lineamientos esenciales del sistema de protección dispuesto por la Convención. Dentro de esos criterios generales, la Corte examinará las distintas cuestiones procesales que le han sido sometidas, con el objeto de definir si existen vicios tales en el trámite al que ha sido sometido el presente caso, que deba rechazarse in limine la consideración del fondo."³¹

vi) Postura similar ha mantenido en materia de *orden y valoración de la prueba* al mantener que: "La Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del quantum de prueba necesario para fundar el fallo (cfr. Corfu Channel, Merits, Judgment *I.C.J. Reports 1949*; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, párrs. 29-30 y 59-60)...

"Para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. En cuanto al requerimiento de prueba, esos mismos sistemas reconocen gradaciones diferentes que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad del litigio...

"La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos...

³¹ *Caso Velásquez Rodríguez - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de Junio de 1987, Serie C No. 1, párrs. 33 y 34.

"El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos."³²

vii) Por último, respecto de la cuestión del *previo agotamiento de los recursos internos*, "la Corte considera conveniente precisar que si un Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2. No se debe presumir con ligereza que un Estado Parte en la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria" de la interna"³³.

De esta forma, la regla del previo agotamiento de los recursos internos aparece, con las matizaciones que veremos más adelante, como un requisito de procedimiento para el ejercicio de la función contenciosa de la Corte Interamericana, al igual que para el ejercicio de la función contenciosa de la Corte Internacional de Justicia respecto del incumplimiento de obligaciones relativas a particulares.

B. CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADORAS DE LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONTENCIOSA POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Si bien todas las cuestiones hasta ahora señaladas nos muestran las similitudes entre el ejercicio de la función contenciosa de la Corte Interamericana y la de la Corte Internacional de Justicia, fruto del carácter internacional de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también debemos señalar las diferencias que entre ambas existen. Diferencias que se basan, de un lado, en las características especiales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior y, de otro lado, en la parte lesionada: aunque el individuo no sea parte ante la Corte y el Estado sólo pueda ser demandado por la Comisión u otro Estado, como ha afirmado reiteradamente la Corte: "su función primordial es salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias" y, por tanto, es la víctima, la persona, la que está en el centro de su atención.

Esas circunstancias hacen, en primer lugar, que el fin último sea distinto, pues en el caso de una Corte de Derechos Humanos, el fin último y principal es garantizar a la víctima en el

32 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 127 y ss.

33 *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de Enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 63 y 64.

goce de su libertad o derecho conculcado, lo que, entre otras cosas, permite que aunque el Estado haya sido condenado por la realización de determinados hechos, esos mismos hechos puedan volver a ser conocidos por la Corte Interamericana cuando la demanda está originada por una víctima distinta (i); por otra parte, la desigualdad de las partes impone reglas específicas en la función contenciosa de la Corte en materias en que acabamos de ver como semejantes, como es el caso del orden y valoración de las pruebas (ii) o la regla del previo agotamiento de los recursos internos (iii); igualmente, el orden objetivo que intenta ser salvaguardado impone determinados límites al consentimiento de las partes tanto en el desistimiento (iv), como para separarse de determinadas reglas del proceso (v), o en materia de acuerdo amistoso (vi); por último, las características especiales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reflejan en el mismo fundamento de la función contenciosa de la Corte: la cláusula facultativa de aceptación de la competencia de la Corte por los Estados (vii).

i) Así, en primer lugar, en la medida en que el centro de atención de la función contenciosa de la Corte es la víctima, unos mismos hechos de un Estado pueden ser conocidos en diversos casos ante la Corte, si las víctimas son distintas. Así lo señaló la Corte en el *caso Durand y Ugarte*, al señalar: "La Corte observa que la titularidad de los derechos humanos reside en cada individuo, y que por ello la violación de los derechos debe ser analizada de manera asimismo individual. El juicio que se formula acerca de un caso no prejuzga sobre otros, cuando son diferentes los titulares de los derechos, aunque los hechos violatorios sean comunes."³⁴.

Ello es así porque el fin de la función contenciosa de la Corte no es sólo determinar la responsabilidad del Estado en caso de que su actuación no se haya acomodado a lo establecido en la norma internacional, sino también (y principalmente) la reparación de cada una de las víctimas concretas: "En un procedimiento contencioso, la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención)."³⁵

ii) Víctimas que son seres humanos y que, por fuerza, se encuentran en una posición de desigualdad frente al Estado demandado. Esa situación de desigualdad justifica la postura mantenida por la Corte en materia de *valoración de las pruebas*, donde, como veremos en la Parte III de este trabajo, no son considerados los principios *in dubio pro reo* o de presunción de

34 *Caso Durand y Ugarte, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 28 de Mayo de 1999, Serie C No. 50, párr. 48

35 *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de Setiembre de 1983, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Serie A No. 3, párr. 32

inocencia. Sirva de ejemplo el *caso Gangaram Panday* en el que la Corte utilizó el siguiente argumento: "La Corte ha sostenido que "en los procesos sobre violaciones de los derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado"... La Corte, en ejercicio de su función jurisdiccional, tratándose de la obtención y valoración de las pruebas necesarias para la decisión de los casos que conoce puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos, en particular cuando el Estado demandado haya asumido una conducta renuente en sus actuaciones ante la Corte... Consta en el expediente que el Gobierno fue requerido, mediante resolución del Presidente de 10 de julio de 1992, para suministrar los textos oficiales de la Constitución y de las leyes sustantivas y sobre procedimiento criminal que regían en su territorio para los casos de detenciones en la fecha en que tuvo lugar la detención de Asok Gangaram Panday. El Gobierno no allegó al expediente tales textos ni suministró explicación alguna acerca de su omisión... Por lo antes dicho, la Corte infiere de la actitud del Gobierno que el señor Asok Gangaram Panday fue detenido ilegalmente por miembros de la Policía Militar de Suriname cuando llegó procedente de Holanda al Aeropuerto de Zanderij, no siéndole necesario, por ende, pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida y de su no traslado sin demora ante la autoridad judicial competente. Y así lo declara."³⁶.

iii) Estas peculiaridades se reflejan también en otros ámbitos más sustanciales como es el caso de la regla del previo agotamiento de los recursos internos a la que antes hacíamos referencia.

Así, en palabras del juez Cançado Trindade en su voto razonado en la sentencia sobre excepciones preliminares del *caso Gangaram Panday*: "La especificidad o el carácter especial de los tratados e instrumentos sobre derechos humanos, la naturaleza y la gravedad de ciertas violaciones de los derechos humanos y los imperativos de protección de la persona humana enfatizan la necesidad de evitar consecuencias injustas y de asegurar con este propósito una aplicación necesariamente distinta (más flexible y equitativa) de la regla de los recursos internos en el contexto específico de la protección internacional de los derechos humanos. Esto explica, en el presente dominio de protección, la aplicación de los principios de la buena fe y del estoppel en la salvaguardia del debido proceso legal y de los derechos de las presuntas

36 *Caso Gangaram Panday*, Sentencia de 21 de Enero de 1994, Serie C No. 16, párrs. 49 y ss. Aunque, lógicamente, la Corte tiene en cuenta el que la responsabilidad sea inferida a efectos del contenido de la indemnización. Así, en este caso concreto, la Corte señaló: "En virtud de que la responsabilidad de Suriname es inferida, la Corte resuelve fijar una indemnización de carácter nominal que debe ser pagada una mitad para la viuda y otra para los hijos de la víctima, si los hubiere. Si no hubiere hijos, la parte de éstos acrecerá la mitad de la viuda. En virtud, igualmente, de que la responsabilidad de Suriname es inferida, la Corte considera que debe desestimar la solicitud de condenatoria en costas" (*Ibidem*, párrs. 70 y 71). Ver también: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 135; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 141.

víctimas, la distribución de la carga de la prueba en cuanto al agotamiento de los recursos internos entre la presunta víctima y el Gobierno con una carga mayor sobre este último (Cfr: Tres casos hondureños: Corte I.D.H., Excepciones Preliminares, 1987 ("*Velásquez Rodríguez*", § 88; "*Godínez Cruz*", § 90; "*Fairén Garbi y Solís Corrales*", § 87) ; y fondo ("*Velásquez Rodríguez*", 1988, §§ 56-60 y 73; "*Godínez Cruz*", 1989, §§ 62-63 y 76; "*Fairén Garbi y Solís Corrales*", 1989, §§ 83-84). Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, 1990, §§ 40-41) , las aclaraciones y mayor precisión en cuanto a la amplia gama de excepciones a la regla de los recursos internos (Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, 1990, §§ 14-40) . Esto viene a confirmar que los principios generalmente reconocidos del derecho internacional, mencionados en la formulación de la regla de los recursos internos en los tratados e instrumentos de derechos humanos, experimentan necesariamente un cierto grado de adaptación o ajuste cuando se encuentran incorporados en dichos tratados e instrumentos, dada la especificidad de éstos y el carácter especial de su objeto y propósito últimos."³⁷.

iv) Es también la desigualdad de las partes, así como el carácter de "orden público superior" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que justifica los límites al posible acuerdo de las partes, que debe ser siempre fiscalizado por la Corte. Límites que se manifiestan, en primer lugar, en la *posibilidad de desistimiento*.

Así, la Corte ha señalado que: "la facultad discrecional de retener el conocimiento de un caso reside en la Corte, aún cuando la parte demandante le notifique su intención de desistir del mismo, pues el principio que guía al Tribunal es su responsabilidad de proteger los derechos humanos (cf. artículos 27.1, 52.1 y 54 del Reglamento)."³⁸

³⁷ *Caso Gangaram Panday - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de Diciembre de 1991, Serie C No. 12, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 11.

Fruto de esta concepción son las expresiones de la Corte Interamericana que citábamos en el apartado I de este trabajo: "De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Esa es la razón por la cual el artículo 46.2 establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional, precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos no son efectivos. Naturalmente cuando el Estado opone, en tiempo oportuno, esta excepción, la misma debe ser considerada y resuelta, pero la relación entre la apreciación sobre la aplicabilidad de la regla y la necesidad de una acción internacional oportuna en ausencia de recursos internos efectivos, puede aconsejar frecuentemente la consideración de las cuestiones relativas a aquella regla junto con el fondo de la materia planteada, para evitar que el trámite de una excepción preliminar demore innecesariamente el proceso." (*Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párrs. 91 y ss)

³⁸ *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97, de 14 de Noviembre de 1997, solicitada por el Estado de Chile, párr. 27.

v) Dichos límites al consentimiento de las partes se aplican también a *algunas reglas procesales*, respecto de las que la Corte ha mantenido que: "La naturaleza del proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas procesales, aún de común acuerdo, pues tienen el carácter de orden público procesal."³⁹

vi) Igualmente referido a los límites al consentimiento, y en relación al posible *acuerdo amistoso* entre las partes, no deben olvidarse los artículos 53⁴⁰ y 54⁴¹ del reglamento de la Corte que reserva a ésta la facultad de supervisar y decidir si da o no por válido dicho acuerdo amistoso a la luz del fin último de la Convención: la salvaguardia y protección de los derechos humanos, que no son renunciables.

vii) Por último, el carácter especial de los tratados de Derechos Humanos, así como el objeto y el fin de un sistema de protección internacional de los mismos es el motivo que ha llevado a la Corte a afirmar categóricamente, en relación a *la cláusula facultativa de aceptación de la competencia de la Corte*, en sus trascendentales sentencias de 24 de septiembre de 1999, la necesidad de "descartar cualquier analogía entre, por un lado, la práctica estatal permisiva desarrollada bajo el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y, por otro lado, la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de esta Corte, teniendo presentes el carácter especial, así como el objeto y propósito de la Convención Americana. En este sentido se ha pronunciado igualmente la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia sobre excepciones preliminares en el caso *Loizidou vs. Turquía* (1995), en relación con la cláusula facultativa de su jurisdicción obligatoria (artículo 46 de la Convención Europea, anteriormente a la entrada en vigor, el 01.11.1998, del Protocolo XI a la Convención Europea), fundamentando su posición en el carácter de "tratado normativo" (*law-making treaty*) de la Convención Europea...

"En efecto, la solución internacional de casos de derechos humanos (confiada a tribunales como las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos), no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (confiada a un tribunal como la Corte Internacional de Justicia); por tratarse, como es ampliamente reconocido, de contextos fundamentalmente distintos, los Estados no pueden

39 *Caso Garrido y Baigorria*, Sentencia de 2 de Febrero de 1996, Serie C No. 26, párr. 28.

40 Artículo 53: Cuando las partes en un caso ante la Corte comunicaren a esta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá, llegado el caso y después de haber oído a los representantes de las víctimas o sus familiares, sobreseer y declarar terminado el asunto.

41 Artículo 54: La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes.

pretender contar, en el primero de dichos contextos, con la misma discrecionalidad con que han contado tradicionalmente en el segundo."⁴²

* * *

Todas estas peculiaridades son fruto, como hemos señalado, tanto del carácter imperativo de los derechos humanos como, especialmente, de la situación de desigualdad de las partes en el proceso. Como exponíamos en la Parte I de esta ponencia, citando al juez Cañado Trindade, distintamente del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no rige las relaciones entre iguales; opera precisamente en defensa de los ostensiblemente más débiles y vulnerables (las víctimas de violaciones de los derechos humanos). En las relaciones entre desiguales, se posiciona en defensa de los más necesitados de protección. No busca obtener un equilibrio abstracto entre las partes, sino más bien remediar los efectos del desequilibrio y de las disparidades en la medida en que afectan los derechos humanos. No se nutre de las concesiones de la reciprocidad, sino se inspira más bien en las consideraciones de *ordre public* en defensa de intereses comunes superiores. Es un verdadero *derecho de protección*, marcado por una lógica propia, y dirigido a la salvaguardia de los derechos de los seres humanos y no de los Estados.

Es este el sentido propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyas normas jurídicas son interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, lo que necesariamente se refleja en el ejercicio de la función contenciosa de la Corte Interamericana.

IV. FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE *versus* FUNCIÓN DE UN TRIBUNAL PENAL

La consideración central del individuo en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el fin de reparación de la víctima podría hacer confundir dicha función contenciosa con las funciones de un tribunal penal internacional o con las funciones de un tribunal penal de última instancia interno. La Corte ha tenido buen cuidado de distinguir claramente su función de la de esos otros tribunales. Así, en la jurisprudencia de la Corte encontramos claramente marcadas las diferencias de la función contenciosa de la Corte tanto con las de un tribunal penal internacional (a), como con las de un tribunal penal que pueda revisar las sentencias de condena de la víctima demandante (b), las de un tribunal que juzgue penalmente a los agentes del Estado que cometieron las violaciones de los derechos humanos alegadas (c) e, incluso, y con consecuencias especialmente importantes, de un tribunal ante el que se ejerza una acción penal contra el Estado demandado (d).

⁴² *Caso Ivcher Bronstein, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No 54, párr. 47 y ss.; *Caso Tribunal Constitucional, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párrs. 46 y ss.

A. LA CORTE NO ES UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

En relación con las funciones de los Tribunales Penales Internacionales que han empezado a proliferar en la práctica más reciente, la Corte ha señalado de forma clara en la Opinión Consultiva sobre *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*: "El derecho internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales. Lo anterior representa una evolución de la doctrina clásica de que el derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados...

"Sin embargo, actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos...

"Lo expuesto en los párrafos anteriores ha sido consignado en numerosos instrumentos internacionales. Basta señalar que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció en su resolución N° 764 del 13 de julio de 1992 respecto del conflicto de la ex Yugoslavia, "que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios [de Ginebra, 1949] son considerados personalmente responsables de dichas violaciones".

"Posteriormente, el mismo Consejo de Seguridad aprobó en la resolución N° 808 del 22 de febrero de 1993 la creación del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos Responsables de Violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991...

"En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste... Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual. Pero la Corte entiende que la Comisión no pretende que se le absuelvan los interrogantes que surgen de esta hipótesis...

"La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen inter-

nacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron."⁴³

Pero la Corte no es competente, en su función contenciosa, para determinar tal responsabilidad.

B. LA CORTE NO ES UN TRIBUNAL PENAL DE ÚLTIMA INSTANCIA QUE PUEDA REVISAR LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS DE LA VÍCTIMA

Como ha afirmado la Corte, ésta no está "facultada para pronunciarse sobre la naturaleza y la gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas víctimas"⁴⁴. Reiteradamente ha señalado que "la Corte subraya que no puede ni debe discutir o juzgar la naturaleza de los delitos atribuidos a las supuestas víctimas que se halla reservada al juicio penal correspondiente. La Corte sólo está llamada a pronunciarse acerca de violaciones concretas a las disposiciones de la Convención, en relación con cualesquiera personas e independientemente de la situación jurídica que éstas guarden y de la licitud o ilicitud de su conducta desde la perspectiva de las normas penales que pudieran resultar aplicables conforme a la legislación nacional"⁴⁵.

Así pues, la Corte "no conoce de la inocencia o culpabilidad del imputado, pues un pronunciamiento de esa naturaleza compete al tribunal penal interno"⁴⁶, de forma que la Corte no debe ser confundida con una nueva instancia que pueda revisar la sentencia de la última instancia nacional. Como señaló la Corte en la sentencia sobre excepciones preliminares en el *caso Villagrán Morales y otros*: "Esta Corte considera que la demanda presentada por la Comisión Interamericana no pretende la revisión del fallo de la Corte Suprema de Guatemala sino que solicita que se declare que el Estado violó varios preceptos de la Convención Americana por la muerte de las citadas personas, que atribuye a miembros de la policía de ese Estado y que por lo tanto existe responsabilidad de éste"⁴⁷.

43 *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 del 9 de diciembre de 1994, párrs. 52 y ss. Ver además: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 170; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 179.

44 *Ibidem*, párr. 89.

45 *Caso Castillo Petrucci y Otros - Excepciones preliminares*, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Serie C No. 41, párr. 83

46 *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 37; *Caso Castillo Petrucci y Otros - Excepciones preliminares*, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Serie C No. 41, párr. 84.

47 *Caso Villagrán Morales y Otros - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 11 de Septiembre de 1997, Serie C No. 32, párr. 18

Esta finalidad de la función contenciosa de la Corte, en contraposición a la de una instancia de revisión de la jurisdicción interna, justificó también el rechazo de dos de las excepciones preliminares presentadas por Perú en el *caso Cesti Hurtado*. En Palabras de la Corte: "En las dos excepciones preliminares de que se ocupa la Corte en este momento, el Estado ha hecho referencia al principio de cosa juzgada (*res judicata*). El Estado argumenta que la pena privativa de libertad impuesta al señor Cesti Hurtado 'es en mérito de una sentencia que goza de la autoridad de cosa juzgada por cuanto ha sido revisada en última instancia del fuero militar. Dicha sentencia es inamovible, irrevisable'. De este alegato derivaría, como consecuencia necesaria, que no es posible que la Corte admita y tramite la demanda que la Comisión ha presentado en favor de la supuesta víctima... La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. En el presente caso, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si la supuesta víctima violó la Ley peruana (ya sea ésta la ordinaria o la militar), sino si el Perú ha violado las obligaciones internacionales que contrajo al constituirse en Estado Parte en la Convención Americana."⁴⁸

C. LA CORTE NO JUZGA A LOS AGENTES DEL ESTADO QUE PARTICIPARON EN LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Igualmente es importante distinguir la función contenciosa de una Corte de Derechos Humanos de la de un Tribunal penal que pueda juzgar a las personas que realizaron materialmente las presuntas violaciones de los derechos humanos de la víctima. Tal y como ha reiterado en abundante jurisprudencia "la Corte no es un tribunal penal en el sentido de que en su seno pueda discutirse la responsabilidad penal de los individuos".⁴⁹

Esta afirmación lleva consigo que "la Corte (tenga) atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de los derechos humanos, pero no para investigar y sancionar la conducta de los agentes del Estado que hubieren participado en esas violaciones"⁵⁰.

48 *Caso Cesti Hurtado - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de enero de 1999, Serie C No. 49, párrs. 46 y 47.

49 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 134; *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 37; *Caso Paniagua Morales y otros*, párr. 71; *Caso Cesti Hurtado*, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C No. 56, párr. 108.

50 *Caso Castillo Petruzzi y Otros*, Sentencia de 30 de Mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 90 (subrayado añadido).

**D. LA ACCIÓN EJERCIDA ANTE LA CORTE NO ES UNA ACCIÓN PENAL
CONTRA EL ESTADO**

De la misma forma que afirmamos que la Corte no puede juzgar penalmente ni el comportamiento de los agentes del Estado, ni el comportamiento de la víctima, debemos afirmar también que la Corte tampoco juzga penalmente al Estado demandado. Como ha indicado la Corte: "Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones."⁵¹

Esta afirmación es de especial importancia por sus consecuencias en el ejercicio de la función contenciosa de la Corte. En efecto, la Corte ha extraído varias consecuencias de ese carácter "no penal" de la acción ejercida contra el Estado por violación de Derechos Humanos. En este caso nos interesa destacar tres de esas consecuencias relativas a la carga de la prueba (i), a la valoración de la prueba (ii) y la naturaleza de la reparación (iii).

i) Respecto a la *carga de la prueba*, la Corte ha señalado cómo, precisamente por no comparecer los Estados ante la Corte como sujetos de acción penal, "a diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado... Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno"⁵².

Es precisamente esta circunstancia la que justifica el artículo 42 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme con el cual "se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición... si... dicho Gobierno no suministrare la información correspondiente"⁵³.

No es que exista una presunción de culpabilidad del Estado, sino que la desigualdad de las partes a la que hacíamos referencia en el apartado anterior de este trabajo, unido al objeto y fin de la Convención y a que el Estado no comparece como sujeto de acción penal, sino exclusivamente en una acción de responsabilidad internacional, hace que la carga de la prueba

51 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 134.

52 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 135 y 136. Ver también *Caso Neira Alegría y Otros*, Sentencia de 19 de Enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 65.

53 Sobre este artículo ver los comentarios de la Corte en el *Caso Gangaram Panday - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de Diciembre de 1991, Serie C No. 12, párr. 34

recaiga principalmente en la parte que más medios posee. Así, en el *caso Velásquez Rodríguez* la Corte, pese a intentar suplir de oficio algunas de las deficiencias de la defensa, tendrá en cuenta que "la forma en que la defensa ha sido conducida habría podido bastar para que muchos de los hechos afirmados por la Comisión se tuvieran válidamente por ciertos, sin más, en virtud del principio de que, salvo en la materia penal -que no tiene que ver en el presente caso como ya se dijo-, el silencio del demandado o su contestación elusiva o ambigua pueden interpretarse como aceptación de los hechos de la demanda, por lo menos mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte de la convicción judicial"⁵⁴. Igualmente, en el *caso Neira Alegría y otros*, relativo a diversas desapariciones en Perú, "la Corte considera que no corresponde a la Comisión demostrar el paradero de las tres personas a que se refiere este proceso, sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si éste hubiera procedido con la necesaria diligencia."⁵⁵.

ii) En relación con la *valoración de la prueba*, la Corte también ha extraído consecuencias relevantes del carácter "no penal" de su jurisdicción contenciosa. Así, en el *caso Loayza Tamayo*, ante la objeción presentada por el Estado a determinados testigos, la Corte mantendrá de forma clara que: "A tal efecto la Corte señala que los criterios de valoración de la prueba ante un tribunal internacional de derechos humanos revisten características especiales. Este no es un tribunal penal, por lo cual, las causales de objeción de testigos no operan en la misma forma, de modo tal que la investigación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos humanos permite a la Corte una mayor amplitud en la valoración de la prueba testimonial evacuada de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia."⁵⁶

En otras palabras, el carácter de juicio de responsabilidad internacional hace que, a diferencia de los asuntos de carácter penal, no sean de aplicación los principios *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia, que son principios propios de los juicios de naturaleza penal. Por ello, no es necesario establecer la absoluta veracidad de los hechos alegados contra el Estado, sino que la Corte considera suficiente acudir a los indicios derivados de hechos ya conocidos y que pueden conducir a la existencia de presunciones o pruebas circunstanciales. Como ha señalado la Corte, "la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos"⁵⁷.

54 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 138

55 *Caso Neira Alegría y Otros*, Sentencia de 19 de Enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 65.

56 *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 42.

57 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 130; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de Enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 136.

iii) Por último, la naturaleza de juicio de responsabilidad internacional del Estado y no de acción penal del ejercicio de la función contenciosa de la Corte tiene también su reflejo en la *reparación*. Al no ser una acción penal no cabe el carácter sancionatorio en la reparación. Como indicó de forma expresa la Corte en la sentencia sobre reparaciones del *caso Garrido y Baigorria*: "En los escritos presentados por los familiares de las víctimas existen algunos pasajes en que se solicitan indemnizaciones que irían más allá de la reparación de los daños y que tendrían cierto carácter sancionatorio... Estas pretensiones no corresponden a la naturaleza de este Tribunal ni a sus atribuciones. La Corte Interamericana no es un tribunal penal y su competencia, en este particular, es la de fijar las reparaciones a cargo de los Estados que hubieren violado la Convención. La reparación, como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su calidad y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores... En los casos contra Honduras... la Corte señaló que la expresión "justa indemnización" utilizada en el artículo 63.1 de la Convención es "compensatoria y no sancionatoria" y que el Derecho internacional desconoce la imposición de indemnizaciones "ejemplarizantes o disuasivas". Igualmente, en el *caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, esta Corte expresó que "el derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados."⁵⁸

* * *

En conclusión, no podemos confundir la función contenciosa de una Corte de Derechos Humanos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con las funciones ejercidas por Tribunal Penal Internacional o un Tribunal penal de última instancia, ni la acción de responsabilidad en ella ejercida con una acción penal. El reflejo de estas diferencias se plasma en los diversos elementos de la función contenciosa, de los que son buena muestra las cuestiones relativas a la prueba y a la reparación que acabamos de exponer.

V. CONCLUSIONES

En la presente ponencia he pretendido realizar unas reflexiones sobre la naturaleza de la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos basándome única y exclusivamente en su propia jurisprudencia. En mi opinión, la ponderada consideración de los

58 *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, Sentencia de 27 de Agosto de 1998, Serie C No. 39, párrs. 43 y 44. Ver también: *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 38; *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 8, párr. 36; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, Sentencia del 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 136.

elementos descritos es esencial para la correcta comprensión, tanto de la función contenciosa de la Corte, como de su jurisprudencia. Es esta especial naturaleza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la función contenciosa de la Corte, la que justifica la clara jurisprudencia de la Corte en materia de reservas a la Convención, en materia de pruebas, de reparaciones o de solución amistosa. Igualmente, es esta naturaleza la que justifica las importantísimas sentencias dictadas por la Corte el 24 de septiembre de este año en los casos *Ivcher Bronstein* y *Tribunal Constitucional*, en relación a la naturaleza de la cláusula facultativa de aceptación de la competencia de la Corte.

Dichas sentencias, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destacan por su solidez jurídica que se apoya en una ponderada interpretación de la Convención y en un cuidadoso análisis de la jurisprudencia internacional y constituyen un significativo aporte a la consolidación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.⁵⁹

Y es que, en efecto, todos sabemos que sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se han cernido, y se ciernen, graves peligros. Frente a ellos hay que señalar, como lo ha hecho el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Juez Luzius Wildhaber, que: "El proceso iniciado por la Declaración Universal de Derechos Humanos seguido por la Convención Europea y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, se deriva de la percepción de que las garantías judiciales internacionales son necesarias para reforzar una protección efectiva de los derechos fundamentales a nivel nacional. Al respecto, el papel de las organizaciones judiciales internacionales es un elemento esencial para establecer y consolidar el imperio del derecho a lo largo de toda la comunidad internacional, y así, ayudar a garantizar la paz y la estabilidad. Esto ha sido reconocido en Europa, en América y también en África, donde ya se tiene previsto comenzar una Corte Internacional.

"Se desprende que cualquier movimiento que intente desafiar el principio de la competencia internacional es un paso hacia atrás en tiempos en que, al finalizar un siglo que ha sido testigo de las violaciones más horribles de derechos humanos, el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales constituye un faro de esperanza para el nuevo milenio".⁶⁰

En este panel se van a tratar algunas cuestiones de enorme importancia en el ámbito de esa función contenciosa que, sin lugar a dudas, ha permitido, permite y permitirá el desarrollo

59 Comunicado de Prensa n° 25/99, de 29 de septiembre de 1999, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de las sentencias sobre competencia en los casos *Ivcher Bronstein* y *Tribunal Constitucional*.

60 Carta de fecha 1 de octubre de 1999 remitida por el Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, Juez Luzius Wildhaber, al Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, y reproducida en el comunicado de prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: CDH-CP13/99 ESPAÑOL.

del derecho interamericano de los derechos humanos. Derecho que es, esencialmente, un derecho evolutivo y es a través de la jurisprudencia de la Corte en materia contenciosa como se concreta esa evolución.

Para terminar una última reflexión de *lege ferenda* basada en la consideración del objeto y fin de la Convención y lógica consecuencia del discurso mantenido en esta ponencia. Para ello permítanme utilizar las palabras del actual Presidente de la Corte, Juez A.A. Cañado Trindade que ha mantenido la misma posición en su voto razonado en la sentencia sobre excepciones preliminares del caso *Castillo Páez*: "El *rationale* de mi posición, tal como lo he manifestado en la labor de la Corte, reside en última instancia en el propósito de asegurar el necesario equilibrio o igualdad procesal de las partes ante la Corte -es decir, entre los peticionarios demandantes y los gobiernos demandados,- esencial a todo sistema jurisdiccional de protección internacional de los derechos humanos. Sin el *locus standi in judicio* de ambas partes cualquier sistema de protección se encuentra irremediamente mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de directamente vindicarlos...

"En el universo del derecho internacional de los derechos humanos, es el individuo quien alega tener sus derechos violados, quien alega sufrir los daños, quien tiene que cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, quien participa activamente en eventual solución amistosa, y quien es el beneficiario (él o sus familiares) de eventuales reparaciones e indemnizaciones. En el examen de las cuestiones de admisibilidad, son partes, ante la Comisión, los individuos demandantes y los Gobiernos demandados; la reapertura de dichas cuestiones ante la Corte, ya sin la presencia de una de las partes (los peticionarios demandantes), atenta contra el principio de la igualdad procesal (*equality of arms/égalité des armes*)...

"En nuestro sistema regional de protección, el espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendientes a evitar su acceso directo a la instancia judicial internacional, - consideraciones estas que, en nuestros días, a mi modo de ver, carecen de sustentación o sentido, aún más tratándose de un tribunal internacional de derechos humanos...

"En el sistema interamericano de protección, cabe de *lege ferenda* superar gradualmente la concepción paternalista y anacrónica de la total intermediación de la Comisión entre el individuo (la verdadera parte demandante) y la Corte, según criterios y reglas claros y precisos, previa y cuidadosamente definidos. En el presente dominio de protección, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir al rescate de la posición del ser humano como sujeto del derecho de gentes dotado de personalidad y plena capacidad jurídicas internacionales."⁶¹

61 *Caso Castillo Páez - Excepciones Preliminares*, Sentencia de 30 de enero de 1996, Serie C No. 24, Voto razonado del Juez A. A. Cañado Trindade, párrs. 17 y ss.

LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE
A LA LUZ DE SU JURISPRUDENCIA

En efecto, la naturaleza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone, junto a los desarrollos jurisprudenciales llevados a cabo por la Corte hasta la fecha, determinadas reformas del sistema que, realizadas con la suficiente sabiduría, permitan que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos entre en el Siglo XXI más fortalecido.

San José, 23 de Noviembre de 1999

**PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL
Y SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO**

ROBERTO CUÉLLAR*

* Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO

ROBERTO CUÉLLAR

Sumario: I. Introducción. II. Los desafíos de la sociedad civil. III. Los desafíos del sistema interamericano. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

1. El análisis del papel que ha desempeñado y que actualmente desempeña la sociedad civil en las diversas etapas de la vida de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) requiere dos observaciones. En primer término, debemos decir que es imposible proponer un concepto único de sociedad civil porque cuenta con múltiples y diversas acepciones.

2. La sociedad civil es una instancia de organización autónoma y un espacio construido por diferentes grupos y movimientos sociales. Es una múltiple y variada dimensión alternativa frente al Estado y, en asuntos de derechos humanos fue la sociedad civil, y sus grupos organizados durante las décadas de los años setenta y ochenta, una vigorosa y fuerte oposición al abuso estatal, a la dictadura y a las violaciones cometidas por los gobiernos. Además, frente a las luchas ideológicas de la época, estas entidades se esforzaron en condenar la violencia generalizada que afectó gravemente a la población civil. Ahora, se ha llegado a asegurar que esa fuerza civil ya no es necesaria para las incipientes democracias y, de forma peligrosa, se ha dicho que esos medios civiles alternativos, las ONG, por no representativas debilitan los sistemas democráticos y son un obstáculo para la consolidación de las democracias.

3. En segundo lugar, al examinar los procesos de las entidades no gubernamentales de derechos humanos ante la CIDH, es de primordial importancia ubicarles espacial y temporalmente en tres etapas:

- 1) *la de aproximación y afirmación de la CIDH hacia la realidad de los derechos humanos* en las Américas y hacia esas entidades civiles y sectoriales de activismo y de denuncia de las violaciones a la dignidad humana,
- 2) *la del desarrollo de una política de entendimiento* entre la CIDH y las entidades civiles de derechos humanos, y
- 3) *la del perfeccionamiento del trabajo* de un grupo de entidades civiles, mayormente especializadas y bien preparadas para atender las exigencias -especialmente jurídicas- de las nuevas demandas y planteamientos a la fenomenología actual de los derechos humanos ante el sistema interamericano.

4. Esta articulación entre la dinámica de la CIDH y los grupos organizados de la sociedad civil para la protección y la defensa local, constituye un hecho sin precedentes en la historia de los derechos humanos en América. Es, sin duda, el hito más importante que le dio crédito y confianza a la sociedad civil, pero a su vez promovió el crecimiento y desarrollo progresivo de nuevas normas interamericanas para enfrentar las violaciones contra los derechos humanos y la ampliación conceptual de los procedimientos al interior de la CIDH y de la Corte Interamericana.

5. Hoy, la confluencia de los esfuerzos al futuro del sistema interamericano pasa necesariamente por una visión evaluativa y por una revisión prospectiva del crecimiento dialéctico frente a una diversidad de factores, tanto endógenos como exógenos al sistema interamericano, pero propiamente vinculados a una concepción de la relación inseparable entre democracia y derechos humanos.

6. Del otro lado, no gubernamental, en esencia, ese crecimiento dialéctico y visionario del futuro del sistema interamericano depende también de la percepción del uso de la CIDH -y de la otra CIDH; así como de las capacidades de las entidades no gubernamentales de superar sus propias dificultades organizativas y políticas, a modo de convertir los reclamos locales en derechos humanos en una agenda común de protección legal y social de las poblaciones más vulnerables frente a las insuficiencias y debilidades de nuestras democracias y ante las previsiones globales de la protección actual de los derechos humanos.

7. La relación entre la CIDH y la sociedad civil es fuerte y sistemáticamente se ha basado en el respeto mutuo. Especialmente, las diferentes CIDH de los últimos 20 años han tenido que hacer caso omiso a las frecuentes acusaciones y señalamientos de distintos gobiernos que tienden a desacreditar a los órganos y las entidades no gubernamentales, antes, durante y después de las tramitaciones de casos o como ha sucedido también antes, durante y después de las misiones de observación "in loco". Es más, la CIDH fue ampliando sus formas de relacionamiento con esas entidades civiles y, novedosamente, les incorporó en sus representaciones y litigios ante la Corte Interamericana a algunos de los organismos no oficiales, muy calificados y especializados en la tramitación y en los procedimientos. Pero, durante una época dicta-

torial y de violencia generalizada en varios países de Mesoamérica, allá por la mitad de la década de los ochenta, la CIDH sorprendió a la comunidad internacional y al movimiento civil al preparar el primer estudio de las condiciones delicadas y del alto riesgo en que estas entidades desempeñaban su papel de defensores de derechos. Con esa muestra evidente de preocupación por la vida y la existencia del movimiento civil, la CIDH dio uno de los primeros y mejores pasos a la relación con las organizaciones no gubernamentales y se acreditó una posición pionera de "acción cautelar global" a la defensa de los defensores de derechos humanos en el mundo del derecho internacional.

II. LOS DESAFÍOS DE LA SOCIEDAD CIVIL

8. En ese marco de una relación sostenible y sustentable entre la CIDH y la sociedad civil, durante estos períodos de guerra y de terrorismo, de revoluciones y de dictaduras, se ha detectado la existencia de un "derecho vivo" interamericano que ha contribuido al desarrollo, al fortalecimiento y a la expansión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, a sus treinta años, es el marco lógico que contiene los derechos y las premisas procesales de esa relación creciente con las entidades no gubernamentales. Pero ahora, ciertamente, vale la pena preguntarse si esa relación es necesaria, y si es necesaria, hacia dónde va y, subsecuentemente, preguntarle a la sociedad civil y a sus sectores de derechos humanos por la capacidad que tienen ahora de incidir en la protección interamericana de los derechos humanos de frente a un nuevo contexto político regional y a la fenomenología de los nuevos tipos de violaciones y abusos a estos derechos en las Américas.

9. Dentro de esa línea de pensamiento crítico, plantearemos algunas de las metas y desafíos a las ONG de las Américas, ante el sistema interamericano:

1. **hay que aprovechar las oportunidades de participación vigentes:** Muchas veces se ignoran los mecanismos legales y los espacios políticos existentes para una mayor participación de las entidades civiles en las decisiones que atañen al mejoramiento del sistema interamericano. Este proceso ha quedado en manos de una "élite" de ONG muy especializadas y demuestra la falta de articulación entre los niveles de trabajo nacional, subregional e internacional del movimiento de derechos humanos.
2. **hay que insistir en el pasado pero también con visión de futuro del sistema interamericano.** Tendemos a insistir solo en asuntos del pasado, a tal extremo de que una parte importante del movimiento de derechos humanos se ha quedado estancada. Si bien, el combate a la impunidad pasa necesariamente por resolver las violaciones cometidas por gobiernos dictatoriales y sucedidas en las guerras recién pasadas, hay que atender el complejo y fluido marco actual de las violaciones e impunidades que se producen por las ineficaces estructuras de nuestros sistemas e instituciones públicas.

3. **hay que comprender que las reglas básicas de la protección interamericana no han cambiado, pero están en constante progreso.** La dimensión de las violaciones a los derechos humanos tiende a transnacionalizarse, como el abuso y tráfico regional de menores, como del incremento subregional de la criminalidad y de agentes de la violencia organizada y la impunidad persistente por la violencia contra la mujer. Sobre este tema la Comisión ha tramitado hasta ahora alrededor de cinco casos de violencia contra la mujer y se ha comenzado a utilizar la Convención de Belem do Pará.

Por nuestra parte, el IIDH muy recientemente ha comenzado un esfuerzo para abrir la participación de la sociedad civil ante los órganos de protección por medio de un proceso educativo continuado y sostenible iniciado con un seminario regional destinado a capacitar en el acceso al sistema interamericano reuniendo a 30 representantes de ONG de América. Estas organizaciones deben recurrir a las alianzas hemisféricas y globales e ir a la búsqueda de la experiencia de redes de protección y de aquellas organizaciones cuyos objetivos persiguen el mejoramiento y eficacia de las normas procesales del sistema y de la ampliación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -como por ejemplo, lo que hizo la CIDH con la declaración de los derechos de los pueblos indígenas-.

4. **hay que darle el valor correspondiente al derecho interno con el derecho regional de los derechos humanos:** y es que más allá de las críticas oficiales, ahora excesivamente politizadas en contra de los dos organismos de protección del sistema interamericano, las ONG deben revalidar el derecho interno constitucional ante los intentos de debilitar la protección regional de los derechos humanos. Algunos gobiernos y expertos allegados están utilizando argumentos que a través de un pretendido análisis legalista tienden gradualmente a incrementar sus críticas para desacreditar a la Comisión y a la Corte. Más aún, han planteado como insuperables ciertas contradicciones entre la legislación nacional y las disposiciones jurídicas interamericanas y en ese complicado laberinto legalista, las ONG pueden verse confundidas por argumentos y planteamientos que ponen a la defensiva los alcances legítimos de la protección regional de los derechos humanos.

10. El movimiento civil de derechos humanos, *vis à vis*, tiene ante sí mismo el desafío de hacer posible que los sistemas jurídicos nacionales sean realmente compatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: y es que hoy es tan necesaria esa compatibilidad interamericana a modo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos sea la base de la mayor independencia de las instituciones públicas del control constitucional legal, a nivel local, de los sistemas de las rendiciones de cuentas a los funcionarios electos al servicio público y, por supuesto, del poder judicial.

III. LOS DESAFÍOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

11. Mucho se ha escrito acerca del perfeccionamiento del sistema interamericano, pero la década del final del siglo XX constituye un período diferente al desarrollo de los orga-

nismos de protección regional de los derechos humanos. Y es que el desarrollo va emparejado, en estos años recientes, con otro tipo de conflictos a los que se habría previsto que tratarían la Comisión y la Corte Interamericana: unos propios de la concepción que tenemos de derechos humanos –como la dificultad para considerar que los derechos humanos protegen además de sujetos individuales a sujetos colectivos como las comunidades indígenas-, y otros externos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como a la distribución de espacios de diálogo y de crítica de los gobiernos sensiblemente molestos con la realización y el mantenimiento de una política eficaz de protección a los derechos humanos.

12. La transición a la democracia tiene sus obstáculos y se lleva a cabo entre regresiones e involuciones: la agenda oficial frecuentemente retrasa el cumplimiento de las obligaciones en derechos humanos que los Estados libremente asumieron. Han surgido nuevos polos que generan retrocesos democráticos y nuevos ciclos de violencias. Pero hay diversos caminos abiertos para poder fortalecer esas nuevas tareas de la protección de la persona reforzando, a la vez, el relacionamiento de los órganos del sistema regional con las ONG del hemisferio: y es que para ello es necesaria una agenda clara de ordenamiento y de superación de cualquier percepción divisionista que demuestre una sólida interrelación de los órganos entre sí, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

13. Asimismo, la democracia y la participación no sólo debe suceder en el derecho interno. La ampliación de los márgenes de participación ciudadana deben darse también dentro del sistema interamericano. Hay una clara diferenciación de las posibilidades de participación de la sociedad civil ante los órganos políticos de la OEA, como en la Asamblea General o el Consejo Permanente y en los órganos de protección. El problema es grave porque en los ámbitos "políticos" se deciden cuestiones fundamentales que pueden afectar el régimen de protección establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus órganos. Por ejemplo, el Consejo Permanente está tratando los proyectos de Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas y la Declaración Interamericana sobre Libertad de Expresión y en ambos casos la participación de la sociedad civil no fue la deseable y no por falta de interés de las entidades civiles en los temas.

IV. CONCLUSIÓN

14. Tanto la Comisión y la Corte están cada vez más supeditadas entre sí. El estrecho entrelazado se comprueba en el terreno procesal, pero también en cuanto al tratamiento y a la atención de enfoques temáticos. Este proceso entre ambos reduce cada vez más la posibilidad de que algunos países o mejor dicho, gobiernos, puedan desarrollar su propia política de derechos humanos fuera de este marco: la proliferación de políticas nacionales outsiders, que no tienen en cuenta el sistema interamericano, da lugar a la fragmentación del sistema de protección. Hoy es cuando más se necesita, y no hay nada en contra de ello, de un aumento de las oportunidades entre la sociedad civil de promover el uso de la Comisión y de la Corte, pero a la vez se requieren respuestas claras del sistema interamericano presto a ofrecer a las víctimas

y a sus representantes otros espacios de diálogo y de entendimiento acerca de las nuevas dimensiones jurídicas y sociales de los derechos humanos.

15. Desde el IIDH se trata de promover la participación por medio de la educación. Toda la historia del IIDH se ha tratado de eso. Ya mencioné que hemos celebrado el curso de capacitación en el uso de los mecanismos previstos en el sistema interamericano en cuestiones de género y lo mismo hicimos en niñez, libertad de expresión, difundiendo el trabajo y el acceso a los órganos entre otros muchos temas sustantivos del uso del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno y en el razonamiento judicial. Por su parte, la Comisión Interamericana es probablemente el ejemplo más claro de participación de la sociedad civil, con diferencias, por supuesto, pero con diálogo respetuoso, serio y comprometido con la realidad de los derechos humanos. Así lo ha hecho con proyectos de normas que puso a discusión como la Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas, Desaparición Forzada, Tortura y Violencia contra la mujer y más aún, para la reforma de su propio reglamento invitó a la sociedad civil a dialogar y a formular propuestas.

16. Todos nosotros, los dos cuerpos principales, Corte, Comisión y por supuesto el IIDH -que fue creado visionariamente para educar en derechos humanos- debemos trabajar juntamente en profundizar los espacios de participación, diálogo y entendimiento, honrando que formamos parte de un sistema, que en definitiva es de todos y, esencialmente, es un sistema democrático, cuya alma se la da la sociedad civil.

**THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION:
PROTOCOL No. 11. ENTRY INTO FORCE
AND FIRST YEAR OF APPLICATION**

ANDREW DRZEMCZEWSKI*

* Head of the Secretary General's Monitoring Unit of the Council of Europe.

**THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION:
PROTOCOL No. 11. ENTRY INTO FORCE
AND FIRST YEAR OF APPLICATION**

ANDREW DRZEMCZEWSKI

Summary: I. Introduction. II. The new control system. III. Key aspects of the reformed structure. 1. Individual applications and inter-States cases. 2. Committee of Ministers role diminished (considerably). 3. Articles 43 and 30 of the Convention (the political compromise). IV. Election, status and conditions of service of new judges. V. Treaties aimed at ensuring independent functioning of the New Court. VI. Operation of new procedure as of 1st November 1998. VII. Transitional arrangements in force up to 31st October 1999. VIII. The Court's recent case law: a few examples. IX. Conclusions. Appendices.

I. INTRODUCTION

Protocol No. 11 to the European Convention on Human Rights (ECHR), ratified by all Council of Europe member States - in other words, ratified by all the forty-one Contracting States Parties to the ECHR - (Albania, Andorra, Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Georgia, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, San Marino, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, 'the former Yugoslav Republic of Macedonia', Turkey, Ukraine and United Kingdom), established a full-time, single Court to replace the Convention's former monitoring machinery. It entered into force on 1st November 1998¹.

1. Of the 17 new member States from Central and Eastern Europe, all have ratified the ECHR (including Protocol No. 11). The last one to do so, Georgia, deposited instruments of ratification on 20th May 1999. For a detailed list, consult vol. 20 *HRLJ* (1999), pp. 112-3.

The full text of the ECHR and its Protocols Nos 1, 4, 6 & 7 (as amended by Protocol No. 11), the Rules of Court as well as the legal texts referred to in Section 5 of the present paper can all be found

This text, opened for signature on 11 May 1994, is one of the concrete results of decisions taken by the Council of Europe's Heads of State and Government at their 1st summit meeting in Vienna, Austria, on 8 and 9 October 1993.

II. THE NEW CONTROL SYSTEM

- a. The former part-time monitoring institutions, namely the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights, have ceased to exist. A new European Court of Human Rights, operating full-time, has been set up in Strasbourg.
- b. The system has been streamlined and, above all, all applicants now have direct access to the new full-time Court.

Any cases that are clearly unfounded are sifted out of the system at an early stage by a unanimous decision of the Court, sitting as a three-judge committee (they are therefore declared inadmissible). In the large majority of cases, the Court sits as a seven-judge Chamber. There are at present four such Chambers. Only in exceptional cases will the Court, sitting as a Grand Chamber of 17 judges, decide on the most important issues. The President of the Court and the presidents of the four Chambers always sit in the Grand Chamber so as to ensure consistency and uniformity of the main case law. A judge elected in respect of the State Party involved in a case always sits in the Grand Chamber (as well as the pertinent seven-judge Chamber) in order to ensure a proper understanding of the legal system under consideration.

- c. All allegations of violations of individuals' rights are directly referred to the Court; the Committee of Ministers (the Council of Europe's executive organ) no longer has jurisdiction to decide on the merits of cases, though it continues to retain its important role of monitoring the enforcement of the Court's judgments.
- d. The right of individual application is now mandatory and the Court has automatic jurisdiction with respect to all inter-State cases brought before it.

in *Human Rights Today. European Legal Texts* (1999, Council of Europe Publishing), in English, and in *Les droits de l'homme: repères juridiques européens* (1999, Editions du Conseil de l'Europe), in French, the other official language of the Organisation. See also texts available on the Court's Internet site: <http://www.echr.coe.int> (in which all the Court's judgments can be consulted).

As concerns Protocol No 11 and its Explanatory Memorandum, see *Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Explanatory Report* (Council of Europe Press, 1994); also to be found in vol.15 HRLJ (1994) at pp.86-101, in English, and vol 6 RUDH (1994) pp. 86-101 in French.

III. KEY ASPECTS OF THE REFORMED STRUCTURE

Before providing a brief overview of a certain number of (admittedly arbitrarily selected) changes that have been made by Protocol No.11, three observations of a general nature are probably worth noting.

The first general observation is that the title of Protocol No.11 referred to the "restructuring of the control machinery" of the Convention. Thus the structural changes made, although profound, did not tamper with any of the rights already guaranteed in the body of the Convention or its protocols. The control machinery has however been changed fundamentally: a completely new institution, namely the permanent Court, has been created.

Secondly, the opportunity was taken to 'tidy up' some of the Convention's provisions in the light of many years' experience. See, for example, new Article 38 concerning friendly settlement proceedings and new Article 41 on just satisfaction. In addition, titles have been given to sections and headings to Articles, including headings to all the other Articles in the Convention and its protocols. These have been included on the understanding that they are not interpretations of the Convention's provisions and that they possess no legal effect. They are added simply in order to make the text of the Convention more easily understandable to the layman, as is the case with respect to the provisions of the American Convention on Human Rights.

Special provision is made for "territories for whose international relations a State is responsible". Article 56 repeats, by and large, what Article 63 of the old text stipulated. States (the United Kingdom and the Netherlands) have been able to make separate declarations in respect of these territories (declarations which must be distinguished from declaration accepting the competence of the former Court's jurisdiction and the acceptance of the right of individual petition before the Commission, both of which were optional under the old *regime*). Thus here, the optional character of the right of individual application before the new Court has, regrettably, been retained.

Three major changes

1. INDIVIDUAL APPLICATIONS AND INTER-STATE CASES

As concerns individual applications, Article 34 is based on the former Article 25 of the Convention. Under the old system, cases originating in applications by private individuals or non-governmental organisations could only be made if the State concerned had declared that it had accepted the Commission's competence in the matter and could only be decided by the Court if the State had, in addition, declared that it recognised the Court's jurisdiction.

Also, until the entry into force of Protocol No.11, a case which was capable of being the subject of judicial decision (where the Court's optional jurisdiction was recognised) could not

necessarily be so decided *unless* it was referred to the Court either by the Commission or the State concerned (or an applicant by virtue of Protocol No.9). And when not referred to the Court, the matter was left for determined by the Committee of Ministers, the executive/political organ of the Council of Europe. This situation, which was linked to the fact that the individual applicant had no *locus standi* to refer his own case to the Court, had been changed by Protocol No. 9, which -through it's filtering mechanism- nevertheless maintained a discriminatory procedure *vis-à-vis* the individual. Under the new system applicants are now able to bring their cases directly before the Court without any restrictions whatsoever. Also -and this is an important point- the coming into operation of the new control mechanism has entailed the abandonment of the Committee of Ministers so-called 'quasi-judicial' role, an anomaly which was often criticised and which even sometimes resulted in 'non-decisions' by the Committee of Ministers².

Article 33, which concerns inter-State cases, is based on former Article 24 of the Convention. The new text on inter-State cases reflects the old system whereby proceedings could be instituted before the Commission by one or more States against another State, without the necessity for any additional acceptance of competence on the latter's part. No major changes have been made in this connection, with the exception that such applications can now be addressed directly to the Strasbourg Court. That being said, one matter does, perhaps, merit a comment. An important last-minute innovation in the negotiating process (proposed by the U.K. authorities) ensured that -against the 'real' wishes of most negotiators- the re-hearing procedure be, in principle, also applicable to inter-State cases. In other words, an inter-State case must necessarily be brought before a seven-judge Chamber. This is, in my view, a complication which may unnecessarily prolong proceedings before the Court. Provision should have been made for inter-State cases to go directly before the Grand Chamber, as I find it difficult to see how, after a decision of a Chamber of seven judges, the losing State will not in most instances ask for a re-hearing and how, in turn, the panel of five judges of the Grand Chamber would be able to refuse a referral.

2. COMMITTEE OF MINISTERS ROLE DIMINISHED (CONSIDERABLY)

As already explained above, the Committee of Ministers, the Council of Europe's executive organs, no longer possesses a jurisdictional decision-making role in the new set-up. It does, however, maintain it's important role in supervising the execution of the Court's judgments. This is an important, indeed crucial, function which does not appear to have an equivalent in the context of the Inter-American system.

² See, among others, my article entitled "Decision on the Merits [Article 32, ECHR] : By the Committee of Ministers" in *The European System for the Protection of Human Rights* (edited by R.St.J.Macdonald, F. Matcher & H.Petzold, 1993), pp.733-754, esp at pp.738-741 (and references therein).

3. ARTICLES 43 AND 30 OF THE CONVENTION (THE POLITICAL COMPROMISE)

Articles 43 and 30 which deal respectively with referral and with relinquishment from a Chamber of 7 judges to the Grand Chamber of 17 judges, both with respect to individual application and inter-State cases, are at the heart of the political compromise made in order to ensure that the present control machinery be streamlined and replaced by a single Court.

Article 43 reads:

- ‘1. Within a period of three months from the date of the judgment of the Chamber, any party to the case may, in exceptional cases, request that the case be referred to the Grand Chamber.
2. A panel of five judges of the Grand Chamber shall accept the request if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the protocols thereto, or a serious issue of general importance.
3. If the panel accepts the request, the Grand Chamber shall decide the case by means of a judgment.’

Article 30 stipulates:

‘Where a case pending before a Chamber raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or the protocols thereto or where the resolution of a question before it might have a result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court, the Chamber may, at any time before it has rendered its judgment, relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber, unless one of the parties to the case objects.’

Although this solution (= formulae utilised to reach a political compromise) does not easily fit into any traditionally accepted legal model, or is not always easy to understand (see, e.g., Article 30 which provides for the possibility of relinquishment by a Chamber of 7 judges "unless one of the parties to the case objects") and is admittedly rather top-heavy (read Article 43 in conjunction with Articles 27 and 44), the new full-time Court will, it is hoped, possess a sufficient margin of discretion and above all the common sense to overcome any apparent inconsistencies³.

³ See, on this point, commentary on the ‘principal characteristics’ of Protocol No.11, ECHR, in vol. 15 *HRLJ* (1994), pp. 81-86, footnote 26 at page 85. [In my opinion Articles 43 and 30 should be repealed!]

The referral procedure

The Grand Chamber, composed of seventeen judges, decides on individual as well as inter-state applications referred to it. It will also consider requests for advisory opinions, assuming this happens one day⁴. The President of the Court, the Vice-Presidents (who are also Presidents of Chambers), the Presidents of the other two Chambers and the judge elected in respect of the State against which the application is lodged, are *ex officio* members of the Grand Chamber. The other judges are chosen in accordance with the Rules of the Court (see Article 27, paragraph 3, and Rule 24 of the Rules of Court⁵). To ensure that the Grand Chamber looks into the matter afresh when examining a case referred to it under Article 43, judges from the Chamber which had made the initial judgment are excluded, with the exception of the President of the Chamber and the judge who sat in respect of the State concerned.

This rather peculiar composition of the Grand Chamber in referral cases -although difficult to comprehend at the outset- has a logic of its own. In order to ensure the consistency of the Court's case law, the drafters of the Protocol considered it necessary to ensure that Presidents of all Chambers sit in the Grand Chamber. They also considered that the presence of the judge elected in respect of the State concerned was necessary so as to avoid the participation -to the extent possible- of *ad hoc* 'national judges' sitting in cases brought before the Grand Chamber.

The re-hearing of cases, as envisaged in Article 43, should take place only *exceptionally* when (i) a case raises a serious question affecting the interpretation or (ii) application of the Convention or (iii) a serious issue of general importance. These conditions were taken, in part, from Article 5, paragraph 2, sub-paragraph 2, of Protocol No. 9 to the Convention. (With the entry into force of Protocol No. 11, Protocol No. 9 was repealed: see Article 2 of Protocol No. 11). The Explanatory Report specifies that the intention of the drafters of the text was quite clear: these conditions should be applied strictly. The Explanatory Report also provides an indication of what 'exceptional' cases are: Serious questions affecting the interpretation of the Convention or its protocols are raised "when a question of importance not yet decided by the Court is at stake, or when the decision is of importance for future cases and for the development of the Court's case-law" (paragraph 100). This may be particularly evident when a Chamber judgment is not consistent with a previous judgment of the Court. A serious question concerning the application of the Convention or its protocols may be at stake "when a judgment neces-

4 On this subject see A. Drzemczewski: "A major overhaul of the European Human Rights Convention control mechanism: Protocol No. 11" in vol. VI (1995), Book 2, *Collected Courses of the Academy of European Law* (Florence, 1997), pp. 121-244, esp. footnote 80 on page 174 for further references.

5 See P. Mahoney "Short commentary on the Rules of Court : some of the main points" as well as the full text of the Rules of Court in vol. 19 *HRLJ* (1998), at pp. 267-269 & 269-282, respectively. The Rules of Court are also available on the Court's Internet site <http://www.dhcour.coe.fr>

sitates a substantial change to national law or administrative practice but does not itself raise a serious question of interpretation of the Convention" (paragraph 101). And finally, a "serious issue" must be one that is considered to be of "general importance" that "could involve a substantial political issue or an important issue of policy" (paragraph 102).

The new procedure is actually more straightforward than the former tripartite mechanism. The parties to the case can request that a case be referred to the Grand Chamber within three months from the date of a judgment of the Chamber of seven judges. If one of the three above-described conditions for a referral is met, a panel of five judges of the Grand Chamber will accept the case and the Grand Chamber will thereupon make a final determination as to whether the Convention has been violated after written and, if the Court so decides, oral proceedings. If these conditions are not met, the panel will reject the request and the Chamber's judgment will become final (Article 44, paragraph 2.c.). The decisions taken by the panel of the Grand Chamber does not need to be reasoned: see paragraph 105 of the Explanatory Report.

It would therefore appear that the success of the new system will be contingent on the way in which the panel of five judges of the Grand Chamber operates in referral case⁶. The ever-increasing workload and complexity of cases presently coming before the Court and the substantial increase -real and potential- of States Parties to the Convention will, it is suggested, probably force the panel to interpret the phrase "in exceptional cases" rather restrictively.

One last observation. Although the Grand Chamber has rendered a number of judgments in the context of the transitional arrangements during the first year of its existence (see Section 7 below and statistics provided in Appendix IV), until now *not a single case has come before the Grand Chamber with respect to the referral procedure under Article 43*. That being said, it might be useful, at least for the first couple of cases that come before it, for the panel of the Grand Chamber to actually provide reasons for decisions reached in order to permit potential users of the system (both individual applicants and States concerned) to know exactly what sort of case is considered "exceptional". See also, in this connection, Rule 73, paragraph 1, of the Court's Rules.

Relinquishment in favour of Grand Chamber

As concerns relinquishment under Article 30, two matters are worth mentioning. Unlike in the case of referrals under Article 43, only two of the above three conditions for referral are expressly mentioned in Article 30. Hence a 'serious issue of general importance' is not a reason

⁶ Rule 24, para 6, of the Rules of Court determines the composition of the panel. It consists of the President of the Court, Presidents of Chambers/Sections (other than from the Chamber/Section from which referral was made) & one further judge designated in rotation from judges other than from those who had dealt with the case in the Chamber ; the 'national' judge is also automatically excluded).

for relinquishment in Article 30. Secondly -and on a completely different matter- it may come as no surprise that the phrase 'unless one of the parties to the case objects' has come under severe criticism from a number of quarters⁷. As the text of the Explanatory Report indicates: although derived from Rule 51 of the old Court's Rules, Article 30 does not oblige a Chamber to relinquish jurisdiction, adding that the reason for making relinquishment subject to the approval of the parties 'should be seen in the light of the introduction of the concept of 're-hearing' ... The provision is designed so as to secure the possibility that such a 're-hearing' not be adversely affected' (paragraph 79). This procedure applies not only to individual applications but also inter-State cases.

To date, use of this procedure has been made in only two instances; in both cases objections were not raised by the parties to the litigation. See also, in this connection, Rule 72, paragraph 2, of the Court's Rules.

Other matters of specific interest

A number of quite significant changes have been introduced by Protocol No. 11. For example, unlike the former text of Article 38 of the Convention, the condition that no two judges may be nationals of the same State has been removed (Article 20). A State Party thus has the possibility to put forward the name of a judge who is a national of another State Party rather than propose a judge from a State which has not ratified the Convention. Also, the Court now consists of the number of judges equal to that of Contracting Parties rather than, as in the past, that of the members of the Council of Europe.

The criteria for office (Article 21) are modelled on the old text. In addition, a new paragraph (paragraph 3) stipulates that judges "shall not engage in any activity which is incompatible with their independence, impartiality or with the demands of a full-time office ...". As is stipulated in the Explanatory Report, this means that judges must be able fully to assume all the duties inherent in membership of the new permanent Court, a condition considered to be an indispensable requirement for the efficient working of the Court.

A completely new provision concerning dismissal of judges was inserted into the text: Article 24. This provision is modelled on Article 18, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice. However, unlike the latter text, which requires the unanimity of

⁷ See, for example, N.Rowe & V.Schlette "The Protection of Human Rights in Europe and the Eleventh Protocol to the ECHR" in vol. 23 ELRev. (*Human Rights Survey* 1998) pp.HR/3 -HR/16 at page 15. See also O.de Schutter "La nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme" in *Cahiers de droit européen* (1998), pp. 319-352 at pp.342 & 346, as well as other commentaries listed in Select Bibliography on Protocol No.11, ECHR in vol. 69/70 Boletim Documentação e Direito Comparado (1997, Lisbon) at pp. 440-445.

all the other members of the Court for a judge to be dismissed, in this text dismissal from office requires a majority of two-thirds of all the judges of the new Court. This, in my view, was a sensible decision: not only because, as the Explanatory Report specifies, it will ensure the independence of the Court, but more importantly, it will provide a workable system in the unlikely -but possible- situation when a judge may need to be removed discreetly from the Court. It would have been inappropriate to allow for the possibility of one judge (excluding the one against whom action for dismissal is contemplated) to block such a move. In practice, this new procedure will ensure, if need be, a 'spontaneous' resignation of a judge even before a formal procedure under this provision is undertaken.

Of interest to note is the decision not to create the institution of Advocates-General. This was taken at a rather late stage of negotiations; the vast majority of governmental experts considered this institution to be unnecessary. Were this idea to have been accepted, the new Court would also have probably comprised of six (at least initially) Advocates-General elected by the Committee of Ministers. Their principal functions would have been the preparation of reports containing reasons and opinions on cases brought before the Court- once the admissibility barrier had been breached- and the conduct of friendly settlement negotiations. Both these functions would have corresponded in many ways to that played by the Commission under the old system. As a consequence it would now appear that this rather delicate role of 'negotiating' friendly settlements is placed upon the new Court's registry, principally to be carried out by the Grand Chamber and Chamber/Section Registrars (see Rule 62 of the Rules of Court for details). Indeed, one could argue that it would be improper for the Court itself (a judicial body) to use the device of provisional opinions on the merits in the same (sometimes pro-active) way as the Commission had done in the past.

Finally, a few words about financial matters and the status of the Court's registry and its officials⁸. At the very outset, it must be recognised that there exists an organic link between the new Court and its registry, and the Council of Europe. Article 50, which is based on the Convention's former Article 58, stipulates that the expenditure of the Court is to be borne by the Council of Europe. This obviously includes, in addition to items relating to staff and equipment, the salaries of the new Court's judges in lieu of allowances (retainers and *per diem*) as provided to both the former Court and the Commission members. In this context, it will be interesting to see how the 'Provisional Regulations' governing the conditions of service of judges will be revised/updated (presumably within the next few weeks?): see **Appendix III** which reproduces the full text of the Provisional Regulations.

As concerns the registry officials, the situation is as follows: whereas the former text of the ECHR, in Article 37, specified that the Secretariat of the Commission was provided by the Secretary General of the Organisation, the new text is silent as concerns the present Court's

⁸ See P. Mahoney "The Status of the Registry of the European Court of Human Rights: Past, Present and Future" to be published in *Studies in Honour of R. Ryssdal* (editors P. Mahoney, L. Wildhaber, F. Matscher & H. Petzold, 2000).

registry officials. The new text, as amended by Protocol No. 11, does not deal specifically with this matter. Instead, reference to the link of the new Court's staff members with the Organisation can be found in the Explanatory Report, in its paragraph 66, where it is stated that the new Court's registry will be provided by the Secretary General of the Council of Europe. This may be important for at least two reasons. The new Court -obviously an independent, autonomous judicial organ- is not considered as a separate legal entity on the international plane; hence, no new seat/headquarters agreement with the French authorities has been necessary for it to operate. Secondly, the fact that registry staff are Council of Europe employees (including those lawyers who may move in-house between the Court's registry and other departments) means that the Organisation's staff regulations apply to them, in addition to any other specific regulations which may be applicable to them as Court registry officials.

Financial responsibility for ensuring the Court's budgetary needs is thus clearly the responsibility of the Council of Europe. Whether the new Court should have a separate budget, presented independently of other Council of Europe departments when budgetary matters are discussed by the Committee of Ministers, is of course a different matter.

IV. ELECTION, STATUS AND CONDITIONS OF SERVICE OF THE NEW JUDGES

Election procedure

Under the terms of Article 22, paragraph 1, of the ECHR: "The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party". The former requirement that no two judges may have the same nationality was not retained.

Prior to the election of the new judges by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the latter initiated a system of "interviews" for candidates. The interviews were undertaken by a special sub-committee of the Assembly's Committee on Legal Affairs and Human Rights. This was a complete innovation, in that *never* before had parliamentarians been given the opportunity of interviewing candidates under the old system! The basic criteria laid down for the election procedure were as follows: States had to provide a list of three candidates, accompanied by a detailed biographical note on each of them, in English or French, structured in accordance with a model *curriculum vitae*, established by the Parliamentary Assembly.⁹ In the majority of cases, this procedure was followed.

⁹ For background information see: Parliamentary Assembly Resolution 1082 (1996) on the procedure for examining candidatures for the election of judges to the European Court of Human Rights, adopted on 22nd April 1996 (as well as doc. 7439, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, rapporteur Lord Kirkhill, and Parliamentary Assembly debate on 22nd April 1996).

See further, on this subject analysis by J-F. Flauss "Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme" in vol. 9 Revue trimestrielle des Droits de l'Homme (1998), pp. 435-

Of interest to note in this connection was the rather unusual decision taken by the Committee of Ministers, on 28 May 1997, to establish *an additional informal procedure* for the examination of prospective candidatures. This was a well-intentioned initiative taken by the United Kingdom authorities in order to weed out (off-the-record) any unacceptable or totally unmeritorious candidatures. In accordance with this decision, the Committee of Ministers' Deputies undertook an examination of all candidatures before formally submitting lists to the Parliamentary Assembly.

Finally, States were invited to try and achieve a more balanced representation of men and women on the new Court. It would appear that the result product is less than satisfactory: 8 out of the 41 new judges are women.¹⁰

Terms of office

Article 23 specifies that the judges shall be elected for a period of six years. They may be re-elected. However, the terms of office of one-half of the judges elected at the first election expires at the end of three years. The judges whose terms of office are to expire at the end of the initial period of three years were therefore chosen by lot by the Secretary General of the Council of Europe immediately after the first set of elections in April 1998 (see **Appendix II** for complete list of judges elected, including the compositions of the Grand Chamber and four Sections/Chambers of the new Court). The terms of office of judges expire when they reach the age of 70.

Status & conditions of service

The status and conditions of service of the judges of the new permanent Court (as concerns salaries, place of residence, holiday and sick leave and provision of social protection, as well as judges' privileges and immunities -but see Section 5 below, with respect to the last-mentioned-) were specifically enumerated in a Resolution which the Committee of Ministers adopted on 10th September 1997. The full text of this Resolution is attached as **Appendix III**. The "Provisional Regulations" set out in appendices to the Resolution should have been "reviewed" within twelve months of entry into force of Protocol No.11 (see Article 3 of the Resolution).

-464; H.G.Schermers "Election of judges to the European Court of Human Rights" in vol.. 23 ELRev. (1998) pp.568-578 and H-C. Krüger "Selecting judges for the new European Court of Human Rights" in vol. 17 HRLJ (1996), pp. 401-404.

It is interesting to note, in this connection, the fact that certain States openly invited applications from candidates possessing the necessary qualifications and experience for this position: see The Times (of London) of 16 September 1997, Rzeczpospolita (Polish daily newspaper) of 6 October 1997 and the Moniteur Belge of 10th October 1997.

¹⁰ See Declaration adopted by the Committee of Ministers adopted on 26th May 1997. The origins of this proposal can probably be traced to an initiative taken by Mrs Err: see Parliamentary Assembly Order No. 519 (1996) on the procedure for examining candidatures for the election of judges to the European Court of Human Rights, adopted on 22nd April 1996. (See also doc. 7530, motion for an order, presented by Mrs Err and the Parliamentary Assembly debate on this subject on 22nd April 1996 (9th sitting)).

V. TREATIES AIMED AT ENSURING INDEPENDENT FUNCTIONING OF THE NEW COURT

With the adoption, by the Committee of Ministers on 20th April 1994, and subsequent signature by all member States of the Council of Europe of Protocol No. 11 to the ECHR, the Committee of Ministers authorised, in 1995, the amendment and subsequently the consolidation into one text of the Fourth and Fifth Protocols to the 1949 General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe and the replacement of the European Agreement relating to persons participating in proceedings of the European Commission and Court of Human Rights of 1969¹¹. Both these treaties came into force on 1st November 1998 and 1st January 1999 respectively.

The Sixth Protocol (which replaces the Fourth and Fifth Protocols to the General Agreement of 1949) defines in detail the privileges and immunities of the judges to the new single Court, especially as concerns the exercise of their functions in Strasbourg and during official journeys. This text is already in force in 22 States Parties (including France, the State Party on whose territory the Council of Europe is situated) and has been signed by 16 States, the most recent signature being that of the United Kingdom on 27th October 1999.

The new European Agreement relating to persons participating in proceedings of the (new) European Court of Human Rights requires States to ensure that persons participating in proceedings instituted under the ECHR, as amended by Protocol No. 11 (agents, advisers, lawyers, applicants, delegates, witnesses and experts) enjoy immunity from legal process in respect of their acts before the Court, as well as freedom to correspond with that organ and freedom to travel for the purpose of attending its proceedings. This instrument has been ratified by 15 States (including France) and signed by 13, the last signature being that of the United Kingdom on 27th October 1999.

VI. OPERATION OF THE NEW PROCEDURE AS OF 1ST NOVEMBER 1998

General

Any Contracting State (State application) or individual, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be a victim of a violation (individual application) can lodge an application with the Court alleging a violation of Convention rights by a Contracting Party. A notice for the guidance of applicants and forms for making applications can be obtained from the registry by post or through the Court's Internet site.

¹¹ See footnote 1 for reference as to where these texts can be consulted. The complete texts, together with Explanatory reports thereto, can be found in vol. 17 *HRLJ* (1996) pp. 472- 476.

The procedure before the Court is adversarial and public. Hearings are, in principle, public unless the Chamber/Grand Chamber decides otherwise on account of exceptional circumstances. Memorials and other documents filed with the Court's registry by the parties are accessible to the public (Article 40, ECHR & Rule 33 of the Court's Rules).

Individual applicants may submit applications themselves, but legal representation is recommended, and even required for hearings after a decision declaring an application admissible (Rule 36 of the Rules of Court). A legal aid scheme exists for applicants who do not have sufficient means (see Rules 91-96 of the Rules of Court).

The official languages of the Court are English and French, but applications may be drafted in one of the 21 official languages of the Contracting States (Rule 34 of the Rules of Court). In practice, the use of 32 languages -official and non-official- has been granted with respect to the 40,000 or so provisional files opened by the Court's registry¹². Once the application has been declared admissible, one of the Court's official languages must be used, unless the President of the Chamber/Grand Chamber authorises the continued use of the language of the applicant.

Admissibility procedure

Each individual application is assigned to a Section (Chamber),¹³ whose President designates a judge-rapporteur. After a preliminary examination of the case, the judge-rapporteur has the possibility to refer the application to a three-judge committee, which may -but does not necessarily- include the judge-rapporteur. The committee is able, by a unanimous decision, to declare the application inadmissible; such a decision is final.

When the judge-rapporteur considers that the application raises a question of principle and is not inadmissible or when the committee is not unanimous in rejecting the complaint, the application is examined by a Chamber. (This procedure matches the system formerly in force before the Commission.)

A Chamber, composed of seven judges, decides on the merits of an application and, if necessary, its competence to adjudicate the case. A Chamber determines both admissibility and merits, usually in separate decisions but where appropriate together. The judge-rapporteur prepares the case-file and establishes contact with the parties. The parties then submit their observations in writing. A hearing sometimes take place before the Chamber.

12 The Court's registry receives, on average, between 500 and 600 letters per day.

13 Under the Rules of Court (Rule 25) Chambers provided for under Article 26 (b) of the Convention are referred to as «Sections» (see also **Appendix II**). The Court is divided into four Sections, whose composition, fixed for three years, is geographically and gender balanced and takes into account the different legal systems of Contracting States.

The Chamber may decide *proprio motu* to refer a case to the Grand Chamber when it intends not to follow the Court's previous case law or when a question of principle is involved. This procedure may be adopted on condition that none of the parties objects to such relinquishment within one month of notification of the intention to relinquish (Article 30 of the Convention & Rule 72 of the Rules of Court). To date, this procedure has been used on two occasions.

The first stage of the procedure is generally written, although the Chamber may decide to hold a hearing, in which case issues arising in relation to the merits will normally also be addressed. An admissibility decision, taken by majority vote, contains reasons and is made public (Article 29 of the Convention).

Procedure on the merits

Once the Chamber has decided to admit an application, it may invite the parties to submit further evidence and written observations, including any claims for "just satisfaction" by the applicant, and to attend a public hearing on the merits of the case.

The President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, invite or grant leave to any Contracting State which is not party to the proceedings, or any person concerned who is not the applicant, to submit written comments, and, in exceptional cases, to make representations at the hearing. A Contracting State whose national is an applicant in the case is entitled to intervene as of right (Article 36 of the Convention & Rule 61 of the Court's Rules).

During the proceedings on the merits, negotiations aimed at securing a friendly settlement may be conducted through the intermediary of the registrar; such friendly settlement negotiations are confidential (Articles 38 & 39 of the Convention & Rule 62 of the Court's Rules).

Judgments

Chambers decide by a majority vote. Any judge who has taken part in the consideration of the case is entitled to append to the judgment a separate opinion, either concurring or dissenting, or a bare statement of dissent (Article 45 of the Convention & Rule 74 (2) of the Court's Rules).

Within three months of delivery of the Chamber judgment, the parties have three months to request that the case be referred to the Grand Chamber of 17 judges. However, this procedure is restricted to exceptional instances, i.e., when a case raises a serious question concerning the interpretation or application of the Convention and its protocols or a serious issue of general importance. A panel of five judges of the Grand Chamber (composed of the President of the Court, the Section Presidents, with the exception of the Section President who presided over the

Section to which the Chamber that gave judgment belongs, and another judge selected by rotation from judges who were not members of the original Chamber) determines whether the request for a re-hearing is admissible (Article 43 of the Convention). No such cases have as yet come before the panel.

The Chamber's judgment becomes final at the expiry of a three month period or earlier if the parties announce that they have no intention of requesting a referral or after a decision of the panel rejecting the request for referral (Article 44 of the Convention).

If the panel accepts the request, the Grand Chamber¹⁴ renders its decision on the case in the form of a judgment. The Grand Chamber decides by majority vote and its judgments are final.

All final judgments of the Court are binding on the respondent States concerned. Responsibility for supervising the execution of judgments lies with the Committee of Ministers of the Council of Europe. It is for the Committee of Ministers to verify whether States in respect of which a violation of the Convention is found have taken adequate remedial measures to comply with the specific or general obligations arising out of the Court's judgments¹⁵.

* * *

Although the new system is less complicated than the one it replaces, one cannot say that it is simple to understand by an 'outsider'. For a comparative -schematic- overview of both control mechanisms, please consult **Appendix I**.

VII. TRANSITIONAL ARRANGEMENTS IN FORCE UP TO 31st OCTOBER 1999

Protocol No. 11, in Articles 4 and 5, regulated the transition from the old to the new system for a two-year period which came to an end on 31st October 1999. As Protocol No. 11 was an amending protocol, it required ratification by all the Contracting States and entered into force one year after the last ratification had been deposited, namely 1st November 1998. This

14 The Grand Chamber of 17 judges is constituted for three years: see Rule 24 of the Rules of Court. Apart from the *ex officio* members - the President, Vice-Presidents and Section Presidents - the Grand Chamber is formed by rotation within two groups, which alternate every nine months. These groups are composed with a view to geographical balance and are intended to reflect the different legal traditions. (See also **Appendix II**).

15 For a recent discussion of this and related matters see A. Drzemczewski & P. Tavernier "L'exécution des "décisions" des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme" in *Colloque de Strasbourg*. La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international (1998, Société française pour le droit international), pp. 197-270, esp at pp. 215-270.

ushered in a preparatory period of one year during which the judges of the new Court were elected and held a number of meetings to take the necessary organisational and procedural measures for the establishment of the Court. In particular, the judges drew up new draft Rules of Court and -soon thereafter, on 4th November 1998- formally adopted the Rules of Court and elected the new Court's Registrar and Deputy Registrars.

On the 31st October 1998 the old Court ceased to function. However, paragraph 3 of Article 5 of the Protocol provided that the Commission should continue for an additional year (until 31st October 1999) to deal with cases which had been declared admissible before the date of entry into force of the Protocol.

Paragraphs 2 to 4 of Article 5 of (the now defunct) Protocol No.11 catered for applications pending before the Commission. Where, at the time of the Protocol's entry into force (1st November 1998), applications had not been declared admissible by the Commission, these were automatically forwarded to the new Court. On the other hand, applications already declared admissible were finalised by the Commission under the old system (paragraph 3). As the drafters of the text considered it inappropriate for the Commission to continue its work many years after this Protocol's entry into force, paragraph 3 provided for a time-limit of one year within which the Commission would be able to complete work on most applications which it has declared admissible. Applications not finalised during this time limit (i.e., before 1st November 1999) have had to be referred to the new Court for determination under the new system. As all these applications have already been declared admissible by the Commission, there will be no need for them to be examined by a committee of the new Court.

Paragraph 4 of Article 5 related to cases in which the Commission has adopted an Article 31 Report (i.e., a legal opinion as to whether the ECHR has been breached) within the period of twelve months following the entry into force of Protocol No. 11. In such instances, the procedure for bringing cases before the Court was the former Article 48 of the Convention (and Protocol No. 9, where applicable). In other words, the Commission or a State Party -as well as the applicant when Protocol No. 9 was applicable- had the right to refer the case to the new Court.

However, in order to avoid cases which had already been examined being dealt with at three levels, the panel of five judges of the new Court was given the power to decide whether the Grand Chamber or a Chamber should decide the case. Cases not referred to the new Court under this Article have been transmitted to the Committee of Ministers in accordance with the former Article 32 of the Convention.

As already explained, the old Court ceased to function on 1st November 1998 and all 87 cases pending before it had to be transmitted to the Grand Chamber of the new Court. The aim of the exercise was to ensure that the (new) Grand Chamber not be inundated with 'less important' cases. However, the old Court did not manage to deal with as many cases as had original-

ly been anticipated, thus leaving a substantial and unforeseen 'burden' of unfinished business which had to be dealt with by the new Court¹⁶. As a consequence, judges have been largely tied up, at this early, critical period, in this cumbersome Grand Chamber procedure with less time available for work to begin in earnest on the backlog of nearly 7,000 applications inherited from the Commission.

Lastly, paragraph 6 of Article 5 (of Protocol No11) specified that the Committee of Ministers would continue to deal with cases not transmitted to the Court under the former Article 48 of the Convention, even after Protocol No. 11 had entered into effect, until such time as these cases are completed. Although this will, no doubt, prolong consideration of cases before the Committee of Ministers for several years, the drafters considered it inappropriate, by means of such an instrument, to try and tie the hands of an organ whose existence pre-dates the ECHR and, as the Council of Europe's executive, works independently of the Convention mechanism.

VIII. THE COURT'S RECENT CASE LAW: A FEW EXAMPLES

Introductory remarks

Two subject which merits particular attention, but which cannot -in such a short overview- be dealt with adequately, are the subtle change in the nature of a rising number of cases which the Court must now be prepared to deal with and that of the substantial enlargement of the European Human Rights Convention's geographical parameters.

As concerns the nature of cases recently coming before the Court, there is a marked tendency - over the last few years - for primary facts to be disputed, especially where serious human rights violations are alleged, as illustrated by the number of applications brought against Turkey¹⁷. This will require the new Court to undertake difficult and expensive fact-finding

16 Matters were even more complicated than 'outsiders' realise : by virtue of Rule 28, para 2, of the new Rules of Court the ten ex-Commission members of the new Court are excluded from sitting in the Grand Chamber in any case in which they participated previously in the Commission, whether at the admissibility or the merits stage. See, on this subject, P. Mahoney "Speculating on the future of the reformed European Court of Human Rights" in vol. 20 *HRLJ* (1999) pp.1- 4 at page 2.

17 See P. Mahoney, vol. 20 *HRLJ* at pp. 3-4 (and case law cited therein). This is further complicated by the fact that difficulties may be encountered in exhausting local remedies, compounded by suggestions of intimidation or, at least, of hindrance by State authorities of applicants' ability to bring cases to Strasbourg. See, in this connection, Interim Resolution DH(99)434 of the Committee of Ministers adopted on 9th June 1999 (entitled "Human Rights. Action of the security forces in Turkey: measures of a general character").

See also, in this connection, N. Bratza & M. O'Boyle "The Legacy of the Commission to the New Court under Protocol No.11" in *The Birth of European Human Rights Law*. Studies in honour of C.A. Norgaard (1998, M.de Salvia & M.E. Villiger, editors), pp.377-393 and A. Drzemczewski "Fact-finding as part of effective implementation ; the Strasbourg experience" to be published in *Enforcing International Human Rights Law: the Treaty System in the 21st Century* (2000, editor A. Bayefsky).

missions. It is likely that this type of issue may well arise in a number of new States Parties to the Convention.

The substantial geographical enlargement of the Council of Europe, tied principally to the upheavals in Central and Eastern Europe that commenced in 1989, is the other subject which merits separate in-depth study. Admission to the Organisation presupposes a commitment, on behalf of candidate States, to join the Convention system. However, standards in a number of new States Parties to the Convention are below those established by the Convention control organs¹⁸. States "willing and able" (to cite from Article 4 of the Organisation's Statute of 1949) to guarantee rule of law, pluralistic democracy and respect of human rights, have thus made specific undertakings to remedy shortcomings in their constitutional, political and legal orders as part of the membership package.

Another 'complication' -as concerns member States from the ex-Soviet Union- has been the adoption of the Commonwealth of Independent States (CIS) Convention on Human Rights in Minsk in 1995¹⁹.

* * *

In addition to virtually clearing the whole of its backlog of cases which the old Court had left it with, in 1999 the new Court has declared over 2,700 applications inadmissible, over 630 applications admissible and rendered over 100 judgments (see **Appendix IV** for statistical information). That being said, the *workload of the Court is continuing to rise sharply*. The President of the Court, L. Wildhaber, has noted that despite the major structural changes made by Protocol No. 11

18 This subject has been discussed extensively. See, *inter alia*, reports undertaken in the context of accession procedures, listed in vol 20 HRLJ (1999) at pp. 112-113, see also vol. 14 HRLJ (1993), at p. 248; P. Leuprecht "Innovations in the European System of Human Rights Protection : is enlargement compatible with reinforcement ?" in vol. 8 *Transnational Law & Contemporary Problems* (1998, University of Iowa, College of Law journal), pp. 313-336 ; I.Cameron "Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court ?" in vol. 15 *Yearbook of European Law*, 1995 (1996, A. Barav & D. A. Wyatt), pp. 219-260 and F. Sudre "La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? " in *La Semaine Juridique, JCP* (1998), I, pp. 9-16.

As P. Mahoney, the Court's Deputy Registrar, has rightly pointed out "While it may be possible at the intergovernmental and parliamentary level of the Council of Europe to make concessions to new members on the grounds that they are in a process of transition and on the road to full democracy, it is of vital importance, for the continuing integrity of the Convention system, that the Convention institutions avoid a concessionary approach when applying the principle of universality to cases before them". This citation is taken from an article Mahoney wrote on the subject of free speech in *EHRLR* (1997), pp.364-379 at page 371, footnote 19.

19 English-language text available in vol. 17. *HRLJ* (1996), pp. 159-164. For analyses of the legal implications for States intending to ratify the ECHR and the CIS Convention on Human Rights, see A.A. Cancado Trindade & J.A. Frowein in vol. 17 *HRLJ* (1996), pp. 164-180 & 181-184 respectively.

"to cope with an increasing volume of applications, to speed up the time taken to examine cases and to strengthen the judicial nature of the system [...], the continuing steep increase in the number of applications to the Court is putting even the new system under pressure. Today, we are faced with nearly 10,000 registered applications and more than 47,000 provisional files, as well as around 700 letters and more than 200 overseas telephone calls a day.

The volume of work is already daunting, but it is set to become more challenging still, especially as applications come in from countries which ratified the European Convention on Human Rights in the late 1990s."²⁰

* * *

Without in any way attempting to provide a survey of the Court's rich and varied case-law (accessible on the Court's Internet site, as indicated in footnote 1), a few examples of judgments rendered this year illustrate the Court's policy to follow the well-established case-law of its predecessor. This approach appears to fully conform with the intentions of the drafters of Protocol No.11 and is in line with a number of (academic) commentaries made on this subject: the substantial volume of case law established by the Commission (especially on numerous and complex problems of admissibility) as well as "major judgments" of the old Strasbourg Court appear to constitute a firm foundation which the new Court has willingly integrated and is now in the process of developing²¹.

* * *

Upholding the Rule of Law (Preamble, ECHR)

In finding -unanimously- a violation of Article 6 of the Convention in the case of *Brumarescu v. Romania* on 28th October 1999, the Strasbourg Court stressed that the right to a fair hearing before a tribunal "must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires *inter alia* that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question" (paragraph 61 of the judgment).

20 Text available in vol. 20 *HRLJ* (1999), at page 114 (together with additional statistical data).

21 See, in this connection, O. Jacot-Guillarmod "Comments on some recent criticism on Protocol No.11 to the European Convention of Human Rights" in Vol. 38 *A Yearbook of the European Convention on Human Rights* (1997, proceedings of 8th international colloquy on the ECHR, held in Budapest, 1995), pp. 173-188, esp. at pp. 185-186. See also N. Rowe & V. Schlette "The Protection of Human Rights in Europe after the Eleventh Protocol to the ECHR", *supra* note 7, p.10 and K. Reid *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (1998), at p. 8.

In this case the Procurator-General of Romania - who was not a party to the proceedings - had a power under Article 330 of the Code of Civil Procedure to apply for a final judgment to be quashed, the exercise of which was not subject to any time-limit, so that judgments were liable to challenge indefinitely. Hence, by allowing the application lodged under that power, the Supreme Court of Justice set at naught an entire judicial process which had ended in a judicial decision that was "irreversible" and thus *res judicata*.

Prohibition of torture (Article 3, ECHR)

In the case of *Selmouni v. France* (judgment of 28 July 1999), the European Court of Human Rights held unanimously that there had been a violation of Article 3 (prohibition of torture) and Article 6, paragraph 1, (right to a hearing within a reasonable time) of the European Convention on Human Rights. In so finding the Court reiterated that Article 3 enshrined "one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment" (paragraph 95 of the judgment), citing the well-established Strasbourg case-law on this subject as well as Articles 1 and 16 of the UN Convention against Torture.

The Court went on to hold that the "repeated and sustained assaults over a number of days of questioning" of Mr Selmouni by police officers in Paris - subsequent to his arrest concerning alleged involvement in drug trafficking - which caused severe pain and suffering, amounted to torture. The Court then added that it "considers that certain acts which were classified in the past as "inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies." (paragraph 101 of the judgment)²².

Right to participate in elections (Article 3 of Protocol No. 1, ECHR)

In the case of *Matthews v. United Kingdom* (judgment of 18th February 1999) the Court held that legislation which emanated from the European Community formed part of the legislation in Gibraltar and that the United Kingdom was responsible for securing the right to free elections thereto, regardless of whether the elections were domestic or to the European Parliament.

²² See also comments on this case in *Le Monde* (Paris) of 29 July 1999, at pp. 1, 8 and 15 and article by D. Pannick "The case that strikes a blow against the nature of torture" in *The Times* (of London), of 24th August 1999.

In so determining, the European Court of Human Rights held, by 15 votes to two, that there had been a violation of the applicant's right to participate in elections to the European Parliament. In so doing, it rejected to respondent States' argument that the legislation in question (which precluded the possibility of Ms Matthews registering as a voter for elections to the European Parliament) was outside member States' effective control. It also rejected the 'historical approach' of the majority view of the (former) members of the Commission who had argued that the drafters of the Additional (First) Protocol did not have the legislative bodies of international organisations in mind when writing the Protocol²³. In finding a violation of the Convention, the Court referred to the Convention as a "living instrument", and reiterated that the object and purpose of Article 3 is to ensure an "effective political democracy" (paragraphs 39 and 42 of the judgment).

IX. CONCLUSIONS

The implementation of the machinery laid out in Protocol No.11 has inevitably involved some uncertainties and has witnessed a difficult transitional period. States have had to face additional costs during the transitional period; the setting-up and consolidation of the new system has also necessitated the need for supplementary budgetary resources. But more important issues will need to be faced. As the late M-A. Eissen, former Registrar of the European Court of Human Rights, had rightly pointed out, *the real problem for the credibility of the reformed system* is likely to reside in identifying the best ways in dealing with the 6 to 8% of complaints declared admissible.

The first, decisive factor, is the political context. As P. Van Dijk and G.J.H. Van Hoof have rightly observed in the second edition of their book *Theory and Practice of the ECHR* (1990, at p. 618):

"the success or failure of international instruments, including those like the European Convention, in the end depends on the political will of the States involved. Legal arguments, however cogent they may be, in the final analysis seldom override political considerations when States feel that their vital interests are at stake".

How the new single, full-time European Court of Human Rights will function in a few years time and indeed, how it will manage to cope with the 'onslaught' of applications is at present both hazardous and impossible to foretell. That the continued 'success story' of the ECHR will be put under substantial pressure in the future (is this not so already now?) is a certainty: hence the need to bear in mind at least *three* important matters.

23 See comments by B. Rudolf in vol. 93 *AJIL* (1999), pp. 682-685 at page 683.

Firstly, the difficult and immediate question of costs in operating the new system has to be broached by member States. If States do not provide appropriate funding and logistic back-up for the new Court, it will simply not work well.

Secondly, although -when looking from Strasbourg- we can consider the present Convention mechanism a victim of its own success, I'm not sure that the same can be said when assessing the Strasbourg case-law from the other side, namely the domestic forum. The rights and freedoms found in the ECHR and its protocols should first and foremost be firmly anchored in domestic law; *Strasbourg should play merely a subsidiary role*. The fact that in the foreseeable future *all* State Parties will have incorporated the ECHR into their domestic law, is a matter worth stressing²⁴. Any amelioration of the Strasbourg control mechanism -and irrespective of how efficiently it operates- will not in itself ensure real and effective protection of human rights within States Parties to the ECHR. Therefore, the success of the Strasbourg system is contingent on adequate human rights protection in member States (thereby short-circuiting or even totally eradicating the need to go to Strasbourg), appropriate interplay between Strasbourg and the highest domestic judicial instances when necessary, and last but not least, the effective implementation (= supervision of the execution of the Court's findings by the Committee of Ministers) of the Strasbourg findings when breaches occur.

Thirdly, enlargement of the Council of Europe (presently 41 States of which all have ratified the ECHR) poses a potentially serious threat to the Convention *aquis*, especially if one has the intellectual honesty to admit that legal standards in a number of new member States from Central and Eastern Europe fall below those required by the Convention control organs. High standards will need to be maintained, avoiding, as Lord Lester of Herne Hill has put it, "the insidious temptation to resort to a 'variable geometry' of human rights which pays undue deference to national or regional 'sensitivities'".²⁵

One of the most important guarantees to ensure the maintenance of this *aquis* will reside in the status and *quality of judges* who now serve upon the new Court. They must confirm the fact that they are jurists of the highest calibre. In returning to 'home base' these judges will, in turn, enrich the legal profession's knowledge of Strasbourg case-law with their uniquely acquired European experience. Here, a provisional 'stock-taking' of the Court's case-law (see Section 8, above) suggests that things seem to be moving in the right direction ...

* * *

²⁴ This subject is discussed in detail in a book to be published in 2000, entitled *The European Convention on Human Rights: 1950-2000*, by R. Blackburn and J. Polakiewicz (eds), to be published by Cassell Academic (London). See also E. Lambert *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (1999), *passim*.

²⁵ Lord Lester of Herne Hill: "The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe" in vol. 38A *Yearbook*, *supra* note 21, pp. 223-236 at pages 226-227.

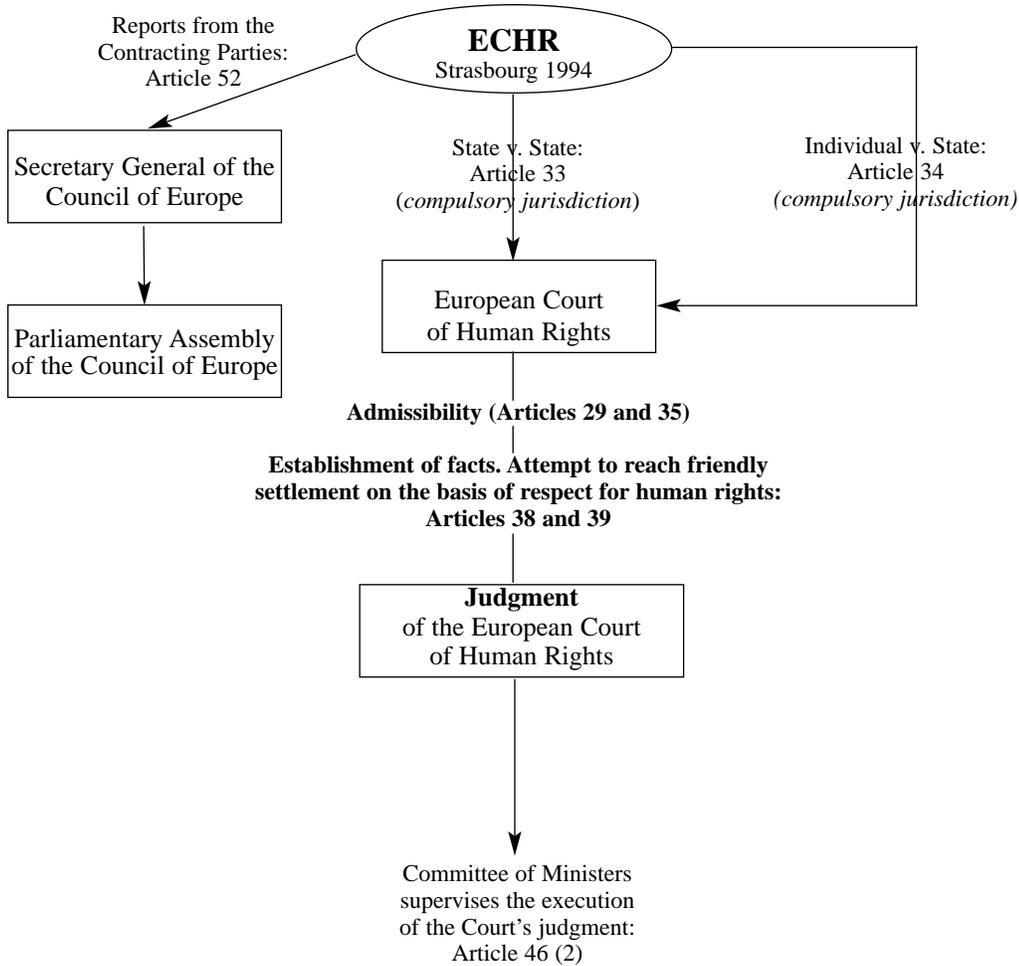
After the initial euphoria of 1989 and 1990, the European continent is now again faced with difficult, serious challenges, new fears and anxieties. Major human rights violations have occurred principally, though not exclusively, outside the parameters of the Council of Europe, the 'conscience of Europe'. Hence the urgent need to ensure that Europe's most cherished achievement in the field of human rights protection works as well as possible. In this way, those in much less privileged parts of Europe -including certain member States of the Organisation- should have more than just a glimmer of hope that they too may have recourse against (potential) barbarities which we Europeans mistakenly considered to be confined to the annals of history of our civilised continent. Both the legal and political credibility of the Council of Europe, and in particular the ECHR, is at stake. The question must therefore be put: will there exist sufficient moral and political courage, both in member States of the Council of Europe and in Strasbourg, to ensure that the ECHR, as amended by Protocol No. 11, lives up to this challenge?

APPENDICES

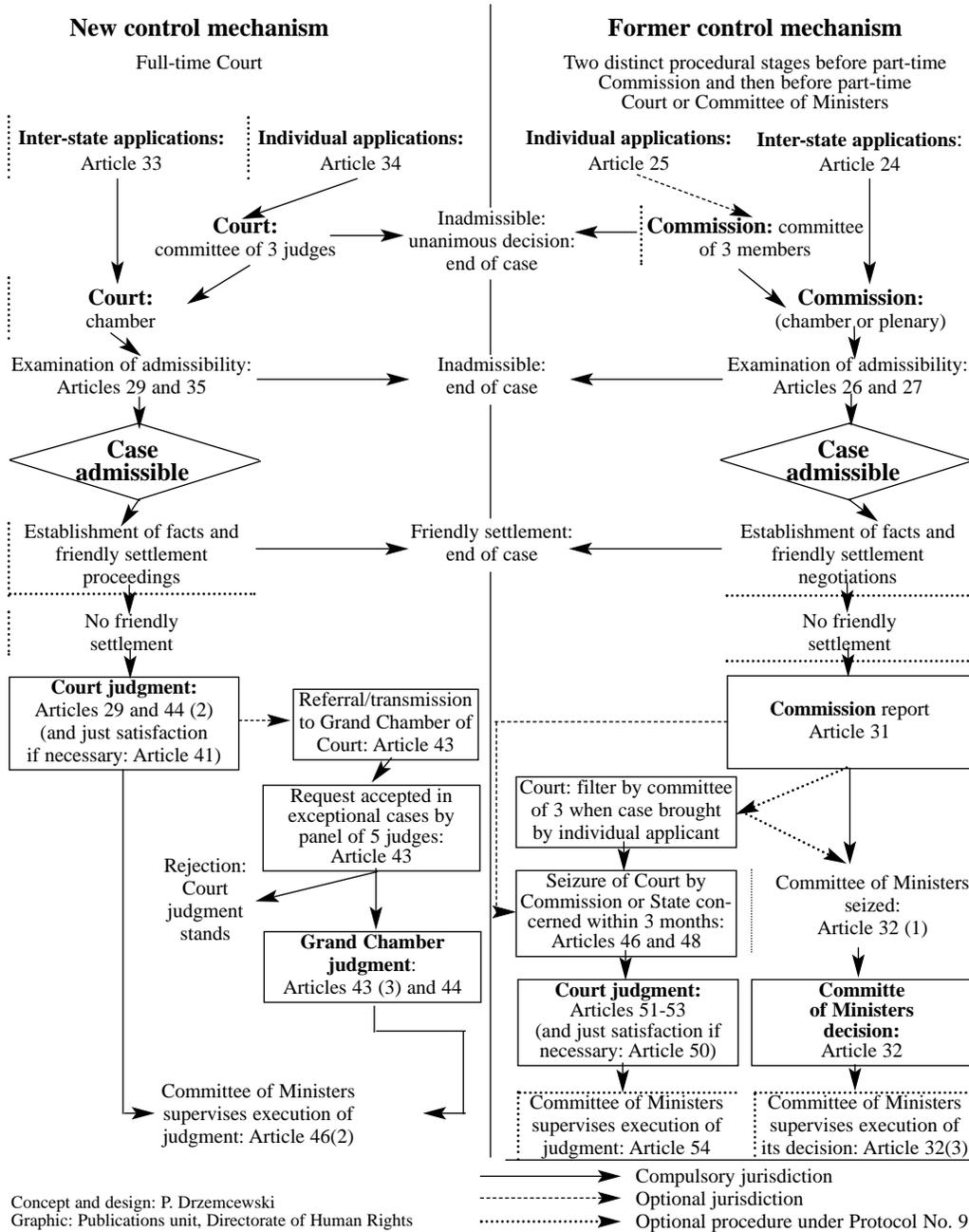
APPENDIX I

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (ECHR)

New control mechanism



EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (ECHR)
Detailed overview



AQUI VA EL ORGANIGRAMA

REGISTRY OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

► *NB* : *Agents temporaires (italique)*,
Agents temporairement absents (parenthèses).

LEGAL UNITS

<p style="text-align: center;">UNIT 1</p> <p>Marcetus (GER)</p> <p>Di Martino (ITA/SUI) Bultrini (ITA) Granata (ITA) <i>Sonaglioni (ITA)</i></p> <p><u>Zimmermann (FRA)</u> Pedrini (ITA) <i>Thiel-Nold (FRA)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 2</p> <p>Elens-Passos (BEL)</p> <p>Mol (NLD) Kempees (NLD) Van Steijn (NLD)</p> <p><u>Pijnenburg (NLD)</u> Frey (UK) <i>Schwartz (FRA)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 3</p> <p>Early (UK/IRL)</p> <p>Araci (TUR) Bakirci (TUR) Nalbant (TUR) <i>Ozsunay (TUR)</i> <i>Derman (TUR)</i> <i>Ataman (TUR)</i></p> <p><u>Weiss (FRA)</u> Jermann (CAN/FRA) Pajik (TUR) <i>During (FRA)</i> <i>Erker (TUR)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 4</p> <p>Nielsen (DNK)</p> <p>Prebensen (NOR) (Mansson (SWE)) Sillaste (EST) <i>Petersson (SWE)</i></p> <p><u>Reece (UK)</u> Ois (EST)</p>
<p style="text-align: center;">UNIT 5</p> <p>Villiger (SUI)</p> <p>Mierzewska (POL) Degener (POL) Poresjki (POL) Ryngielewicz (POL) <i>Zaifert (POL)</i> <i>Grybowski (POL)</i></p> <p><u>Dubravkova (SVK)</u> Lenarcik (POL) <i>Kopec (POL)</i> <i>Zajaczkowska-Lecoq (POL)</i> <i>Nayar (POL)</i> <i>Szelazek Michalska (POL)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 6</p> <p>Sansotta (ITA)</p> <p>Cancemi (ITA) Lacore (ITA/FRA) Tamietti (ITA) <i>Ricci-Ascoli (ITA)</i> <i>Tamburini (ITA)</i> <i>Buonomo (ITA)</i> <i>Fasciglione (ITA)</i> <i>Octave (FRA)</i> <i>Medda (ITA)</i> <i>Macchiaroli (ITA)</i> <i>Roagna (ITA)</i></p> <p><u>Klein C. (FRA)</u> Weiler (FRA) Donath (FRA) <i>Amstoutz (FRA)</i> <i>Sanelli (FRA/ITA)</i> <i>(Lamy (FRA))</i> <i>Santoro (ITA)</i> <i>Andrea (ALB)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 7</p> <p>Ravaud (FRA)</p> <p>Blasko (SVK) Hubalkova (CZE) Meyer C. (FRA) Grdinic (CRO) <i>Bodzashvili (GEO)</i> <i>Ferschman (NLD)</i></p> <p><u>Amat (FRA)</u> Snupikova (CZE) <i>Morel (FRA)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 8</p> <p>Quesada (ESP/FRA)</p> <p>Campos (PRT) Morte Gomez (ESP)</p> <p><u>Lotz (FRA)</u> Rougié (FRA) <i>De Sousa (PRT)</i></p>

LEGAL UNITS

<p style="text-align: center;">UNIT 9</p> <p>Phillips (UK)</p> <p>Ovey (UK) <i>Padfield</i> Vitkauskas (LIT) Souproun (UKR) <i>Gorchkova (RUS)</i></p> <p><u>Perole (FRA)</u> Kirsanova (UKR) Kolatch (RUS) <i>Chamrai (RUS)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 10</p> <p>Westerdiek (GER)</p> <p>Schwaighofer (AUT) Keller (GER) Freiwirth (AUT) <i>Wittinger (GER)</i> <i>Reindl (AUT)</i></p> <p><u>Larsonneur (FRA)</u> Diffiné (GER) <i>Schlosser (GER/FRA)</i> <i>Fischer-Fuchs (FRA)</i> <i>Uysal (GER)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 11</p> <p>Reid (UK)</p> <p>Berg (FIN) Austin (IRL) Kutvonen (FIN) <i>Samuels (UK)</i> <i>Kekalainen (FIN)</i></p> <p><u>Armianova (BGR)</u> Swanton (IRL) Fitzpatrick (UK) <i>Kiffer (FIN)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 12</p> <p>Debricon (FRA)</p> <p>Dourneau-Josette (FRA) Winisdoerffer (FRA) Vospernik à/c 1.11 (SLO) <i>Gillet (FRA)</i></p> <p><u>Reibel (FRA)</u> Stiplovsek (SVN) <i>Hablitzel (FRA)</i></p>
<p style="text-align: center;">UNIT 13</p> <p>Sansonetis (GRC)</p> <p>Stavros (GRC) Tsirli (GRC)</p> <p><u>Lavenir (FRA)</u> (Todd (UK)) <i>Haniotou (GRC)</i> <i>Baruthio (FRA) 50%</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 14</p> <p>Turmangil (TUR)</p> <p>Sandru (ROM) Erel (TUR) <i>Baysal (TUR)</i> <i>Lupas-Fletcher (ROM)</i> <i>Andreotti (TUR)</i> <i>Ugural (TUR) à/c 1.10</i></p> <p><u>Cankocak (TUR)</u> Ciobanu(ROM) Nicoli (FRA) Torun (TUR) <i>Aytekın (TUR)</i> <i>Cibotaru (MDA)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 15</p> <p>Wampach(BEL)</p> <p>Dougin (FRA) Iseli (SUI) <i>Frater (SUI)</i></p> <p><u>Gruber-Thirion (BEL)</u> Petkeviciene (LIT) <i>Soubies (FRA)</i></p>	<p style="text-align: center;">UNIT 16</p> <p>Callewaert (BEL)</p> <p>Soloveytschik (BGR) Teplan (HUN) Dimitrieva-Najdonova (FYROM)</p> <p><u>Franck-Nickerl (FRA)</u> Wilkinson (UK) Gagyi(HUN) <i>Stojanova (FRA)</i></p>

APPENDIX II

COMPOSITION DE LA COUR - COMPOSITION OF THE COURT

(par ordre de préséance / in order of precedence)²⁶

M. Luzius WILDHABER, président/President (3 years)	(Suisse/Swiss)
M ^{me} Elisabeth PALM, vice-présidente/ Vice-President (6 years)	(Suédoise/Swedish)
M. Christos ROZAKIS, vice-président/ Vice-President (6 years)	(Grec/Greek)
Sir Nicolas BRATZA, président de section/ Section President (6 years)	(Britannique/British)
M. Matti PELLONPÄÄ, président de section/ Section President (6 years)	(Finlandais/Finnish)
M. Benedetto CONFORTI (3 years)	(Italien/Italian)
M. Antonio PASTOR RIDRUEJO (3 years)	(Espagnol/Spanish)
M. Luigi FERRARI BRAVO (3 years)	(Italien/Italian) ²⁷
M. Gaukur JÖRUNDSSON (6 years)	(Islandais/Icelandic)
M. Georg RESS (6 years)	(Allemand/German)
M. Giovanni BONELLO (6 years)	(Maltais/Maltese)
M. Lucius CAFLISCH (6 years)	(Suisse/Swiss) ²⁸
M. Loukis LOUCAIDES (6 years)	(Cyprite/Cypriot)
M. Jerzy MAKARCZYK (6 years)	(Polonais/Polish)
M. Pranas KÜRIS (6 years)	(Lituanien/Lithuanian)
M. Ireneu CABRAL BARRETO (6 years)	(Portugais/Portuguese)
M. Riza TÜRMEN (3 years)	(Turc/Turkish)
M. Jean-Paul COSTA (6 years)	(Français/French)
M ^{me} Françoise TULKENS (6 years)	(Belge/Belgian)
M ^{me} Viera STRÁZNICKÁ (6 years)	(Slovaque/Slovakian)
M. Corneliu BÎRSAN (3 years)	(Roumain/Romanian)
M. Peer LORENZEN (3 years)	(Danois/Danish)
M. Willi FUHRMANN (3 years)	(Autrichien/Austrian)
M. Karel JUNGWIERT (6 years)	(Tchèque/Czech)
M. Marc FISCHBACH (3 years)	Luxembourgeois/Luxemburger)
M. Volodymyr BUTKEVYCH (3 years)	(Ukrainien/Ukrainian)

26 Of the 41 judges elected, 21 have been given a six year mandate and the remainder a three year mandate (as indicated in brackets next to name).

27 Elu au titre de Saint-Marin. / Elected as the judge in respect of San Marino.

28 Elu au titre du Liechtenstein. / Elected as the judge in respect of Liechtenstein.

M. Josep CASADEVALL (3 years)	(Andorran)
M. Botjan ZUPANCIC (3 years)	(Slovène/Slovenian)
M ^{me} Nina VAJIC (6 years)	(Croate/Croatian)
M. John HEDIGAN (6 years)	(Irlandais/Irish)
M ^{me} Wilhelmina THOMASSEN (6 years)	(Néerlandaise/Dutch)
M ^{me} Margarita TSATSA-NIKOLOVSKA (3 years)	(ressortissante de "l'ex-République yougoslave de Macédoine" / citizen of "the Former Yugoslav Republic of Macedonia")
M. Tudor PANTÎRU (3 years)	(Moldave/Moldovian)
M ^{me} Hanne Sophie GREVE (6 years)	(Norvégienne/Norwegian)
M. András BAKA (3 years)	(Hongrois/Hungarian)
M. Rait MARUSTE (6 years)	(Estonien/Estonian)
M. Egils LEVITS (3 years)	(Letton/Latvian)
M. Kristaq TRAJA (3 years)	(Albanais/Albanian)
M ^{me} Snejana BOTOCHAROVA (3 years)	(Bulgare/Bulgarian)
M. Mindia UGREKHELIDZE (3 years)	(Géorgien/Georgian)
M. Anatoly KOVLER (6 years)	(Russe/Russian)

* * *

M. Michele de SALVIA, greffier/Registrar	(Italien/Italian)
M. Paul MAHONEY, greffier adjoint/Deputy Registrar	(Britannique/British)
M ^{me} Maud DE BOER-BUQUICCHIO, greffière adjointe/Deputy Registrar	(Néerlandaise/Dutch)

COMPOSITION OF THE GRAND CHAMBER [two groups]

	Grand Chamber 1	Grand Chamber 2
1.	Mr L. Wildhaber, <i>President</i>	Mr L. Wildhaber, <i>President</i>
2.	Mrs E. Palm, <i>Vice-President</i> , <i>1st Chamber President</i>	Mrs E. Palm, <i>Vice-President</i> , <i>1st Chamber President</i>
3.	Mr C. Rozakis, <i>Vice-President</i> , <i>2nd Chamber President</i>	Mr C. Rozakis, <i>Vice-President</i> , <i>2nd Chamber President</i>
4.	Mr N. Bratza, <i>3rd Chamber President</i>	Mr N. Bratza, <i>3rd Chamber President</i>
5.	Mr M. Pellonpää, <i>4th Chamber President</i>	Mr M. Pellonpää, <i>4th Chamber President</i>
6.	Mr B. Conforti	Mr L. Ferrari Bravo
7.	Mr A. Pastor Ridruejo	Mr G. Jörundsson
8.	(Mr G. Ress, <i>4th Chamber Vice-President</i>)	Mr G. Ress, <i>4th Chamber Vice-President</i>
9.	Mr G. Bonello	Mr L. Caflisch
10.	Mr J. Makarczyk	Mr L. Loucaides
11.	Mr P. Küris	Mr I. Cabral Barreto
12.	Mr R. Türmen	Mr J.-P. Costa, <i>3rd Chamber Vice-President</i>
13.	(Mr J.-P. Costa, <i>3rd Chamber Vice-President</i>)	Mr W. Fuhrmann
14.	Mrs F. Tulkens	Mr K. Jungwiert
15.	Mrs V. Stráznická	(Mr M. Fischbach, <i>2nd Chamber Vice-President</i>)
16.	Mr C. Bîrsan	(Mr J. Casadevall, <i>1st Chamber Vice-President</i>)
17.	Mr P. Lorenzen	Mr B. Župancic
18.	Mr M. Fischbach, <i>2nd Chamber Vice-President</i>	Mrs N. Vajic
19.	Mr V. Butkevych	Mr J. Hedigan
20.	Mr J. Casadevall, <i>1st Chamber Vice-President</i>	Mrs W. Thomassen
21.	Mrs H.S. Greve	Mrs M. Tsatsa-Nikolovska
22.	Mr A. Baka	Mr T. Pantîru
23.	Mr R. Maruste	Mr E. Levits
24.	Mrs S. Botoucharova	Mr K. Traja
25.	Mr M. Ugrekhelidze	Mr A. Kovler

COMPOSITION OF THE SECTIONS

	SECTION I	SECTION II	SECTION III	SECTION IV
<i>President</i>	Mrs E. Palm	Mr C. Rozakis	Mr N. Bratza	Mr M. Pellonpää
<i>Vice-President</i>	Mr J. Casadevall	Mr M. Fischbach	Mr J.-P. Costa	Mr G. Ress
	Mr L. Ferrari Bravo	Mr L. Wildhaber	Mr L. Loucaides	Mr A. Pastor Ridruejo
	Mr Gaukur Jörundsson	Mr B. Conforti	Mr P. Küris	Mr L. Caflisch
	Mr R. Türmen	Mr G. Bonello	Mrs F. Tulkens	Mr J. Makarczyk
	Mr C. Bîrsan	Mrs V. Stráznická	Mr W. Fuhrmann	Mr I. Cabral Barreto
	Mr B. Zupancic	Mr P. Lorenzen	Mr K. Jungwiert	Mr V. Butkevych
	Mrs W. Thomassen	Mrs M. Tsatsa- Nikolovska	Mrs H.S. Greve	Mrs N. Vajic
	Mr T. Pantúru	Mr A. Baka	Mr K. Traja	Mr J. Hedigan
	Mr R. Maruste	Mr E. Levits	Mr M. Ugrekhelidze	Mrs S. Botoucharova
		Mr A. Kovler		
<i>Section Registrar</i>	Mr M. O'Boyle	Mr E. Fribergh	Mrs S. Dollé	Mr V. Berger

APPENDIX III

RESOLUTION (97) 9

**ON THE STATUS AND CONDITIONS OF SERVICE OF JUDGES
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO BE SET UP UNDER
PROTOCOL No. 11 TO THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF
HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS**

*(Adopted by the Committee of Ministers on 10 September 1997
at the 600th meeting of the Ministers' Deputies)*

The Committee of Ministers, acting pursuant to Article 16 of the Statute of the Council of Europe,

Having regard to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950 ("the Convention");

Having regard to Protocol No. 11 to the Convention, restructuring the control machinery established thereby, signed at Strasbourg on 11 May 1994 ("Protocol No. 11"), which establishes a permanent European Court of Human Rights ("the Court") to replace the European Commission and Court of Human Rights;

Having regard to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, signed at Paris on 2 September 1949,

Resolves as follows:

Article 1

Elected members of the Court to be set up under Protocol No. 11 shall enjoy the special status of "judges of the European Court of Human Rights" ("judges").

Article 2

In accordance with Article 51 of the Convention as amended by Protocol No. 11, judges and *ad hoc* judges appointed pursuant to Article 27 § 2 of the Convention shall be entitled, during the exercise of their functions, to the privileges and immunities provided for in Article 40 of the Statute of the Council of Europe and in the agreements made thereunder.

Article 3

The conditions of service of judges and *ad hoc* judges shall be governed by the provisional Regulations set out in appendices I and II respectively to this Resolution. These provi-

sional Regulations shall be reviewed by the Committee of Ministers within the twelve months following the entry into force of Protocol No. 11, on the proposal of the Secretary General of the Council of Europe and in consultation with the President of the Court.

The provisional Regulations shall be implemented by the Secretary General of the Council of Europe, who, for this purpose, shall act in consultation with the President of the Court and may have regard to the rules applied concerning staff members of the Council of Europe.

Article 4

This Resolution shall enter into force on the same day as Protocol No. 11.

Appendix I to Resolution (97)9 Provisional Regulations governing the conditions of service of Judges

Article 1 - Annual salary

1. The all-inclusive annual salary of judges, as holders of a full-time office, shall be 1,100,000 French francs, payable in equal monthly instalments in advance.
2. Additional remuneration at the following annual rates shall be paid, on a *pro rata temporis* basis, to the following office-holders:
 - the President of the Court: 75,000 French francs;
 - the Vice-President of the Court and the Presidents of Chambers: 37,500 French francs.
3. The Committee of Ministers shall consider each year whether the foregoing amounts should be adjusted having regard to the evolution of the cost-of-living in France.
4. The above salaries and remuneration shall be free of all taxation.²⁹

²⁹ At the 600th meeting of the Ministers' Deputies (10 September 1997) the French delegation stated that the exemption of Judges' salaries and remuneration from taxation had been agreed to by all ministerial departments concerned by this question.

The French delegation also recalled that the requirements laid down in Article 53 of the French Constitution implied that the ratification and entry into force, with respect to France, of the Sixth Protocol to the General Agreement on the privileges and immunities of the Council of Europe, which enshrines the principle of this exemption, can only take place once a law authorising such ratification has been passed.

Article 2 - Place of residence

Judges shall reside at or near the seat of the Court.

Article 3 - Leave

i. Holiday leave

Judges shall be entitled to annual holiday leave of two-and-a-half working days per month of service.

For the purpose of calculating annual leave entitlement, periods of sick leave during which judges are paid their salary, in full or in part, by the Council of Europe in accordance with the general provisions contained in paragraph ii of this Article, shall be considered as service. In the case of sick leave occasioned by occupational injury, absences for health reasons lasting a continuous period of up to one year shall be considered as service.

ii. Sick leave

The Administration of the Council of Europe shall be notified immediately, through the Registry of the Court, whenever judges are absent and unable to perform their duties for health reasons and be supplied with appropriate medical certificates.

Judges who are absent on account of illness shall receive from the Council of Europe:

- for the first three days : their full salary;
- thereafter and for a period of eighty-seven days : 90% of their salary;
- thereafter and for a period of ninety days: one-half of their salary.

At the end of the said period of ninety days, judges shall no longer be remunerated by the Council of Europe.

Article 4 - Payment of expenses by the Council of Europe

1. The Council of Europe shall pay:

- a.* the travel and subsistence expenses of a judge on an official journey;
- b.* travel, subsistence and removal expenses incurred by judges and their household (spouse and children) when taking up or on termination of their duties.

2. On the death of a judge during his or her term of office, the Council of Europe shall defray:

a. the cost of transporting the body of the judge from the place of death to the place of funeral;

b. the cost of transporting the deceased judge's personal belongings;

c. the travel costs of the survivors who were dependent on the judge and were part of the judge's household.

3. The rules issued by the Secretary General of the Council of Europe applicable to payment of expenses to staff members of the Council of Europe shall apply to judges, save that the amounts payable in respect of travel and subsistence expenses shall be governed by the rules issued by the Secretary General applicable to the reimbursement of the expenses of members of the Parliamentary Assembly and Ministers' Deputies when travelling at the charge of the Council of Europe.

Article 5 - Social protection

1. Judges are required to ensure that they have arranged, at their own expense, for adequate insurance cover of the following risks, for the full period of their terms of office:

- temporary incapacity to work due to illness or accident - the cover must be such as to replace the loss of salary indicated under Article 3, paragraph ii above;
- costs of health care, including maternity expenses, for themselves and their dependants;
- permanent incapacity to work due to an illness or an accident;
- death.

Judges are also required to provide, at their own expense, for their retirement or pension benefits as regards the period of their terms of office.

2. Judges shall provide the Council of Europe at the beginning of each year with proof that they have adequate coverage of the risks listed above. The Council of Europe will make available proposals for an insurance policy which covers the risks, the full premium to be paid by judges.

Appendix II to Resolution (97) 9
Provisional Regulations governing the conditions of service of *ad hoc* judges

1. For each day on which they exercise their functions *ad hoc* judges shall receive an allowance of an amount equal to 1/365th of the annual salary payable to judges of the Court by virtue of Article 1§1 of Appendix I above. The allowance shall be free of all taxation.³⁰
2. The Council shall also reimburse to *ad hoc* judges travel and subsistence expenses incurred by them in connection with the performance of their functions. The rules issued by the Secretary General of the Council of Europe applicable to the reimbursement of the expenses of members of the Parliamentary Assembly and Ministers' Deputies when travelling at the charge of the Council of Europe shall apply.

30 At the 600th meeting of the Ministers' Deputies (10 September 1997) the French delegation stated that the exemption of Judges' salaries and remuneration from taxation had been agreed to by all ministerial departments concerned by this question.

The French delegation also recalled that the requirements laid down in Article 53 of the French Constitution implied that the ratification and entry into force, with respect to France, of the Sixth Protocol to the General Agreement on the privileges and immunities of the Council of Europe, which enshrines the principle of this exemption, can only take place once a law authorising such ratification has been passed.

APPENDIX IV

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: October 1999
Statistical information¹ / Informations statistiques¹

	October/ octobre	1999
I. Judgments delivered / Arrêts prononcés		
Grand Chamber / Grande Chambre	6	58
Chamber I / Chambre I	0	2
Chamber II / Chambre II	19	26
Chamber III / Chambre III	3	11
Chamber IV / Chambre IV	2	12
Total	30	109
II. Applications declared admissible / Requêtes déclarées recevables		
Section I	8	101
Section II	41	280
Section III	33	173
Section IV	7	84
Total	89	638
III. Applications declared inadmissible / Requêtes déclarées irrecevables		
Section I - Chamber/Chambre	5	50
Section I - Committee/Comité	41	436
Section II - Chamber/Chambre	16	107
Section II - Committee/Comité	98	458
Section III - Chamber/Chambre	12	129
Section III - Committee/Comité	87	488
Section IV - Chamber/Chambre	16	108
Section IV - Committee/Comité	149	976
Total	424	2752

Continúa página siguiente...

THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION: PROTOCOL No. 11
ENTRY INTO FORCE AND FIRST YEAR OF APPLICATION

	October/ octobre	1999	
IV. Applications struck off / Requêtes rayées du rôle			
Section I	- Chamber/Chambre - Committee/Comité	2 0	17 6
Section II	- Chamber/Chambre - Committee/Comité	1 4	7 9
Section III	- Chamber/Chambre - Committee/Comité	0 1	24 10
Section IV	- Chamber/Chambre - Committee/Comité	0 0	11 11
Total		8	95
Total number of decisions² / Nombre total de décisions²			521 3485
V. Applications communicated / Requêtes communiquées			
Section I		39	343
Section II		137	371
Section III		83	352
Section IV		15	228
Total number of applications communicated / Nombre total de requêtes communiquées		274	1294

1 The statistical information is provisional / Les informations statistiques sont provisoires.

2 Not including partial decisions / Décisions partielles non comprises.

**REFLEXIONES ACERCA DE
CINCO CONVERGENCIAS NECESARIAS
PARA LA EFICAZ PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

FRANCISCO GALINDO-VÉLEZ*

* Representante Regional Adjunto del ACNUR, para México, Belice, Cuba y Centroamérica.

**REFLEXIONES ACERCA DE
CINCO CONVERGENCIAS NECESARIAS
PARA LA EFICAZ PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

FRANCISCO GALINDO-VÉLEZ

*No pueden las tinieblas de la malicia
ni de la ignorancia encubrir y escurecer
la luz del valor y la virtud
Don Quijote*

Gracias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por haberme invitado a ser parte de esta celebración.

Esta semana celebramos 20 años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 40 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se ha escogido la mejor manera de celebrar estos aniversarios: un ciclo de conferencias sobre derechos humanos a cargo de reconocidos especialistas.

El Nuevo Mundo, América, ha hecho importantes aportaciones al derecho internacional, y en materia de derechos humanos su contribución también es considerable. La protección a las perseguidos por razones políticas tiene gran tradición en América Latina, y su codificación es anterior a los trabajos de las Naciones Unidas, e incluso a los de la Sociedad de las Naciones. Esa contribución tiene una vertiente para la protección urgente de personas en sus propios países, es decir, el asilo diplomático, también conocido como asilo político. Este tipo de protección, por cierto importantísima, está ausente del sistema de las Naciones Unidas.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 son instrumentos notables. En ellos queda de manifiesto el pensar y el sentir de este Continente en materia de derechos humanos, se expresan las aspiraciones de estos pueblos y su convicción de que son capaces de lograr objetivos tan nobles.

Desafortunadamente, en muchos países de este Continente ha habido un abismo entre los postulados teóricos y la práctica. Este abismo ha costado la vida y gran sufrimiento a cientos de miles de hombres y mujeres oriundos de estas tierras, así como a otros provenientes de lejanos países, que habían venido a estas tierras por opción propia.

¿Qué justifica las violaciones a los derechos humanos? En mi andar por el mundo he escuchado muchas razones, y recuerdo que en el curso de algunas discusiones, cuando se venían desvaneciendo sus argumentos, los detractores de los derechos humanos invocaban razones culturales. Me decían que yo tenía una visión individualista de la persona, que ellos tenían una visión comunitaria, y que, por lo tanto, yo nunca entendería. Me considero privilegiado de no entender. Sigo viviendo con la firme convicción de que la vida, el cuerpo y el espíritu humanos son inviolables y no veo qué puede justificar su violación.

Muchos países del mundo enfrentan el reto de pasar de sociedades donde se respeta el poder y se ignora la ley, a sociedades donde se respeta la ley, en que el poder está sujeto a ella, y la ley se aplica con un sentido de justicia. Se trata de la ley con un objetivo de justicia, y no de la ley como uno de los instrumentos manipulados para apoyar al poder. Esta es una transición importantísima para que la democracia se viva y se respire en el hacer cotidiano. Señoras y señores, no nos engañemos, todo esto de derechos humanos comienza y termina con la justicia. El valor de la justicia, su afirmación y su aplicación concreta de manera imparcial debe ser la meta de nuestros desvelos.

La creación de una cultura de los derechos humanos debe tener en cuenta la opinión de hombres y mujeres que no son desfavorables a los derechos humanos, pero que tampoco son convencidos y manifiestan reservas e incluso críticas relacionadas con cuestiones de aplicación práctica. La práctica importa mucho para evitar que los derechos humanos se conviertan en materia y en tema de iniciados y convencidos, limitado a ciertos grupos especializados, a institutos y a academias.

Creo que debemos seguir trabajando en términos de cinco convergencias: las dos primeras se refieren a doctrina o a la práctica de la doctrina, y las otras tres se relacionan con la práctica. En todas, la propagación de una cultura de los derechos humanos tiene un papel fundamental.

La primera convergencia se relaciona con la necesidad de la concurrencia y consideración de las tres vertientes del derecho internacional dedicadas a la protección de la persona humana: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados. Estas tres ramas del derecho internacional deben aplicarse de manera integral, ya que solo así se logra la protección de las personas en toda circunstancia. Se ha progresado en esto, aunque todavía queda bastante camino por recorrer. La experiencia con los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos demuestra la importancia de la convergencia de estas tres vertientes del derecho internacional. La labor con desplazados internos también exige este tipo de convergencia, tal como la recogen

los principios rectores del representante del Secretario General de las Naciones Unidas, el Dr. Francis Deng.

La segunda convergencia se refiere a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales, ya que los unos sin los otros no funcionan bien. Debo decir que cada vez creo menos en aquello de derechos de primera generación y de otras generaciones o tiempos. La mayor parte de las veces se trata de generaciones o tiempos que nunca llegan. No cabe duda de que los derechos civiles y políticos son un elemento constitutivo fundamental de la democracia, pero los derechos económicos, sociales y culturales son fundamentales para su consolidación. Ya dijo Talleyrand a Napoleón, el grande y no el pequeño, recordando la distinción hecha por Víctor Hugo, que todo puede hacerse con las bayonetas, excepto sentarse sobre ellas.

La tercera convergencia se refiere a la necesidad imperativa de que las agencias internacionales humanitarias, en particular pero no exclusivamente aquellas encargadas de velar por cada una de estas tres grandes vertientes o ramas del derecho internacional para la defensa de las personas, trabajen y colaboren de cerca y de forma efectiva. Todas las agencias han sufrido del afán de protagonismo, de querer hacerlo todo y ganarse las primeras planas de los periódicos y de salir en los noticieros de CNN. Se ha progresado mucho, pero todavía queda mucho camino por recorrer. Esta convergencia es muy importante, porque de otra manera las agencias trabajan en alguna medida para sí mismas.

La cuarta convergencia se relaciona con la necesidad de que las agencias con vocación universal trabajen de cerca con agencias de sistemas regionales. Los sistemas regionales han desarrollado importantes estructuras de defensa de los derechos humanos que pueden fortalecer las estructuras del sistema universal, a la vez que se fortifican de ese sistema universal.

En el ACNUR siempre hemos considerado que es capital trabajar con los sistemas regionales protectores de los derechos humanos. En este Continente hemos privilegiado la cooperación con la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana, el Instituto Interamericano, así como con la Organización de los Estados Americanos.

La quinta convergencia se refiere a la importancia de que las agencias con vocación universal y las de los sistemas regionales trabajen más de cerca con organizaciones no gubernamentales, tanto nacionales como internacionales. Se ha hecho mucho, pero todavía se puede hacer más en esta materia. En derechos humanos, el papel y la participación de la sociedad civil es fundamental. Como dijo esta tarde el Director Ejecutivo del Instituto Interamericano, las organizaciones no gubernamentales son el alma del sistema interamericano. Yo agregaría que esto es igualmente cierto para el sistema universal. En este sentido, la Alta Comisionada para los Refugiados decidió que el tema del Comité Ejecutivo de este año fuera la asociación (*partnership*) entre el ACNUR y las organizaciones no gubernamentales.

A lo que quiero llegar con estas convergencias es a recalcar la importancia de que nadie puede lograr por sí solo los objetivos de los derechos humanos. Se requiere una acción hones-

tamente concertada. El Dr. Roberto Cuéllar lo ha venido diciendo durante muchos años de la siguiente manera: "en cuestión de derechos humanos hay que sumar y no restar, multiplicar y no dividir". Pese a los esfuerzos realizados, todavía nos encontramos en un punto en que es necesario recordar este tema de cooperación y colaboración.

Tener que recordarlo significa que todavía no hemos avanzado lo suficiente. Tenemos que pensar que en derechos humanos, además de existir una *tutela internacional*, hay una *responsabilidad compartida* de todos, es decir, de los Estados, de las agencias intergubernamentales con carácter universal, de los órganos y las agencias de sistemas regionales, de los organismos no gubernamentales y de los individuos. Esto sin negar el papel de responsabilidad principal de los Estados.

Ahora bien, la cooperación entre agencias y sistemas debe lograrse en torno a objetivos precisos aunque sean modestos, y no en torno a proyectos faraónicos que nunca se realizan. Debemos ser concretos y precisos. Así se irá avanzando.

En cuanto a una cultura general de los derechos humanos, no cabe duda que se trata de un importantísimo objetivo. Las agencias y las organizaciones universales y regionales hacen esfuerzos para mejorar la cooperación en todo sentido. Ha llegado la hora de aunar esfuerzos y voluntades de modo total. Ahora tenemos que llegar a la conclusión de que no hay otro camino. Debemos juntar los recursos limitados que cada uno tiene y lograr que lleguen más lejos de lo que se logra trabajando separadamente.

Decía que en el esfuerzo de lograr una cultura de los derechos humanos hay que tomar medidas para dar respuestas a las preocupaciones de personas que no ven claro el objetivo de los derechos humanos. Se trata de hombres y mujeres que no son contrarios a los derechos humanos. Son personas que tienen preocupaciones que no podemos desarrollar aquí, y me limito a mencionar una: no entienden por qué el interés de los trabajadores de los derechos humanos se concentra en el proceso de los acusados y olvidan los derechos de las víctimas. Un solo ejemplo. Creo que debemos tener en cuenta este tipo de preocupación y darle respuestas válidas. La cultura de los derechos humanos no se logra sólo repitiendo la doctrina. Se necesita que las personas vean también el lado práctico, y así se sumen a la cultura de los derechos humanos y se preocupen por su defensa y su vigencia.

No puedo terminar sin repetir lo que ya dije al Juez John Donaldson en relación con el comentario que hizo esta mañana acerca de la fecha del fin del siglo y del milenio. Conuerdo con el Juez Donaldson en que es el año próximo.

He aquí, pues, algunas ideas sueltas que quería compartir con ustedes este día. Muchas gracias.

San José, 24 de noviembre de 1999

**EL PAPEL DE LAS ONG EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS.
TRÁMITE DE LOS CASOS ANTE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

VIVIANA KRSTICEVIC*

* Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

**EL PAPEL DE LAS ONG EN
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS.
TRÁMITE DE LOS CASOS ANTE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

VIVIANA KRSTICEVIC

Sumario: I. El rol de las ONG. II. El acceso a la Corte. A. La falta de universalidad del sistema limita la protección. B. La ampliación de la legitimación para el envío de casos a la Corte. C. Los criterios de envío de casos a la Corte. D. El papel de los peticionarios en la solicitud de medidas provisionales. III. La representación de las víctimas ante la Corte. A. Los desafíos de la participación independiente de las ONG en la etapa de reparaciones. B. La relación de los peticionarios con la Comisión en los casos actualmente ante la Corte. IV. Conclusión.

El establecimiento de mecanismos para la protección internacional de los derechos humanos es resultado del esfuerzo de los Estados Americanos de poner límites a sus propias acciones en beneficio de la dignidad humana. En este sentido, la protección judicial y vinculante brindada por el sistema interamericano expresa el mayor grado de compromiso jurídico con los derechos protegidos.¹ Asimismo, el sistema interamericano es generoso en el alcance

¹ Los órganos del sistema interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte), están facultados para procesar y resolver peticiones individuales constituyéndose como un último contralor de las acciones del Estado en materia de derechos humanos en su carácter de instancias supranacionales para el resguardo de los derechos de las personas. La Convención Americana otorga a la Comisión y a la Corte facultades de supervisión de las obligaciones que el tratado impone a los Estados. Asimismo, una serie de convenciones interamericanas otorgan a la Comisión y la Corte atribuciones para supervisar las obligaciones internacionales de los Estados respecto a las convenciones y protocolos que han entrado en vigor con posterioridad a la Convención Americana.

de los compromisos de respeto a la dignidad humana; existen numerosos tratados interamericanos que amplían la protección de los derechos humanos establecidos en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la Declaración), que por cierto, han sido ratificados por un número importante de Estados en la región.²

La efectividad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos depende en parte del compromiso jurídico y la voluntad política de los Estados, en particular de los poderes ejecutivos nacionales; pero la misma requiere asimismo del papel que desempeñen una serie de actores estatales fuera del control del poder ejecutivo nacional y de actores no estatales. Así, la capacidad del sistema interamericano de proteger los derechos humanos requiere del funcionamiento eficaz de los órganos de supervisión de los compromisos asumidos por los Estados. Del mismo modo, los poderes judiciales y legislativos nacionales y provinciales, y los poderes ejecutivos provinciales tienen en muchas ocasiones obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos del sistema interamericano cuyo incumplimiento es óbice para la efectividad del sistema. Así, también las organizaciones no gubernamentales (ONG o "las organizaciones") han tenido un papel central en el desarrollo de la protección internacional interamericana principalmente por su representación de víctimas de violaciones a los derechos humanos. Ellas han facilitado y promovido el acceso de las víctimas de violaciones de los derechos humanos ante la Comisión y la Corte, han promovido el tratamiento de un amplio rango de violaciones de los derechos humanos por parte del sistema interamericano y han trabajado para el fortalecimiento de este sistema de modo estructural.

En este capítulo trataremos el fortalecimiento del papel de las ONG y de las víctimas en el trámite de los casos ante la Corte. Para ello, describiremos el papel de las ONG en el sistema interamericano; el acceso de las ONG a la Corte en el litigio contencioso: ¿Cuál es su relevancia? ¿Cómo se determina? ¿Cómo puede ampliarse? ¿Cuáles serían algunas de las reformas necesarias en la práctica o las normas del sistema que harían posible un mayor acceso a la jurisdicción de la Corte?; y por último, la condición de las víctimas y las ONG una vez frente a la Corte: ¿Cuál es la condición actual? ¿Cómo podría fortalecerse el papel de las víctimas y ONG?

2 En efecto, la base mínima de los compromisos de los Estados de la región está determinada por la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA); sin embargo a ella se suman las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las establecidas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Eliminar y Sancionar toda forma de Violencia contra la Mujer y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Pacto de San Salvador." Todos estos tratados han entrado en vigor, el último siendo el Pacto de San Salvador, el pasado 17 de noviembre, fecha en la que el Gobierno de Costa Rica depositó el instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la OEA.

I. EL ROL DE LAS ONG

Las ONG han tenido un papel muy vital en el sistema interamericano. Una de las tareas de una buena parte de las organizaciones de derechos humanos que han actuado ante el sistema ha sido tradicionalmente la representación de víctimas de violaciones de los derechos humanos o de sus familiares. En numerosos Estados de la región, razones de seguridad, pobreza, marginalidad, interés común y actividad pastoral, entre otras, han llevado a que familiares de víctimas, víctimas, abogados y/o defensores de derechos humanos se agrupen constituyendo ONG para reclamar por los derechos de los afectados.³ En aquellos países donde todavía el trabajo de derechos humanos implica grandes riesgos, la actividad de representación de temas o causas por parte de una ONG brinda adicionalmente mayor seguridad que la actividad individual. Es por ello que especialmente en esas circunstancias más críticas, constituirse como ONG es uno de los modos característicos de organización de las propias víctimas y sus familiares.⁴

Uno de los mayores logros de las organizaciones no gubernamentales es haber facilitado el acceso de miles de víctimas al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Las ONG son responsables del litigio de la mayoría de los casos ante la Comisión -actuando en calidad de peticionarias o asesoras,⁵ y han sido vitales para el litigio de los casos ante la Corte- actuando en calidad de asistentes de la Comisión o representantes de las víctimas. La asesoría o asistencia técnica que prestan las ONG comprende tanto el diagnóstico de las denuncias a presentar, la selección, verificación y presentación de los medios probatorios ante

3 Existe una pluralidad de modos organizativos y de ONG, pero aquellas con mayor participación en el sistema interamericano responden en líneas generales a la definición presentada. Por ejemplo, el Comité de familiares de las víctimas de los sucesos del 27 y 28 de febrero de 1989 (Cofavic), ha presentado 4 casos ante la Comisión Interamericana y es representante de las víctimas en un caso ante la Corte. Cofavic está compuesta por un equipo técnico que acompaña a los familiares de las víctimas del Caracazo. La Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) es otra organización de carácter local que representa a víctimas en dos casos sometidos a la jurisdicción de la Corte. La CCJ está compuesta por un grupo de abogados que representan un importante número de casos a nivel local e internacional. CEJIL es una organización de carácter regional formada por abogados que representan a miles de víctimas ante la Comisión Interamericana -en general en co-patrocinio con una o varias ONG de carácter local- y son representantes de las víctimas en la mayoría de los casos sometidos a la jurisdicción de la Corte.

4 La posibilidad de asumir y continuar la defensa de los derechos de las víctimas en el sistema interamericano se ve facilitada en gran medida porque la Convención Americana permite que las ONG, aún sin la autorización de las víctimas o familiares, presenten una petición ante el sistema; y aún la misma Comisión puede iniciar *motu proprio* una queja ante el sistema. Estas reglas procesales generan un *actio popularis* para la presentación de denuncias reforzando el carácter de orden público de los derechos protegidos. Así también, estas reglas diluyen la responsabilidad de las víctimas y familiares en las denuncias internacionales disminuyendo su exposición y/o riesgo. Un Estado represivo no tiene la posibilidad de presionar a familiares y víctimas para terminar con un proceso en el ámbito internacional.

5 A continuación me referiré indistintamente a las ONG como peticionarias, representantes de las víctimas u ONG.

las instancias del sistema, y el desarrollo de los aspectos de derecho internacional y de derecho interamericano de derechos humanos relevantes para el caso. Las ONG han logrado formar coaliciones y se han apoyado mutuamente a fin de mejorar su impacto en el trabajo de derechos humanos a través del uso del derecho internacional y de los mecanismos internacionales disponibles. De este modo, las ONG han permitido que las víctimas y sus familiares tengan una asesoría y representación de gran profesionalismo a fin de proteger sus derechos. Las ONG han asimismo aportado, aún dentro de su multiplicidad, una perspectiva común en el sistema interamericano, ayudando a que el sistema mantenga viva la preocupación por las víctimas y sus familiares en los desarrollos del derecho sustantivo y procesal.⁶

De igual forma, las ONG han promovido a través del litigio la discusión de una gran variedad de temas.⁷ De esta manera, las ONG han llevado al ámbito internacional la discusión de una serie de prácticas de los Estados que han sido previamente justificada o legalizada a nivel doméstico.⁸ En efecto, la ampliación del número de las víctimas que han tenido acceso al sistema ha tenido un impacto directo en el rango de temas y los Estados sujetos al escrutinio del sistema interamericano. Así, por ejemplo, los esfuerzos de las ONG para que las organizaciones de mujeres conozcan el sistema interamericano han expuesto a la Comisión a tratar el tema de violencia doméstica y discriminación; el trabajo en el Caribe anglófono ha presentado a la Comisión con la necesidad de desarrollar los derechos y garantías de los refugiados en la determinación de estatus bajo los instrumentos interamericanos; y el trabajo en Brasil ha expuesto a la Comisión al estudio del trabajo esclavo.

Por otra parte, las ONG han realizado numerosas campañas de promoción del sistema interamericano a nivel local y regional sensibilizando tanto a la sociedad civil como a los distintos órganos del Estado. Ellas han utilizado con insistencia los medios de comunicación contribuyendo de esta manera no sólo a lograr una mayor relevancia política con respecto a las

6 Por ejemplo, los representantes de las víctimas hemos pedido en el contexto de medidas provisionales, que se ejecute una orden de aprehensión como medida de protección de las víctimas; que no se obligue a las víctimas a desplazarse internamente como medida de seguridad (caso Colotenango), que se dicten medidas cautelares para la protección de la libertad de expresión (caso Gorriti), que no se adopten medidas provisionales sin consultar a las víctimas (caso ASFADDES).

7 Esto es claro de las iniciativas que ha tenido CEJIL en el sistema interamericano, por ejemplo, trayendo a la discusión los estándares apropiados respecto a la protección de la libertad de expresión, de los derechos de los niños y de la no-discriminación. En este sentido, en el contexto mundial Nigel Rodley afirma que la creciente atención dada a distintos tipos de violaciones a los derechos humanos se debe en parte a la acción de información pública de las ONG (Rodley, pág.42).

8 Por ejemplo, las ONG hemos litigado en numerosos casos para lograr cambios legislativos. Así, en el caso de Horacio Verbitsky contra Argentina, hemos logrado a través de una solución amistosa, que se modifiquen las normas del Código Penal Argentino que establecían la figura del desacato; en el caso de María Eugenia de Sierra contra Guatemala, hemos logrado una reforma de las normas del Código Civil Guatemalteco que establecían un sistema discriminatorio para la mujer casada, *inter alia*, respecto al manejo del patrimonio conyugal, la representación conyugal, la custodia, y el derecho a trabajar.

decisiones de la Comisión y la Corte, sino a denunciar políticas atentatorias contra la eficacia del sistema interamericano. Las ONG han sido un factor importante en crear la atmósfera política y el contexto necesario para estimular la acción de las organizaciones intergubernamentales⁹ y la reacción de la comunidad internacional en defensa del sistema ante coyunturas de crisis.

A pesar del importante papel que han cumplido las ONG en el desarrollo y el desempeño del sistema interamericano, existen aún una serie de restricciones de hecho y procesales que deberían ser consideradas a fin de mejorar el impacto del mismo.

II. EL ACCESO A LA CORTE

Uno de los aspectos a considerar para mejorar la protección de los derechos humanos en el hemisferio es el acceso de las ONG y víctimas a la Corte. Para las ONG y las víctimas de violaciones de derechos humanos de la región, el acceso a la Corte permite un mayor resguardo de los derechos debido a la capacidad incuestionable de esta última de dictar sentencias con carácter vinculante.¹⁰ Ello en contraposición a las recomendaciones de la Comisión cuya autoridad y carácter vinculante ha sido sistemáticamente cuestionada por un alto número de Estados que han asimismo incumplido sus decisiones. La rebeldía de algunos Estados continúa a pesar de que la misma Corte señaló que: "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 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."¹¹ De este modo, en la práctica una sentencia de la Corte aumenta sustancialmente las posibilidades de las víctimas de lograr una reparación integral y efectiva de sus derechos.¹²

9 Rodley, pág.41.

10 La Corte tiene de acuerdo a la letra misma de la Convención la facultad de establecer decisiones vinculantes en los casos sometidos a su jurisdicción. Así, el art. 68 de la Convención establece que "los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes."

11 Corte IDH; caso Loayza Tamayo c. Perú, sentencia sobre el fondo, párr. 80.

12 De acuerdo con lo previsto por la Convención en su artículo 63, si la Corte decide que existió una violación a la Convención, consecuentemente 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."

A. LA FALTA DE UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA LIMITA LA PROTECCIÓN

Una de las limitaciones al acceso a la Corte está determinada por la falta de universalidad del sistema interamericano: no todos los Estados de la región han ratificado a la Convención Americana, ni han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte tampoco han obligado respecto de las demás convenciones interamericanas con el mismo nivel de compromiso en la protección los derechos o en los mecanismos disponibles.¹³ En consecuencia, el sistema interamericano no otorga el mismo nivel de protección a todos los habitantes de la región. De allí que a fin de garantizar el efectivo acceso de las personas de toda la región a la protección internacional es fundamental, como mínimo, que los Estados ratifiquen la Convención Americana y acepten la jurisdicción obligatoria de la Corte.

B. LA AMPLIACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PARA EL ENVÍO DE CASOS A LA CORTE

Una segunda restricción al acceso a la Corte es la regla de legitimación establecida por la Convención; y su aplicación en la práctica estatal e interamericana. La Convención establece que, dentro de ciertos plazos, la Comisión o un Estado solamente pueden someter un caso ante la Corte siempre y cuando el Estado denunciado haya aceptado la jurisdicción obligatoria o acepte la jurisdicción en el caso en concreto.¹⁴ Así, la Convención no otorga a los peticionarios o los representantes de las víctimas acceso autónomo ante la Corte, esto es, no pueden someter un caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte, ni tampoco tienen representación independiente ante la misma.¹⁵ Ello limita de hecho el acceso que las víctimas tienen ante la Honorable Corte. Por ejemplo, en el año 1996 de 20 casos resueltos,¹⁶ en los que en 16 existía la posibilidad de ser enviados ante la Corte sólo fueron enviados 4 casos; en 1997 de 64 casos resueltos y 58 casos con informes finales en países que aceptaron la jurisdicción obligatoria de la Corte fueron sometidos sólo 5 casos; en 1998, con 27 casos resueltos y 19 casos que podrían haber sido enviados a la Corte fueron enviados sólo 4 casos. Como sostuvimos con anteriori-

13 La Convención de Belem do Pará, curiosamente, no establece expresamente la jurisdicción de la Corte para el tratamiento de una petición individual. Ello pese a que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que se emitiera en la misma Asamblea General de la OEA, si la prevé.

14 El artículo 61.1 de la Convención establece: "Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte."

15 En la práctica nuestra participación en la Corte es a través del carácter de asesores ahora denominados asistentes de la Comisión. En la etapa de reparaciones tenemos representación autónoma ante la Corte. Ver, Juan E. Méndez: "La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos," en *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, editado por Rafael Nieto Navia, 1994, pág.321.

16 Casos resueltos en este contexto se utiliza para identificar aquellos casos con un informe final de acuerdo al artículo 51 de la Convención Americana.

dad, el no envío de los casos ante la Corte restringe, y en la mayoría de los casos anula la posibilidad de conseguir una solución efectiva de los mismos, ya que la mayoría de los Estados tiene un récord pésimo de cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión.¹⁷

A fin de asegurar la mejor garantía de los derechos del individuo, independientemente de la determinación que le corresponda a la Comisión, ésta última debería establecer en su reglamento una etapa procesal para que los mismos peticionarios compartan con ella su evaluación y decidan cuál es el camino que ofrece mayor tutela a sus derechos. En consecuencia, sería oportuno introducir en el Reglamento de la Comisión un mecanismo que permita a los peticionarios determinar el envío de un caso a la Corte a modo del modelo del Protocolo 9 del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Es de notar, que una cláusula de este tipo, eliminaría los rasgos paternalistas del sistema procesal actual y equilibraría así a las víctimas procesalmente con el Estado en esta etapa crucial del proceso.

C. LOS CRITERIOS DE ENVÍO DE CASOS A LA CORTE

En la medida que no se establezca en cabeza de los peticionarios la potestad del envío de los casos a la Corte -por la vía reglamentaria o convencional-, es relevante analizar y proponer aquellos criterios que el Estado y la Comisión deberían tener en cuenta a fin de utilizar sus potestades de acuerdo con el artículo 61 de la Convención. Un primer punto a tener en cuenta es que las facultades de la Comisión o del Estado de resolver, discrecionalmente, si un caso debe o no ser remitido a la Corte, no pueden ser utilizadas arbitrariamente.

Uno de los ejemplos más interesantes de intento de regulación de la facultad discrecional del Estado ha sido el propuesto por el entonces Comisionado Oscar Luján Fappiano de la República Argentina quien proponía que el Estado argentino cumpliera las recomendaciones de la Comisión establecidas en el informe artículo 50, o sometiera el caso ante la jurisdicción de la Corte.¹⁸ Esta iniciativa debería ser promovida dentro de la normativa interna de los Estados partes de la Convención Americana. Es interesante mencionar que entre los Estados de la región, sólo Costa Rica ha sometido un caso a la jurisdicción de la Corte;¹⁹ el resto de los Estados, aún cuando han criticado duramente algunas decisiones de la Comisión, no han sometido ningún caso a la jurisdicción de la Corte.

17 Ver, Informe de FEDEFAM sobre el estado del cumplimiento de las recomendaciones en los casos litigados por sus contrapartes locales, mimeo, 1997. Algunos Estados de la región, como México y Brasil, llegan hasta a cuestionar las facultades de supervisión del cumplimiento de la Comisión.

18 Ver, Oscar Luján Fappiano en Martín Abregú *et al.* "La aplicación del derecho internacional en el ámbito interno," Argentina, CELS, 1997.

19 Corte IDH, Caso Viviana Gallardo c. Costa Rica.

La Comisión ha adelantado algunos criterios que guían su determinación sin plasmarlo en una modificación reglamentaria. Entre otros, la Comisión privilegia la llamada "jerarquía del derecho violado" enviando casos referentes al derecho a la vida y a la integridad física y moral; el impacto del caso para el sistema en su conjunto; la prueba disponible; los recursos humanos y materiales de la Comisión; la distribución de casos por países.²⁰ La Comisión ha utilizado asimismo una serie de criterios adicionales a los explicitados. Entre otros criterios hemos podido identificar: la aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado aludido, el agotamiento del procedimiento ante la Comisión, la declaración de la existencia de violaciones a los derechos protegidos.²¹ Más recientemente -en los casos *Maqueda*, *Loayza Tamayo*, *Suárez Rosero*, *Cesti*, *Olmedo*, *Ivcher*, etc.- la Comisión ha sometido a la Corte asuntos en que el objeto de la demanda se refiere a asuntos que no están necesariamente relacionados con violaciones al derecho a la vida, sino con violaciones a las garantías judiciales o a la libertad de expresión, ampliando en la consideración de la Comisión la naturaleza de los casos que justifican la intervención de la Corte.²² Los criterios expuestos y los implícitos que la doctrina ha sistematizado difícilmente explican las decisiones de envío y los rechazos inmotivados de las solicitudes de sometimiento de los casos ante la Corte por parte de la Comisión.²³ Por ello creemos que es necesario profundizar en los criterios que deben guiar a la Comisión en esta etapa del proceso.

La potestad de la Comisión de enviar una petición a la Corte debe estar guiada principalmente por el objeto último de la Convención, esto es, la reparación efectiva de las violaciones a los derechos humanos. Según ha señalado la Corte, su decisión "debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención."²⁴ Así las ONG han propuesto que la Comisión tenga en cuenta un criterio de

20 Palabras del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Decano Claudio Grossman, en la sesión inaugural del 95º período ordinario de sesiones de la CIDH (Washington DC, 24 de febrero de 1997).

21 La Comisión debería someter a la Corte no sólo aquellos casos graves en que considera que ha habido una violación de la Convención, sino incluso aquellos en que estima que no ha habido ninguna violación. Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (arts 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A No. 5, párr. 25. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-13/93, 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), párr. 50.

22 Ver, por ejemplo, Mónica Pinto, *La Denuncia ante la CIDH*, Buenos Aires, Del Puerto, p.176.

23 Respecto del controversial caso *Martorell Cammarella c. Chile sobre censura previa*, los peticionarios habíamos solicitado su envío a la Corte y no fue concedido. Dos años después, la Comisión envió a la Corte un caso que planteaba la convencionalidad de la censura previa: caso *Olmedo y otros c. Chile o "La última tentación de Cristo"*.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-13/93, 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), párr. 50.

efectividad en la protección para la determinación del sometimiento de los casos ante la Corte. Vale decir, si el Estado no cumple con las recomendaciones de la Comisión, en principio, el caso debe ser sometido a la jurisdicción de la Corte. En ese mismo, el doctrinario Faúndez sostiene:

[en los casos contra Honduras la Corte] ...llegó a insinuar que, una vez agotado el procedimiento dispuesto por los arts. 48 a 50 de la Convención sin que se hubiera logrado un resultado satisfactorio, dentro del respeto debido a los derechos humanos reconocidos en la Convención, y como parte del mecanismo de intensidad creciente previsto por ésta, el recurso a la instancia jurisdiccional debería operar de manera automática, lo que ciertamente privaría de todo carácter discrecional a la decisión de la Comisión.²⁵

Desgraciadamente, una pauta que afecta la decisión de la Comisión es la escasez de recursos humanos y financieros disponibles limitando significativamente el número de casos que somete a la jurisdicción de la Corte. Como la Comisión es la única parte que en la práctica somete casos ante la Corte, su política restrictiva en este sentido tiene como consecuencia que menos de 7 casos son presentados anualmente ante la Corte privando a cientos de víctimas de poder acceder ante esta instancia supranacional. El impacto de la falta de recursos en la protección de justicia en el ámbito internacional es un problema que la Comisión con el apoyo de los Estados debe solucionar a través de un aumento sustancial en las contribuciones al sistema interamericano para lograr que las víctimas tengan acceso igualitario a la posibilidad de tener justicia. Los Estados deben comprometerse financieramente con el sistema de modo que la Comisión tenga la posibilidad de someter todos los casos que lo ameriten a la jurisdicción de la Corte, sin que las razones económicas se transformen en un obstáculo para la consecución de justicia en las violaciones de derechos humanos.

La Comisión debería establecer una etapa procesal específica a fin de escuchar las razones del peticionario o la víctima para determinar cuál es el curso de mejor tutela de sus derechos.²⁶ Más aún, en principio, la decisión de la Comisión en este punto debería delegar a los peticionarios y la propia víctima la decisión del curso del litigio. En este sentido, la Comisión en el caso de *Diana Ortiz c. Guatemala* fundamentó el no envío del caso a la Corte

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, serie C No. 1, párrs. 58, 59 y 60; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, serie C No. 2, párrs. 58, 59 y 60; y caso Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, serie C No. 3, párrs. 61, 62 y 63.

26 En este mismo sentido se pronunció la reunión de expertos convocada por la Corte Interamericana con ocasión de la primera reunión del Grupo de Trabajo Ad Hoc impulsado por la reunión de cancilleres que se llevó a cabo en noviembre de 1999 en Costa Rica. Documento de conclusiones, 8 de febrero de 2000.

en el pedido expreso de la víctima. Si la consideración del no envío del caso a la Corte es de tipo económico debería darse la oportunidad a los peticionarios o las víctimas de facilitar los recursos a fin de que el litigio sea posible. Cualquiera sea el sentido de la decisión última de la Comisión, aquella debería ser motivada, especialmente cuando decide, contra la voluntad de la víctima o peticionario, no llevar un caso ante la Honorable Corte.

D. EL PAPEL DE LOS PETICIONARIOS EN LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES

Otra de las vías de acceso a la jurisdicción de la Corte donde se podría fortalecer la posición de las víctimas es a través de la reglamentación de la práctica de la Comisión en la solicitud y trámite de las medidas provisionales. La Convención establece un incidente cautelar en su art.63.2: "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 tratara de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión."

Los criterios para que la Comisión solicite medidas provisionales cuando un caso está aún bajo su jurisdicción no han sido establecidos en su procedimiento reglamentario. La práctica de la Comisión ha sido solicitar medidas provisionales a requerimiento de los peticionarios en casos en los que las medidas cautelares -previstas en el artículo 29 del reglamento de su reglamento- no han logrado su objetivo de protección efectiva de los derechos de las personas. En particular lo ha hecho frente a hechos de suma gravedad que incrementaban el peligro de las personas bajo su protección.²⁷ Sin embargo, la Comisión no tiene reglas escritas en su regulación acerca de los criterios a utilizar para efectuar la solicitud de las medidas provisionales; y si bien el récord de la Comisión a este respecto es excelente, es importante que éste se refleje en una norma que articule la racionalidad de sus acciones y asegure la consistencia en su práctica.

En los casos que han sido sometidos ante la Corte, los representantes de las víctimas en nuestra calidad de asistentes de la Comisión en los casos ante la Corte, hemos tenido el cuidado de preguntar a víctimas, testigos y expertos si tenían algún temor por haber participado en una audiencia ante la Corte; y hemos tratado de establecer en el interrogatorio si existen razones

²⁷ Así, en el caso *Josué Giraldo y otros c. Colombia* también conocido como *Comité Cívico del Meta*, la ejecución de Giraldo motivó las medidas. En el caso de *ASFADDES c. Colombia*, el estallido de una bomba en una de las oficinas de los peticionarios fue el elemento determinante de la solicitud de medidas provisionales. En el caso de *Digna Ochoa y otros c. México*, el secuestro de la defensora de derechos humanos Ochoa fue crucial para que se decidiera la solicitud de medidas provisionales. Los eventos catalizadores de las medidas se encuentran en general acompañados de una situación previa de hostigamiento y de impunidad frente a las agresiones o amenazas.

para temer por la vida o integridad de quien testifica. La letra de la Convención parece limitar la solicitud directa de los peticionarios de medidas provisionales al menos en la etapa de excepciones preliminares y en el estudio del mérito del caso; no es claro si lo es así, en la etapa de reparaciones, donde las víctimas tienen estatus independiente. Sin embargo, es posible sostener que una vez que la víctima tiene la posibilidad de acercarse directamente a la Corte para presentar sus argumentos sobre las reparaciones debidas, podría del mismo modo acercarse a ella para salvaguardar sus derechos.

III. LA REPRESENTACIÓN DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE

Si bien el objeto de la protección internacional en el sistema interamericano es, en efecto, proteger los derechos de las víctimas, la Convención no ha previsto mecanismos que promuevan la participación autónoma de los peticionarios o representantes de las víctimas en los casos ante la Corte; o siquiera la consulta con los mismos. Por su parte, la Corte no ha considerado hasta el momento a las víctimas como parte en el proceso,²⁸ y sólo desde 1997, otorga participación independiente a las víctimas o sus familiares en la etapa de reparaciones.²⁹ El Reglamento actual de la Corte otorga a las víctimas y sus familiares la facultad de optar por tener representación independiente en la etapa de reparaciones del proceso contencioso.³⁰ Asimismo, el Reglamento prevé que se notificará de los principales documentos del proceso a los peticionarios y a la víctima o sus representantes.³¹

La práctica de la Comisión ha permitido que los representantes de las víctimas, las ONG denunciante, y otros asesores, tengan participación activa en todas las etapas del litigio ante la Corte. En efecto, el papel de las ONG no se ha limitado a la participación en el recabamiento

28 Las conclusiones de la reunión de expertos convocada por la Corte Interamericana -ver arriba, nota 26- hacen presumir que la Corte en su composición actual estaría dispuesta a considerar a los peticionarios y víctimas como parte en el proceso ante la Corte en todas sus etapas. Asimismo, una buena parte de los Estados de la región han expresado su apoyo a la distinción de papeles entre los peticionarios y la Comisión una vez sometido el caso ante la Corte. Ver a contrario de la doctrina tradicional de la Corte el voto de Rodolfo Piza Escalante en Velásquez; y el voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade en el caso Castillo Petrucci.

29 El artículo 23 del Reglamento actual de la Corte establece que en la etapa de reparaciones la víctima o sus familiares podrán tener representación independiente ante la Corte. En su Reglamento anterior la Corte permitía la participación de las víctimas y el denunciante original a invitación de la misma Corte. Art.44.2: "La Corte podrá invitar a las personas mencionadas en el artículo 22.2 de este Reglamento [los abogados del denunciante original, de la víctima o de sus familiares] a que presenten alegatos en relación con la aplicación del artículo 63.1 de la Convención." Sin embargo, en ninguna ocasión la Corte hizo uso de dicha facultad.

30 Ver nota 29.

31 El Reglamento de la Corte obliga que se notifique la demanda, las excepciones preliminares y la contestación de la demanda a las víctimas o representantes y al denunciante (arts. 35 c y d, 36.3, y 37).

de la información sobre los hechos, sino por el contrario se ha desarrollado de modo integral respecto de todos los aspectos de forma y fondo del proceso. Ello ha ocurrido tanto en el proceso de preparación de la demanda ante la Corte, las excepciones preliminares, la discusión sobre el fondo del proceso, la producción de pruebas, los alegatos y las reparaciones. Así, todos los casos sometidos por la Comisión ante la Corte hasta el momento, han contado con la participación de un representante de las víctimas, víctima, ONG denunciante, o asesor de la ONG o de la víctima. Ello, bajo la dirección de la Comisión, que actúa ante la Corte en calidad de parte. En la gran mayoría de los casos existe gran disponibilidad de parte de la Comisión de escuchar y consultar; y a su vez, los denunciantes han prestado un gran apoyo a la Comisión en los casos ante la Corte. De este modo, se ha asegurado en la práctica que los denunciantes en el proceso ante la Comisión sean partícipes del proceso ante la Corte.

A pesar de la amplia participación de los peticionarios o de los representantes de las víctimas en el proceso ante la Corte, existen por lo menos tres razones importantes que justifican la participación autónoma de los denunciantes ante la Corte. Primero, la participación autónoma puede considerarse como una consecuencia necesaria o deseable de la titularidad de los derechos.³² En este sentido, el juez Cançado Trindade sostiene: "el *jus standi* ... irrestricto de los individuos, ante la propia Corte Interamericana representa ... la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos."³³ Adicionalmente, en ocasiones, la participación de los denunciantes en las primeras etapas ante la Corte está limitada por la falta de consulta o de información, o discrepancias en la dirección o estrategia del proceso. Aunque ello no ocurre con frecuencia, las diferencias de estrategia pueden tener efectos detrimentales sobre los intereses de las víctimas.³⁴ Aquellas no deberían estar sujetas a la tutela de la Comisión sino deberían ellas tener la posibilidad de expresar sus opiniones y decidir el curso de la estrategia del modo que consideren más beneficioso para sus intereses. Más aún, el papel de la Comisión como juez y parte en un mismo proceso en contra de un Estado genera una apariencia de falta de imparcialidad de la Comisión y puede generar conflictos de intereses.³⁵ Así el no garantizar la participación independiente a las víctimas y sus representantes equivale a silenciarles su

32 El derecho internacional ha evolucionado en el sentido de permitir mayor acceso a las víctimas de violaciones de derechos humanos para defender sus derechos; aunque tradicionalmente ha distinguido entre derechos sustantivos y procesales.

33 Ver, Corte IDH, Excepciones Preliminares, Castillo Petruzzi c. Perú, Voto concurrente Juez Antônio Cançado Trindade.

34 Por ejemplo, en el caso Cayara c. Perú las acciones de la Comisión, realizadas contra la voluntad de los peticionarios, motivaron que el Estado opusiera excepciones preliminares que finalmente dejaron el caso fuera de la jurisdicción de la Corte.

35 Ver, ponencia de Jorge Rhenán Segura en este mismo seminario. Ver asimismo, Claudio Grossman, "Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation," *The Hastings International and Comparative Law Review*, Volumen 15, 1992, no.3.

voz, particularmente cuando la decisión de la Comisión ha sido no remitir el caso a la Corte. Para las ONG y las víctimas, la participación independiente ante la Corte ha sido históricamente un motivo de reclamo:

The desire to voice one's views about issues that affect one's life is a fundamental attribute of the human personality. Violations of human rights are attempts to silence that voice. Guaranteeing the presence of the victims's voices in judicial proceedings is thus of paramount importance.³⁶

La representación independiente de las víctimas ante la Corte aseguraría la participación de las ONG en representación de las víctimas en la totalidad del proceso ante la Corte. El establecimiento de una representación independiente de las víctimas ante la Corte sin duda mejoraría la situación de aquellas en todas las etapas. A fin de otorgar la representación independiente de las víctimas, basta que la Corte modifique su reglamento, o que los Estados reformen la Convención -dada la situación de falta de compromiso de la mayoría de los Estados con la protección internacional de derechos humanos consideramos que en la actualidad esta vía es desaconsejable.³⁷

A. LOS DESAFÍOS DE LA PARTICIPACIÓN INDEPENDIENTE DE LAS ONG EN LA ETAPA DE REPARACIONES

En la actualidad los órganos del sistema concuerdan con la necesidad de otorgar a las víctimas y peticionarios representación independiente en todas las etapas del litigio ante la Corte. Ahora bien, existen algunos puntos a resolver para garantizar la representación de las víctimas en todas las etapas del litigio ante la Corte.

En este sentido, la experiencia de la participación independiente en la etapa de reparaciones ante la Corte tiene lecciones importantes para la estructura y el carácter que se le dé a la representación autónoma en el resto de las etapas. En la mayoría de los casos los peticionarios tienen a la vez la calidad de representantes de las víctimas; así, por ejemplo los representantes de las víctimas en la etapa de reparaciones eran asimismo peticionarios en los casos *Loayza c. Perú*, *Castillo Páez c. Perú*, *Aguilera La Rosa* y otros *c. Venezuela* -también conocido como del

36 Ver Grossman, p. 30.

37 Los Estados de la región han tenido una actitud complaciente con violaciones flagrantes a la Convención, aún transgrediendo las obligaciones que el propio artículo 65 de la misma les impone. Así, frente a la ejecución de una persona protegida por medidas provisionales de la Corte durante la Asamblea General de 1999, todos los Estados omitieron criticar la acción antijurídica del Estado de Trinidad y Tobago. Asimismo, pocos Estados defendieron el sistema interamericano frente a la notificación del Estado peruano al Secretario General de la OEA acerca de su decisión de incumplir al menos dos sentencias vinculantes de la Corte Interamericana -casos *Castillo Petruzzi* y otros, y *María Elena Loayza*.

Caracazo, Blake c. Guatemala, Cesti c. Perú y Suárez Rosero c. Ecuador. Sin embargo, en ocasiones se han planteado contradicciones y representaciones diferentes entre familiares o víctimas y peticionarios. Es necesario pues, definir los criterios para resolver el caso de conflicto y determinar a su vez las consecuencias procesales que se desprenden de la calidad de víctima o peticionario en el proceso ante la Corte, que plantean varios interrogantes:³⁸ ¿Una vez que se presentan contradicciones, a quién debería privilegiarse en la representación del caso?, ¿es posible compatibilizar los conflictos entre los distintos actores relevantes? Por ejemplo, no es claro quién tendría participación autónoma frente a la Corte en todas las etapas: si sólo el denunciante o, si tanto la víctima como el peticionario la tendrían, en caso de no existir una identidad de intereses o representación.

Un criterio esencial para resolver este posible conflicto es el respeto absoluto por la voluntad de la víctima, cuyos derechos deben ser en última instancia protegidos. Toda pretensión procesal excluyente debe ceder frente a la voluntad inequívoca de una víctima que actúa libremente. Este criterio debe asimismo compatibilizarse con el orden público interamericano que adelanta la estructura convencional al promover un control amplio de las violaciones de los derechos humanos en el hemisferio;³⁹ y que señala un papel central para los peticionarios en el proceso ante la Comisión.

El Reglamento actual de la Corte señala una de las direcciones posibles para solucionar este potencial conflicto otorgando claramente derechos procesales tanto a los peticionarios como a las víctimas. Así, el Reglamento ordena la notificación de la demanda, las excepciones preliminares y la contestación de la demanda tanto al "denunciante original"⁴⁰ como a la víctima o sus familiares, aunque excluye a los denunciantes de las soluciones amistosas y de los sobreseimientos -a diferencia del reglamento anterior. Por cierto, la solución reglamentaria en

38 En por lo menos dos casos de mi experiencia de litigio personal la esposa de un ejecutado no quiso continuar con la lucha por el esclarecimiento de la ejecución de su marido. Los denunciantes eran ONG nacionales e internacionales que incluían a los miembros de la organización no gubernamental a la que pertenecía la víctima en un caso y al partido político en el que participaba la víctima en el otro caso. ¿Debería ser solamente la esposa quién decida el curso del litigio? ¿Deberían otros miembros de la ONG afectada tener la legitimidad para continuar el litigio del caso que iniciaron ante la Comisión?

39 Así, el artículo 44 de la Convención legitima a cualquier persona o grupo de personas, ONG y/o víctima, a presentar una denuncia ante la Comisión; de acuerdo al reglamento de la Comisión aquella puede asimismo iniciar motu proprio una queja.

40 Ahora bien, el reglamento de la Corte en vigor prevé ciertos derechos en cabeza del peticionario original. Es por cierto curioso, que se distinga entre el peticionario "original" y los demás peticionarios en el caso. Por ejemplo, existen numerosos casos en los que el peticionario original es una organización internacional que envía una acción urgente, y el peticionario que da curso al trámite es una organización local con estrechos vínculos con los familiares de las víctimas que adelanta y concluye el caso. Sin embargo, la Corte notificaría en cada situación relevante sólo a una institución que no necesariamente es la más ligada al trámite del caso. Por otra parte, en los casos en los que la Comisión inicia el procedimiento, no existe un denunciante original; quien da origen al proceso es la Comisión misma. En este sentido, creemos que sería más razonable establecer un sistema de notificación respecto de los peticionarios en general.

caso de otorgarse la representación autónoma, no debería retroceder sobre lo establecido en el reglamento actual. Por ello, sería prudente otorgar algún tipo de derechos procesales a víctimas o peticionarios en caso de no existir una representación unificada. Así, el reglamento podría dar diferentes niveles de participación en esa etapa a víctimas y peticionarios teniendo siempre como norte privilegiar la situación y los derechos procesales de las víctimas.

Un segundo tema a resolver a fin de permitir la efectiva representación autónoma de las víctimas tiene que ver con la carga de los costos de acceso al sistema. El litigio ante la Corte Interamericana, de acuerdo a la práctica actual de este órgano, exige que la prueba testimonial y de experticia se evacue frente al pleno del tribunal en San José de Costa Rica.⁴¹ Para garantizar a la víctima una defensa adecuada de sus derechos ante el sistema, es crucial que se asegure la producción de la prueba ante la Corte -que en la actualidad es solventada en la mayor parte de los casos por la Comisión;⁴² asimismo debería asegurarse la comparecencia del abogado o equipo que represente a la víctima o peticionario a fin de garantizarle su derecho a un representante de su elección. Con este fin, una de las alternativas a considerar podría ser el establecimiento de un fondo administrado por la Comisión a fin de solventar los costos de la representación legal y adelantar los gastos de producción de prueba.⁴³

Un tercer tema a tratar a fin de garantizar la representación autónoma de las víctimas es como se le garantizará su acceso a un abogado que las defienda si no tuvieran asistencia en el litigio ante la Corte. El reglamento actual de la Corte soluciona este dilema en la etapa de reparaciones permitiendo que la Comisión asuma la representación.⁴⁴ Sin embargo, si el fundamento para la representación independiente encuentra raíz en los conflictos de intereses y

41 Aunque de modo excepcional se han evacuado pruebas en el país denunciado o un tercer país. Por ejemplo, entre otros, caso Loayza Tamayo, caso Bámaca.

42 En varios casos, los representantes de las víctimas asumieron los costos de pago de pasajes y estadía de peritos y testigos; en prácticamente todos los casos la Comisión no financió ni los pasajes ni las estadías de los abogados de las víctimas que actuaron en calidad de asistentes. Los casos ante la Corte constan de tres etapas y generalmente la Corte convoca a una audiencia por etapa. En la etapa inicial de excepciones preliminares generalmente no se produce prueba testimonial o peritazgos por lo que basta solventar los pasajes del país correspondiente a San José de Costa Rica -donde está situada la Corte- y estadía del equipo técnico. En la etapa de discusión del mérito de un caso es necesario contar con que se producirán aproximadamente 8 testimonios entre declaraciones y peritazgos -el número de testigos y peritos obviamente variará enormemente de acuerdo a los puntos controvertidos por el Estado. En esta etapa es necesario afrontar los pasajes, estadía de los testigos, peritos y equipo técnico; así como eventualmente los honorarios de los peritazgos.

43 También es posible pensar en reglas que permitan la evacuación de una parte importante de la prueba ante la Comisión -a modo de la práctica del sistema europeo pre protocolo 11-; sin embargo, en términos de la garantía de los derechos de las víctimas, un mecanismo de este tipo que puede ser muy valioso no elimina la discusión de este importante tema sino que la lleva a una etapa anterior en el proceso.

44 Ver artículo 23 del Reglamento de la Corte.

aparición de falta de imparcialidad de la Comisión o en la titularidad de los derechos de las víctimas, entonces, sería inconveniente que aquella asuma la representación de no contar las víctimas con asistencia legal. La solución debería pasar entonces por el nombramiento de un abogado de oficio cuando las víctimas o sus familiares no tuvieran representación.⁴⁵ Para solucionar este punto es necesario pensar en el desarrollo de un sistema que no recargue la estructura de la OEA con burocracias adicionales. Dicho sistema se podría lograr a través de, por ejemplo, el establecimiento de listas de abogados dispuestos a patrocinar este tipo de casos a las que puedan acceder las víctimas.

B. LA RELACIÓN DE LOS PETICIONARIOS CON LA COMISIÓN EN LOS CASOS ACTUALMENTE ANTE LA CORTE

Si bien la situación más deseable para las ONG y las víctimas sería la de alcanzar la representación independiente ante la Corte, y hasta lograr la plena participación en esa etapa, consideramos fundamental que la Comisión regule la práctica de intercambio de información y consulta en los casos sometidos ante la Corte en aquellas etapas en las que las víctimas no tengan representación independiente. Las ONG hemos insistido en la necesidad de formalizar el intercambio de información y la consulta con la Comisión en los casos que se han sometido ante la Corte de modo de garantizar la participación oportuna de los representantes de las víctimas en todas las etapas del proceso.

Así, numerosas ONG hemos solicitado que la Comisión plasme su práctica actual o modifique su práctica según sea el caso, de modo de garantizar una mayor transparencia, acceso a la información y consulta con las víctimas y/o ONG participantes. Es claro que la participación de los representantes de las víctimas requiere de una práctica consistente que trascienda a toda coyuntura política. Mínimamente la Comisión debería asegurar respecto de los peticionarios: 1. Que se les envíe oportunamente toda la información del trámite ante la Corte, esto es, copia de todas las actuaciones procesales; 2. Que se les consulte oportunamente sobre cada paso procesal que comporte aspectos de hecho o de derecho; 3. Que se traslade a la Corte los argumentos en los que los peticionarios disienten de la Comisión; así como los escritos en los que se solicita a la Corte que tome en cuenta tanto los argumentos de la Comisión, en su carácter de parte, como la de los representantes de los peticionarios.

IV. CONCLUSIÓN

El enriquecedor papel de las ONG en la defensa de los derechos humanos en el hemisferio y en el fortalecimiento del sistema interamericano es indudable. Aún así, es todavía posi-

⁴⁵ En un número de casos sometidos a la jurisdicción de la Corte las ONG, víctimas o familiares involucrados han solicitado a abogados de reconocida trayectoria u ONG de gran experticia en derecho internacional que los apoyen con el litigio del caso ante la Corte -aún en calidad de asistentes de la Comisión.

ble afianzar de modo sustancial la posición de las ONG y las víctimas en el proceso ante la Corte con el objetivo de incrementar la protección de los derechos humanos en las Américas.

El acceso de las víctimas a la protección internacional podría ampliarse de manera sustancial si se modificara la práctica o el Reglamento de la Comisión o la normativa estatal respecto del procedimiento para determinar el envío de casos a la Corte. La situación de las víctimas y las ONG una vez que el caso ha sido sometido a la jurisdicción de la Corte puede mejorarse en la medida que, a través de una modificación del Reglamento de la Corte, se otorgue representación autónoma a las víctimas y peticionarios. Adicionalmente, existen consideraciones de tipo práctico que podrían limitar el acceso a la justicia si las víctimas gozan de representación autónoma que deben ser asimismo consideradas; entre otras, como se garantizará el financiamiento del litigio y de la producción de la prueba en el proceso ante la Corte, el rol del peticionario, y la garantía de acceder a un abogado de su elección.

A modo de reflexión a futuro, quisiera nuevamente señalar que el fortalecimiento del papel de las ONG en el litigio de los casos ante la Corte, a través de su mayor acceso y de su participación plena en el proceso, no logrará el objetivo de mejorar sustancialmente la protección de los derechos humanos si no está acompañada de una profundización de la garantía de los derechos en el ámbito local. Ello implicará, *inter alia*, la aplicación de los estándares internacionales de protección de derechos humanos en el ámbito interno, el desarrollo de legislación de implementación de sentencias de la Corte o de las recomendaciones de la Comisión, y/o del desarrollo de prácticas judiciales que permitan la garantía efectiva de los derechos una vez dictadas dichas resoluciones. Me permito invitar a los lectores a tomar el desafío intelectual y político de completar el proceso inconcluso de protección de los derechos en el sistema interamericano con el fin de diseñar, poner en práctica y afianzar los mecanismos necesarios para alcanzar la implementación de las decisiones de los órganos del sistema.

La autora agradece los comentarios de Raquel Aldana Pindell, y el apoyo de Sarah Aird, Patricia Ferreira y Joaquín Zuckerberg en la elaboración de este artículo.

**EL FONDO INDÍGENA CREADO
EN EL SENO DE LAS
CUMBRES IBEROAMERICANAS**

TOMÁS LOZANO ESCRIBANO*

* Vicepresidente del Consejo Directivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe.

EL FONDO INDÍGENA CREADO EN EL SENO DE LAS CUMBRES IBEROAMERICANAS

TOMÁS LOZANO ESCRIBANO

Sumario: I. Introducción. A. La relación con las comunidades y pueblos indígenas de América. B. Breve referencia histórica. C. El Fondo Indígena dentro del Foro de Cooperación de las Cumbres. D. Evolución desde la propuesta hasta la actualidad. E. Naturaleza jurídica. F. Demandas de los pueblos indígenas y funciones principales a las que se propone atender el Fondo Indígena. G. Funciones principales del Fonco. H. Evolución. I. Las Cumbres Iberoamericanas y el Fondo Indígena. J. El futuro del Fondo Indígena y la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

I. INTRODUCCIÓN

A. LA RELACIÓN CON LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA

Es para mí un honor como Vicepresidente del Fondo Para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe y como experto independiente de la Unión Europea para los Derechos Humanos en América Central, haber sido invitado a participar por el Presidente de esta Corte, Magistrado Antônio Cançado Trindade, a los actos con motivo de cumplirse el trigésimo aniversario de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en noviembre de 1969 y el vigésimo aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 3 de septiembre de 1979.

En este Seminario que celebra dichos hitos jurídicos, he deseado hacer una breve exposición de la fundación del Fondo para el desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe. Se trata de una aportación del espacio de cooperación de las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno al tema transcendental de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América. Es una nueva y valiosa institución internacional cuyos objetivos están dentro del tema de esta Sección de la actual reunión: "otras vertientes de la protección de la persona humana".

Durante 23 años de carrera diplomática he trabajado en países de Hispanoamérica, lo cual me ha ayudado en la especialización en asuntos del continente iberoamericano. Durante esos años he dedicado mucha atención a los asuntos referentes a los Derechos Humanos, y especialmente a los de las comunidades autóctonas.

Después, durante mi estancia como diplomático en varios países americanos, establecí numerosos contactos con líderes y dirigentes de comunidades indígenas, por ejemplo, comunidades indígenas aymarás, quechuas y del oriente de Bolivia; en Panamá las comunidades Kunas del mar Caribe y las guaymíes del oeste panameño y de la frontera entre Panamá y Costa Rica, etc., y desde entonces he mantenido una constante relación de amistad con estos representantes de las culturas autóctonas americanas.

Por ello fue para mí muy grato cuando las autoridades de nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores me designaron para representar a España en la negociación del Convenio para la constitución del Fondo Indígena y una vez constituido éste, llevar a cabo la representación española ante el Fondo Indígena, su Consejo y su Asamblea. Después el Consejo Directivo de representantes gubernamentales me ha otorgado su confianza, eligiéndome Vicepresidente durante tres períodos consecutivos, bianuales. En esta vicepresidencia, tengo la honra de representar a los estados extrarregionales miembros del Fondo.

B. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

La gigantesca empresa histórica de encuentro y fusión de sangres y culturas llevada a cabo por el pueblo español en América, en que predominaron destacadamente las luces del humanismo, del espíritu y de la cultura sobre las sombras de las inevitables flaquezas y errores humanos, se proyecta fecunda y positivamente en este final del siglo XX, en la realidad de una Comunidad Iberoamericana de Naciones.

La Comunidad la componen 21 Naciones Soberanas Castellano-hablantes y Luso-hablantes "que comparten raíces y el rico patrimonio de una cultura fundada en la suma de pueblos, credos y sangres diversos" (Declaración de Guadalajara, punto 2).

Cuando se institucionaliza en Guadalajara, México, la Comunidad Iberoamericana de Naciones, existía para nosotros y para otros países de la Comunidad una importante *asignatura pendiente*, la de las relaciones con los Pueblos y Comunidades Indígenas de América.

Se trataba y se trata de unos colectivos que suman una cifra del orden de 40 millones de indígenas puros, con unas 600 lenguas autóctonas, que son un rico patrimonio lingüístico que se une al castellano, que es el idioma franco para muchas de estas comunidades. Es decir, teniendo en cuenta que la Comunidad Iberoamericana se aproxima actualmente a los 400 millones de ciudadanos, los pueblos originarios representan el 10 por ciento del total de la Comunidad.

Un 10 por ciento de indígenas que por diversas y complejas razones históricas y estructurales ampliamente documentadas, han ido cayendo en la exclusión, la marginación y la pobreza; una pobreza que frecuentemente es la pobreza absoluta, según la denominó el expresidente colombiano Virgilio Barco.

Durante tres siglos y medio de presencia española en tierras americanas, los reyes españoles, con el apoyo de juristas como Francisco de Vitoria y misioneros como el obispo dominico Fray Bartolomé de las Casas, mantuvieron una constante preocupación por los derechos y el bienestar de las comunidades indígenas, ahí están para atestiguarlo entre otros múltiples testimonios el Corpus Jurídico de las Leyes Indias, promulgadas por Carlos V y los textos del Derecho Indiano.

Cuando hacia 1825, España se retira de América, los pueblos indígenas se encontraban en un creciente nivel histórico de desarrollo humano, social y cultural gracias principalmente a la acción y a las medidas dirigidas a ellos y en su favor promulgadas por la Corona Española.

Desde entonces, a lo largo de 175 años, esos niveles positivos fueron descendiendo con estos resultados de altos índices de carencias y ausencia de conexión con la vida ciudadana y política de los Estados en que estas comunidades están asentadas.

A partir de los años 40, especialmente con la proclamación de la denominada *Declaración de Pátzcuaro*, redactada por un Congreso de antropólogos, historiadores y escritores indigenistas en esa ciudad mexicana, se inicia un fuerte y creciente movimiento de opinión en varios países iberoamericanos en reivindicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Objeto de las críticas de los dirigentes y líderes de estas tendencias reivindicacionistas indígenas son aquellos poderes a los que consideran responsables de sus situaciones de pobreza y marginación, pero también critican la actuación histórica de España respecto a los pueblos indígenas, una crítica que es fruto de la inercia y de la influencia de un error histórico producido por las falsedades de la leyenda negra contraria a la obra de España en América. Leyenda que está en trance de eclipsarse definitivamente, ante la rigurosa investigación histórica de estas últimas décadas.

Esas actitudes de los líderes de algunas organizaciones indígenas se intensificaron cuando se acercaba la conmemoración del V Centenario del Descubrimiento - Encuentro de América, y ello se hacía bajo diversos lemas como el de "500 años de Resistencia", y otros semejantes.

Sin embargo, 1992, que se presentaba como la culminación de esa campaña contra la actuación histórica hispana, en relación con las comunidades indígenas, fue paradójicamente la ocasión para que se iniciara un cambio de signo negativo al positivo en la actitud de los líderes indígenas americanos.

El hecho decisivo para producir esa mutación de actitud fue la decidida postura de apoyo e impulso asumidos por, el Rey de España D. Juan Carlos I, y por las autoridades políticas y los ejecutores de la Política Exterior española respecto a la rápida constitución y consolidación del Fondo Indígena, como uno de los programas más importantes del Foro de Cooperación de las Cumbres Iberoamericanas. La misma determinación y empeño han sido mantenidos por los mandatarios y cancilleres de los Estados Latinoamericanos y de Portugal, que firmaron el Convenio Constitutivo del Fondo Indígena.

Yo mismo he tenido frecuentes ocasiones de ser testigo, desde 1992, de cómo la actitud de numerosos dirigentes de importantes comunidades indígenas americanas se han transformado desde la actitud crítica y polémica al diálogo constructivo de la cooperación.

C. EL FONDO INDÍGENA DENTRO DEL FORO DE COOPERACIÓN DE LAS CUMBRES

En los primeros puntos de la Declaración de la Cumbre de Guadalajara y del Documento de Conclusiones de la II Cumbre de Madrid, que son documentos en cierta forma *constitutivos de la institucionalización* y del Código de Conducta de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, se expresa y destaca su doble naturaleza de *Foro de Concertación* y de *Foro de Cooperación* de la Comunidad institucionalizada entre los Países Iberoamericanos que la integran.

Por lo que hace al tema que nos ocupa, quiero destacar el aspecto de la cooperación.

Así la Declaración de Guadalajara, punto 4: "ENCONTRAMOS EN LA APROXIMACIÓN RESPETUOSA DE NUESTRAS DIFERENCIAS Y UN PROYECTO DE COOPERACIÓN IBEROAMERICANA SUSTENTADO EN EL DIÁLOGO, LA SOLIDARIDAD Y LA ADOPCIÓN DE ACCIONES CONCERTADAS".

En la *Declaración Madrid* punto 1-2 "*LA CULTURA DE LA COOPERACIÓN ES CONSIDERADA COMO LA PIEDRA ANGULAR DE NUESTRO DIÁLOGO AL SERVICIO DE LA UNIDAD Y EL DESARROLLO*".

D. EVOLUCIÓN DESDE LA PROPUESTA HASTA LA ACTUALIDAD

En la 1ª Cumbre, el entonces Presidente de Bolivia, D. Jaime Paz Zamora, al exponer la aflictiva situación de los pueblos indígenas americanos señaló que en dicho continente la palabra *indígena* se identificaba con la palabra *indigente*.

Por ello, solicitaba que la Conferencia Iberoamericana constituyese un Fondo para apoyar el desarrollo autogestionado de estas comunidades y que ello se hiciera sin proteccionismos ni paternalismos.

La 1ª Cumbre recogió positivamente esta solicitud y expresó en su Declaración punto 8: "RECONOCEMOS LA INMENSA CONTRIBUCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AL DESARROLLO Y PLURALIDAD DE NUESTRAS SOCIEDADES Y REITERAMOS NUESTRO COMPROMISO CON SU BIENESTAR ECONÓMICO Y SOCIAL, ASÍ COMO LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR SUS DERECHOS Y SU IDENTIDAD CULTURAL".

El Rey D. Juan Carlos I de España y el entonces presidente del Gobierno, D. Felipe González, estuvieron inmediatamente en favor de la propuesta. En la misma línea se manifestaron los otros mandatarios y cancilleres presentes en la Cumbre.

Igualmente, el presidente del BID, D. Enrique Iglesias se mostró decidido partidario de la realización del proyecto boliviano y puso los medios de asistencia técnica-jurídica del Banco a disposición de las negociaciones del convenio constitutivo. En los meses entre Julio 1991 y Julio 1992, tuve la honra de participar en las negociaciones en la ciudad de La Paz y fui elegido presidente de la mesa durante las últimas sesiones negociadoras en La Paz (Bolivia) de Junio de 1992, de donde *salió consensuado* el texto del convenio constitutivo del Fondo Indígena que se firmó en Madrid en el hermoso salón de Pasos Perdidos del Palacio del Senado por todos los Cancilleres Asistentes a la II Cumbre, en presencia de los respectivos Jefe de Estado, el 24 de Junio de 1992.

E. NATURALEZA JURÍDICA

El Fondo Indígena es un organismo internacional público, creado por un convenio suscrito hasta la fecha por 21 países iberoamericanos más Belice, que no pertenece a la Comunidad Iberoamericana, y por el Reino de Bélgica, país extrarregional e igualmente no perteneciente a esta Comunidad (El convenio así lo permite). Por ello el convenio se encuentra depositado en la Secretaría General de Naciones Unidas y está abierto a la adhesión de cualquier estado independiente que quiera contribuir a los objetivos institucionales en alguna forma.

Algunas de sus principales características son:

- 1) La participación mayoritaria indígena (al menos el 60%) en su principal órgano permanente, la Secretaría Técnica. (Según la interpretación del Convenio por el Consejo Directivo).
- 2) Las medidas previstas para evitar la burocratización de sus órganos. Así la Secretaría Técnica no podrá rebasar las 10 personas (6 expertos técnicos y 4 funcionarios administrativos).
- 3) El carácter paritario de las delegaciones de cada país que están formadas por representantes gubernamentales y de comunidades indígenas (recordar la gran innovación que en

este sentido introdujo la OIT después de la Primera Guerra Mundial: Delegaciones gubernamentales, patronales y de los trabajadores).

- 4) Las aportaciones de los países miembros no tienen carácter de cuotas anuales sino de contribuciones financieras, técnicas o en especie, en favor del Fondo Indígena. (Convenio artículos: 2º, 2-2; 2-3; 2-4).

**F. DEMANDAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y FUNCIONES PRINCIPALES
A LAS QUE SE PROPONE ATENDER EL FONDO INDÍGENA**

- Demanda de los movimientos indígenas para la autogestión del desarrollo, acceso directo a recursos financieros y control de los programas y proyectos.
- Reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas al interior de las naciones soberanas y de los derechos que les corresponden como pueblos.
- Derecho a disponer de su tierra y de los recursos materiales y culturales necesarios para su vida y desarrollo.
- Derecho a participar en el desarrollo y destino del Estado en que se encuentran.
- Derecho al ejercicio de las identidades indígenas dentro de la configuración de un ser nacional pluricultural.
- Derecho al ejercicio de la autoridad en el nivel local, y a las formas propias de organización y administración de justicia.

Como complemento de esas demandas hay que señalar:

- La tendencia de algunos gobiernos iberoamericanos a crear mecanismos e instituciones específicos para recursos destinados a sectores pobres, marginados y comunidades indígenas.
- El deseo de algunas agencias de cooperación por colocar sus recursos de modo más directo y eficaz en objetivos definidos por los propios beneficiarios.

G. FUNCIONES PRINCIPALES DEL FONDO

- Ayudar a los pueblos indígenas en la preparación de proyectos y programas que cumplan con los objetivos de esas demandas.
- Apoyar la identificación, negociación y concentración de recursos técnicos y financieros para proyectos propuestos por los pueblos y comunidades indígenas.
- Buscar y ofrecer fondos de pre-inversión para preparación de proyectos.
- Ofrecer oportunidades de encuentro y concertación entre las organizaciones indígenas, los gobiernos, las agencias de asistencia técnica y financiera y las ONG, en torno a las atenciones de las demandas indígenas y los objetivos de su desarrollo.

Una referencia a la cuestión del nombre: teniendo en cuenta esa doble función de *Fondo de Fomento*, y de propulsor, no de nuevo banco intermediario ni de ventanilla bancaria del nuevo organismo, se debatió en su negociación. Quizá el nombre más apropiado hubiera sido el de *Foro*, pero al final prevaleció el más usado en estas materias internacionales, financieras de cooperación, de Fondo; pero Foro hubiera evitado ciertos espejismos y confusiones.

H. EVOLUCIÓN

En los primeros años después de la constitución del Fondo, los principales esfuerzos institucionales se dedicaron a conseguir que los países firmantes del Convenio, lo ratificaran. Actualmente, en noviembre de 1999, de los 21 Estados fundadores, sólo están pendientes las ratificaciones de República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Por otra parte, un Estado, que no es miembro de la Comunidad Iberoamericana, Belice y un Estado extrarregional, el Reino de Bélgica, lo han suscrito y ratificado.

Se ha atendido también:

- A identificar en cada país a la instancia gubernamental que sería contraparte del Fondo y establecer relaciones con ella.
- A establecer relaciones con las organizaciones indígenas y procurar la designación de sus representantes ante el Fondo.
- A ampliar relaciones con los organismos internacionales y agencias de asistencia técnica y financiera para el desarrollo.
- Se ha dedicado tiempo y esfuerzos para la instalación de la Secretaría Técnica (su sede en La Paz, Bolivia, ha sido aportada por el Gobierno Boliviano, como una contribución en especie al Fondo).
- La cuestión de la *Consolidación Financiera* ha sido otra de las acciones y preocupaciones fundamentales del Secretariado Técnico y de las Reuniones del Consejo Directivo, ya que los gobiernos signatarios no han atendido todavía, en general, salvo algunos casos específicos como España, Bolivia, México y la iniciación por parte de Panamá, sus propósitos y obligaciones expresadas en el Convenio Constitutivo. No obstante son bastantes los gobiernos de países miembros que han expresado en los últimos años sus propósitos de realizar sus aportaciones al fideicomiso del Fondo.

La operación institucional del Fondo ha estado asegurada hasta el año 1998 mediante una subvención del BID.

Otras fuentes como el Gobierno de España, el Banco Mundial, la Unión Europea han aportado recursos para financiar la participación de organizaciones y técnicos indígenas en las actividades del Fondo.

Algunas instituciones financieras y gobiernos extrarregionales han iniciado financiamientos de proyectos preparados mediante los mecanismos participativos del Fondo.

Bolivia ha aportado el edificio sede, México ha contribuido con la financiación de facilidades para la celebración de reuniones de órganos directivos. (El actual presidente del Consejo Directivo, es el indígena de Ecuador, representante de su Gobierno en el Fondo, Luis Maldonado. El secretario técnico es Julio Ruiz Murrieta, experto en desarrollo.

Todo ello, como se ve, es insuficiente para la necesaria consolidación financiera del Fondo.

El Organismo está trabajando para la consolidación de un Fideicomiso que le permita disponer de recursos permanentes para su propio sostenimiento.

Después de la Declaración favorable a ello de la VI Cumbre, el BID ha establecido ya los proyectos de acuerdo, de gestión y administración de ese Fideicomiso.

España, siempre ha expresado su compromiso de aportar 5 millones (de ellos ya entregados del orden de 2 millones y medio de dólares) para la financiación del Fondo. Francia ha contribuido con 2 millones de dólares, para cooperación, no para Fideicomiso. México ha realizado una aportación de 2 millones de dólares.

En cuanto a sus actividades de cooperación y concertación, el Fondo durante estos primeros años ha recogido un buen número de iniciativas que las organizaciones indígenas consideran fundamentales para su propio desarrollo. La carpeta resultante está formada por unas 285 iniciativas indígenas.

El plan de trabajo del Fondo, 1999-2001 comprende importantes objetivos estratégicos:

- apoyar el autodesarrollo de los pueblos indígenas
- fortalecer sus proyectos de recuperación, conservación y uso sostenible de recursos de los Pueblos Indígenas.
- promover el reconocimiento legal y el pleno ejercicio de los derechos de estos pueblos.
- estimular el reconocimiento y el desarrollo de las culturas autóctonas así como formas respetuosas de interculturalidad.

También se han llevado a cabo iniciativas de concertación con el fomento del diálogo entre dirigentes indígenas, funcionarios gubernamentales y agentes de cooperación en torno al desarrollo deseable para el pueblo indígena.

I. LAS CUMBRES IBEROAMERICANAS Y EL FONDO INDÍGENA

Hay que resaltar que, no obstante, ese retraso en cumplir los compromisos de aportaciones financieras para la vida del Fondo, que establece el Convenio Constitutivo por parte de los gobiernos de los países miembros, sus respectivos mandatarios en las 9 Cumbres Iberoamericanas celebradas desde la constitución del Fondo, han incluido en todos los Documentos de Conclusiones, expresiones claras y calurosas en apoyo al fortalecimiento y futuro del Fondo Indígena.

Así: en la III Cumbre Iberoamericana en Salvador-Bahia, Brasil, el punto 25 de la 1ª parte se complacía particularmente de la puesta en marcha del Fondo. En la IV Cumbre, en Cartagena de Indias, Colombia, entre otras declaraciones de apoyo, el apartado 2 punto 2 de la 2ª parte: invitaba a la ratificación del Convenio por todos los países signatarios.

La V Cumbre, en la 3ª parte punto 10 reafirma; "la intención de nuestros países de apoyar el Fondo institucional y económicamente, y a mantener el tema en la agenda con el objetivo de examinar otras propuestas tendientes a promover las legítimas aspiraciones de los pueblos indígenas". Y en la 6ª Cumbre en Viña del Mar, Chile, el punto 3-5 de la 2ª parte decía: "Acogemos con entusiasmo la iniciativa de constituir un Fondo de capital que asegure las operaciones del Fondo Indígena y manifestamos nuestra voluntad de identificar, con el apoyo de los organismos multinacionales de cooperación técnica y financiera, los recursos necesarios para capitalizarlo".

J. EL FUTURO DEL FONDO INDÍGENA Y LA COMUNIDAD IBEROAMERICANA DE NACIONES

Como he expuesto en este informe la presencia de 40 millones de indígenas en las diversas naciones soberanas de la Comunidad que están gobernadas por democracias representativas y participativas, hace que para un auténtico funcionamiento en democracia de los países en que se da tan elevada proporción de comunidades indígenas, es necesaria la plena participación ciudadana de esas comunidades en el entramado ciudadano de derechos y deberes de los Estados democráticos iberoamericanos. Sin ello no se podrá decir que la Comunidad Iberoamericana de Naciones ha conseguido su normal y pleno funcionamiento.

Una Comunidad, que el Rey Juan Carlos I definía así, en la Cumbre de Madrid:

"Por fin, así lo espero, hemos establecido un enlace permanente entre Europa y los países de habla hispana o portuguesa de América Latina.

Todo parece concurrir en esta cambiante y compleja década de fin de siglo para que los países de la Conferencia Iberoamericana unidos, pues, en una comunidad que abarca dos con-

tinentes, podamos poner en práctica de modo gradual y progresivo lo que los antecesores nuestros intentaron sin que las circunstancias, que no su voluntad, los acompañaran".

Una Comunidad, en fin, que parafraseando al actual Presidente de la República Oriental de Uruguay, Julio Sanguinetti: "es la utopía que ha aterrizado"; pues bien para que ese aterrizaje en la realidad iberoamericana sea plena y totalmente feliz, hace falta que los 40 millones de indígenas, conservando sus ricas identidades culturales se incorporen plenamente a las tareas y niveles de creciente bienestar material y espiritual que se consigan para los 360 millones de ciudadanos comunitarios iberoamericanos.

En la década del final del siglo XX y de cara al XXI, España y los otros 20 países iberoamericanos hemos sido conscientes que la oportunidad histórica de la institucionalización de la Comunidad Iberoamericana de Naciones no se puede perder.

En el espacio abierto por esta Comunidad y por su órgano principal que son las Cumbres, está la *otra gran oportunidad histórica* que representa el *Fondo Indígena* para resolver felizmente esa asignatura pendiente de conseguir las mejores relaciones posibles de respeto, participación democrática, cooperación y desarrollo con los pueblos originarios de Iberoamérica.

Muchas gracias.

**EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS:
DESARROLLOS EN AMÉRICA LATINA
Y SUS PERSPECTIVAS EN EL NUEVO MILENIO**

JAIME RUIZ DE SANTIAGO*

* Jefe de Misión del ACNUR en Costa Rica.

**EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS:
DESARROLLOS EN AMÉRICA LATINA
Y SUS PERSPECTIVAS EN EL NUEVO MILENIO**

JAIME RUIZ DE SANTIAGO

1. Al aproximarse el año que representará el término del Siglo XX, debe uno detenerse para contemplar en perspectiva algunos hechos que han sido especialmente significativos en este lapso de tiempo. Al correr veloces al fin de un siglo y al prepararnos para iniciar una nueva centuria, es conveniente marcar algunos eventos que serán datos fundamentales para aquello que el hombre decida libremente construir en un período que comienza ya a delinearse. Es bueno recordar que el pasado es un importante educador para el hombre del futuro.

En sus relaciones con el mundo puramente material, el siglo en el que aún vivimos aparece marcado por el gran dominio que el hombre ha podido realizar sobre él. Por una parte las llamadas ciencias positivas han permitido una mejor comprensión del universo macrocósmico al igual que de ese otro representado por el universo microcósmico; por otra, esta ciencia ha posibilitado el desarrollo de una técnica que ha producido resultados admirables. Cohetes y naves espaciales gracias a los cuales el hombre ha podido recorrer regiones a las que antes sólo se llegaba gracias a la imaginación y la fantasía; la energía nuclear descubierta y aplicada a los más variados objetos; el mundo de las computadoras que producen resultados inimaginables; la aparición y desarrollo de la radio, el cine, la televisión y de otros medios masivos de información; la ingeniería genética que permite adentrarse en senderos profundos de la vida... estos son unos cuantos ejemplos de este dominio que el hombre ha logrado en unas breves décadas.

Si pasamos a las relaciones del hombre con sus semejantes, el panorama nos aparece más sombrío, pues el Siglo XX aparece marcado, entre otras realidades, por dos conflictos mundiales que produjeron numerosas víctimas durante la primera mitad de la centuria y por muy numerosas escenas de violencia que estallan en todos los continentes a lo largo de la segunda mitad de la misma. Estos focos de tensión han causado muchos miles de muertos, perseguidos, víctimas y refugiados. Este panorama se vuelve más angustiante cuando vemos que el término del siglo que ya se aproxima está caracterizado por la guerra en todos los puntos de nuestro planeta. En no pocas ocasiones los escenarios bélicos han durado tantos años que han dejado de interesar a los medios de comunicación: al tener que hablar de los nuevos escenarios de violencia hay que dejar atrás otros muy numerosos que se perpetúan...

Esta dolorosa experiencia, resultado de la falta de entendimiento entre los pueblos, agudizó entre los Estados la percepción de un necesario foro de naciones que permitiera dialogar y resolver los conflictos pacíficamente. Ello hizo posible que en el Siglo XX apareciera el fenómeno de una sociedad internacional organizada. La primera, consecuencia directa de la Primera Guerra Mundial, fue la "Sociedad de Naciones", creada en 1919. Esta comunidad de Estados fue quien en 1921 nombró al Dr. Fridtjof Nansen, representante noruego, como Alto Comisionado para los Refugiados Rusos, tarea que muy pronto se habría de extender a refugiados de otras nacionalidades.¹

Mas esta sociedad de Estados pronto reveló sus grandes limitaciones: ausencia de participación de Estados de vital importancia, limitados recursos económicos y, sobre todo, la falta de una voluntad real entre las partes para darle efectividad. La "Sociedad de Naciones" fue incapaz de resolver conflictos tan graves como la Guerra Civil que había estallado en España y sobre todo la invasión que realizó Alemania de Estados vecinos en nombre del espacio vital necesario para su desarrollo.

Fue así como ese anémico organismo pronto entró en crisis y en paulatina agonía. Al estallar la Segunda Guerra Mundial estaba prácticamente muerto.

Las atrocidades cometidas durante el nuevo conflicto mundial reavivaron la urgencia de la creación de una sociedad de naciones más eficaz y capaz de ayudar a resolver de manera pacífica los conflictos que pudiesen aparecer entre los miembros. En ese contexto en 1945 nació la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en cuya Carta constitutiva "los pueblos de las Naciones Unidas" expresan su decisión de "preservar a las generaciones futuras del azote de la guerra", "proclamar de nuevo nuestra fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana", "crear las condiciones necesarias para el mantenimiento de la justicia y del respeto de las obligaciones nacidas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional" y "favorecer el progreso social e instaurar mejores condiciones de vida en una libertad más grande".

Ya en su primera sesión realizada en 1946, la ONU tuvo que hacer frente al fenómeno de los refugiados los cuales constituyen un problema, se dijo, que tiene un carácter internacional en razón de su naturaleza y extensión. Para tratar de remediar este problema se creó en 1947 la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), pero pronto se vio la necesidad de una agencia internacional que, de manera más estable y actuando con un mandato específico de la comunidad internacional representada en la Asamblea General de la ONU, hiciese frente al problema. Fue así como en 1949, a través de la Resolución 319 A (IV), se decidió la creación del

1 Para el análisis de la evolución tenida por la protección a los refugiados durante la primera mitad de este siglo se puede consultar José H. Fischel de Andrade, *Direito Internacional dos Refugiados. Evolução Histórica (1921-1952)*, Renovar, Río de Janeiro, 1996, pp.221 y ss. Posee abundante bibliografía al respecto.

Alto Comisionado para los Refugiados, a quien se le dio un Estatuto propio al año siguiente (1950) gracias a la Resolución 428 (V).

2. El Derecho Internacional de los Refugiados, por cuya aplicación debe velar el ACNUR por mandato expreso de la ONU, encuentra su justificación última en aquello que representa el origen mismo del Derecho Internacional.

En efecto, como se sabe, el Derecho Internacional es una realidad del mundo moderno, que nació en el Siglo XVI. Entre los fundadores de esta rama del Derecho, "el indiscutible cabeza de fila es Francisco de Vitoria"² (1483-1546). Fue el ilustre dominico, profesor en la Universidad de Salamanca, quien planta firmes las bases del Derecho Internacional en sus "relecciones", lecciones extraordinarias que los profesores se veían necesitados a impartir anualmente en las jornadas de festividad académica, en un marco más solemne que aquel de los cursos ordinarios, y en especial en la "relectio de potestate civili", en la "relectio de Indis" y en la "relectio de temperantia".

En estas obras,, Vitoria hizo una doble aportación de trascendental importancia:

- a) Ante todo la concepción de la humanidad como persona moral que agrupa a todos los Estados sobre la base del derecho natural, lo que es "la concepción más grandiosa e innovadora de Francisco de Vitoria"³. Es la idea del "totus orbis" que aparece en el clásico texto: "De todo lo cual se infiere un corolario, a saber: Que el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierto modo es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea de guerra, y particularmente en asuntos tan graves como la inviolabilidad de los embajadores. A ninguna nación, en efecto, le es lícito eximirse del derecho de gentes, porque está promulgado por la autoridad de todo el orbe".⁴

Aparecen así esas normas jurídico-internacionales, que tienen fuerza para obligar a la comunidad toda de Estados y no tan sólo a aquellos que intervinieron para su creación o simplemente su reconocimiento. Es lo que Francisco Suárez (1548-1617) denominó "ius perceptivum" y que hoy se conoce con el nombre de "ius cogens" o derecho imperativo: conjunto de normas obligatorias por todos los Estados que expresan "el bien común" de

2 A. Truyol y Serra, Historia del Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 57.

3 A. Truyol y Serra, Premises philosophiques et historiques du "totus orbis" de Vitoria, en Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, vol. II, pp. 179 y ss.

4 F. de Vitoria, De la Potestad Civil, 31. Seguimos la obra de Vitoria Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra, Porrúa, México, 1974, que reproduce el texto de Francisco de Vitoria traducido por el P. Teófilo Urdánaz O. P., de la Biblioteca de Autores Cristianos.

la sociedad internacional y que constituyen lo que se puede denominar "el orden público internacional". A estas normas, que se fundan en las "auctoritas totius orbis", le dedicó una sesión de estudio la Corte Internacional de Justicia de La Haya hace algunos años. Su realidad es central en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en especial el artículo 53).

- b) Si lo anterior hace ver el papel decisivo que tiene Vitoria en la fundación y concepción del Derecho Internacional, existe otra aportación que lo relaciona directamente con el Derecho de los Refugiados.

Lo que nos interesa actualmente aparece en la "Relectio de Indis", cuando el autor pasa revista crítica a los motivos o títulos que pueden legitimar la conquista hecha por los españoles de las nuevas tierras americanas.

El punto de partida de esta "Relectio" es el texto de San Mateo en el que Jesús ordena a su Apóstoles: "Id y enseñad a todas las naciones bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo", y el texto de la cuestión de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino en el que analiza el problema de "Si es lícito bautizar a los infieles contra la voluntad de los padres".

La postura de Santo Tomás de Aquino es tajantemente negativa, tanto en lo que se refiere a los niños como a los adultos infieles, y sirve de punto de partida para determinar la cuestión del derecho que los españoles hayan podido tener a la posesión de las tierras del nuevo mundo. Al determinar el problema de la legitimidad de la conquista, el ilustre dominico sienta las bases del Derecho Internacional con afirmaciones de gran relevancia en nuestros días.

Francisco de Vitoria es consciente de la originalidad de su investigación: "Porque debe advertirse -asienta-, que yo no he visto ningún escrito de esta cuestión, ni he asistido nunca a ninguna disputa o consejo acerca de esta materia".

Al analizar los títulos legítimos que pueden justificar la presencia española en las nuevas tierras -tras haber apreciado aquellos títulos del todo ilegítimos-, Vitoria estudia siete de ellos, entre los que nos interesa especialmente el primero: el derecho de sociedad natural y comunicación (*Ius naturalis societatis et communicationes*), que posee especial fuerza. Esta se apoya en catorce argumentos que se sintetizan en el derecho que tenían los españoles para llegar libremente a estas tierras, vivir en ellas y comerciar con los naturales (*Ius peregrinandi, degendi et negotiandi*), a condición de que nada de esto fuere en daño alguno de los nativos (*sine aliquo tamen nocumento barbarorum*).

Se plantean las bases de la libertad de los mares y la libertad de comercio, al igual, y es esto lo que nos interesa, la libertad que el hombre tiene "para dirigirse y recorrer las regiones que quisiere." Y añade que "no sé que haya sido esto abolido por la división de

las tierras, pues nunca fue la intención de las gentes evitar la mutua comunicación de los hombres por esta repartición".⁵

Derecho de la persona a permanecer en un lugar, a salir de su país e ir a otro, de modo que "la amistad entre los hombres parece ser de derecho natural, y contra la naturaleza el impedir la comunicación y consorcio de los hombres que ningún daño causan".⁶ Esta libertad de residencia y comunicación permite comprender cuán injusto e inhumano es que no se permita a una persona vivir en su propia patria y que sean las autoridades de ésta quienes, en vez de protegerlas, la persiguen y obliguen a abandonar el propio territorio, con fundados temores de permanecer en él y perder así su vida o libertad.

Es así como el Derecho de los Refugiados guarda vital relación con la libertad de circulación y residencia que aparece en los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Artículo 13: 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

"2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14: 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país".

Este "ius peregrinandi", que es piedra preciosa de mil caras, es una concreción de la idea más general del "totius orbis" ya mencionada y que constituye "la primera intuición y el acto formalmente fundatorio del derecho internacional moderno".⁷ Esta idea postula la igualdad radical de hombres, pueblos y razas.

De esto se sigue una conclusión importante: si el "ius peregrinandi" no es sino una concreción del "totius orbis", se debe decir que las normas que de ese "derecho" se desprenden (por ejemplo las mencionadas en los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), poseen el rango de normas de "ius cogens", carácter que naturalmente comprende el principio de "non-refoulement", "piedra angular de la protección de refugiados".

5 De Ind., 2, segundo.

6 De Ind., 2, octavo.

7 A. Gómez Robledo, Fundadores del Derecho Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pág. 33.

De aquí dos observaciones importantes: la primera se refiere a la Resolución aprobada por el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional en su IX Congreso⁸, según la cual "el carácter positivo de las referidas normas [las de *ius cogens*, p. ej. el principio de "non-refoulement" contenido en el artículo 33 de la Convención de 1951], según intuyó Francisco de Vitoria, se funda en la "auctoritas totius orbis...".⁹

La segunda hace ver la fuerza que posee la quinta conclusión de la "Declaración de Cartagena de 1984" (recuérdese que éste es el instrumento regional latinoamericano que permitió - tal es la conclusión tercera del documento - la ampliación del concepto de "refugiado"), la que "reitera la importancia y significación del principio de no devolución (non-refoulement) (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de "ius cogens".

3. Es interesante recordar que ya Aristóteles se preguntaba en la "Política" cuál era el criterio de medida de los requisitos humanos de una ciudad y sobre aquello que le permite asegurar su solidez, su firmeza, su capacidad para resistir a los factores de degradación y destrucción. Desde este punto de vista señala Aristóteles que se requieren en los ciudadanos dos virtudes: la justicia y esa amistad (*philia*) que él llama "amistad política", gracias a la cual, en vista del bien común de la ciudad que les preocupa, los miembros de la ciudad desean el bien entre ellos y contribuyen o colaboran en la búsqueda de los mismos fines.

Con la "amistad política" nos encontramos en el orden natural de la ciudad temporal, que posee su propia finalidad y por ello su consistencia y su relativa autonomía. Su fin es un auténtico bien humano. Se trata del "bien común" que abarca o comprende el conjunto de bienes que la ciudad debe perseguir o realizar. La "comunicatio" de los miembros de la ciudad hacia este bien común actúa la "amistad política" o "amistad cívica" que es requisito necesario para la vida de la ciudad.

Francisco de Vitoria asume esto, y como pensador cristiano, añade que la "amistad política" se encuentra perfeccionada por el amor fraterno y el amor evangélico, los cuales contribuyen activamente a realizar "el bien común de la ciudad" al igual que "el bien de todo el orbe".¹⁰ Dos dimensiones nuevas que abren horizontes insospechados para el filósofo griego: ante todo la virtud de la caridad que perfecciona la "amistad política" y, en segundo lugar, el "bien de todo el orbe" que dice referencia al orden internacional.

8 Lisboa, 1972.

9 Cit. por A. Gómez Robledo, op.cit., pág. 35.

10 *Bonum commune totius orbis*.

Con todo ello puede uno preguntarse cuál pueda ser el fundamento último del "ius peregrinandi, degendi et negotiandi" que permite explicar la posibilidad de la libre circulación de personas, de los bienes y de las cosas.¹¹ La respuesta sólo puede hallarse en el originario destino universal de los bienes, realidad que suscita la doctrina de la función eminentemente social de la propiedad (con relación a los bienes), pero que también sustenta aquella otra enseñanza sobre la función "humanitaria" del territorio de los Estados.¹²

En el uso y distribución de los bienes el criterio que debe siempre primar es el de su función social y sentido humanista, del mismo modo que en la constitución de países y Estados, el criterio que debe siempre primar es el de su función solidaria y al servicio de la persona humana.

En razón del destino universal de los bienes "toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su territorio en un Estado...toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país... toda persona, en caso de persecución, tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país".¹³

Tales son exigencias que emanan del "bien de todo el orbe", al igual que aquella otra de no devolver a una persona a un territorio o Estado donde su vida, libertad o seguridad se encuentre amenazada¹⁴. El "bien de todo el orbe" implica el reconocimiento de la dignidad inalienable de la persona humana y su eficaz protección.

Por ello se ha dicho, con razón, que "la protección no es una simple concesión que se hace al refugiado. Este no es un objeto de asistencia, sino más bien un sujeto de derechos y deberes"¹⁵.

En las relaciones sociales la justicia y la "amistad política" se manifiestan a través de las exigencias de la solidaridad, la cual, como categoría "moral" es una virtud que consiste en "la

11 Son interesantes las palabras de A. Gómez Robledo que pone en su introducción a la Relecciones publicadas en México (Porrúa, 1974): "Bien pudiera ser que hoy apenas esté empezando a presentarse como viable lo que hasta hoy pudo parecer una utopía, o sea el ecumenismo vitoriano centrado todo él en la prosecución del "bonum commune totius orbis" por encima de los agoísmos particulares" (pág. LXV).

12 Cfr. La Destinazione Universale dei Beni, Atti del colloquio internazionale nel centenario della Rerum Novarum, Città del Vaticano, 14-15 maggio 1991.

13 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 y 14.

14 Principio que se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, en la Convención contra la Tortura de 1984, en la Declaración de Cartagena y en otros textos internacionales positivos.

15 Los Refugiados: Un Desafío a la Solidaridad, Documento del Pontificio Consejo "Cor Unum" y del Pontificio Consejo para la Pastoral de los Emigrantes e Itinerantes, Ciudad del Vaticano, n. 11.

determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común, es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos".¹⁶

La justicia, "el bien de todo el orbe", la solidaridad humana hacen inaceptable que los países, actuando de manera arbitraria y abusiva, cierren sus puertas a las personas necesitadas de protección, al igual que "el espíritu de solidaridad revela con toda claridad el hecho inaceptable de que millones de refugiados vivan en condiciones inhumanas. En particular, los ciudadanos y las instituciones de los Estados democráticos y económicamente desarrollados no pueden permanecer indiferentes ante una situación tan dramática. La inacción, o el escaso empeño por parte de esos Estados, implicaría una fuerte contradicción con los principios que ellos, con todo derecho, consideran fundamentales en su cultura, basada en el reconocimiento de la igual dignidad de toda persona humana. 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 mantienen a tantas personas en una situación de marginalidad extrema. No se trata, pues, sólo de vendar heridas, sino de intervenir en las causas que producen refugiados".¹⁷

4. De este espíritu de solidaridad brotó la acción del Dr. Fridtjof Nansen, nombrado en 1921 Alto Comisario para los Refugiados por parte de la Sociedad de Naciones. De la misma raíz brotó la Resolución 428 de 1950 de la Asamblea General de la ONU y la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Tal espíritu se percibe en el esfuerzo por superar la protección que a refugiados de diferentes grupos nacionales se había dado antes de 1949: refugiados rusos (1922), griegos y turcos (1923), armenios (1926), israelitas provenientes de Alemania (1933), del Saar (1935), provenientes de Alemania (1938), etc.

Tanto el Estatuto de la Oficina del ACNUR de 1950 como la Convención de Ginebra de 1951 superan estas limitaciones que restringen la protección a determinados grupos nacionales, a determinadas procedencias, para fijar una situación "objetiva" como aquella que realiza la calificación de "refugiado". De este modo el término "refugiado" se aplica "a toda persona...que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país".¹⁸

16 Juan Pablo II, Encic. "Sollicitudo rei Socialis", n. 38.

17 Los Refugiados: Un Desafío a la Solidaridad, n. 20.

18 Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1, A, 2.

Esta definición marca ya un progreso con relación a aquella contenida en el Estatuto de 1950, pues agrega un elemento que no aparece en este último documento: la "pertenencia a determinado grupo social". Esta posibilidad que ofrece la Convención de 1951 ha tenido muy importantes aplicaciones prácticas en América Latina y permite desarrollos jurisprudenciales de gran trascendencia.

Mas la definición del Estatuto y aquella de la Convención de 1951 posee una doble limitación que pone en evidencia la dificultad con la cual la solidaridad va imperando en el mundo internacional.

Ante todo la limitación "temporal", pues la definición del Estatuto (1950) tanto como aquella de la Convención (1951) establecen en la primera línea de la definición del término "refugiado", que éste es una persona que, "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1o. de enero de 1951 y debido a fundados temores...".

Es así como el 1^o. de enero de 1951 es una fecha que marca el inicio de las actividades del Alto Comisionado para los Refugiados (según Resolución 319 (IV) del 3 de diciembre de 1949) y a la vez marca el fin del período de acontecimientos "productores" de refugiados. Según el Estatuto de 1950 y la Convención de 1951 todos los refugiados a proteger por el ACNUR lo son como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 1^o. de enero de 1951.

La segunda limitación, la llamada "limitación geográfica", aparece en la Convención de 1951.

Para comprender esta limitación es necesario referirse a la génesis de la Convención (y del Estatuto).

En Agosto de 1949, y gracias a un estudio realizado por el Secretario General, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) adoptó la Resolución 248 (IX) (B) por la cual constituía un Comité *Ad Hoc* compuesto por 13 gobiernos con el fin de que preparara el texto de una convención relativa a la condición de los refugiados (y otro relativo a apátridas). El Comité *Ad Hoc* se reunió cerca del Lago Success el 16 de enero de 1950 y el 16 de febrero terminó su trabajo con la adopción del proyecto de un texto de Convención relativo al estatuto de los refugiados (y de otro proyecto de un Protocolo relativo a apátridas). El informe del Comité *Ad Hoc* fue discutido por el plenario del ECOSOC durante su onceava sesión. El ECOSOC decidió re-enviar los comentarios al Comité *Ad Hoc* para que éste incorporara comentarios y decisiones. El texto revisado debería ser enviado a la Asamblea General durante su quinta sesión. El ECOSOC recomendó a la Asamblea General aprobar el proyecto del texto preparado por el Comité *Ad Hoc* con las sugerencias y comentarios. Por ello el Comité *Ad Hoc* se reunió en Ginebra del 14 al 25 de agosto de 1950 y preparó una edición revisada del proyecto original.

La quinta sesión de la Asamblea General no trató la substancia del proyecto presentado. Decidió, en cambio, convocar una Conferencia de Plenipotenciarios en Ginebra para completar

el texto preparatorio de la Convención y del Protocolo sobre apátridas: ello permitía la participación en las discusiones de Estados no miembros de la ONU. La Asamblea General recomendó que se tomase en cuenta el texto preparatorio y la definición de refugiado que aparecía en el Estatuto del ACNUR de 1950 (Resolución 428).

La Conferencia de Plenipotenciarios se reunió en Ginebra del 2 al 25 de julio de 1951. Estuvieron presentes delegados de 26 Estados y 2 observadores. La Conferencia adoptó por 24 votos contra ninguno la Convención relativa al estatuto de los refugiados (y refirió el texto preparatorio sobre apátridas a otros órganos de las Naciones Unidas). Luego vino tan sólo el período necesario para la entrada en vigor de la Convención.

Pues bien, el Comité *Ad Hoc* propuso en el proyecto de Convención sobre Refugiados que el término "refugiado" se limitase a acontecimientos ocurridos en Europa: el ECOSOC apoyó tal sugerencia. La Asamblea General borró la referencia a Europa (tanto en el Estatuto del ACNUR como en el proyecto de Convención sobre la condición de refugiados), lo que hacía aplicable el término de refugiado a cualquier acontecimiento ocurrido en el mundo y no sólo en Europa. Debido a una sugerencia del representante de Francia y a otra proveniente del observador de la Santa Sede, la Conferencia tomó un camino intermedio y dejó que la limitación a Europa quedase como optativa para los países signatarios de la Convención.

Esta limitación es hecha por diversos Estados, que la mantienen incluso con la adopción del Protocolo de 1967.

El Protocolo de 1967 estuvo hecho fundamentalmente para suprimir la "limitación temporal" establecida por la Convención de 1951: sin el Protocolo, las disposiciones de la Convención el día de hoy sólo tendrían importancia para los estudiosos. El Protocolo dispone igualmente que "será aplicable por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica", pero aquellos países que habían firmado la Convención de 1951 con "limitación geográfica" podían válidamente mantenerla al adherirse al Protocolo de 1967. Tal es la situación en la actualidad de Malta, Turquía y Hungría.

La limitación temporal y la limitación geográfica revelan con toda claridad que la Convención está "datada": fue hecha en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y para resolver el problema de refugiados que ahí se presentaba.

El Protocolo de 1967 intenta superar tal "datación". Lo que es más importante: la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 tienen carácter obligatorio para los Estados Partes de tales instrumentos y que hoy suman más de 130.

5. Con la libertad de circulación se relacionan diversos artículos de la Convención de 1951. De manera explícita el artículo 26 trata de la libertad de circulación: "Todo Estado contratante concederá a los refugiados que se encuentren en su territorio el derecho de escoger en él su sitio

de residencia y de circular en él libremente bajo las reservas instituidas por la reglamentación aplicable a los extranjeros en las mismas circunstancias".

En lo que dice relación a la libertad de movimiento, los refugiados son asimilados a los extranjeros.

El artículo 31 trata de los refugiados que se encuentren en situación irregular (entrada ilegal, falta de pasaporte o de visa) en el país de asilo. En este caso "los Estados contratantes no aplicarán sanciones penales, por el hecho de su entrada o de su permanencia irregular, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad se encontrase amenazada en el sentido previsto por el artículo primero, entren o se encuentren en su territorio sin autorización". Una reserva, pues tales refugiados deben presentarse "de inmediato a las autoridades y deben manifestar las razones reconocidas válidas para su entrada o presencia irregulares".

Es evidente que esta previsión se viola cuando los Estados contratantes colocan sistemáticamente a los demandantes de asilo en prisiones preventivas y, peor aún, cuando los colocan junto a prisioneros convictos.

El artículo 32 trata de la expulsión. La disposición general es que "los Estados contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público".

En este último caso "la expulsión del refugiado únicamente se efectuará en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes".

La expulsión de un refugiado "por razones de seguridad nacional o de orden público" no puede ser arbitraria, infundada, sino que debe ajustarse "al debido procedimiento legal" (due process of law), lo que requiere ciertas garantías procesales que permitan al acusado someter pruebas de lo infundado de la acusación, que existe un error de identidad u otra evidencia que lo exculpen de la acusación. El refugiado debe gozar del derecho de apelación e igualmente del derecho de ser representado ante la autoridad nacional correspondiente.

Si se llega a una decisión final de expulsión, "los Estados contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país".¹⁹

Las disposiciones del artículo 32 deben verse siempre en consonancia con aquellas del artículo 33, pues éste se refiere al principio mismo de la protección a los refugiados: la "prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")".

¹⁹ Art. 31, 2.

La disposición general dice: "Ningún Estado contratante podrá por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas".

Un comentarista de la Convención de 1951, Nehemiah Robinson, precisa que "El Estudio sobre la Apátrida" define la "expulsión" como la "decisión jurídica tomada por autoridades judiciales o administrativas que ordenan a un individuo abandonar el territorio del país" y la "reconducción" (reconduction) (que es el equivalente del "refoulement" y que fue cambiada por el Comité *Ad Hoc* por la palabra "devolución" (return) como "el acto puramente físico de arrojar (ejecting) a una persona del territorio nacional donde residía, persona que había entrado o estaba residiendo de manera regular o irregular". Por otra parte hubo acuerdo en el Comité *Ad Hoc* que la "devolución" (refoulement), que existía en Francia y en Bélgica, significa o bien la deportación como una medida de policía o bien la no-admisión en la frontera, porque la presencia de una particular persona en el país es considerada indeseable, en tanto que la "expulsión" hace referencia más bien a "refugiados que han cometido alguna especie de delito".²⁰

A este respecto la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1967 que regula los aspectos propios de los refugiados en África establece que "Nadie puede ser sometido por un Estado miembro a medidas tales como el rechazo en la admisión en la frontera, la devolución (refoulement) o la expulsión que lo obligarían a volver o a permanecer en un territorio en el cual su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas".²¹

Por su parte, la Declaración de Cartagena de 1984 reitera "la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados".²² Debe decirse que, con relación al artículo 33 de la Convención de 1951, el proyecto del Comité *Ad Hoc* contenía sólo la disposición citada, pero más tarde la Conferencia de plenipotenciarios decidió añadir un segundo párrafo, el que limita el alcance de la "Prohibición de expulsión y de devolución" (refoulement) al decir: "Sin embargo, no podrá invocarse los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad del tal país".²³

20 N. Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953, pág. 162.

21 Art. 2, 3.

22 III, 5.

23 Art. 33, 2.

Valen las precisiones hechas ya en relación al artículo 32. De todos modos la vaguedad que posee el término "devolución" (*refoulement*) en el texto de la Convención de 1951 es superada y aclarada tanto por la Convención de la OUA (para la cual el rechazo en la frontera no aparece incluido en el término "*refoulement*") como por la Declaración de Cartagena de 1984 (para la cual el principio de no devolución (*non refoulement*) sí incluye la prohibición del rechazo en las fronteras).

Como precisa muy bien N. Robinson, "la Conferencia puso expresamente en las actas ("on the record") que la posibilidad de una migración masiva no está cubierta por el artículo 33".²⁴ Tanto la Convención de la OUA como la Declaración de Cartagena son precisamente una respuesta a esta situación de flujos masivos de refugiados.

6. En el sistema interamericano el punto de partida con relación a la libertad de circulación o de movimiento se encuentra en los artículos 8 y 27 de la Declaración Americana de abril de 1948, en algunos meses anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos.²⁵

El Artículo 8 dice: "Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad".

El Artículo 27 dispone: "Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en el territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales".

Tales disposiciones influyen en los artículos relativos (13 y 14) de la Declaración Universal.

En 1959 comenzó el proceso de elaboración de la futura Convención Americana de Derechos Humanos, más tarde el proyecto fue discutido y enriquecido en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro (1965), la cual encargó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un texto de proyecto que incluyera las sugerencias propuestas. Así se elaboró el proyecto final de 1968, mismo que fue analizado por la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica (1969).

24 N. Robinson, *op. cit.*, pág. 163.

25 Para el análisis del artículo 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su génesis, contenido y su comparación con las disposiciones existentes en otros instrumentos internacionales, el estudio más recomendable es el de Héctor Gros Espiell, *El Derecho Internacional de los Refugiados y el Artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Col. de Publicaciones, 6, San Remo, pp. 54 ss.

En el proyecto se trataba de la "libertad de locomoción" (artículo 20), el cual fue discutido en la Comisión I de la Conferencia de San José. La discusión en la Comisión I y las modificaciones aprobadas están presentadas en el Informe del Relator de la Comisión, que dijo:

"Artículo 22 (Art. 20 del Proyecto)-Libertad de Locomoción.

"Al comenzar a debatirse este artículo, que consagra el derecho a la libre circulación de las personas en su propio territorio o en el de otro país, la Comisión escuchó las manifestaciones del señor Secretario Técnico de la Conferencia, quien transmitió a los delegados la solicitud de la Oficina del Alto Comisionado para Refugiados de las Naciones Unidas, en el sentido de incorporar al texto del artículo el derecho del refugiado a no ser, en ningún caso, expulsado o devuelto a otro país donde su derecho a la vida o a la libertad personal peligran a causa de su raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por razón de su situación política".

"El hecho de que este principio está consagrado en la Convención Interamericana sobre Asilo Territorial y que haya sido reconocido como un derecho humano en la Conferencia de Teherán sobre Derechos Humanos, pesó en el ánimo de la Comisión para incorporarlo al texto del artículo, bajo el patrocinio de las delegaciones del Uruguay, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Brasil y El Salvador, delegaciones que presentaron un texto mejorado y ampliado, que se incorporó como inciso séptimo del artículo".

"Asimismo se incorporó a este artículo un nuevo epígrafe, bajo el número 6, a propuesta de la delegación Colombiana, que consagra el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos y de acuerdo con la legislación de cada país y los convenios internacionales".

"A propuesta de la delegación de El Salvador se incorporó a este artículo un párrafo adicional, el número 8, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros".²⁶

En la sesión plenaria fue aprobado, con leves modificaciones de forma, el proyecto de la Comisión I, que de este modo se convertiría en el artículo 22 del texto vigente de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

Este texto aprobado dice así:

"Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia.

"1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

26 Cit. por H. Gros Espiell, op. cit., pp. 13 y 14.

"2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país inclusive del propio.

"3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido, sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

"4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 pueden asimismo ser restringidos por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

"5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo.

"6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

"7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado a los convenios internacionales.

"8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

"9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros".

7. El texto del artículo 22 es una norma compleja y múltiple que se inscribe en la mejor tradición del derecho internacional iniciada, como ya vimos, por Francisco de Vitoria.

Los párrafos 1 a 5 tienen validez general y se refieren a derechos humanos fundamentales: derecho de una persona a salir de cualquier país inclusive del propio (y, en consecuencia, derecho a no salir), a circular libremente, a no ser expulsado del Estado del cual es nacional. Esto vale para cualquier ser humano.

Los párrafos 6 a 9 regulan una materia que es propia del Derecho de los Refugiados: estos derechos -de los refugiados- se inscriben en el horizonte de ese derecho humano fundamental que es el derecho de movimiento, el derecho de libre circulación.²⁷

27 Para las reflexiones que se hacen a continuación cfr. Héctor Gros Espiell, op. cit., pp. 18 y ss.

El párrafo 6, "texto restrictivo y peligroso" (Héctor Gros Espiell), trata de la expulsión de extranjeros, que no se prohíbe siempre que se haga "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley". El artículo 32 de la Convención de 1951 contiene más garantías para el refugiado, pero los representantes de Chile y México no permitieron la adopción del texto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1968. El proyecto decía así en la parte relativa:

"Artículo 20.5b: El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención sólo podrá ser expulsado de él en el cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero recurrir a la orden de expulsión ante la autoridad jurisdiccional competente".

Este proyecto se inscribe en el tenor del artículo 32 de la Convención de 1951. Pero las objeciones de Chile y de México, apoyados por Guatemala, Argentina, Venezuela y Honduras, hicieron que el texto final aceptado no establezca garantías, salvo que la decisión debe ser "adoptada conforme a la ley", contra la expulsión de extranjeros (posibles refugiados).

Por ello el delegado de los Estados Unidos, al discutirse el texto del artículo 22, criticó la supresión de la cláusula contenida en el proyecto de 1968, eliminada en la Conferencia de San José, señalando que se tomaba "una posición que dejaba a los refugiados sin una protección contra su expulsión arbitraria". La crítica, apoyada por Uruguay, El Salvador, Colombia y Costa Rica, no fue aceptada.

En la actualidad el problema no se plantea para los países que, además de la Convención Americana, son signatarios de la Convención de 1951, pero México continúa sin aceptar esta última...

El párrafo 7 recoge la gran tradición latinoamericana sobre el asilo y permite su integración con el refugio. De este modo los institutos -análogos, paralelos e interdependientes- se integran y armonizan.

El párrafo 8 representa la consagración regional del principio de no-devolución (non-refoulement), que posteriormente habría de ser enriquecida en la Declaración de Cartagena. ¡Pero la Convención Americana se refiere a Derechos Humanos! El principio de "non-refoulement", incluido en la Convención Americana gracias a una solicitud del ACNUR, posee, como lo asegura la Declaración de Cartagena y la mayoría de la doctrina, el carácter de "ius cogens": es una expresión del "totius orbis", una exigencia del bien común internacional.

Quedan por aclarar las relaciones entre la prohibición de "refoulement" y el instituto de la extradición, tema que ha sido objeto de diversas conclusiones del Comité ejecutivo del ACNUR en materia de protección de refugiados, al igual que el tema de doctrina sobre la materia. Pero este importante tema no lo tratamos en el presente estudio.

El párrafo 9 del artículo 22, por último, prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. Esta disposición, pedida por El Salvador, fue seguramente motivada por la expulsión masiva de salvadoreños que se encontraban en Honduras y que dio origen a un conflicto bélico y a una interesante acción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estas disposiciones son un magnífico ejemplo de cómo la normativa sobre derechos humanos se conjuga con aquella de protección a refugiados: esta interacción marca el principio de un camino que debe ser profundizado en el futuro.

8. El desarrollo del Derecho de los Refugiados -tras la adopción a nivel universal de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967- habría de realizarse a nivel regional.

El primer Continente en el cual se llevó a cabo una profundización de gran importancia en esa normativa fue el Africano, lo que es comprensible si se recuerda la trascendencia que tuvo la década de los sesenta en aquellas latitudes. A nivel de las Naciones Unidas esa década estuvo marcada por la adopción por parte de la Asamblea General de la Resolución 1514 (XV) que contiene la Declaración sobre la Concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, verdadera "Carta Magna de la Descolonización", como la llama el profesor Adolfo Miaja de la Muela.²⁸

Más tarde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establecen en el artículo 1 que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

Es la década de la descolonización en África, de la emergencia de numerosos nuevos Estados cuyas fronteras fueron establecidas más o menos arbitrariamente. Se trató de un proceso complejo que se realizó con frecuencia en medio de grandes violencias. Y el resultado de las mismas, como siempre, fueron flujos masivos de refugiados en busca de protección. De ahí la adopción en 1969 de la "Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de refugiados en Africa".

La Convención subraya con inquietud "la existencia de un número cada vez mayor de refugiados en Africa"²⁹ y reconoce "que los problemas de los refugiados deben abordarse de manera esencialmente humanitaria para encontrarles solución".³⁰ El texto reconoce que la

28 A. Miaja de la Muela, "La Emancipación de los Pueblos Coloniales y el Derecho Internacional", Anales de la Universidad de Valencia, vol. XXXIX. Lección inaugural del curso 1965-1966. Cit. por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, en Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 58.

29 Preámbulo, 1.

30 Preámbulo, 2.

Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 son "el instrumento fundamental y universal relativo al estatuto de los refugiados y traduce el profundo interés que los Estados tienen por los refugiados".³¹

La gran aportación de la Convención de la OUA (del mismo año que la Convención Interamericana de Derechos Humanos) es la "ampliación" del término "refugiado"; que se realiza en el Artículo 1º. Este reproduce en el primer párrafo la definición "clásica", en tanto el párrafo segundo señala: "El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad".

La importancia de esta ampliación sólo puede ser comprendida al conocer los miles (millones) de refugiados que, gracias a ella, han sido protegidos.

En América Latina los problemas de una violencia habrían de ser conocidos a partir de la década de los setenta en América Central. Esta región del mundo se convirtió en una inmensa hoguera que produjo enormes flujos masivos de refugiados. Se vio entonces la necesidad de ampliar la definición "clásica" y de producir un instrumento adecuado para resolver el problema. Tal necesidad se notó ya claramente en el Coloquio organizado en México con los auspicios del ACNUR en mayo de 1981 sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina.

La conclusión primera de este Coloquio reafirma "como un principio básico del derecho internacional el de la no-devolución, incluyendo dentro de este principio la prohibición del rechazo en las fronteras". La cuarta conclusión afirma la necesidad de "extender en América Latina la protección que los instrumentos universales e interamericanos otorgan a refugiados y asilados, a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o parte del territorio del país de origen".³²

Con tal motivo se realizó en 1984 el Coloquio de Cartagena sobre los Refugiados, que adoptó como conclusión la definición "ampliada", que tan útil se habría de revelar para resolver los problemas de refugiados en América Central y luego en el resto de América Latina.

31 Preámbulo, 9.

32 Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 205 y 206.

El Coloquio reconoce "que la situación centroamericana en lo que se refiere a refugiados ha evolucionado en estos últimos años de tal forma que ha adquirido nuevas dimensiones que requieren una especial consideración".³³

En su Declaración, el Coloquio establece como primera conclusión la necesidad de "promover dentro de los países de la región la adopción de normas internas que faciliten la aplicación de la Convención y el Protocolo y, si es preciso, que establezcan los procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados".³⁴ Esta conclusión, por desgracia, no ha sido realizada hasta el día de hoy en numerosos países.

Pero, en lo que dice referencia a la ampliación del término "refugiado", la Declaración reitera que, "en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".³⁵

La aportación de la Declaración de Cartagena ha sido sintetizada por el Profesor Antônio A. Cançado Trindade en cinco puntos: "Primero, llenó un vacío al ampliar la definición de refugiados (...); segundo, fomentó la acción dentro de los Estados (...); tercero, reiteró la importancia del principio de no-devolución (...) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados" (...) y norma imperativa del derecho internacional; cuarto, señaló la necesidad de que los Estados sigan desarrollando las normas mínimas consagradas en los instrumentos básicos de protección (...); quinto, enmarcó la temática de los refugiados, desplazados y repatriados en el contexto más amplio de la observancia de los derechos humanos y de la construcción de paz en la región".³⁶

33 Declaración de Cartagena I, 2o. párr.

34 III, 1.

35 III, 3.

36 Discurso Inaugural - Los Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados", 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados-Memoria, Coloquio Internacional (San José, diciembre de 1994)), San José de Costa Rica, IIDH/ACNUR/Gobierno de Costa Rica, 1995, pág. 22.

9. La Declaración de Cartagena da un impulso decisivo al tratamiento de los refugiados en América Latina y habría de ser continuado por otros documentos de enorme relevancia: el Documento "Principios y Criterios de 1989"³⁷ producido por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), que señaló que el tema de los refugiados sólo puede ser abordado adecuadamente mediante una visión integral de los derechos humanos, incluyendo además el Derecho de los Refugiados y el Derecho Humanitario.³⁸

Más adelante el documento "Evaluación de la Puesta en Práctica" de 1994³⁹ de cierre del proceso CIREFCA, subrayó que la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena el año anterior, había precisado el derecho de todas las personas afectadas por conflictos a ser asistidas por organizaciones humanas.⁴⁰

La piedra angular y denominador común de toda la acción internacional se encontraba en el fortalecimiento de la observancia de los derechos humanos.⁴¹

Este documento de 1994 recordó que el proceso CIREFCA había logrado precisamente favorecer e impulsar, en un enfoque integrado, las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario.⁴²

En el mes de diciembre de 1994 se realizó en San José un Coloquio Internacional en conmemoración del Décimo Aniversario de la Declaración de Cartagena.

37 Documento preparado por un grupo de expertos compuesto por Héctor Gros Espiell, Sonia Picado y Leo Valladares Lanza.

38 Desde entonces son diversas las publicaciones que se dedican a esta temática, por ejemplo, Antônio A. Cançado Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre-Brasil, 1997, en especial cap. VIII, pp. 270-352 (amplia bibliografía); Antônio A. Cançado Trindade, Gérard Peytrignet, Jaime Ruiz de Santiago, As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana, IIDH-CICV-ACNUR, San José, Costa Rica/Brasília, 1996, 290 pp; Antônio A. Cançado Trindade, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario, en 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Memoria de Coloquio Internacional, San José, Costa Rica del 5 al 7 de diciembre de 1994, IIDH-ACNUR, 1995, pp. 79-167; Jaime Ruiz de Santiago, Derecho Internacional de los Refugiados en su Relación con los Derechos Humanos y en su Evolución Histórica, en Derecho Internacional de los Refugiados, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1993, pp. 31-86.

39 Preparado por el ACNUR y el PNUD con base en dos aportes de un grupo de expertos integrado por Antônio A. Cançado Trindade, Reinaldo Galindo-Pohl y César Sepúlveda.

40 Párr. 15.

41 Párrs. 80 y 81.

42 Párr. 91.

El Coloquio de 1994 enfatiza nuevamente "el carácter complementario y las convergencias entre los sistemas de protección a la persona establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Refugiados"⁴³, a la vez que reafirma "que tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar. Estos derechos inalienables deben respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus hogares".⁴⁴

Por ello "la Declaración de San José de 1994 da un énfasis especial no sólo a la problemática de desplazamiento interno, sino también, más ampliamente, a los retos que plantean las nuevas situaciones de desarraigo humano en América Latina y el Caribe, incluyendo los movimientos migratorios forzados originados por causas diferentes a las previstas en la Declaración de Cartagena. La nueva Declaración reconoce que la violación de los Derechos Humanos es una de las causas de los desplazamientos y que por lo tanto la protección de los mismos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen la mejor medida para la búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los conflictos, de los éxodos de los refugiados y las graves crisis humanitarias".⁴⁵

10. No cabe duda que América Latina ha permitido progresos muy significativos en materia de Derecho Internacional, de Derechos Humanos y de Derecho de Refugiados.

La presencia de España en las nuevas tierras (encuentro, descubrimiento, invención o como se le guste llamar) permitió el nacimiento del Derecho Internacional con la obra de Francisco de Vitoria y su afirmación fundamental de la base del Derecho de los Refugiados que es el "ius peregrinandi".

La libertad de movimiento o de circulación permite una armónica vinculación entre los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados, tal y como lo muestra el artículo 22 de la Convención Interamericana.

La protección de los derechos humanos es la tarea fundamental para prevenir la existencia de refugiados: ella resulta fundamental en la tarea de fundar, construir y guardar la paz, tal y como lo subrayaba la Señora Sadako Ogata en la mesa redonda que se celebró en la ONU el mes de marzo de 1993 con motivo de la publicación del documento vaticano "Los Refugiados: Un Desafío a la Solidaridad". Ella decía: "Debemos asegurar que la gente no sea obligada en primer lugar a abandonar sus hogares, pero si lo son, que sus necesidades humanitarias sean

43 II, 3.

44 II, 10.

45 Antônio A. Cançado Trindade, Discurso de Clausura "Adopción de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas", in *ibíd* pág. 430.

satisfechas y que se creen las condiciones que les permitan retornar en condiciones de seguridad y dignidad. Esta es la triple estrategia de prevención, preparación y solución (...) y la capacidad de construir tal estrategia depende de la habilidad de las Naciones Unidas para construir una respuesta comprensiva e integrada, que vincule la acción humanitaria y la protección de los derechos humanos con el proceso de hacer, mantener y construir la paz (peace-making, peace keeping and peace building)".

"(...) En el corazón de esa estrategia preventiva y orientada a la búsqueda de soluciones debe encontrarse el claro reconocimiento del derecho de las personas a permanecer en seguridad en sus hogares".

"(...) Al hablar del "derecho a permanecer", quiero destacar el derecho básico del individuo a no ser obligado al exilio y de la necesidad de desarrollar más profundamente este aspecto de los derechos humanos en nuestros esfuerzos para solucionar las causas de los movimientos de refugiados. El "derecho a permanecer" está implícito en el derecho a dejar el país propio y de volver a él. En su forma más simple se puede decir que incluye el derecho a la libertad de movimiento y de residencia en el propio país. Ello se encuentra vinculado a otros derechos humanos fundamentales porque cuando las personas son obligadas a abandonar sus hogares una gran variedad de derechos humanos se encuentran amenazados, incluidos el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la no-discriminación, el derecho a no ser sujeto a tortura o a tratos degradantes, el derecho a la privacidad y a la vida familiar".

"En este período de altas tensiones cuyo principal objetivo es forzar a un grupo humano a abandonar su territorio compartido con otros, la comunidad internacional debe asegurar el respeto de los derechos humanos en general y de los derechos de las minorías en particular. El desafío es traducir la retórica de los derechos humanos en medidas prácticas. ¿Cómo promover la tolerancia en la diversidad?, ¿cómo controlar el abuso del poder por parte del Estado?, ¿cómo convencer a los Estados a eliminar la violación de los derechos humanos en sus territorios y a cooperar internacionalmente para reducir las causas que aumentan los movimientos de refugiados?, ¿cómo exigir responsabilidad y rendición de cuentas a los Estados con respecto al trato de sus propios ciudadanos? Tales son los grandes desafíos a la solidaridad el día de hoy".⁴⁶

Tales afirmaciones son fundamentales al trazar las avenidas que debe tener el Derecho de los Refugiados en América Latina en el milenio que se aproxima. En ese sentido es posible concretizar algunos resultados de la investigación:

⁴⁶ Statement by Mrs. Sadako Ogata, en *Refugees: A Challenge to Solidarity*, Proceedings of the International Round Table on the Question of Refugees sponsored by the Permanent Observer Mission of the Holy See to the United Nations and the Path to Peace Foundation, United Nations, New York, 1993, pp. 34 y 35.

- 1) Ante todo se ve la necesidad de que el mayor número de los países se adhiera a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Resulta incomprensible que países de la importancia de México aún no lo hayan hecho. Es igualmente importante que lo hagan sin reservas y que aquellas hechas por países ya partes a esos instrumentos, las retiren.
- 2) Es claro que, además, se requiere que los países adopten legislaciones internas apropiadas, pues de otro modo la decisión del compromiso contraído internacionalmente no se realiza en la vida interna de los Estados.
- 3) Se debe recordar siempre la actitud solidaria y humanitaria con la cual los países latinoamericanos han hecho frente a los desafíos de los refugiados, actitud que debe hacerse concreta, por ejemplo, a la hora de interpretar los términos de los instrumentos universales y regionales adoptados por los Estados.
- 4) Es muy importante esforzarse porque la definición ampliada de refugiado adoptada regionalmente en la Declaración de Cartagena de 1984 sea aceptada a nivel universal.
- 5) En América Latina el número de refugiados ha disminuido de manera manifiesta, pero en su lugar otras situaciones precisadas de protección han aumentado de manera proporcional: el problema de los desplazados internos, de las personas que abandonan sus países obligadas por situación económica existente en su país de origen, de las víctimas de desastres naturales, etc.

Quizá sea realista darse cuenta que es muy difícil modificar los grandes instrumentos que existen en materia de refugiados (Estatuto del ACNUR, Convención de 1951, Protocolo de 1967) pero lo que sí es posible es esforzarse para que se produzcan y acepten otros instrumentos que sean eficaces para la protección de las personas que se hallan en las situaciones descritas, p.ej. la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares.

- 6) La especificidad de la protección a refugiados debe ser mantenida a la vez que se debe hacer todo lo posible para profundizar en la convergencia que existe entre los Derechos Humanos, el Derecho de Refugiados y el Derecho Humanitario.
- 7) La protección de los refugiados precisa que a ellos sea también aplicada la normativa de los Derechos Humanos y, cuando sea posible, aquella del Derecho Humanitario. Esto requiere por parte del ACNUR y de sus funcionarios, una postura más "pro-activa". Esto sin olvidar el carácter apolítico y humanitario del mandato del ACNUR, lo que sólo significa que su acción debe ser inteligente y creativa. En lo que dice referencia a la "prevención" de causas que den origen a refugiados, el ACNUR debe mantener una clara conducta de formación (de los funcionarios gubernamentales, de la sociedad civil y de sus mismos funcionarios) y decidido apoyo a los derechos humanos. Normas, procedimientos de ejecución, recursos, etc., establecidos por el Derecho de los Derechos

Humanos (a nivel universal y regional) todo ello debe ser inteligente y decididamente manejado por el ACNUR.

- 8) Una tendencia que implica un grave peligro para la persona humana son los esfuerzos que se hacen en la región para permitir la libre circulación de cosas y bienes (materiales) olvidando a las personas. Ello desemboca en la inhumana postura de dar primacía a las cosas sobre las personas, al capital sobre el sujeto que lo produce, al egoísmo sobre la solidaridad.
- 9) La riqueza del derecho de la persona a permanecer en su país de origen, la libertad de movimiento y de residencia en el propio país son la base misma de la protección a los refugiados que se refracta en una serie de normas que expresan la riqueza del "totus orbis" y que manifiesta con claridad que el sentido último del Derecho es el de estar al servicio de la personas humana.

**COMMON PROSPECTS AND CHALLENGES
FOR INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (IHL)
AND THE LAW OF HUMAN RIGHTS**

CHRISTOPHE SWINARSKI*

* Consultant on International Humanitarian Law and Affairs. Former Legal Adviser and Head of Delegations of the International Committee of the Red Cross (ICRC).

**COMMON PROSPECTS AND CHALLENGES
FOR INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (IHL)
AND THE LAW OF HUMAN RIGHTS**

CHRISTOPHE SWINARSKI

Summary: I. IHL within the international system of legal protection of the individual. II. Normative aspects of convergence between IHL and human rights. III. Hermeneutical aspects of convergence between IHL and human rights. IV. Implementation aspects of convergence between IHL and human rights. V. Final remarks.

«... the long lasting separation between international human rights law and the international law of conflict has outlived its usefulness and experts in both areas need to come together to agree on those issues on which there is already effective consensus, and to resolve the continuing differences in their respective approaches». (T. Hadden, C. Harvey «The Law in internal crisis and conflict» in «International Review of the Red Cross (IRRC) », vol. 81, n° 883, March 1999, p. 233)

Geneva, November 1999

I. IHL WITHIN THE INTERNATIONAL SYSTEM OF LEGAL PROTECTION OF THE INDIVIDUAL

1. Within the contemporary international legal systems of protection for the individual, International Humanitarian Law (IHL) does indeed represent the «other edge» of protection.

Amongst various attempts at the classification of different *corpora iuris* which actually compose this system, attention was given to their respective origin («Law of peace» v. «Law of

war»¹, to organs whereby they appeared and have been instrumented and implemented («universal» v. «regional»), to their generational sequence and precedence (first, second and third «generation»)² as well as to persons they are specifically to protect (everybody, women, children, disabled, etc.), but considerably less to a categorisation based on the entitlement to the effects of protection in distinct conditions of their implementation.

Such criterion of the need for international rules of protection for an individual could lead to typifying the existing bodies of international norms applicable in this domain into four major categories:

In the first category we would find rules meant to protect the individual as a member of the mankind. It would encompass the general rules of the Human Rights to which each and every person is entitled by his/her mere quality of a human being, at universal and regional level, thus representing the general Law of Human Rights.

The second category would be composed by the instruments aiming at the protection of the individual for reasons of specificities of its objective station within the society; there we shall find, for example, norms on women and children.

The third category could involve rules pursuing to protect the human person for reasons of its particular function within the society e.g. norms of International Labour Law, International Medical Law, etc.

The fourth category would contain international rules of protection in situations of emergency, where a person lacks of, *de facto or de iure*, an adequate coverage of the domestic law and/or is therefore in need of international legal standards; here would belong both International Humanitarian Law and International Law of Refugees³. Accordingly, these standards not only represent the other «edge» of international protection but should provide for a necessary complement of the whole system, in particular insofar as the mechanisms of its implementation are concerned.

The subsidiarity, complementarity and co-ordination of these mechanisms are to-day much more than of sheer doctrinal interest, for they truly condition the credibility of the present

1 J. Pictet: «International Humanitarian Law: Definition» in «International Dimensions of Humanitarian Law», Henry-Dunant Institute, UNESCO, Martinus Nijhoff, 1988, p. XXI.

2 See K. Vasak: «Pour une troisième génération des droits de l'homme» in Ch. Swinarski (éd): in «Etudes et essais sur le droit humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet», CICR-Martinus Nijhoff, 1984, pp. 837-850.

3 Ch. Swinarski: «Perspectivas del derecho humanitario» in J. Irigoien Barenne (ed.) «Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo». Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1991, pp. 151-152.

and future use of the international law at stake, as both a binding legal reference and a tool of action for the international community. In this regard, a more holistic approach to the functioning of the whole system is urgently needed.

Such a categorisation of international systems of legal protection obviously does not need to, and certainly should not, result in any conclusions upon their possible «divisibility» from the point of view of their effects for the individual, and even less so in any pronouncement on their respective value and importance; their fundamental nature depends on their respective evolution and the evaluation of their usefulness in specific situations⁴.

The main convergence between IHL and the Law of Human Rights may be appropriately examined, as proposed by A.A. Cançado Trindade, in a threefold perspective⁵:

At the normative level, a long-lasting doctrinal controversy on the relationship between these two branches of international law is on its way to be positively overcome. Their complementarity and interaction are to-day universally admitted. At the hermeneutical level, there is a crescent interpenetration and a sort of cross-pollination between them, recently enhanced and further articulated by the work of the international tribunals, and at the level of their implementation there exists a growing need for common efforts towards its strengthening, and a noteworthy increase of the concurrence of their fields of applicability and ambits of application.

II. NORMATIVE ASPECTS OF CONVERGENCE BETWEEN IHL AND HUMAN RIGHTS

2. In the area of the normative relationship between IHL instruments and those of Human Rights three different periods can be distinguished:

The first period of IHL post-war codification, which culminated with the adoption in 1949 of the four Geneva Conventions for the IHL, and, for the Human Rights, corresponds to the period since the 1948 Universal Declaration until the adoption of 1966 universal Covenants, has been characterised by a rather scant interaction between them. Although some solutions have been envisaged principally at a theoretical level, the two bodies of law kept a certain aloofness from each other concepts and procedures, mainly on the grounds that IHL was originally

4 Th. Meron: «On a Hierarchy of International Human Rights», in «American Journal of International Law», vol. 80, 1986, pp. 1-23.

5 See A.A. Cançado Trindade: «Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos», Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, vol. I, pp. 269-284.

proceeding from the law of war, while the Law of Human Rights encountered itself in the very core of the law of peace⁶.

The breaking point, inaugurating the second period of this relationship, was definitely the adoption on 12 of May 1968, in Teheran, of the famous Resolution XXIII on «Human Rights in Armed Conflict» through which the fundamental concepts of the two bodies became definitely intertwined⁷. For IHL this period culminated with the adoption in 1977 of the two Additional Protocols, wherein the concept of fundamental guarantees of Human Rights have fully permeated its substance, having been practically incorporated within the body of these instruments (see art. 75 for the Protocol I and the art. 4-6 for the Protocol II)⁸.

The third, present period of this relationship remains marked above all by the problems of the concurrent implementation of the two laws, especially in situations of non-international armed conflicts and other circumstances of violence⁹.

Such an evolution of the process evidently reflects not only the theoretical normative considerations on the mutual relations, but is function of the needs of the international community, corresponding to the evolving definition of the latter's objectives and structures.

III. HERMENEUTICAL ASPECTS OF CONVERGENCE BETWEEN IHL AND HUMAN RIGHTS

3. In the development of both laws their common features are to be found in their characteristics within contemporary international law. Indeed, treaties of humanitarian protection («Geneva Law» Treaties) and the treaties of Human Rights have reached there a particular *locus standi*, generally recognised by the jurisprudence and the doctrine as to their legal régime, limits on their derogation and effects of their denunciation, as well as ways of their interpretation¹⁰.

6 See R. Kolb: «Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme» in «Revue internationale de la Croix-Rouge» (RICR), septembre 1998, n° 831, pp. 437-447, and also Ch. Swinarski: «Principales nociones e Institutos del derecho Internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana», Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991, pp. 82-83.

7 See also Resolution 2444 (XXIII) of UN General Assembly of Dec. 19.1968 in Supplement n° 18 (A/7218) 1969, pp. 51-52.

8 See, Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (ed): «Commentary on the Additional Protocols to Geneva Conventions», ICRC - Martinus Nijhoff, 1987, par.par. 3000-3146, par.par. 4515-4632.

9 See Th. Merib «Human Rights in Internal Strife: The International Protection», Grobuis, 1987 and Daniel Zovatto: «Los Estados en excepción y los derechos humanos en América Latina», IIDH - Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

10 See A.A. Cançado Trindade: «Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos», op. cit. pp. 280-282.

Such a hermeneutical interaction of both laws creates an organic link of fundamental significance for their effectivity and implementation.

The particular standing of the treaties of IHL in this area was expressly recognised in the law of treaties by the 1969 Convention of Vienna which, in its art. 60 (5), has excluded the possibility of suspending or terminating effects of humanitarian obligations for reasons of other Party violations. This exception to the reciprocity, deeply enshrined in IHL since 1949 Geneva Convention, now extends to treaties of Human Rights, constituting thus a «clause of safeguard» for all the international instruments of protection of the human being¹¹.

Parting from this clause, the constant jurisprudence of international judicial organs of Human Rights - The European Court¹² as well as the Inter-American one¹³ - have asserted the specificities of those treaties. This specificity is being further confirmed at the universal level by the practice of United Nations organs in charge of Human Rights¹⁴, and by the attitude of States towards the instruments of IHL¹⁵. The understanding of IHL by the international tribunals is to-day a further proof of such a hermeneutical link between the two laws. After the International Court of Justice¹⁶ and the European Court of Human Rights, the Inter-American system has clearly declared itself competent to apply the IHL standards, under art. 27 of the «San José Pact», in a recent case before the Inter-American Commission¹⁷.

11 *Ibidem*, p. 282.

12 See, for example «Case Ireland v. United Kingdom», in European Court of Human Rights, Judgment of 18.01.1978, Series A, n° 25 or «Soering v. United Kingdom», *ibidem*, Judgment of 7.7. 1989, Series A, n° 161, and for a comprehensive review, A. Reidy: «The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international humanitarian law» in IRRIC, vol. 831, September 1998, pp. 513-523.

13 See, for example, «Opinión Consultiva del 24 Septiembre 1982»: «Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» in, OC-2-82, Serie A, n° 2, 1982, or «Opinión Consultiva del 8 de Septiembre 1983»: «Restricciones a la pena de muerte» OC-3/83m Serie A, n° 3.

14 See C.M. Cerna: «Human Rights in Armed Conflict; Implementation of International Humanitarian Law Norms by Regional Intergovernmental Human Rights Bodies» in F. Kalshoven, Y. Sandoz (eds): «Implementation of International Humanitarian Law», Nijhoff, 1989, for comprehensive approach A.A. Cançado Trindade: «The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts» in «Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence», Asser Institute, 1996.

15 See G. Abi-Saab: «The specificities of humanitarian law» in Ch. Swinarski (ed), «Studies and essays in honour of Jean Pictet», *op. cit.* p. 265-281.

16 As, for example, in the case of Nicaragua v. United States. «Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua» (Meits). ICJ Reports, 1986.

17 See «Tablada Case» in Inter-American Commission of Human Rights, Report n° 57/1997, and L. Zegveld: «Commission interaméricaine des droits de l'homme et droit international humanitaire» in «RICR», vol. 831, September 1998, pp. 543-551.

Another major development in this framework is obviously provided by the activity of the international tribunals for former Yugoslavia and Rwanda, which are both empowered by their respective Statutes to apply and to interpret norms of IHL, together with those of International Human Rights¹⁸. The contribution of these tribunals to the confirmation of the principles of Humanitarian Law, as well as to their progressive interpretation, is already considerable, alongside of their comparable contribution to the Human Rights. A new body of international jurisprudence is being created, coherence and consistence of which will substantially determine future correspondence, both in law and in practice, between IHL and the other international systems of protection¹⁹. A considerable task seems to lay ahead for all international instances involved in this process to ensure such a coherence, so that the beneficiaries of those systems could really enjoy an increased level of protection, as well as to contribute, in a harmonised manner, to a progressive development of the whole international law.

«In our time, there cannot be any more doubt that the treaties of Human protection are not only binding for the Governments, but on the States (Party), and the non-compliance with the obligations they stipulate entails directly the international responsibility of the State, by commission or omission on the part of their Executive, Legislative and Judicial Powers»²⁰.

IV. IMPLEMENTATION ASPECTS OF CONVERGENCE BETWEEN IHL AND HUMAN RIGHTS

4. It is undoubtedly in the realm of implementation that the convergence between the two bodies of law proved its importance in the most significant and convincing way. Among several areas of the IHL implementation of impact on the Human Rights, four are bearing constant effects on the application of the latter, namely:

- Interaction in situations of internal conflicts and other situations of emergency;
- The part of IHL organs in monitoring of the respect of Human Rights;
- The national measures of IHL implementation as a mechanism of promotion of Human Rights observance, and
- The contribution of IHL mechanisms of sanctions to their enforcement.

18 Art. 2, 3 and 4 of respectively of both Statutes.

19 See I. Bantekas: «Principles of Individual Responsibility for Violations of International Humanitarian Law after ICTY», Liverpool University, 1999, (mimeographed), and R. Provost: «International Human Rights and Humanitarian law; Fusion or Confusion?», Mc Gill University, 1999 (mimeographed).

20 A.A. Cançado Trindade: «Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos» op. cit. vol. II p. 192 (our translation from Portuguese).

Even if the art. 3 common to four 1949 Geneva Convention has been adopted without direct influence of incipient concepts of Human Rights, the right of initiative provided to the ICRC by this article offered already a framework in which the scrutiny by the International Committee of the Red Cross could produce effects on the observance of the universal guarantees of protection therein, which were to be later reaffirmed in the Human Rights instruments (right to life, prohibition of torture and of cruel and inhumane treatments, of taking of hostages, guarantees of personal dignity and of due process of law)²¹.

5. The possibilities for the ICRC to further enquire into the respect of individual fundamental guarantees are largely amplified, although solely on IHL standards, by the means of the exercise of its "extra-conventional" right of initiative, particularly in the field of political detention, where the Institution has been constantly faced with problems of the observance of Human Rights. This so called «extra-conventional right of initiative» provided *de facto* a second legal basis for the ICRC activities in that respect.

«„The ICRC has two kinds of rights of initiative - that laid down in treaties and that not laid down in treaties. (...) The rights of initiative not laid down in treaties has its basis in the ICRC Statutes and the International Red Cross Statutes. It is more tenuous but it is not without some legal ground since those Statutes were approved - directly or indirectly - by International Red Cross Conferences, in which States Parties to the Geneva Conventions have their say. It makes it possible for the ICRC to offer its services in situations other than conflicts; mainly to propose to visit and assist political detainees»²².

In the course of exercising its «right of initiative», the ICRC is inexorably led to get involved into evaluation and handling of information on violations and inobservances not only of Humanitarian Law, but practically always on those of Human Rights.

21 See A. Calogelopoulos-Stratis: «Droit humanitaire et droits de l'homme; la protection de la personne humaine en période de conflit armé», Genève-Leiden, IUHEI, 1980, M. El-Kouhene: «Les garanties fondamentales en droit humanitaire et droits de l'homme», Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986; Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (eds): «Commentary on the Additional Protocols to Geneva Conventions», ICRC-Martinus Nijhoff, Geneva, 1987; M. Sassòli: «Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des Droits de l'homme - une comparaison» in «Annuaire Suisse de droit international», vol. XVIII, 1987, pp. 52 ss; R-J. Dupuy: «L'action humanitaire» in A.J.M. Delissen, G.J. Tanja (ed.): «Humanitarian Law of Armed Conflict; Challenges Ahead; in honour of Frits Kalshoven», Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-London, 1991, pp. 66-67; L. Doswald-Beck, S. Vité: «International Humanitarian Law and International Law of Human Rights» in «IRRC», vol. 293, 1993, pp. 94-119; T. Pfanner: «Le rôle du CICR dans la mise en oeuvre du DIH» in «Law in Humnitarian Crisis», vol. I, European Commission, 1995, pp. 177-248.

22 Y. Sandoz: «Le droit de l'initiative du Comité international de la Croix-Rouge» (off-print) in «German Yearbook of International Law», vol. XXII, 1993, p. 373.

6. The subsequent development of the Human Rights on one hand, and on another the adoption of the 1977 Additional Protocols to Geneva Convention led to a discussion on their respective applicability in the above-mentioned situations which embarked on a tentative to submit to the acceptance of the States a declaratory instrument in which the fundamental guarantees of the protection for the individual were to be reconfirmed in all situations, and conceived as the minimal standards of both laws²³.

The first proposals to that effect, having emanated from the ICRC²⁴, were embodied in an instrument accepted by the group of experts and known as "The Turku/Abo Declaration". The Declaration was essentially inspired by the contents of the articles 4-6 of the 1977 Additional Protocol II for the IHL and by the provisions of the non-derogable rights of the Human Rights treaties²⁵.

The failure to get such an instrument accepted by the States nourishes an ongoing debate, during which various further proposals have been put forward towards finding solutions of the better protection for the individual in all situations, by means of the use of the existing mechanisms and procedures of Human Rights protection, at the political, para-judicial and judicial levels. This tendency has been confirmed at the 1993 IInd Vienna Conference on Human Rights, where their implementation appeared pivotal to the present dynamics of interaction between the two laws²⁶.

7. The second area in which IHL is apt to contribute to the implementation of Human Rights is the one of monitoring their respect and observance through the functioning of IHL procedures and organs.

Besides the already mentioned framework of ICRC's «right of extra-conventional initiative», the Geneva Institution may also carry out in this area various mandates, upon decisions of the Red Cross Movement.

23 See Th. Meron *op. cit.*, also R. Abi-Saab: «Droit humanitaire et conflits internes», Pédone, Institut Henry-Dunant, 1986, and D.P. Forsythe «Human Rights and the International Committee of the Red Cross», 12, *Human Rights Quarterly*, 1990, p. 265-289. A general view is also given in L. Doswald-Beck, S. Vité: «Le droit international et le droit des droits de l'homme in «Revue Internationale de la Croix-Rouge (RICR)», n° 800, mars-avril 1993, pp. 99-128.

24 See H.P. Gasser in «RICR», janvier-février 1988, n° 769, pp. 39-61.

25 Text in «IRRC», September-October n° 278, 1990, pp. 404-408, in Spanish, *ibidem* n° 101, pp. 434-438.

26 See A. A. Cançado Trindade: «Direito internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitario e Direito Internacional dos Refugiados: Aproximações e convergências» in A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet, J. Ruiz de Santiago: «As Tres Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana», Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Comité Internacional de La Cruz Roja - Alto Comissionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 1996, pp. 29-85, also A.A. Cançado Trindade: «Tratado de Direito dos Direitos Humanos», *op. cit.* vol. I, pp. 270-313.

The decisions of the Red Cross Movement conferring to the ICRC competences to act in specific area of violations of Human Rights are quite numerous. Not embarking here on their exhaustive catalogue, let us single out some main areas of their concern, such as, for instance:

- a) Prohibition of torture²⁷
- b) Rights of the child²⁸
- c) Forced disappearances²⁹

The ICRC reporting within the framework of the exercise of its « right of initiative» can, and often does, considerably contribute to ensure respect of Human Rights, although its use cannot be of the same nature as the procedures devised for monitoring violations by the existing systems of the Human Rights instruments. The main difference of such nature consists in the confidentiality of the ICRC's reporting which excludes any publicity on its delegates' findings. Therefore, the effects of such reporting cannot be but preventive, by means of their subsequent evaluation, conclusions drawn and measures adopted by the concerned authorities themselves, to whom these reports are remitted.

8. Yet other possibilities of scrutiny provided by the IHL mechanisms are to be found in its procedures of fact-finding.

The constitution of the International Fact-Finding Commission of the article 90 of the 1977 Protocol I has been successfully completed and its procedures remain henceforth at the disposal of the international community, even if they have not been resorted to until now. A more productive source of monitoring the respect for Human Rights is to be found in the procedures instituted by the international organs into which the requirements provided by IHL are partly incorporated. There is a constant interaction which leads to the ever-growing pattern of co-ordination between different ways of enquiry, opening perspectives towards more effective performance of these procedures as means of increasing the respect for both laws³⁰.

27 Resolution XIV of the 24th International Conference, Manila 1981.

28 Resolution XX of the 25th International Conference, Geneva, 1986.

29 Resolution II of the 24th International Conference, Manila, 1981. See also: ICRC Report CD/7/1 (prepared in collaboration with the Secretariat of the League of Red Cross Societies) on «The Red Cross and Human Rights», Geneva, August 1983, for the Council of Delegates, pp. 21-47, and Report CD/6/1 «Contribution of the International Red Cross and Red Crescent Movement to Respect for Human Rights» (Group of Experts) for the Council of Delegates, 26-27 October 1986, Geneva.

30 See S. Vité: «Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire». Bruylant - Editions de l'Université de Bruxelles, 1999, especially pp. 399-449.

9. Finally, under the article 5 par. 4 of the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent, the ICRC has right to take cognisance of complaints regarding alleged breaches of the humanitarian conventions. Two categories of such breaches can be distinguished:

- The first one comprises complaints or communications concerning inobservances or inadequate applications of provisions of the Conventions in respect of persons protected by them. This can also take form of an individual right to petition ICRC in suchlike situations. The ICRC may, if it deems it in accordance with its own criteria, make corresponding representations on behalf of the concerned individual, suggesting measures to be taken by competent authorities, and pursuing the matter until their satisfactory response.
- The second category of complaints includes protests against grave breaches of international humanitarian law committed in circumstances where the ICRC *«is unable to take direct action to help the victims»*³¹. Such protests are rare and resorted to only after other means of action have repeatedly failed to prove effective.

Thus, it appears quite clearly that, in spite of its lack of specific competence in the field of monitoring the implementation of Human Rights, the ICRC is often called to get involved into this process, principally in two main manners:

- through its own procedures of monitoring the compliance with IHL, to the extent to which:
 - a) the contents of IHL provisions are similar or identical to those of rules of Human Rights and,
 - b) in situations where both laws are to be concurrently observed.
- in a subsidiary way, when its activities require that the standards of Human Rights be preliminary and corollary conditions for IHL provisions and/or extra-conventional humanitarian procedures to be implemented and observed³².

Moreover, in this area as in the others, *«(...) The ICRC activities in situations which are not within the purview of humanitarian law, may undoubtedly be seen as safeguarding some human rights to be fundamental»*³³.

31 R. Wieruszewski: «Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law: Individual Complaints» in F. Kalshoven, Y. Sandoz (eds): «Implementation of Humanitarian Law», Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-London, p. 455.

32 See E. Kornblum: «A Comparison of Self-evaluating State Reporting Systems» in IRRC, n° 304, January-February, 1995, pp. 47-52.

33 C. Sommaruga: «Humanitarian Law and Human Rights in the Legal Arsenal of the ICRC» in D. Warner (ed): «Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality», Martinus Nijhoff, The Hague-Boston-London, 1997, p. 130.

10. The third aspect of convergence between Human Rights law and IHL implementation concerns the patterns of their co-existence and interaction within the domestic law. At the present level of their entry into force, this context seems to be of foremost importance for both law as far as their effective implementation is concerned, i.e. the efficiency of their real protective value for the individual.

The universality of acceptance of the 1949 Geneva Conventions and a high level of acceptance of the 1977 Additional Protocols³⁴ constitute for IHL a solid basis of co-existence with Human Rights instruments at the domestic level.

A good number of legislative and administrative measures that the States are to take, in order to integrate, in an operative way, IHL and Human Rights rules concern, at least partly, both of them. As is known, such measures of implementation are far from being satisfactorily taken. The co-operation of international organs in charge of the promotion of both bodies of law and the support of the domestic authorities and the civil society entities in favour of providing for such measures is indeed urgently needed, so that the formal acceptance of the international obligations could be promptly transformed into their real effectiveness. There exist in many States official, para-official or private bodies in charge of promoting and monitoring respect for Human Rights in force. There is also a growing number of States, where similar bodies have been created at an official level, with tasks to promote the implementation of IHL. A degree of appropriate synergy among them could valuably contribute to better focus on the shared efforts in view of advancing pertinent domestic law and decision making process³⁵.

11. As it is also known, the 1949 Geneva Convention and the 1977 Additional Protocols contain a particular obligation for States Party to disseminate their knowledge among all concerned³⁶.

34 Presently 155 States are Party to the Protocol I and 148 to the Protocol II. All the States of Interamerican system are Party to the Protocols, except Haiti, Trinidad-and-Tobago and United States; Mexico having ratified only Protocol I.

35 Within the Inter-American system such bodies have been established in Argentina (Executive decrees n° 933/94 of 16 June 1994), Bolivia (Decree 23345 of 2 December 1992), Chile (Decision of Ministry of Foreign Affairs n° 1229/94 of 31 August 1994), Colombia (Presidential Decree n° 1863 of 11 October 1996), Dominican Republic (Commission established on 4 November 1995), El Salvador (Presidential Decree n° 118 of 4 November 1997), Panama (Executive Decree n° 145 of 25 August 1997), Paraguay (Presidential Decree n° 8802 of 12 May 1995) and Uruguay (Decrees n° 677/1992 of 24 November 1992 and of 24 March 1994).

36 Art. 47 of the First, art. 48 of the Second, art. 127 of the Third, art. 144 of the Fourth 1949 Geneva Conventions, and art. 83 of the 1977, art. 19 of 1977 Protocols I and II respectively. See also Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (eds): «Commentary on the Additional Protocols» op. cit. par.par. 3368-3384 and 4903-4913.

The ICRC, for its part, is not only prompting the States to comply with these obligations but devotes, ever more actively, a good part of its activities and resources to such dissemination. The inclusion of basic concepts of Human Rights, as well as of their complementarity to IHL, together with information on their interaction in various situations -nowadays a standard practice within these activities- allow to consider them as «a frame of dissemination of the human rights»³⁷. Furthermore, «any action taken by the ICRC with the aim of ensuring that the parties to the conflict comply with the obligations imposed by humanitarian law can obviously be considered as action promoting respect for the human rights in situations of armed conflict»³⁸.

12. The importance of the judicial interpretation of the IHL by the international tribunals has been already mentioned as to their reciprocally paradigmatic function at the interpretative level. There is equally an organic interaction between them in the field of the repression of their violations.

The concept of individual responsibility for war crimes, admitted since the Nuremberg and Tokyo trials, has been conducive, through the 1948 Convention on Genocide and the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations, to the present status of the crimes against humanity in international law, the same concepts having been incorporated in 1949 Geneva Conventions and their 1977 Additional Protocols.

Although the Human Rights systems were first to achieve, at least on the regional level, structures of judicial settlement of their own violations, that is still to be realized, otherwise than on an *ad hoc* basis, for the violations of IHL, several patterns of responsibility for violations of international rules concerning individual rights have originated in the latter.

With the work of International tribunals for former Yugoslavia and Rwanda, the interdependence of the systems of sanctions became even more evident. Such notions as conspiracy for crimes against humanity, responsibility for hate propaganda, incitement and instigation to commit crimes, together with the rules on liability for complicity and rules on torture have been clarified by the jurisprudence on these matters, whether when applying Human Rights Law or IHL. Further new prospects in this area will certainly come with the creation of the World Criminal Court³⁹.

37 C. Sommaruga, op. cit. p. 130

38 C. Sommaruga, *ibidem*.

39 See, for a comprehensive review I. Bantekas, op. cit., and also A. Cassese: «The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Implementation of International Humanitarian Law» in «The United Nations and International Humanitarian Law», Pédone, Paris, 1996, pp. 229-247; L. Kama: «Le tribunal pénal international et la répression des crimes de guerre» in *ibid.* pp. 251-258 and H.-P. Gasser: «The International Committee of the Red Cross and the United Nations Involvement in the Implementation of International Humanitarian Law» in *ibid.*, pp. 229-284.

V. FINAL REMARKS

13. As a conclusion to these observations, it can be said that a definite area of sharing in the common IHL and the Human Rights functions within the international law and community seems already well established.

Whereas IHL is an autonomous body of international rules on protection of the individual with its distinct origins, its own legal basis, its ambit of application and mechanisms of implementation, functioning there as a system of protection in situations of emergency, i.e. armed conflicts and other circumstances of violence, and being specifically adopted to their particular requirements, it is complementary to other legal systems of such protection, and in particular to the Law of Human Rights.

Moreover, in the reality, the two laws have not only a relation of mutual complementarity, but also concurrent scope of legal effects for persons concerned by the application of both of them⁴⁰.

14. *«The distinctive normative thrusts of Human Rights and Humanitarian Law are reflections both of their context of application and the resulting conceptualisation of the individual. A stable political situation is a founding premise of human rights law whereby, in the absence of any emergency threatening the life of the nation, it may be reasonably expected that individuals can use institutional mechanisms such as the judicial system, to effectively protect their own interests...»*

15. *Humanitarian Law, by contrast, is posited on the existence of an armed conflict which will trigger, more often than not, a breakdown of order and institution... humanitarian standards are directed squarely at those yielding power over persons in need of protection, by way of individual obligations reflecting public order requirements»⁴¹.*

The co-existence of both of them appears indispensable to render legal protection of the individual complete and effective.

40 See Ch. Swinarski: «Principales Nociones e Institutos» op. cit. pp. 85-90.

41 R. Provost: «International Human Rights. Fusion or Confusion?» op. cit. p. 372-373.

**ACCESS OF INDIVIDUALS
TO INTERNATIONAL TRIBUNALS
AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS
COMPLAINTS PROCEDURES**

JANUSZ SYMONIDES*

* Director of the Department of Peace, Human Rights, Democracy and Tolerance. UNESCO.

**ACCESS OF INDIVIDUALS
TO INTERNATIONAL TRIBUNALS
AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS
COMPLAINTS PROCEDURES**

JANUSZ SYMONIDES

Summary: I. Introduction. II. Access of individuals to international tribunals. 1. The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea. 2. The access of individuals to human rights tribunals. 2.1 Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights. 2.2 European Court of Human Rights. 3. International criminal tribunals. III. United Nations complaints procedures. 1. Procedure 1503 for dealing with communications relating to violations of human rights and fundamental freedoms. 2. Complaints procedures established by the United Nations human rights treaties. 2.1 International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol. 2.2 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. 2.3 Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. IV. UNESCO's communication procedure. V. Concluding remarks.

I. INTRODUCTION

International law for a long period, practically till the end of the Second World War, treated States as exclusive subjects of international law. Human beings were not only deprived of any possibility to act in the international sphere but were under the exclusive sway of national States¹. Relations between State and its citizens were treated as belonging to domestic

¹ See A. Cassese, "Individuals" in *International Law: Achievements and Prospects*. M. Bedjaoui ed., Paris/Dordrecht/Boston/London, UNESCO/Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 114; G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *RCADI*, 1950, Vol II; F. von du Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", *RCADI*, 1962, Vol. III.

jurisdiction fully regulated by States. The possibility of defence against illicit acts of States did not exist. In a case of violation of norms of international law and legitimate interests of individuals by a third country, only national State had the right to safeguard them by the exercise of diplomatic protection.

It is worth noting that the first precedent when individuals received access to international tribunals was created by the Central-American Court of Justice established by the Washington Convention of 20 December 1907 by the Central American States. This Court which existed from 1907 to 1917 received four individual claims which were recognized as inadmissible because they did not exhaust all domestic remedies.

After the First World War, new developments may be noted as representatives of minorities received the right of petition to the League of Nations concerning the violation of instruments establishing the system of minority protection. Another example of the right to present complaints was created by the International Labour Organisation which decided to confer on associations of workers and employers the right to claim non-compliance with ILO Conventions by Member States.

A radical change took place after the Second World War with the development of international human rights law. Individuals received access to complaint procedures established by regional and universal human rights instruments. Human rights are now considered as not belonging to domestic jurisdiction of States and individuals are now recognized as subjects of international law with actual and potential access to international justice.

II. ACCESS OF INDIVIDUALS TO INTERNATIONAL TRIBUNALS

1. THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

The Statute of the International Court of Justice (1945) takes a traditional position and does not foresee the possibility of access to it by individuals. As stated by Article 34, para. 1, "Only States may be parties in cases before the Court". The Court may request of public international organizations information relevant to cases before it, and receive such information presented by such organizations on their own initiative. Thus situations concerning individuals which may constitute a breach of an international obligation can be presented only by States in accordance with the principle of diplomatic protection. Advisory opinions, as stated in Article 65 of the Statute, may be given at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations.

Similarly the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea (1982), in Article 20, provides that the Tribunal shall be opened to States Parties and entities other than

States Parties in any case expressly provided for in Part XI² or in any case submitted pursuant to any other agreement conferring jurisdiction on the Tribunal which is accepted by all the parties to that case. The term "entities other than States Parties" obviously does not refer to individuals.

2. THE ACCESS OF INDIVIDUALS TO HUMAN RIGHTS TRIBUNALS

2.1 Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights

The American Convention on Human Rights "Pact of San José", adopted thirty years ago on 22 November 1969³ at San José, Costa Rica, in Article 61, provides that "1. Only the States Parties and the Commission shall have the right to submit a case to the Court". Thus direct access to the Court is not foreseen for individuals.

However, the Convention in Part VII states that the Inter-American Commission on Human Rights composed of seven members of high moral character and recognized competence in the field of human rights shall take action on petitions and other communications pursuant to its authority. As foreseen by Article 44, "Any person or group of persons, or any non-governmental entity legally recognized in one or more Member States of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State party".

A petition presented in accordance with Article 44 should fulfil a number of requirements: that the remedies under domestic law have been pursued and exhausted, that the subject of the petition is not pending in another international proceeding for settlement and that the petition contains the name, nationality, profession, domicile and signature of the person or persons or of the legal representative of the entity lodging the petition. The Commission shall consider inadmissible any petition if the requirements for its admissibility are not met, if it does not state facts that tend to establish a violation of the rights guaranteed by the Convention; if the petition is manifestly groundless or obviously out of order or it is substantiality same as one previously studied by the Commission or by another international organization.

When a petition is considered admissible, the Commission requests information from the government of the State indicated as being responsible for the alleged violations and should

2 Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea refers to the International Seabed Authority and its organs.

3 See text in *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, Vol. II, Regional Instruments. New York, United Nations, 1997, pp. 14-36.

present to it the pertinent portion of the petition. After receiving this information, the Commission ascertains whether the grounds for the petition still exist. The Commission may conduct an investigation with the prior consent of the State in whose territory a violation has allegedly been committed.

The Commission shall place itself at the disposal of the parties concerned with a view to reaching a friendly settlement of the matter on the basis of respect for the human rights recognized in the Convention. If a friendly settlement is reached, the Commission draws up a report which is transmitted to the petitioner and to the States Parties to the Convention and to the Secretary-General of the Organization of American States for publication. If a settlement is not reached, the Commission draws up a report setting forth the facts and stating its conclusions. The Commission makes recommendations and prescribes a period within which the State is to take measures to remedy the situation examined.

In accordance with Article 51, the matter may be submitted by the Commission or by the State concerned to the Court. Thus individuals, indirectly through their petition, may finally have access to the Inter-American Court⁴.

2.2 European Court of Human Rights

In accordance with Article 34 of Protocol N° 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms⁵, restructuring the central machinery established thereby: "The Court may receive applications from any person, non-governmental organizations or groups of individuals claiming to be victims of a violation of one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto".

The matter may be dealt with by the Court after all domestic remedies have been exhausted. Individual applications will be inadmissible if they are anonymous or substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new

4 See: T. Buergenthal, "The Inter-American Court of Human Rights and the OAS", *Human Rights Law Journal*, 1986, Vol. 7; A.A. Cançado Trindade, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): Evolución, estado actual y perspectiva", in *Derecho internacional y derechos humanos/Droit international et droits de l'homme*, La Haye/San José, IIDH/Académie de droit international de la Haye, 1996, pp. 47-95; R. Nieto Navia, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Su jurisprudencia como mecanismo de avance en la protección de los derechos humanos y sus limitaciones*, San José, IIDH, 1991; M.D. Vargas, "Individual access to the Inter-American Court of Human Rights", *New York University Journal of International Law and Policy*, 1984, Vol. 16, pp. 601-617.

5 See text *Council of Europe, European Treaties*, ETS, N° 155. The web-site of the Council of Europe. <http://www.coe.fr/eng/legaltext/treaties.htm>.

information. Any individual application submitted under Article 34 may be declared inadmissible when the Court considers it incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded or an abuse of the right of application. If the Court declares the application admissible, it pursues the examination of the case together with the representative of the parties and may undertake an investigation. At any stage of the proceedings of the application, the Court may decide to strike an application out of its list of cases when the applicant does not intend to pursue his application, the matter has been received or for any other reason it is no longer justified to continue the examination of the application. As in the case of petitions presented to the Inter-American Commission, the Court may place itself at the disposal of the parties concerned with a view to securing a friendly settlement.

The rules of the Court which entered into force on 1 November 1998 contain a number of provisions concerning procedures to be followed by the Court in dealing with individual applications. In particular, Rules 49, 52-57 and 59⁶.

In general, one may say that those provisions assure fully the access of individuals and groups of individuals to the European Court of Human Rights. The European model may be qualified as the most advanced.

3. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS

In the 1990s, an important step was taken towards the enforcement of international law and, in particular, international humanitarian law and the punishment of violations by the establishment of international criminal tribunals. The **International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)** established in 1993 by the Security Council⁷ has the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991. Its Statute lists as crimes which are within the jurisdiction of the Tribunal: grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, violations of the laws of or customs of war; genocide and crimes against humanity. A person responsible for these crimes bears criminal responsibility. It is worth noting that the Statute underlines that the official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible governmental official, shall not relieve such a person of criminal responsibility nor mitigate punishment.

⁶ The procedure followed by the European Court of Human Rights was presented at the conference in a detailed and comprehensive way by Dr. A. Drzemczewski.

⁷ According to the text of the statute adopted by the Security Council (see <http://www.un.org/icty/basic/statut/statute.htm>). Judges were sworn in November 1993 and the first proceedings started in 1994. The seat of the ICTY is in The Hague.

The International Tribunal consists of the Chamber, comprising three Trial Chambers and an Appeals Chamber. The Prosecutor and a Registry services both the Chambers and the Prosecutor. The Chambers comprise eleven independent judges elected by the General Assembly from a list submitted by the Security Council.

The Prosecutor is appointed by the Security Council on the nomination of the Secretary-General and initiates investigations *ex officio* or on the basis of information obtained from any source, particularly from governments, United Nations organs, intergovernmental and non-governmental organizations. Upon the determination that a *prima facie* case exists, the Prosecutor prepares an indictment containing a concise statement of the facts and the crime or crimes of which the accused is charged under the Statute. The Statute does not give *expressis verbis* the right to victim(s) or witness(es) to present the case directly to the Trial Chamber. However, as it states that the Prosecutor may obtain information, this means that individuals may also present information which may lead to an indictment.

An identical solution was also adopted for the **International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)**, established by the Security Council in November 1994. In accordance with the Statute⁸, the ICTR has the power to prosecute persons responsible for genocide, crimes against humanity and serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II. The territorial jurisdiction of the International Tribunal extends to the territory of Rwanda as well as to the territory of the neighboring States in the case of violations of humanitarian law committed by Rwandan citizens between 1 January 1994 and 31 December 1994. Both International Tribunals share the same Appeals Chamber and have the same Chief Prosecutor. Like the ICTY, the ICTR applies the principle of *non bis in idem*. The penalty imposed by the Trial Chamber is limited to imprisonment.

On 17 July 1998, the **United Nations Diplomatic Conference on the Establishment of an International Criminal Court (ICC)** adopted its Statute⁹. This represents a historical breakthrough in the struggle for the enforcement of international human rights and humanitarian law. No doubt the establishment of the International Criminal Court is an important element against the commitment of the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Statute will enter into force after ratification by 60 States. As of 1999, the Statute has been ratified by only 4 States.

In accordance with Article 5 of the Statute, the Court has jurisdiction with respect to the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression committed after the entry into force of the Statute. The cases before the Tribunal may be initiated by

⁸ For the text of the Statute, see <http://www.icttr.org/statute.htm>. The seat of the ICTR is in Arusha, Tanzania.

⁹ For the text of the Statute, see http://www.un.org/law/icc/statute/99_corr/5.htm. The seat of the Court will be in The Hague.

a State Party which may refer to the Prosecutor a situation in which one or more crimes within the jurisdiction of the Court appear to be committed; by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; and by the Prosecutor who may initiate investigations *proprio motu* on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court.

The Prosecutor analyses the seriousness of the information received. For this purpose, he or she may seek additional information from States, organs of the United Nations, intergovernmental or non-governmental organizations, or other reliable sources that he or she may deem appropriate, and may receive written or oral testimony at the seat of the Court. Thus individuals recognized as reliable sources may present information which may lead to the presentation by the Prosecutor to the Pre-Trial Chamber of a request to authorize an investigation. The Statute gives victims the right to make representations to the Pre-Trial Chamber which will decide whether it is a reliable basis to proceed with an investigation. The Court then determines whether a case is admissible or not. The admissibility of a case or the jurisdiction of the Court may be challenged by the accused or by a person for whom a warrant of arrest or a summons to appear has been issued, by a State which has jurisdiction over a case on the grounds that it is investigating or prosecuting the case has investigated or prosecuted it, and by a State from which acceptance of jurisdiction is required. The Court will be composed of 18 judges elected by the Assembly of States Parties and will comprise (a) a President (b) an Appeals Division, a Trial Division and a Pre-Trial Division, (c) the Office of the Prosecutor and (d) the Registry. The trial takes place before the Trial Chamber. A sentence of imprisonment shall be served in a State designated by the Court from a list of States which have indicated to the Court their willingness to accept sentenced persons.

III. UNITED NATIONS COMPLAINTS PROCEDURES

1. PROCEDURE 1503 FOR DEALING WITH COMMUNICATIONS RELATING TO VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

The Economic and Social Council, by its resolution 1503 (XLVII) of 27 May 1970, authorized the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to appoint a Working Group consisting of not more than five of its members, to consider all communications which appear to reveal a consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights and fundamental freedoms¹⁰. The resolution provides that the Sub-Commission

¹⁰ This recommendation was preceded by the decision of the Economic and Social Council of 1959 that a confidential list of communications to the United Nations complaining of human rights violations should be distributed to the Commission on Human Rights and the Sub-Commission, Communications Procedures. UNHCHR website <http://www.unhcr.ch/html./menu6/2/fs7.htm>.

should consider in private meetings the communications brought to it by the decision of a majority of the members of the Working Group and to determine whether to refer to the Commission on Human Rights particular situations which appear to reveal a consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights requiring consideration by the Commission. It further requests the Commission on Human Rights to determine whether the situation requires a thorough study and a report to the Council, whether it may be a subject of an investigation by an *ad hoc* committee to be appointed by the Commission with the express consent of the State concerned.

In accordance with the resolution 1503, the Sub-Commission has drawn up rules of procedure to decide what communication may be accepted for examination. To be admissible it cannot run counter to the principles of the United Nations Charter or show political motivation, it should (also taking into account the replies of the Government concerned) reveal a consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights and fundamental freedoms.

It may come from individuals or groups who claim to be victims of human rights violations, or have direct, reliable knowledge of violations. As a rule, communications containing obscene language or insulting remarks are inadmissible. The domestic remedies must have been exhausted unless it can be shown convincingly that solutions at the national level would be ineffective or would be extended over an unreasonable length of time. All actions taken under the 1503 procedure remain confidential unless the Commission reports thereon to the Economic and Social Council. Each year a Working Group of the Sub-Commission screens thousands of complaints received from individuals and groups alleging the systematic and gross violations of human rights. The list of States examined under the 1503 procedure by the Commission on Human Rights (as of 1999) contains 75 of them¹¹. On this list there are 15 American States¹².

2. COMPLAINTS PROCEDURES ESTABLISHED BY THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS TREATIES

2.1 International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol

In accordance with the Optional Protocol to the International Covenant of Civil and Political Rights¹³, States Parties recognized the competence of the Human Rights

11 United Nations Human Rights Debate. See <http://www.unhchr.ch/html/menu218/slot1/.htm>

12 Antigua, Barbuda, Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Paraguay, Peru, United States of America and Uruguay.

13 See text in *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, Vol. I (First Part), Universal Instruments, New York/Geneva, United Nations, 1984, p. 41

Committee¹⁴, to receive and consider communications from individuals who claim to be victims of a violation by the State Party of any rights set forth in the International Covenant of Civil and Political Rights.

To be admissible the communication should be presented in written form after exhausting all available domestic remedies. It cannot be anonymous, or incompatible with the provisions of the Covenant.

A communication recognized admissible is considered by the Committee and its Working Group on communications which asks the State concerned to explain or clarify the problem and to indicate whether anything has been done to settle it. It may also ask the alleged victim for additional information. The findings of the Committee are always made public and reproduced in the Committee's annual report to the General Assembly.

The Optional Protocol was binding for 95 States¹⁵ in 1999. Up till 1996, 728 communications received from individuals were examined by the Committee which had concluded its work on 239 of them of which, in 181 cases, the violations of the Covenant had been stated¹⁶.

2.2 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

The International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination established (Article 14) a procedure which allows individuals or groups of individuals who claim to be victims of violation of any rights set forth in this Convention to present a complaint to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. The Committee consisting of 18 experts serving in a personal capacity is a body created for the monitoring of the implementation of the Convention. The communication may be presented only in the case where the State concerned is a party to the Convention and has declared that it recognizes the competence of the Committee to receive such complaints. In 1996, this declaration was made by 23 States¹⁷. A State which makes such a declaration may establish or indicate a body within its national legal order which shall be competent to receive and consider petitions from individuals and groups of individuals who claim to be victims of racial discrimination and who have exhausted other local remedies.

14 The Human Rights Committee composed of 18 independent experts is established in accordance with Part IV of the Covenant to monitor its implementation.

15 See *Human Rights, Major International Instruments. Status as of 31 May 1999*, prepared by J. Symonides and V. Volodin, Paris, UNESCO, 1999.

16 United Nations Human Rights web-site, <http://www.unhcr.ch/html/menu2/8/over.htm/>

17 The procedure came into operation in 1982 when 10 States declared that they accepted the Committee's competence to receive individual communications.

The Committee brings confidentially communications to the attention of the State Party alleged to be violating any provisions of the Convention. The identity of the petitioner(s) is not revealed without his or their express consent. The Committee considers communications in the light of all information made available to it by the State concerned and by the petitioner. After consideration of the communication, the Committee presents its suggestions and recommendations to the State concerned and to the petitioner.

2.3 Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

The Convention against Torture provides, in Article 22, that a State Party to the Convention may declare that it recognizes the competence of the Committee against Torture¹⁸ to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by a State Party to the provisions of the Convention.

To be recognized as admissible, a communication cannot be anonymous or incompatible with the provisions of the Convention, constitute an abuse of the right to submit communications and have been examined or be under examination under procedures of international investigation or settlement. All available domestic remedies must also have been exhausted.

Once declared admissible, the communication is considered by the Committee. In the light of all information available to it by individuals and by the State concerned, the Committee formulates its views thereon, which are transmitted to the author of the communication and the State concerned which is also invited by the Committee to inform it of the action it takes in conformity with the Committee's views.

IV. UNESCO'S COMMUNICATION PROCEDURE

In 1978 the Executive Board of UNESCO by its decision 104 EX/3.3 (4) instituted a special procedure for the examination of cases and questions submitted to UNESCO concerning the exercise of human rights in its sphere of competence. In the exercise of its competence, UNESCO is called upon to examine cases concerning violations of human rights which are individual and specific questions of massive, systematic or flagrant violations of human rights and fundamental freedoms which result either from a policy contrary to human rights applied *de jure or de facto* by a State or from an accumulation of individual cases forming a consistent pattern.

¹⁸ The Committee against Torture established in accordance with Article 17 of the Convention comprises 10 experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights. It is a monitoring body considering reports of States Parties on the measures undertaken for the implementation of the Convention.

To be considered admissible, a communication has to meet ten conditions set up in paragraph 14 of the decision 104 EX/3.3. Thus, it must not be anonymous, must originate from a person or a group of persons who can be reasonably presumed to be victims, or a person or group of persons or organization having reliable knowledge of an alleged violation of human rights falling within UNESCO's fields of competence. It must be compatible with the principles of the Organization, the Charter of the United Nations and other instruments in the field of human rights. Communications which are manifestly ill-founded, offensive, based exclusively on information disseminated through mass media, presented beyond a reasonable time-limit and which have not exhausted available domestic remedies shall not be considered.

The Executive Board decision did not specify which human rights fall within UNESCO's fields of competence. In practice, it has been accepted that the following belong to this category:

- the right to education;
- the right to share in scientific advancement and enjoy its benefits;
- the right to participate freely in cultural life;
- the right to information, including freedom of opinion and expression.

These rights may imply the exercise of others, in particular:

- the right to freedom of thought, conscience and religion;
- the right to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers;
- the right to protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production;
- the right to freedom of assembly and association for the purposes of activities connected with education, science, culture and information.

The specific characteristics of UNESCO's procedure. The procedure laid down in 104 EX/Decision 3.3 of the Executive Board of UNESCO has specific characteristics in comparison with similar procedures in other organizations of the United Nations System. (5) In accordance with 104 EX/Decision 3.3, a complaint may be directed at any Member State, for the very reason that it is a member of UNESCO. The right to present communications does not result from any specific human rights instruments adopted by the Organization.

The Committee's competence to examine individual communications concerning alleged violations of human rights in UNESCO's fields of competence has been gradually recognized by practically all UNESCO's Member States, and an increasing number of the governments concerned by the communications send representatives to the Committee and co-operate with it although they are under no legal obligation to do so. While the other procedures seem most often to take a conflictual and accusatory form, the UNESCO procedure -although it is largely similar- has from the very beginning been deliberately applied exclusively with a view

to seeking a solution with the State concerned. The desire shown by the Committee to take its decisions solely by consensus is no doubt a reflection of the same concern. However, what is perhaps the overriding characteristic of the UNESCO procedure is the emphasis, or indeed the insistence, on its strictly confidential nature, even after cases have been settled.

Decisions aimed at the amelioration of the communications procedure. The UNESCO Executive Board, at its 154th session (1998), invited the Director-General to seek views and comments of Member States concerning the examination of the methods of work of the Committee on Conventions and Recommendations.

In order to draw up proposals for improving the communications procedure and the working methods of the Committee which would lead to an improvement in the situation of alleged victims of human rights violations, a working group comprising six members was created¹⁹. The working group examined 21 proposals in the light of 104 EX/Decision 3.3. Taking into account the working group's recommendations, the Committee on Conventions and Recommendations agreed on five points²⁰ concerning the communications procedures:

- As to the admissibility of communications, the Committee stressed that the recognition of a communication's admissibility does not imply any condemnation of the government concerned. In order to speed up decisions concerning the admissibility of communications, only the governments concerned are requested to make their position known within a time limit of three months from the transmission of the communication by the Secretariat.
- When a communication submitted to the Committee is being examined or has already been examined by another body in the United Nations system, the Secretariat will check with this other body whether there is any unnecessary duplication or incompatibility. If there is any doubt, the Secretariat will submit the question to the Committee.
- When the government concerned fails to co-operate, the Committee may in its report to the Executive Board, draw the Board's attention to such a case and suggest a debate in the Executive Board in private meeting.
- Confronted with the fact that the very existence of the Committee and the communication procedure are not very well known, the Committee underlined the need to continue efforts by the Secretariat and the Member States to make the procedure better known.

19 The working group comprised members representing six electoral groups. Belgium; Russian Federation; Brazil; India; Senegal and Libyan Arab Jamahiriya.

20 Report of the Committee on Conventions and Recommendations, 156EX/52, Paris, 7 June 1999.

- On the question of the publication of its annual report, the Committee did not adopt any general rule but decided that it will decide under what circumstances each of its annual reports may be made public.

Decisions taken by the Committee and notes by the Executive Board do not change the basic principles on which the communications procedure is based but, nonetheless, may improve its effectiveness and the speed with which alleged violations of cultural rights are dealt with.

The procedure 104EX/3.3, though not too often utilized, can be qualified as effective. From 478 communications which, from 1978 to 1999, were examined by the Committee on Conventions and Recommendations, more than half - 289 - were settled. In 170 cases, victims of violations of human rights (individuals or groups) were liberated, 55 permissions to leave or enter a State concerned were obtained, 14 authorizations were given to publications or emissions of programmes previously forbidden and, in 7 cases, changes in discriminatory laws concerning education of ethnic and religious minorities were achieved.

V. CONCLUDING REMARKS

What is the prospect for the access of individuals to international justice in the 21st century? Will it be enlarged and reinforced? The answer to this question cannot but be positive. The progressive strengthening of the positions of individuals in international law, the recognition of the subjectivity of human beings will probably lead in the future to the opening of the International Court of Justice to individuals.

One may also predict the establishment of new human rights tribunals. In fact, the **Additional Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights**, establishing an African Court on Human and Peoples' Rights, was adopted in June 1998 by the Heads of State and Government of the Organization of African Unity²¹. The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, the Additional Protocol and any other African human rights convention. The Court may also, at the request of a Member State of the OAU, any of its organs, or any African organization recognized by the OAU, provide an opinion on any legal matter related to the Charter or to any African human rights instrument. As foreseen in Article 5, cases may be submitted to the Court: (a) by the Commission; (b) the State Party which has lodged a complaint to the Commission; (c) the State Party against which the complaint has been lodged at the Commission. The Statute provides further that the Court may, on exceptional grounds, allow individuals, non-governmental organizations and groups of individuals to bring cases before the Court which will submit to each regular session of the Assembly a report on the work. The

21 For the text see <http://www.lumn.edu/humanrts/africa/draft-addit-protocol.html>.

report shall specify, in particular, the cases in which the State has not complied with the Court's judgements. The Court shall consist of eleven judges, nationals of the Member States of the OAU, elected by the Assembly in an individual capacity from among jurists of high moral character and of recognized practical, judicial or academic competence and experience in the field of human and peoples' rights. The Protocol shall come into force one month after eleven instruments of ratification or adherence have been deposited. In May 1999, it was ratified by 2 States. What is the prospect for the establishment of human rights tribunals in other regions or subregions? No doubt there is a need for a regional system for the promotion and protection of human rights in Asia and the Pacific region. The absence of such a regional system may be explained by the lack of homogeneity among the countries of the region and strong cultural, religious and ideological diversity. The World Conference on Human Rights (Vienna, 1993) reiterated the need to establish regional and subregional arrangements for the promotion and protection, of human rights where they do not already exist. Similarly, the General Assembly and the Commission on Human Rights adopted a series of resolutions in which they affirm the value of regional arrangements for human rights in the Asia and Pacific region. It seems that the positive experience of regional systems for America, Europe and Africa, the pressure of United Nations, international public opinion, non-governmental organizations and civil society will lead to the establishment sooner or later of such systems for Asia and the Pacific.

The 21st century will also witness further broadening and strengthening of the right of individuals to present complaints concerning alleged States' violations of their rights. In this context, it is worth noting that the General Assembly in October 1999 already adopted the **Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women**²².

As foreseen by Article 1, a State Party to the Protocol recognizes the competence of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women to receive and consider communications which may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State Party, claiming to be victims of a violation of any rights set forth in the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979). Communications shall not be anonymous, should be presented after the exhausting of all available domestic remedies and should concern a State Party to the Protocol. The Committee should consider communications received under the Protocol in the light of all information made available to it by or on behalf of individuals or groups of individuals and by the State Party concerned. Communications shall be examined at closed meetings. After examining a communication, the Committee shall transmit its views on the communication, together with its recommendations, if any, to the parties concerned. The State Party is obliged to submit to the Committee a written response, including information on any actions taken in the light of the view and recommendations of the Committee. The Protocol shall enter into force three months after the date of the deposit with the Secretary-General of the tenth instrument of ratification or accession.

22 Resolution of the General Assembly 54/4 of 15 October 1999.

The Committee for Economic, Social and Cultural Rights decided to present to the United Nations Conference on Human Rights in Vienna (June 1993) a document suggesting the need to reflect on the possibility to elaborate and adopt an **Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights** which would allow individuals to present petitions concerning alleged violations of their economic, social and cultural rights. Such procedures should be entirely facultative and generally recognized limitations concerning the admissibility of individual communications should be approved. Among arguments for the adoption of this procedure, one can list the following:

- (a) the very principle of indivisibility of human rights leads to a logical conclusion that both categories of human rights, civil and political as well as economic, social and cultural, should have the same guarantees;
- (b) the acceptance of this quasi-judicial procedure will automatically upgrade economic, social and cultural rights;
- (c) the adoption of the right to petition on an international level will encourage governments to introduce more effective internal ways and means of recourse;
- (d) the adoption of such a protocol will force both individuals and governments to interpret and exercise the Covenant in a more precise way.

In the Vienna Declaration and Programme of Action (Part III, paragraph 75) the World Conference on Human Rights encouraged «... the Commission on Human Rights, in co-operation with the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, to continue the examination of optional protocols to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights». Although the reference is to protocols (in the plural) the only specific proposal before the Conference related to an optional communications procedure. The Commission on Human Rights in its resolution 1994/120, took note of the steps taken by the Committee for the drafting of an optional protocol granting the report of individuals or groups to submit communications.

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, at its 15th session in 1996, concluded its consideration of a draft Optional Protocol. The report of the Committee²³ was submitted for consideration by the Commission on Human Rights at its 53rd session in 1997.

The establishment of an effective system of international protection of economic, social and cultural rights based on the right of individuals to submit complaints can no doubt be recognized as a challenge for the 21st century. An important step in this direction has already been

23 Doc. E/CN.4/1997/105.

by the institution of the UNESCO procedure for individual complaints (1978) and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights adopted in El Salvador on 17 November 1988. The Protocol of San Salvador provides, in its Article 19, para. 6, that any violation of trade union rights or the right to education attributable to a State Party to the Protocol may give rise, through the participation of the Inter-American Commission on Human Rights, to the application of the system of individual petitions established by the American Convention on Human Rights. The Protocol entered into force on 16 November 1999.

**CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1969**

CRISTIÁN TATTENBACH YGLESIAS*

* Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1969

CRISTIÁN TATTENBACH YGLESIAS

Señoras y Señores:

Se me ha pedido que dé una visión, sobre lo que puede ser la "Memoria de un Participante", de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que se celebró en San José del 7 al 22 de noviembre de 1969; o sea, sobre lo que sucedió hace 30 años. Los que gentilmente me han hecho esta solicitud, no toman en cuenta mi deteriorada memoria. Déjenme decirles, como decía Don Quijote: "mi flaca memoria ya no aguanta esas cargas". Sin embargo, prometo hacer el mayor esfuerzo para cumplir con el encargo, atendido a que vuestra benevolencia habrá de disimular cualquier "error u omisión" en que pueda incurrir.

Comenzaré por mencionar los actores principales de ese evento, hasta donde me sea posible recordarlos. Y para iniciar la lista, citaré el nombre del Presidente de la República de entonces, el Profesor José Joaquín Trejos Fernández, quien aunque sin participar formalmente en la Conferencia, marcó los lineamientos dentro de los cuales debía moverse la Representación de Costa Rica; convirtiéndose de tal modo, en un miembro invisible pero activo de ella. De sus principales ideas, hablaré más adelante. El nombre del Licenciado Fernando Lara Bustamante, Ministro de Relaciones Exteriores de aquella época, le sigue en importancia; debiendo mencionarse en su caso su extraordinaria habilidad, flexibilidad y capacidad para negociar, que lo distinguieron siempre. Puede decirse, que nació y vivió para la diplomacia. La tercera figura fue el Licenciado Alfredo Vargas Fernández, antiguo Ministro de Relaciones Exteriores, muy versado en la materia y de un ingenio y una inteligencia penetrantes, capaz de adelantarse a los eventos futuros. Pero lo que más recuerdo fue su capacidad de análisis y su buen humor, que lo constituyeron en el verdadero jefe del grupo costarricense, ya que el Ministro de Relaciones Exteriores, por su misma función, no disponía del tiempo para ejercer formalmente esa jefatura. Los demás miembros de la delegación costarricense fueron nombres altamente ilustres; los citaré, en el entendido que muchos de ellos ya no nos acompañan hoy, sino en su honroso recuerdo, y además con el riesgo de haber olvidado a alguno. Juzguen ustedes mismos, quienes integraron la misión tica: el Licenciado Francisco Chaverri, Ministro de Trabajo, Profesor Víctor Brenes J., Ministro de Educación Pública; y los diputados de entonces: Licenciado René Aguilar, Licenciado José Hine G., distinguido y conspicuo Jefe de Fracción del grupo parlamentario del Partido Unión Nacional y el Licenciado Fernando Volio Jiménez, ampliamente

conocido a nivel mundial por su vinculación a la causa de los Derechos Humanos; el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Señor Stanley Vallejo; el Licenciado Miguel Blanco, Presidente del Colegio de Abogados (y luego durante años, Presidente de la Corte Suprema de Justicia); y finalmente los embajadores y versadas autoridades en el Derecho Internacional: Licenciado José Luis Redondo G. y el Licenciado Gonzalo Ortiz M. También formó parte de esa ilustre lista, pero en condición mucho menos destacada, quien tiene el honor de hablarles hoy y quien para esa época ostentaba el cargo de "Ministro de Gobernación, Policía, Justicia y Gracia".

Además una mención muy especial debe concederse al Licenciado Álvaro Antillón, alto funcionario actual de la Asamblea Legislativa, quien tuvo a su cargo la parte logística del evento, que se desarrolló maravillosamente, sin dificultades ni tropiezos.

Al presentar luego, los más relevantes actores no costarricenses, voy a incurrir desde luego en faltas de omisión muy sensibles, que sólo deben atribuirse a que este hecho ocurrió hace ya 30 años. Mi primera mención será para ese ilustre hombre, verdadero ciudadano de nuestra América Latina, a quien todos recordamos y que no necesita presentación especial, me refiero al expresidente del Ecuador y Secretario General de la Organización de Estados Americanos: Doctor Galo Plaza. Su idealismo, su dinamismo y una personalidad tan atrayente, contagiaban a los demás de inmediato con sus ideas. En Costa Rica se le conocía muy bien, porque su padre el General Plaza, vivió exiliado en nuestro país y casi contrae nupcias con una ilustre costarricense; boda que se frustró por razones políticas y las malas comunicaciones entre Costa Rica y Ecuador. Pero Don Galo y su familia se consideraron siempre, medio costarricenses, debido a ese antecedente. Entre los representantes de la OEA, debo mencionar al Rafael Urquía, Secretario Adjunto de esa Organización, distinguido diplomático salvadoreño: excancelier y exembajador de su país en Naciones Unidas, que se distinguió por su gran conocimiento en materia de Derechos Humanos y una extraordinaria capacidad de trabajo, que llevaron la conferencia a un buen fin. Luego debo mencionar al Profesor René Cassin, Premio Nobel de la Paz de 1958, y una de las figuras más sobresalientes en materia de Derechos Humanos. Haber podido verlo todos los días en los pasillos del Teatro Nacional, fue por sí mismo un acontecimiento y más si se lograba intercambiar unas palabras con él, en el marco de su temperamento afable y comunicativo. También debo acordarme del Doctor Gonzalo García Bustillos, representante de Venezuela, quien mantuvo una actitud protagónica, lo mismo que del Embajador Materno, de Panamá, y del Licenciado Carlos García Bauer, de Guatemala. Igualmente recuerdo la egregia figura de la Señora Eleonore Roosevelt; a quien tanto debe la causa de los Derechos Humanos. Generalmente se le veía sola y paseando pensativa por los pasillos del Teatro Nacional.

He hecho hasta aquí una referencia a los principales actores de la reunión; pero también es necesario explicar el ambiente que prevaleció en ella. Recordemos que esta reunión debía traducir a reglas de derecho vinculantes, la declaración de principios sobre Derechos Humanos, hecha anteriormente; y, tal concreción obligó a muchos de los participantes, a afinar su pensamiento para no verse envueltos en situaciones indeseables. No faltaron, debates ni discusiones

fuertes; y más de una Delegación expresó reservas de contraer compromisos. Tengamos presente, que aquí se establecían derechos y deberes muy importantes a cargo de los Estados en materia de Derechos Humanos. Recuerdo un acalorado debate sobre la propiedad privada y otro sobre la libertad de prensa.

Ilustremos el ambiente, relatando interioridades -que recuerde- del grupo costarricense. Se habló mucho de que Costa Rica, por la realidad de su historia y de sus normas de derecho, ya había creado compromisos importantes en el respeto a los Derechos Humanos, tales como la abolición de la pena de muerte, la educación escolar obligatoria, gratuita y costeadada por la nación, lo mismo que un complejo sistema de garantías electorales, a cargo del Tribunal Supremo de Elecciones. Siempre se mencionaron en nuestro seno tales adelantos, pensando que no sería difícil conseguir que otros los aceptaran. La realidad nos demostró que había mucho de ilusión en ello, porque existían en otros países situaciones bien distintas a las de nosotros. Sin embargo, el Presidente de la República de Costa Rica, don José Joaquín Trejos Fernández, en el discurso de la inauguración de la Conferencia mencionó, más con el ánimo de informar que de comparar países, los adelantos logrados en el nuestro. También se habló en nuestro grupo, de si cabía o no insistir específicamente en deberes y no dar tanto énfasis a los derechos. La materia resultó compleja, porque en realidad derechos y deberes son siempre las dos caras de una misma moneda. Se repetía que un aporte de Costa Rica, podía ser el énfasis en señalar deberes. Se inspiraba tal actitud en la filosofía kraussista, que fundamentó nuestra educación en el siglo pasado; la cual ponía el acento en lo que la persona debía hacer, para vivir honorablemente y no tanto en sus derechos. Este anhelo no se tradujo en ninguna propuesta concreta, pero sí fue mencionado por el Presidente de la República en su discurso inaugural. De manera imprecisa recuerdo una valiosa iniciativa del Embajador José Luis Redondo, referente a medidas provisionales, que debía adoptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando las circunstancias lo exigieran. En lo que fui yo el protagonista, fue en la intención de incluir en los artículos referentes al derecho a una libre expresión del pensamiento, también un derecho a "conocer lo conocible". Es decir, que la persona no sólo tiene el derecho de recibir todas las informaciones sobre lo inmediato, lo coyuntural, y lo que quieran expresar otros como análisis de lo que está ocurriendo; sino más bien, como el derecho de recibir información sobre todo lo que es y ha sido del conocimiento humano. Lo presenté bajo el lema "Conocer lo conocible es un derecho humano", pensando en el ansia enorme y el consiguiente derecho de nuestras masas populares, de aumentar su saber con las reglas, verdades y principios que mueven a nuestro mundo. Pensé que al establecerse así ese derecho -que indudablemente se convertiría en un deber de los Estados- se le haría un gran favor a los latinoamericanos imbuidos en el difícil proceso de su desarrollo; que aún hoy día es motivo de tan honda preocupación. Pero no tuve suerte; se me dijo que si bien mi idea era buena, no cabía en el marco del derecho de la libre expresión del pensamiento.

A estas alturas es obligante, expresar unas palabras sobre el escenario en donde se desarrolló el evento. Fue nuestro histórico y bello Teatro Nacional -al que los costarricenses consideran como un templo de las artes y de los pensamientos- y el cual en alguna medida refleja el ser costarricense: inclinado a valores recibidos de Europa, pero conjugado con lo autóctono y

verdaderamente nacional. Las hermosas pinturas que lo adornan reflejan esa combinación de Europa con el vigor y los ideales propiamente nuestros. Me sentí halagado cada vez que lo elogiaban. A don Rafael Yglesias, expresidente de la República, le tocó concluir su construcción y proceder a su inauguración, hace poco más de un siglo. A ese recuerdo se une el hecho de que el 7 de noviembre, el día en que se inició la Conferencia, se cumplían los 80 años exactos en que el pueblo de Costa Rica, guiado también por Yglesias, le tocó salir a las calles para reclamar -por primera vez en su historia- respeto a su voluntad soberana, expresada en los comicios; por lo que se señaló el 7 de noviembre en Costa Rica, como el "Día de la Democracia". Como comprenderán, me sentí impresionado por ambos hechos.

Se me dirá, que a estas alturas debiera hablar sobre lo fundamental de la Conferencia, es decir qué se aprobó y qué se rechazó y cuáles fueron, finalmente, los países que suscribieron la Convención de manera decidida. No entro en ese campo, pues es obra de historiadores y jurisconsultos perspicaces, a cuyo grupo -desafortunadamente- no pertenezco. Ya sabemos cual es el texto de la Convención, al cual debemos atenernos; y también quienes están y no están comprometidos con ella. Debiera entonces concluir aquí mis reflexiones. Pero permítanme, que divague un poco, citando para el caso unos versos, que medio recuerdo:

*Cuando se ha perdido una gloria,
que en este caso es mi memoria,
el alma debe también aprender;
a soñar con un nuevo amanecer.*

Y ese nuevo amanecer, en el campo de nuestros Derechos Humanos, es más apremiante que nunca. No podemos desconocer que nuestro subcontinente Latinoamericano, incluyendo el Caribe, está calentándose políticamente más y más. No hay necesidad de particularizar los países que pasan por momentos angustiosos; todos los conocemos. Pareciera que está iniciándose una época de caos, en donde las teorías y los planeamientos hechos por los partidos políticos, ya no cuentan. Nuestras naciones navegan en un mar proceloso, en donde la angustia de los pueblos favorece el surgimiento de caudillos fuertes. ¡Qué solución tan difícil de aceptar! Nuestra esperanza debe cifrarse por consiguiente en los valores fundamentales del hombre. Así, los Derechos Humanos están transformándose en una verdadera doctrina política. Que sobrevive la agonía de los demás discursos políticos y que a esta hora se constituye en la única luz de esperanza. ¡Qué enorme responsabilidad nos toca, a los que somos actores en ese campo! Tenemos ahora, más que nunca, la obligación de usar este decálogo humano, pero inspirado por Dios, que son los Derechos Humanos, para salvar a nuestras Naciones y llevarlas a un "nuevo amanecer".

Sin embargo, ello requiere de un enorme esfuerzo, porque exige ajustar la doctrina básica de los Derechos Humanos a la realidad de nuestros tiempos. Analicemos el caso: hoy en día, nuestros problemas esenciales, ya no se sitúan en la lucha contra las dictaduras y el militarismo, porque hemos avanzado lo suficiente como para afirmar -en términos generales- que la democracia reina en nuestras naciones. Pero así como la dictadura y el militarismo han retrocedido,

han avanzado la pobreza y la desesperanza. Nuestras naciones, como naciones, se han empobrecido; y nuestra brecha social se ha aumentado; se puede decir que los ricos se han hecho más ricos y los pobres más pobres. La globalización económica es, sin duda, parte de ese conflicto. Aunque cuando debamos reconocer que la globalización es conveniente, es necesario comprender que debe aplicarse con nuevas reglas. No puede concebirse que existe una rica estructura de normas jurídicas para avanzar en lo económico y casi nada en lo social. ¿Cuándo comprendemos, que a la par de todos los sabios principios para impulsar y uniformar el comercio, deben también existir normas de homologación social, que devuelvan la fe a nuestros pueblos en la globalización de nuestra época? Me permitiré hacer algunas sugerencias con ese propósito.

En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que hoy recordamos, hubo una válida mención sobre la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, respecto a los Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales; pensamiento que, a su vez, recogió las aspiraciones de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; con lo que se demuestra que la aspiración a la justicia social ha sido constante en nuestro Continente. Desde el tiempo de Bolívar, hemos desarrollado sentimientos humanos solidarios, con lo que, no obstante, no siempre hemos podido cumplir. Sin embargo, ese ideal existe. Y prueba de ello es el Protocolo Adicional, firmado en San Salvador en el año 1988, sobre Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales. Noble iniciativa, que desarrolla y categoriza los conceptos de nuestra Convención. Esfuerzo meritorio; y que acaba de entrar en vigor, con la reciente ratificación que hizo de ella la República de Costa Rica. Ahora nos toca aplicarla -convertir en realidad viviente, todos sus preceptos. Mucho avanzaremos, si cumplimos ese mandato. Pero temo, señoras y señores, que no sea suficiente; 1988 no es igual al año 2.000. El deterioro social de nuestros países avanza a pasos agigantados. No bastan las reglas de un ayer de corto plazo hay que actualizarlas con nuevos pensamientos y nuevas normas. Sólo si tenemos el valor, la hidalguía y la visión del futuro que el caso requiere, podremos cumplir con ese mandato. Yo invito a que así lo hagamos.

Y para el caso, quiero citar un enunciado valioso, inspirado en el Protocolo de Buenos Aires, que propuso la República Dominicana en nuestra Conferencia del año 1969, que bien puede ser base -digo simplemente base- para un nuevo estudio, para un nuevo paradigma de nuestra época. Me permitiré leer esa proposición dominicana para que el artículo 25 de nuestra Convención se leyera así:

Dice:

Artículo 25. objetivos Económicos y Sociales.

Los Estados Partes reafirman el acuerdo establecido en las Enmiendas a la Carta de la OEA firmadas en 1967, de dedicar todo esfuerzo para lograr los siguientes objetivos básicos, a fin de acelerar su desarrollo económico y social, de acuerdo con sus propios métodos y procedimientos y en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano:

- a) El incremento sustancial y autosostenido del producto nacional por habitante;
- b) Distribución equitativa del ingreso nacional;
- c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos;
- d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas y fortalecimiento y ampliación de los y medios para alcanzar estos fines;
- e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios;
- f) Estabilidad del nivel de precios internos, en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social;
- g) Salario justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;
- h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;
- i) Protección de la capacidad potencial humana, mediante la extensión y aplicación de la ciencia médica moderna;
- j) Alimentación apropiada -especialmente acelerando los esfuerzos nacionales para aumentar la producción y disponibilidad de alimentos-,
- k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;
- l) Condiciones urbanas, que ofrezcan la oportunidad para una vida sana, productiva y plena;
- m) Promoción de la iniciativa e inversión privadas, de acuerdo con la acción que se tome en el sector público y
- n) Ampliación y diversificación de las exportaciones.

Señoras y Señores invoco vuestra indulgencia para juzgar, lo que es la "Memoria de un Participante", de nuestra gloriosa Conferencia Interamericana del año 1969.

Muchas gracias por haberme escuchado.

**FUNCIONES DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS:
OBSERVACIONES *IN LOCO* E INFORMES
SOBRE SITUACIONES DE DERECHOS HUMANOS**

EDMUNDO VARGAS CARREÑO*

* Ex Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

**FUNCIONES DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS:
OBSERVACIONES *IN LOCO* E INFORMES
SOBRE SITUACIONES DE DERECHOS HUMANOS**

EDMUNDO VARGAS CARREÑO

Yo quisiera, en primer lugar, agradecer muy de veras que se me haya invitado a participar en esta muy importante conmemoración, especialmente en que estamos conmemorando los 40 años de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para mí, que he estado vinculado con la Comisión, es un honor participar en esta sesión, y precisamente lo que pretende mi exposición es rendir un homenaje a la muy fecunda actividad de la Comisión en estos 40 años.

Tuve el honor de ser Secretario Ejecutivo de la Comisión durante doce años y medio, desde septiembre de 1977 hasta marzo de 1990. Por ello mi exposición tendrá como límite temporal hasta esa fecha, sin perjuicio de que por otras responsabilidades que asumí con posterioridad he seguido de cerca la labor de la Comisión.

El tema que se me ha pedido tratar es el de las Observaciones *in loco* y los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ciertamente ese será el aspecto principal de mi disertación; pero quisiera aprovechar esta oportunidad para expresar mi reconocimiento y admiración a la Comisión por el ejercicio de lo que genéricamente podríamos denominar, sus competencias no contenciosas. Si debemos evaluar la obra de la Comisión durante estos cuarenta años, estoy seguro que lo más importante, en términos de efectividad, de contribuir a cambiar conductas de gobiernos a favor de los derechos humanos e incluso de salvar vidas, está precisamente en el ejercicio de estas funciones no contenciosas.

Posiblemente de estas funciones, las más importantes sean las observaciones *in loco* de la Comisión y sus informes; pero, junto a ellas, creo que la Comisión ha cumplido otras tareas de gran trascendencia que resulta conveniente recordar en esta oportunidad.

Así, en primer lugar, la Comisión ha cumplido una función fundamental en la promoción de los derechos humanos. La Comisión no sólo ha cumplido el mandato que le confiere su Estatuto en orden a estimular la conciencia por los derechos humanos en el hemisferio, sino que

también en muchísimas oportunidades, como en cursos, seminarios, publicaciones y hasta afiches, ha ido difundiendo en el continente los derechos humanos. Entre los muchos seminarios o cursos que ha organizado la Comisión en estos 40 años, yo quisiera recordar ahora que, inmediatamente después de que entrara en vigor el Pacto de San José, en 1978, se organizó en esta ciudad un muy importante seminario con la participación de destacadas personalidades para estudiar cuáles eran los problemas que se originarían con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuál era la mejor forma para poder implementar y darle vigencia a ese instrumento.

Creo que también la Comisión ha hecho una contribución fundamental en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos en el Continente, que se ha traducido en la adopción de las más importantes convenciones americanas sobre derechos humanos, comenzando por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo anteproyecto final surgió de la propia Comisión (los anteriores eran de Chile y Uruguay). Es cierto que la Comisión no tiene el monopolio de la elaboración de los proyectos de convenciones sobre derechos humanos, y que tratados muy importantes como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o la importantísima Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en las que la Comisión no tuvo una participación preponderante; pero esas son las excepciones. Todos los otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos han surgido de proposiciones de la Comisión y ha sido ella la que ha sometido a la consideración de los correspondientes órganos políticos de la OEA el respectivo proyecto de convención. Es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Otra significativa contribución de la Comisión ha sido en relación con asesoramientos a gobiernos. Generalmente después de una observación *in loco*, como lo vamos a ver, la Comisión formula recomendaciones a los gobiernos, algunos de los cuales suelen solicitar el asesoramiento de la propia Comisión para implementar esas recomendaciones. Este asesoramiento puede también ser solicitado por instituciones autónomas. Al respecto, quisiera recordar que cuando Argentina accedió a la democracia y el presidente Alfonsín creó la Comisión de Desaparecidos, formada por ilustres personalidades y presidida por el eminente escritor Ernesto Sábato, esa Comisión de Desaparecidos solicitó la asistencia de la CIDH invitando al funcionario responsable de los asuntos de Argentina, que es hoy día el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, Guillermo Fernández Soto y a mí, como Secretario Ejecutivo. Estuvimos en Buenos Aires durante cerca de diez días trabajando con el personal de esa Secretaría, a cargo entonces de Graciela Fernández Menjíver, a quienes les hicimos llegar toda la valiosa e importante experiencia que la Comisión tenía en esa dolorosa materia de desaparecidos.

También la Comisión ha cumplido un importante papel al mediar en conflictos que se producen al interior de un Estado, entre el gobierno y un grupo. No me estoy refiriendo a casos

individuales porque éstos están regidos por otras normas; a lo que me refiero es a conflictos que requieren de la intervención de un tercero de prestigio y autoridad moral, que proponga una solución aceptable para el gobierno y ese grupo. Puedo citar varios ejemplos al respecto, pero tal vez valga la pena recordar cómo gracias a la intervención de la Comisión en muy importante medida, puso término a la toma de la Embajada de la República Dominicana en Colombia, en el año 1980, por el M19, conflicto que era muy serio, porque como rehenes existía un número considerable de diplomáticos. El Gobierno de Colombia quería buscar una solución dentro del derecho interno colombiano y el derecho internacional. El presidente Turbay llamó a la Comisión y pidió su asesoramiento solicitándole que mediara este conflicto. La solución que la Comisión propuso fue basada en los derechos humanos; el M19 estaba pidiendo la liberación de las personas que estaban encarceladas alegando que éstas habían sido torturadas. La propuesta de la Comisión fue muy fácil: "si las personas han sido condenadas después de haber sido torturadas, la condena no tiene ningún valor. La Comisión va a solicitar que se haga un nuevo juicio a las personas que han sido torturadas; y con respecto de las personas que están siendo procesadas, que eran en ese momento la mayoría, la Comisión se compromete a observar los juicios y examinar que realmente no pueda haber ningún apremio". Ello fue aceptado por el M19, y por supuesto, por el Gobierno colombiano. Creo que esta gestión de la Comisión fue realmente de una enorme importancia para la solución de esa crisis a través del respeto de los derechos humanos.

Paso ahora a referirme al tema que se me ha solicitado, "Las observaciones *in loco* y los Informes de la Comisión". Decía muy bien Claudio Grossman recién, que las observaciones *in loco* son a veces la única respuesta posible cuando existen violaciones masivas graves y que afectan a muchísimas personas. Yo creo que el tratamiento de los casos individuales para estas situaciones, que en gran medida hoy día afortunadamente se encuentran superadas, no sería precedente. Así cuando en Argentina se produjeron más de diez mil casos de desapariciones forzadas, la única alternativa que tenía la Comisión fue la que utilizó, es decir, recurrir a una observación *in loco*, y posteriormente, mediante la redacción de un informe sobre los derechos humanos en Argentina.

Ningún otro organismo intergubernamental de protección de los derechos humanos ha tenido la experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo que respecta a observaciones *in loco*, esto es, dentro del territorio del Estado objeto de la investigación. Hasta ahora como recordaba anoche el Presidente de la Comisión en el Teatro Nacional, la Comisión en sus 40 años de vida ha redactado 77 informes, muchos de los cuales están basados en una previa observación *in loco*.

Las primeras visitas de la CIDH, aunque tuvieron por objeto velar por la vigencia de los derechos humanos fundamentales, a la vez, estuvieron vinculadas con situaciones más amplias, en las que la seguridad o la paz se encontraban comprometidas. Fue el caso de la presencia de la Comisión en la República Dominicana durante los graves conflictos que ocurrieron en ese país en los años 1965 y 1966 y en El Salvador y Honduras en 1969, durante la guerra habida entre esos dos Estados.

Aún antes que la Comisión fuese en 1965 a la República Dominicana, basada en una interpretación de su Estatuto vigente en aquel entonces que la autorizaba a sesionar fuera de su sede, en 1961 y 1963 había solicitado y obtenido autorización del Gobierno dominicano para sesionar en Santo Domingo, oportunidades que aprovechó para considerar varias denuncias sobre alegadas violaciones de derechos humanos. Asimismo, la Comisión en esos primeros años envió a otros países dos misiones especiales con propósitos específicos. En 1965, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión visitaron el Paraguay con el fin de hacer averiguaciones preliminares sobre la situación de los derechos humanos en ese país. Y en 1969 un miembro de la Comisión, que había sido designado Relator respecto de diversas comunicaciones en las que se alegaban violaciones de derechos humanos en Panamá, viajó a ese país asistido por un funcionario de la Secretaría a fin de investigar *in situ* los hechos denunciados.

Es, sin embargo, con la ida a Chile en 1974 cuando la Comisión inicia su práctica de emprender observaciones *in loco* en un país con el fin de estudiar la situación general de los derechos humanos. Como se sabe, el año anterior un pronunciamiento militar había derrocado al Gobierno del Presidente Allende e instalado una Junta Militar de Gobierno presidida por el Comandante en Jefe del Ejército, General Augusto Pinochet. A raíz de esos acontecimientos, la Comisión empezó a recibir numerosas denuncias en las que se alegaban graves violaciones de derechos humanos, lo que determinó que la Comisión instruyese a su Secretario Ejecutivo, Doctor Luis Reque, a fin de que se trasladase a Chile a la brevedad posible con el fin de obtener una mayor información. Obtenida la anuencia del Gobierno chileno, el Doctor Reque visitó Chile del 12 al 17 de octubre de 1973 y al término de su misión presentó a la Comisión un informe recomendando a la misma la realización de una observación *in loco* para que examinase en el terreno mismo la situación de los derechos humanos. Con tal motivo la Comisión solicitó al Gobierno chileno la autorización para efectuar la aludida visita, la cual fue concedida, llevándose ésta a efecto entre el 22 de junio y el 2 de agosto de 1974.

A la observación *in loco* en Chile, y tras frustrados esfuerzos para visitar Paraguay y Uruguay, la Comisión por invitación del Jefe de Gobierno de Panamá, General Omar Torrijos, practicó una observación *in loco* en 1977 en territorio panameño. En 1978, la Comisión emprendió tres observaciones de carácter general: en El Salvador, Haití y Nicaragua. En 1979 la Comisión efectuó posiblemente la más completa y exhaustiva investigación que le ha correspondido realizar hasta ahora cuando por espacio de 15 días concurrió a la Argentina. En 1980 la Comisión visitó, por invitación de los correspondientes Gobiernos, Colombia y Nicaragua. En 1982 la Comisión -el año anterior había emitido un crítico informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala-, se trasladó a ese país, por invitación del nuevo Gobierno que había asumido ese año. En 1983 la Comisión practicó una observación *in loco* en Suriname como consecuencia de habérselo requerido al Gobierno de ese país a raíz de los trágicos acontecimientos de diciembre de 1982, en los cuales 15 prominentes ciudadanos fueron asesinados cuando se encontraban en prisión. En los años siguientes la Comisión vuelve a practicar observaciones *in loco* en Guatemala, El Salvador, Haití, Suriname y Nicaragua, (país último en tres ocasiones). En 1998 la Comisión visita Perú y en 1990 Paraguay. Junto a esas visitas -de las

que resultó un informe especial- la Comisión ha elaborado importantes informes de Estados a los cuales no pudo visitar. Es el caso de Bolivia, Cuba y Chile.

Además de esas observaciones *in loco* de carácter general, la Comisión también ha efectuado observaciones *in loco* con el fin de estudiar situaciones específicas o particulares. En 1980, como consecuencia del acuerdo celebrado por la Comisión con el Gobierno de Colombia cuando se encontraba en ese país, la Comisión durante varios meses de ese año y del siguiente concurrió a Bogotá y a otras ciudades colombianas con el fin de presenciar los juicios que se siguieron en contra de los miembros de los grupos insurgentes denominados FARC y M-19; en 1982, la Comisión investigando una denuncia en la que se alegaban violaciones al derecho a la libertad personal por parte del Gobierno de los Estados Unidos, al haber éste recluido en centro de detención a centenares de refugiados haitianos, visitó los campamentos de Fort Allen en Puerto Rico y de Brooklyn en New York, además de haberse entrevistado con los abogados defensores de Miami. En mayo de 1982 y junio de 1983 la Comisión, a propósito de las dificultades que habían surgido entre un sector de la población nicaragüense de origen miskito y el Gobierno de Nicaragua, visitó la zona de la Costa Atlántica nicaragüense, por ejemplo: los campamentos de miskitos nicaragüense en el Departamento de Gracias a Dios de Honduras.

De acuerdo con la lectura g) del artículo 18 del Estatuto de la Comisión, aplicable a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene como una de sus atribuciones la de "practicar observaciones *in loco* en territorio de un Estado con la anuencia o por invitación del gobierno respectivo".

Dicha disposición del Estatuto, que fuera adoptada durante el IX período de sesiones de la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, vino a poner término a algunas dudas que se habían suscitado en cuanto a los poderes de la Comisión para realizar investigaciones sobre derechos humanos dentro del territorio del Estado objeto de una investigación.

Si bien el antiguo Estatuto de la Comisión no contenía ninguna disposición que autorizaba a ésta a efectuar observaciones *in loco*, la Comisión había interpretado la parte final del artículo 11 c) de su Estatuto -el cual se encontraba dentro del artículo titulado "Sede y Reuniones"- para trasladarse al territorio de un estado, con la anuencia de su gobierno, a fin de efectuar investigaciones relativas a la vigencia de los derechos humanos.

Aunque tal fundamento podría ser considerado precario, éste había sido utilizado con éxito, para visitar la República Dominicana en 1961 y 1963 e investigar *in situ* situaciones relativas a derechos humanos. En realidad, ninguno de los Estados que se opusieron a su visita o pusieron obstáculos para que ella no se concretara, objetaron el fundamento del artículo 11 c) del Estatuto invocado por la Comisión, sino que se valieron de otras consideraciones.

Con la entrada en vigor, en 1970, del Protocolo de Buenos Aires de 1967, que reformó la Carta de la OEA e incorporó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno

de los órganos principales de la Organización con la función de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos", los poderes de la Comisión para efectuar visitas *in loco* se hicieron aún más explícitos.

La propia Asamblea General de la OEA, a partir de 1980, ha venido exhortando a los Gobiernos de los Estados que todavía no han aceptado o convenido una fecha para una visita de la Comisión "a que lo hagan a la brevedad posible", respaldando así a las observaciones *in loco* como un medio eficaz de promover la defensa de los derechos humanos.

Naturalmente la observación *in loco* requiere del consentimiento del correspondiente gobierno tal como lo preceptúa el Estatuto de la Comisión, ya que sin la cooperación de dicho gobierno la visita no podría llevarse a cabo fructíferamente. Sin embargo, la negativa infundada de un gobierno a otorgar su anuencia para una visita de la Comisión, aunque técnicamente no constituya una transgresión a una norma jurídica, puede ser expresiva de la conducta de un Estado de no querer cooperar con uno de los órganos principales de la Organización, lo que podría significar pagar un precio político por tal conducta. Por lo demás, la negativa de un Estado a otorgar su consentimiento no impide que la Comisión elabore un informe sobre la situación de los derechos humanos en ese Estado, basado en la utilización de otras fuentes que haya podido recopilar. Así ha sucedido con los informes sobre Paraguay, Uruguay, Bolivia, Guatemala (bajo el Gobierno del General Romero Lucas García) y Chile en 1985, países todos éstos que no concedieron su anuencia para que la Comisión fuese a ellos.

Junto a estas observaciones *in loco* de carácter general, cuyo fundamento legal para todos los Estados miembros de la OEA arranca, como se expresó, del artículo 18 g) del Estatuto de la Comisión, debe considerarse también que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha contemplado dentro de su artículo 48 -que trata del procedimiento aplicable a las peticiones o comunicaciones en las que se alegue la violación de un derecho consagrado en la Convención-, la posibilidad de realizar una investigación, debiendo el Estado, en ese caso, otorgarle a la Comisión todas las facilidades necesarias.

Hay una diferencia fundamental entre las observaciones *in loco* de carácter general y aquéllas que se llevan a cabo con el objeto de comprobar los hechos denunciados en una petición o comunicación. Mientras las primeras suponen la anuencia o invitación del correspondiente gobierno y su falta de otorgamiento no constituye en sí una transgresión a una norma jurídica, la falta de consentimiento de un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para que se puedan investigar en su territorio los hechos objeto de la denuncia, podría importar una violación a la Convención. En realidad, todo el sistema de protección que ese instrumento ha organizado, supone necesariamente la activa cooperación del Estado en contra del cual se han formulado las acusaciones de violar uno o más de los derechos humanos establecidos en la Convención. Así, dentro del mecanismo ideado, se prevé que la Comisión pueda actuar como órgano de solución amistosa en el asunto, lo cual sería prácticamente imposible de llevarse a efecto. Si la Comisión considere necesario y conveniente realizar una investigación para comprobar los hechos, los Estados interesados deberán proporcionarle todas

las facilidades necesarias, lo que ha sido entendido como una obligación jurídica que tendrían los Estados Partes de la Convención, de permitir que en sus territorios puedan investigarse los hechos denunciados.

De lo expuesto anteriormente se desprende que las observaciones *in loco* pueden tener por objeto verificar la situación general de los derechos humanos en un Estado; o bien investigar determinados hechos denunciados en una petición o comunicación dirigida a la Comisión.

En el primer caso, la Comisión dispone de una amplia competencia para estudiar *in situ* la situación de la totalidad de los derechos humanos, tal como éstos han sido definidos en los correspondientes instrumentos internacionales que a la CIDH le corresponde aplicar. Tal competencia surge, para todos los Estados Miembros de la OEA, de los acápites a), b) y especialmente c) del artículo 18 del Estatuto de la Comisión, el cual, a su vez, reprodujo textualmente los mismos párrafos del artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con esas normas, la Comisión dispone de las atribuciones necesarias para emprender estudios y efectuar investigaciones sobre todos los temas y materias que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, obviamente dentro de los límites de su mandato.

De hecho los informes de la Comisión que han resultado de una observación *in loco*, aunque han dado preferencia a la situación de derechos como los que protegen la vida, la seguridad personal o las libertades personales y públicas, no se han limitado sólo al estudio de tan fundamentales derechos. Así en el caso de Chile, la Comisión investigó el rol que le ha correspondido desempeñar a partir del 11 de setiembre de 1973 a la Contraloría General de la República; el informe sobre El Salvador contiene un capítulo en el que se estudian las discriminaciones en contra de la mujer y de los hijos nacidos fuera de matrimonio; en los informes sobre Argentina y Nicaragua se incluyen capítulos sobre la situación de las entidades de derechos humanos en esos países, en el de Argentina hay también un capítulo sobre derechos laborales y sindicales; en el caso de Colombia, la Comisión investigó y publicó en su informe sobre ese país las operaciones militares en zonas rurales; y en los informes sobre El Salvador, Haití y Nicaragua se estudian los derechos económicos y sociales, todo lo cual confirma la amplitud de la competencia ejercida por la CIDH.

Como derecho substantivo aplicable, el criterio invariable de la Comisión ha sido utilizar la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de los Estados Partes de ese instrumento, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para los otros Estados miembros de la OEA, criterio éste que se encuentra ahora establecido en el Estatuto de la Comisión.

No obstante lo dicho, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ha sido utilizada en relación con los Estados Partes de la Convención, especialmente respecto de derechos, como los económicos y sociales, que no se encuentran protegidos por ese instrumento, lo cual está en consonancia con el artículo 29 d) de la Convención; al propio tiempo la Comisión ha manifestado respecto de Estados que no se encuentran vinculados por normas con-

vencionales que la "doctrina más recibida es la que informa la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Por otro lado, la Comisión al investigar hechos durante una observación *in loco* ha considerado también otros tratados aunque éstos no emanen del Sistema Interamericano, como por ejemplo las Convenciones de Ginebra de 1949 de Derecho Humanitario.

Ahora, si se trata de investigar *in situ* casos individuales o situaciones particulares es evidente que la competencia de la Comisión está limitada a esos casos o situaciones, sin que pueda extenderlas a otras materias, debiendo la investigación de ellas ceñirse a las correspondientes normas de la Convención y del Estatuto y Reglamento de la Comisión.

¿Puede, en cambio, la Comisión durante una observación *in loco* de carácter general, entrar a investigar casos individuales que no se encuentran aún formalmente admitidos por ella? La práctica permanente de la Comisión ha sido que sí. Y ello es fácil de explicar dado que con la utilización de esos casos durante una observación *in loco* se pretende ilustrar los diferentes temas y situaciones que serán estudiados; es decir, el objeto de la investigación no es el caso individual sino un tema o situación general. Por eso, si después la Comisión incorpora a su informe casos individuales recogidos durante la observación *in loco* expresamente ha dejado constancia, cuando la tramitación del caso no ha concluido, que la presentación de esos casos no significa emitir un prejuzgamiento definitivo sobre ellos.

La decisión de llevar a cabo una observación *in loco* en un determinado Estado, tanto si se trata de una visita de carácter general como de una para investigar un caso individual, puede deberse a diferentes iniciativas. Tal decisión puede, en primer lugar, obedecer a una espontánea invitación del gobierno. En la práctica este tipo de invitaciones no han sido infrecuentes en razón de que algunos gobiernos han considerado que invitando a la Comisión a investigar su situación en materia de derechos humanos podrían desvanecer o contrarrestar críticas que se han formulado en contra de ellos.

El Gobierno del General Torrijos de Panamá, por ejemplo, invitó espontáneamente a la Comisión a fin de que se percatase de la realidad panameña en materia de derechos humanos e informase sobre ella.

La decisión de practicar una observación *in loco* también puede deberse a una iniciativa de la propia Comisión, en la que ésta solicita al correspondiente gobierno su anuencia para proceder a practicar la observación. Esta modalidad generalmente ha ocurrido cuando se han formulado graves acusaciones de violaciones de derechos humanos en contra de un Estado, lo que ha motivado a la Comisión a solicitar la anuencia para visitar ese Estado.

En la práctica suele también presentarse una situación intermedia. Cuando la Comisión ha adoptado la decisión de elaborar un informe sobre la situación de los derechos humanos en un determinado Estado, generalmente ha comunicado esa decisión a las correspondientes

autoridades de ese Estado, a las que les ha manifestado que la Comisión consideraría que dicho informe podría reflejar más objetivamente la realidad en materia de derechos humanos, si ella pudiese tener la oportunidad de visitar el país e investigar *in situ* los hechos, para lo cual preferiría, en vez de requerir una formal anuencia, ser invitada por el gobierno.

Teóricamente también cabría que la iniciativa de llevar a efecto la observación se deba a una petición de un órgano político de la OEA. Aunque hasta ahora, ninguna de las visitas de la CIDH ha tenido ese origen, nada obsta a que dichos órganos puedan solicitar la presencia de la Comisión en un determinado Estado. De hecho, la XVII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores requirió en 1978 a la Comisión que ésta adelantase su ya decidido viaje a Nicaragua; y en 1980, cuando se produjo el golpe de estado en Bolivia que puso en la presidencia al General Luis García Meza, tanto el Consejo Permanente como la Asamblea General solicitaron a la Comisión examinar la situación de los derechos humanos en Bolivia, para lo cual ésta requirió infructuosamente la correspondiente anuencia del Gobierno boliviano.

Adoptada la decisión de practicar una observación *in loco* la Comisión, de conformidad con el artículo 51 de su Reglamento, procede a designar la Comisión Especial que la llevará a efecto, así como a determinar el número de miembros de esa Comisión Especial y designar a su Presidente, si no puede concurrir el propio Presidente de la Comisión. En caso de extrema urgencia, según lo ha dispuesto el mencionado artículo 51, tal decisión podrá ser adoptada por el Presidente de la Comisión *ad referendum* de ésta.

Hasta ahora, el número de miembros que han participado en una observación *in loco* ha variado de acuerdo con las circunstancias, aunque hasta 1990 existía la deliberada política de que no concurren todos los miembros de la Comisión, a fin de reservar a una instancia diferente la discusión del Informe que resulte de la observación. Mientras en algunos países, por su extensión territorial o la importancia o complejidad de los problemas que ellos ofrecían, participaron seis miembros, como aconteció en Argentina y en Nicaragua, tanto en 1978 como en 1980, en otros casos, como en Panamá, El Salvador, Haití o Suriname concurren sólo tres miembros.

El artículo 52 ha agregado que el miembro de la Comisión que sea nacional o que resida en el territorio del Estado en donde debe realizarse una observación *in loco* estará impedido para participar en ella. Aunque, de acuerdo con el artículo 36 de la Convención y 3 del Estatuto de la Comisión, los miembros de la Comisión son elegidos a título personal y no representan en consecuencia a sus gobiernos, tal norma del Reglamento es esencial para mantener la necesaria credibilidad que debe tener la Comisión cuando investiga hechos en un país.

Generalmente la Comisión ha confiado a su Secretario Ejecutivo la preparación y organización de la visita. Éste, en cumplimiento de esas instrucciones, ha negociado con las correspondientes autoridades del gobierno del país que se visitará -Representante Permanente ante la OEA o funcionarios de alto rango de la Cancillería- la fecha de la visita, el programa de actividades a desarrollar, las facilidades y prerrogativas que concederá el gobierno a la Comisión

Especial y, en general, todos los aspectos que puedan permitir a la Comisión cumplir con eficacia e independencia su cometido.

También el Secretario Ejecutivo o funcionarios de la Secretaría se han encargado de preparar los aspectos administrativos y logísticos de la visita, como seleccionar los lugares que se visitarán y las personas e instituciones a quienes la Comisión Especial entrevistará, así como elegir el hotel donde se alojarán los miembros de la Comisión y el personal de la Secretaría, el local que utilizará la Comisión Especial y el transporte interno que ésta empleará. Para esos efectos, el Secretario Ejecutivo o funcionarios de la Secretaría han viajado con la adecuada anticipación a fin de que la Comisión Especial apenas llegase, pudiera pronunciarse sobre el programa de actividades que en forma detallada había preparado la Secretaría.

En realidad, el éxito de una visita en buena parte depende de su adecuada preparación. Si la Secretaría ha podido disponer de los medios y del tiempo necesario para organizar la visita, ésta normalmente se ha desarrollado sin mayores tropiezos como sucedió, por ejemplo, en Argentina, donde a pesar de la enorme complejidad que ofrecían los problemas que investigó la Comisión, la Secretaría durante los meses previos a la visita recopiló los más importantes testimonios e informaciones recibidos, preparó un documento con "casos pilotos" de desaparecidos, detenidos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, torturados y otras víctimas de violaciones de derechos humanos, el cual fue entregado a los miembros de la Comisión Especial y convenientemente utilizado por éstos durante la visita.

Además de la integración de la Comisión Especial y de la preparación de la visita, el éxito de una observación *in loco* depende también de las garantías y facilidades que pueda disponer la Comisión Especial para llevar a cabo su cometido con independencia y eficacia y sin arriesgar la seguridad de aquellas personas que cooperen con ella durante la visita.

Cuando un gobierno invita a la Comisión a practicar una observación *in loco* o concede su anuencia, debe otorgarle a la Comisión Especial todas las facilidades necesarias para llevar a cabo su misión y, en particular, debe comprometerse a no tomar represalias de ningún orden en contra de las personas o entidades que cooperen con ella proporcionándole informaciones o testimonios.

En la práctica tales normas sobre facilidades y garantías han sido respetadas por los gobiernos y en los pocos casos en que funcionarios de menor jerarquía han pretendido desconocerlas, las autoridades superiores, ante el reclamo de la Comisión Especial, han corregido con prontitud esas conductas.

Con el fin de asegurar aún más la independencia de la Comisión, su Reglamento ha dispuesto que los gastos en que incurra la Comisión Especial, cada uno de sus integrantes y el personal de la Secretaría, serán sufragados por la Organización, con sujeción a las disposiciones pertinentes de la OEA.

La duración de la visita depende fundamentalmente de las actividades que deba cumplir la Comisión. Mientras en Argentina tuvo una duración de 15 días, en Suriname la visita -que ha sido la más corta- se desarrolló en 4 días. Sin embargo, normalmente la observación *in loco* se efectúa dentro del curso de una semana.

También las actividades a desarrollar varían en cada caso, dependiendo el énfasis puesto en algunas de esas actividades, del tipo de violaciones de derechos humanos que se atribuye al Estado. Sin embargo, sobre la base de la práctica que ha llegado a desarrollar la Comisión, puede decirse que las principales actividades que por lo usual desarrolla la Comisión durante su observación *in loco*, son las siguientes:

a. Entrevistas con autoridades gubernamentales

Ha sido una práctica invariable que la Comisión solicite entrevistarse con las mayores autoridades del país visitado: Presidente de la República; Jefe de Gobierno o líder de la Revolución cuando esa función no es ejercida por un jefe de Estado; Presidente del Congreso; Corte Suprema en pleno o Presidente de ésta; Ministros de Estado, especialmente de las carteras de Gobierno o Interior, Relaciones Exteriores, Defensa, Justicia y Educación; Comandante de las Fuerzas Armadas, Jefe de la Policía, etc.

Dichas entrevistas no han tenido un carácter meramente protocolar. A través de un diálogo franco con dichas autoridades, la Comisión muchas veces ha llegado a informarse de ciertos hechos relacionados con la vigencia de los derechos humanos, esclarecer dudas o solucionar problemas específicos que afectaban el goce de derechos o libertades de personas o grupos de personas.

De acuerdo con la experiencia que ha ido acumulando, la tendencia de la Comisión en la actualidad es comenzar la visita con aquellas entrevistas que revisten un carácter más protocolar, como con el Jefe de Estado, el Presidente del Congreso o el Ministro de Relaciones Exteriores, y reservar las otras para los días finales con el objeto de utilizar en esas entrevistas las informaciones y testimonios recopilados durante la visita.

b. Entrevistas con representantes de los distintos sectores de la sociedad

Como quiera que la finalidad principal de una observación *in loco* es averiguar cuál es la situación de los derechos humanos en un país, la Comisión ha procurado siempre buscar informaciones y recibir testimonios de aquellas personas a las que pueden considerárselas representativas de los diversos sectores de la sociedad. En especial, la Comisión durante su permanencia en el territorio del país visitado se ha entrevistado con autoridades religiosas de los diferentes credos, dirigentes de todos los partidos políticos y representantes de los sectores profesionales, sindicales, empresariales y estudiantiles, así como de los medios de comunicación colectiva. Asimismo, la Comisión ha dado una especial preferencia en sus visitas a las entrevistas con representantes de las entidades de derechos humanos y las agrupaciones encargadas de la defensa de las víctimas de violaciones de derechos humanos, como lo son los comités de familiares de detenidos o desaparecidos.

c. Recepción de denuncias

Una importante actividad que ha cumplido la Comisión ha sido la recepción de denuncias en las que se alegan violaciones de derechos humanos por parte del gobierno. La práctica de la Comisión ha sido estimular la presentación de estas denuncias, para lo cual en forma previa ha distribuido formularios de denuncias y en el comunicado de prensa inicial ha invitado a las personas que consideren que alguno de sus derechos humanos han sido desconocidos a que presenten su correspondiente queja.

d. Inspección de cárceles y lugares de detención

Una actividad que la Comisión nunca ha dejado de cumplir durante una observación *in loco* ha sido la de inspeccionar las cárceles y otros centros de detención y entrevistarse en privado con aquellos reos o procesados que ella solicite.

En el caso de que los detenidos por razones políticas fuesen muy pocos o no existieran, la preocupación de la Comisión ha consistido, en esos casos, en examinar las condiciones de detención de los reos comunes. Sin embargo, dadas sus funciones y posibilidades de influir mayormente en la conducta de los Poderes Ejecutivos, la Comisión ha prestado una mayor atención a los detenidos por razones o motivos políticos. En caso de que esas detenciones hayan sido muy numerosas, la visita a los centros de detención ha constituido una actividad muy importante de la Comisión, como aconteció durante las visitas a Chile en 1974, a la Argentina en 1979, y a Nicaragua, tanto en 1978 como en 1980, oportunidades en las que la Comisión, además de inspeccionar las condiciones materiales de reclusión, se entrevistó en privado con un considerable número de detenidos e intercedió por varios de ellos ante las correspondientes autoridades.

e. Observación de procesos judiciales

Además de las entrevistas con autoridades y de escuchar las informaciones que éstas le proporcionan sobre el funcionamiento del sistema judicial, en algunas ocasiones la Comisión ha presenciado también procesos judiciales, especialmente si dichos procesos se han seguido mediante un procedimiento especial, diferente a los contemplados por la legislación ordinaria. La sola presencia física de miembros de la Comisión o de funcionarios de la Secretaría en la sala en que ha funcionado el tribunal ha tenido un verdadero efecto catalizador y ha significado, algunas veces, un mayor apego a las normas del debido proceso por parte de los instructores del proceso o de los jueces sentenciadores.

f. Investigación de otras situaciones generales

Además de las visitas a cárceles y otros sitios de detención y de la observación de procesos judiciales, la Comisión Especial ha investigado durante su observación *in loco* otros asun-

tos de carácter general. Por ejemplo, en Nicaragua, en 1978, una de las investigaciones más importantes llevadas a cabo por la Comisión fue comprobar los bombardeos a ciudades y poblaciones civiles efectuados por la Guardia Nacional, en Argentina durante la visita de 1979 la Comisión investigó en cementerios el caso de cadáveres enterrados bajo la denominación de NN y en Guatemala, en 1982, la Comisión se trasladó a zonas rurales indígenas donde comprobó la violencia que se había desatado en dichas zonas.

g. Investigaciones de casos individuales

En las observaciones *in loco* de carácter general, la investigación de casos individuales se ha efectuado principalmente en función de ejemplificar, a través de esos casos, los diferentes temas y situaciones generales que le ha interesado a la Comisión estudiar. De allí que, por lo general, esos casos hayan sido previamente seleccionados por la Secretaría, la cual también ha preparado los antecedentes necesarios para que la Comisión Especial pudiese completar la investigación durante su estadía en el país.

Junto a esos casos previamente seleccionados, la Comisión ha investigado también casos individuales que han surgido durante su estadía en el país. Por ejemplo, en 1978 en El Salvador, la Comisión Especial comprobó la existencias de cárceles secretas con huellas inequívocas de haber estado en ellas personas que se encontraban desaparecidas. En Argentina, además de las decenas de casos cuya investigación, iniciada previamente por la Secretaría, se completó *in situ*, la Comisión inició la investigación de varios casos individuales surgidos en la visita misma, como el del joven Sergio Hugo Schilman, de Rosario, quien había sido objeto de torturas; o el de la señora María Consuelo Castaño de González y sus hijas menores, quienes fueron secuestradas por las fuerzas de seguridad durante la visita de la Comisión, lo que motivó la inmediata intervención de ésta ante las autoridades argentinas; y en Guatemala la Comisión investigó el caso del médico Carlos René Padilla Gálvez, a quien se suponía desaparecido, comprobando que éste se encontraba detenido por las Fuerzas de Seguridad.

Todas estas actividades mencionadas pueden llevarse a efecto por la totalidad de los componentes de la Comisión Especial o por grupos compuestos por miembros de la Comisión o personal de Secretaría, práctica ésta que se encuentra confirmada por el artículo 53 del Reglamento.

La Comisión suele también al terminar sus actividades emitir un comunicado de prensa. También en algunas ocasiones, por su importancia o urgencia, ha entregado recomendaciones preliminares a los gobiernos, surgidas de sus impresiones recogidas durante la visita.

Antes de finalizar su visita los miembros de la Comisión Especial conjuntamente con los funcionarios de la Secretaría suelen reunirse en privado con el objeto de analizar la visita, considerar las medidas inmediatas que deben tomarse y decidir, en principio, cuál debería ser el

contenido del informe que la Comisión Especial presentará al pleno de la Comisión cuando ésta se reúna. Generalmente en esa reunión se ha designado a uno o más miembros de la Comisión, al Secretario Ejecutivo, para que redacten un primer anteproyecto de informe.

En la preparación de ese anteproyecto el análisis de la observación *in loco* constituye el elemento más importante. De allí que los primeros informes generales de la Comisión llevaban como subtítulo el de "Resultado de la Observación *in loco* practicada en ...".

Sin embargo, en la actualidad, la Comisión valorizando la importancia que tiene la observación *in loco* en sí, ha recurrido también en la preparación del informe, a otras fuentes de las que ha podido disponer antes o después de la visita.

Si el anteproyecto de informe es preparado por la Secretaría, el Secretario Ejecutivo mantiene un permanente contacto con los miembros de la Comisión Especial solicitándoles a cada uno de ellos sus opiniones. Incluso, muchas veces, los miembros de la Comisión espontáneamente suelen hacerle llegar al Secretario Ejecutivo sus puntos de vista por escrito.

Examinado el anteproyecto por los integrantes de la Comisión Especial, éstos lo someten al pleno de la Comisión, la cual lo discute pormenorizadamente y después de introducir las modificaciones del caso, aprueba provisoriamente el informe remitiéndolo al gobierno para que éste presente las observaciones que estime convenientes.

Al enviar el informe al gobierno, la Comisión, de conformidad con el artículo 58 letra b) del Reglamento, indica a dicho gobierno el plazo dentro del cual debe presentar sus observaciones. Si bien el Reglamento no ha señalado términos precisos, la práctica de la Comisión ha sido la de conceder 60 días para que puedan presentarse las observaciones, aunque, en casos muy calificados, como sucedió en 1978 con el informe de Nicaragua, la Comisión, que se encontraba reunida y que había sido urgida por la XVII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para considerar prioritariamente la situación de los derechos humanos en Nicaragua, sólo concedió 8 días al Gobierno para presentar sus observaciones, con el propósito de poder así aprobar el informe en el mismo período en que éste había sido presentado por la Comisión Especial que había viajado a Nicaragua.

Recibidas las observaciones del gobierno, la Comisión las estudia y a la luz de ellas mantiene o modifica su informe. Si al vencerse el plazo fijado, el gobierno no ha presentado ninguna observación, la Comisión procede a publicar el informe. Las modalidades de la publicación del informe, conforme lo establece el artículo 58 del Reglamento, las decide en cada caso la Comisión. Hasta ahora, la publicación ha constado de un documento con un formato idéntico para todos los países, y en los idiomas español e inglés. En el caso de Haití el informe se publicó además en francés.

También la Comisión al aprobar el informe ha adoptado una decisión en cuanto a su envío a uno de los órganos políticos de la OEA. En el caso de su informe sobre Chile, la

Comisión remitió primeramente ese informe al Consejo Permanente de la OEA; sin embargo, la mayoría de las veces la Comisión ha enviado el informe a la Asamblea General, "a los efectos del artículo 52 f) de la Carta". En el caso de que la Comisión juzgue que gran parte de los problemas de derechos humanos contenidos en el informe se encuentren superados, como sucedió con su informe sobre Panamá, la Comisión ha decidido no enviar el informe a la Asamblea General. Por el contrario, si la Comisión ha considerado que los asuntos tratados en el informe ameritan una urgente consideración, ha remitido el informe a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, si ésta se ha encontrado abierta, como sucedió con el informe de 1978 sobre Nicaragua, y no a la Asamblea General,

Como se desprende de los antecedentes expuestos a través de todo este artículo, las observaciones *in loco* han constituido una de las actividades principales que la CIDH desarrolla. También, puede agregarse, que estas han sido de las actividades más exitosas emprendidas por la Comisión, sobre todo si se considera que los recursos, tanto humanos como materiales de que ha dispuesto para llevarlas a cabo, han sido más bien escasos y limitados, y que sus poderes obviamente, no han sido los de un juez o tribunal dotado de todas las atribuciones para investigar los hechos y sancionar a los responsables.

Precisamente la eficacia de las observaciones practicadas por la CIDH ha consistido, en buena medida, en conocer esas limitaciones y actuar sólo utilizando -con el mayor provecho posible, claro está- los recursos y poderes de que ha podido disponer.

Para evaluar estas observaciones es necesario tener presente las funciones que ellas han podido cumplir. En ese sentido, cabe considerar a las observaciones *in loco* como un método de investigación de hechos (*fact-finding*); pero también como una oportunidad para prevenir y corregir situaciones que afectan a la vigencia general de los derechos humanos. Asimismo, las observaciones *in loco* y el informe que resulta de ellas, cumplen una importante función político-pedagógica al difundir los hechos investigados, poniéndolos al alcance de la opinión pública y promoviendo un debate interno e internacional sobre los hechos. Desde luego, todas esas funciones están interrelacionadas.

Las observaciones *in loco* han constituido, en primer término, un método de investigación de hechos. Así, a través de esas observaciones, la Comisión ha podido observar las condiciones carcelarias en un determinado país; comprobado la utilización de torturas y masivos apremios físicos en contra de disidentes políticos que se encontraban detenidos; observado cómo las normas del debido proceso no se han cumplido en actividades judiciales; verificado acciones adoptadas en contra de poblaciones indígenas; y, en fin, llegado a un convencimiento sobre quiénes han sido responsables de desapariciones forzadas y la suerte seguida por esos desaparecidos.

Además de la investigación de esas situaciones generales, la Comisión durante las observaciones *in loco*, ha investigado casos individuales esclareciéndolos e incluso llegando a detec-

tar hechos que eran negados por el gobierno, como aconteció con el descubrimiento de cárceles secretas en El Salvador. Asimismo, como se vio anteriormente, durante el transcurso de su visita la Comisión ha solucionado graves problemas como el desaparecimiento de personas, cuya detención el gobierno inicialmente negaba.

Pero la observación *in loco* no es únicamente un método de investigación de hechos. Su efectividad va mucho más allá que la sola comprobación de situaciones generales o particulares, al posibilitar la adopción por parte del gobierno de medidas preventivas y correctivas en favor de una mejor observancia de los derechos humanos.

Por lo pronto, la decisión de un Estado de invitar a la Comisión o conceder una anuencia para que ella investigue *in situ* la situación de los derechos humanos, cualesquiera que hayan sido las razones para adoptar esa decisión, importa manifestar la voluntad de querer superar las dificultades y obstáculos que existen para la observancia de los derechos y libertades fundamentales. Ningún gobierno que quisiera persistir en su conducta de continuar violando los derechos humanos, consentiría en aceptar una investigación dentro de su territorio, especialmente si esa investigación es llevada a cabo con seriedad, como la Comisión ha tenido ocasión de demostrarlo.

De ese modo, las visitas de la Comisión han cumplido una función preventiva, al evitar violaciones de derechos humanos, al menos durante el período en que la Comisión se ha encontrado en el país o inmediatamente antes de su llegada. Así el término de las desapariciones en Argentina coincidió con la visita de la Comisión.

Asimismo, la decisión de invitar a la Comisión o consentir en que ella visite el país, supone que el gobierno esté dispuesto a tomar en consideración, de buena fe, las recomendaciones que la Comisión pueda formularle. Así aconteció, por ejemplo, con la visita a Panamá, al término de la cual el Gobierno que encabezaba el General Torrijos adoptó varias medidas administrativas y legislativas que habían sido discutidas con los miembros de la Comisión Especial durante la visita y que significaron una mejor observancia de los derechos humanos.

En la actualidad también las observaciones *in loco* de la CIDH han ido adquiriendo un importante efecto publicitario al posibilitar la difusión de hechos que, aunque no hayan sido controvertidos, eran desconocidos por sectores importantes de la opinión pública.

Tal efecto publicitario es hoy día consubstancial a toda investigación internacional. Como bien lo anota un jurista contemporáneo, la inspección internacional es un instrumento técnico destinado a verificar la conformidad de una situación con las exigencias de orden internacional y se ha convertido en un medio político, gracias al cual se puede llamar la atención mundial sobre tal o cual problema de alcance internacional.

En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que siempre ha procedido con objetividad y sin ninguna otra inspiración que no sea la protección de los derechos humanos, la utilización indiscriminada de tal publicidad o el conferir a la visita un exclusivo carácter político, podría ofrecer graves inconvenientes y significar desvirtuar sus funciones; pero a la vez, no hay dudas de que la difusión a nivel internacional de graves violaciones de derechos humanos, que han sido suficientemente comprobadas y su discusión por los órganos políticos competentes, ha sido un instrumento que ha permitido a la Comisión cumplir eficazmente su tarea de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.

**CONFERENCIA ESPECIALIZADA
INTERAMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS:
Noviembre de 1969**

MIGUEL BLANCO*

* Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

**CONFERENCIA ESPECIALIZADA
INTERAMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS:
Noviembre de 1969**

MIGUEL BLANCO

Señor Presidente de la mesa y señores delegados

Por circunstancias del destino he tenido el privilegio de asistir a dos eventos trascendentales en el ámbito de los derechos humanos: La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en esta ciudad de San José en noviembre de 1969 y el presente Seminario sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI que se está desarrollando en esta misma ciudad. Treinta años han transcurrido desde el primer encuentro y durante ese tiempo la humanidad ha asistido a una serie de acontecimientos que han provocado un cambio radical en la vida de los hombres que pueblan el Planeta Tierra, y con ese cambio se ha producido también una verdadera revolución en el campo de la protección de los derechos humanos gracias al funcionamiento del Sistema y a los diferentes órganos que lo integran tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Puedo decir con orgullo que Costa Rica ha correspondido ampliamente al honor que le significó el establecimiento en San José de la Corte encargada de proteger los Derechos Humanos en este Continente y que aquí existen organismos, instituciones y tribunales como la Sala Constitucional que funciona en la Corte Suprema de Justicia que cotidianamente velan por la protección de los Derechos Humanos y que hacen realidad los postulados de la Convención suscrita por la mayoría de los Estados Americanos. Sin embargo, es lamentable, por no decir inaudito que treinta años después algunos países no hayan ratificado la Convención. Creo que el derecho humano más importante es el derecho a la vida y que ese derecho se viola en forma masiva cuando se produce una guerra, y que el instrumento que se usa para una confrontación armada no es otro que el ejército. Fiel a su tradición pacifista y a su respeto por los derechos humanos, Costa Rica desde hace cincuenta años suprimió el ejército o lo que aquí llamábamos el ejército y por eso en un luminoso poema un costarricense pudo escribir la siguiente estrofa: "Dichosas las madres costarricenses porque al dar a luz saben que sus hijos nunca serán soldados".

Ya el distinguido jurista, Doctor Cristian Tattenbach que me precedió en el uso de la palabra hizo una relación histórica muy completa de lo que fue la participación de los delegados de Costa Rica en la conferencia especializada y yo quiero agregar para concluir, los nombres de algunos personajes que en esa ocasión dieron su concurso para el buen resultado de ese evento. Me causaron especial impresión el Profesor René Cassin quien pronunció una notable conferencia. El Doctor Galo Plaza, en ese entonces Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, el Doctor Justino Jiménez de Aréchaga del Uruguay, el Doctor Juan Isaac Lobato del Ecuador y el Doctor José Francisco Guerrero de El Salvador, quien luego llegó a ser Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese país. Finalmente la conferencia se honró con la presencia del Presidente de la República de Costa Rica, Profesor don José Joaquín Trejos Fernández, quien estuvo presente en la sesión del 7 de noviembre de 1969. Muchas gracias a todos los señores Delegados y espero que su permanencia en este país les haya sido grata.

II. COMUNICACIONES ESCRITAS

**PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA LEGISLACIÓN
DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

ALBERTO BOREA ODRÍA*

* Profesor universitario. Presidente del Centro de Estudios Legislativos Económicos y Sociales del Perú.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA LEGISLACIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

ALBERTO BOREA ODRÍA

Sumario: I. La designación de los comisionados y de los jueces en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. II. La adopción de períodos latos sin posibilidad de reelección. III. La admisibilidad de los casos en la Comisión. IV. De la remisión de los asuntos a la Corte. V. La innecesaria presencia de los jueces *ad hoc*. VI. La mayor participación de los abogados de la víctima en la tramitación de los casos ante la Corte. VII. Los apremios para la comparecencia de las personas llamadas por la Comisión o la Corte Interamericana. VIII. Hacia un avance en la definición de las Medidas Provisionales. IX. Medidas para la ejecución de las sentencias de la Corte. X. Conclusión.

PROPUESTA DE REFORMAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. LA DESIGNACIÓN DE LOS COMISIONADOS Y DE LOS JUECES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Casi todas las constituciones de nuestro Continente consignan una participación mixta de los poderes públicos para la designación de sus jueces. O los propone el ejecutivo y los designa el Legislativo o viceversa, o se le encarga el proceso de selección a un ente técnico similar al Consejo de la Magistratura Italiana, o se le acuerda directamente a este ente la facultad total desde la selección académica hasta la designación final de los jueces.

En ningún caso, por cierto y como lógica consecuencia del principio de separación de poderes, se le encarga al ejecutivo la designación, por sí solo, de los magistrados una de cuyas funciones es la de controlar el poder.

El sistema interamericano, como prolongación por el contrario del principio de que las relaciones internacionales las dirige el ejecutivo ha establecido que el nombramiento de comisionados y jueces se hace por la Asamblea General de la OEA, vale decir, por los representantes de todos los poderes ejecutivos del continente.

Me parece que esto es seguir la lógica de que el derecho internacional de los Derechos Humanos tiene más que ver con la interrelación entre los Estados que con la protección de las personas.

Comúnmente la violación de los derechos humanos por parte de los Estados se realiza por funcionarios que están adscritos al poder ejecutivo. Es más, la violación de los derechos humanos se carga al interior de los países en el deber del gobierno. Algunos gobiernos tratarán de esta forma de proponer o de votar por quienes puedan tener una mayor "comprensión por los excesos que se cometen desde el ejercicio del poder" o un grado conveniente de identificación con el pensamiento de que "el mundo desgraciadamente no es perfecto", y si bien esos regímenes hoy son excepción, podrían torcer el destino del nombramiento de un juez o comisionado que realmente merezca el cargo.

También es parte de un sistema democrático que el control político del ejercicio del poder descansa en el legislativo, de hecho los "Ombudsman" se nombran -en la mayor parte de los casos- por este poder del Estado, para garantizar la vigencia de los derechos para sus conacionales o para los habitantes de su país.

Si el acento de protección de los derechos humanos no recae en las relaciones entre estados soberanos sino en la homogenización y creación de un continente libre de abusos es lógico que el nombramiento no se haga por los órganos ejecutivos de los Gobiernos, menos todavía si existe la posibilidad de reelegir a los incumbentes, sino por los organismos que proveen al control del poder.

Mi primera propuesta radica entonces en que el nombramiento de jueces y comisionados del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, se haga por una votación de delegaciones de parlamentarios de los países del hemisferio dentro de las propuestas que formulen, a razón de dos por país y por elección, los organismos encargados por cada país en su derecho interno de las propuestas para el nombramiento de jueces.

Por cierto que esa delegación por país puede conformarse por cinco parlamentarios y que en la delegación se exprese la pluralidad y la distribución -en la medida de lo posible- de cada uno de esos congresos.

Estoy seguro que este hecho le dará una mayor autonomía a los elegidos, porque -además así- no existe tampoco compromiso alguno o vínculo de gratitud con el Gobierno que hizo la campaña para el nombramiento o de aquellos otros que los apoyaron.

II. LA ADOPCIÓN DE PERÍODOS LATOS SIN POSIBILIDAD DE REELECCIÓN

Terencio decía en frase que embellece el poeta peruano César Vallejo, que "nada de lo que es humano nos puede ser extraño". No puede entonces sorprender que los gobiernos autocráticos o dictatoriales, desconociendo la calidad personal y jurídica de comisionados o jueces, pretendan echar sombras sobre sus nombramientos o sobre su actuación a partir de leyendas que se crean con el propósito de poner en entredicho las resoluciones de los jueces o funcionarios del sistema.

Un período corto como el actual que rige a los comisionados (cuatro años) y aun uno como el que corresponde a los jueces (seis años) con la posibilidad de la reelección abre un campo de maniobra muy amplio para los poderes ejecutivos de gobiernos autoritarios, de pretender fórmulas para condicionar sus votos para el proceso de la segunda elección. Con esto, quien no encuentra amparo en una causa puede llenarse la boca con argumentos que casi sin excepción no tienen asidero en el comportamiento de quienes han optado estos cargos en los organismos interamericanos. Acudiendo a la consideración de Capeletti en lo relativo a que la dependencia no se da en relación con quien nombra sino a quien remueve, es que un mandato largo, pero único, salvaguardaría más aún el buen nombre que los hoy miembros de estas instituciones han alcanzado como resultado de sus fallos y resoluciones.

Propongo, por tanto, un período de siete y nueve años para comisionados y jueces respectivamente, sin posibilidad de reelección y señalando que en caso de vacancia se convocará para que complete el término del comisionado o juez imposibilitado de continuar, al de mayor edad que haya dejado en tiempo más reciente de prestar servicios a ese organismo. De esta forma se dará un arma adicional a las decisiones de la Corte y se cortará cualquier acción que para llenarse de argumentos puedan poner especialmente los Estados autoritarios de la región.

Un mandato más prolongado, por otra parte, permite a la Corte no sólo ir sentando criterios jurisprudenciales, sino realizar una política judicial continental en materia de derechos humanos con el fortalecimiento y reconocimiento de la tarea que desarrollan sus principales figuras.

III. LA ADMISIBILIDAD DE LOS CASOS EN LA COMISIÓN

Debido a la recargada labor que soporta, la Comisión ha adoptado la práctica de dividirse en dos segmentos (no siempre conformados por los mismos comisionados) para escuchar a quienes presentan sus casos ante esa instancia. De esta forma hay tres o cuatro comisionados que no han seguido directamente los debates ni escuchado a las partes o sus representantes.

Sin embargo, el Reglamento de la Comisión, al no formular una excepción para este tipo de decisión, entiende que todos los comisionados han de votar en la adopción de la medida de admisibilidad de la causa.

Propongo en este punto que tratándose de la violación de los derechos humanos y dada la formación jurídica de los miembros de la Comisión, que se establezca de la opinión que dos votos favorables son suficientes para admitir la causa a trámite.

IV. DE LA REMISIÓN DE LOS ASUNTOS A LA CORTE

De acuerdo con la Convención, la Comisión puede optar por dos caminos al concluir su etapa de investigación y luego del rechazo del gobierno de atender las recomendaciones. U ordena la publicación de un informe con lo que se presume un castigo moral o una sanción de imagen para el Estado infractor, o se decide llevar el caso a la Corte para que -a través de una sentencia- se ordene a dicho Estado el levantamiento de la agresión y la reparación de los daños inflingidos a la persona. La primera de las opciones, que es la más utilizada se encuadra dentro de las posibilidades iniciales del sistema donde se cuidaba en extremo la concepción de soberanía y se evitaba chocar con las autoridades de los gobiernos a los que se les acordaba respetabilidad solo por el hecho de estar en el poder.

Sin embargo, esa opción ha demostrado no ser suficiente. Si el sistema busca la vigencia de los derechos humanos de las personas en el continente y el compromiso de los Estados con su vigencia, ese remedio es poco eficaz. En un mundo donde el gobernante goza cada día más de importantes recursos propagandísticos, la publicación de un informe no hace mella interna, y rara vez externa, a quienes se salen de los cánones del respecto a los derechos fundamentales.

Las excusas que se encuentran para el incumplimiento de las recomendaciones son de diversa naturaleza. Las posibilidades que la publicación resuelva el problema de la víctima son -realmente- nulas.

Esto, además porque son precisamente los Estados que menos rigen su accionar por el derecho, y más alejados están de la democracia, los que se niegan a participar en los procedimientos de solución amistosa proporcionados por la Convención.

Los que participan de la propuesta democrática no tienen empacho en reparar una desviación producida en la marcha del poder porque son concientes que su repetición no es política de las autoridades y no constituye el modelo de comportamiento del Estado.

Los Estados renuentes son precisamente quienes más se acercan a la autocracia o a la abierta dictadura. Dichos gobiernos recurrirán para escamotear las recomendaciones a los argumentos referidos (soberanía, insensibilidad de los comisionados con la problemática interna, desconocimiento de las situaciones de excepción que han llevado a la adopción de las medidas cuestionadas, etc.).

A los gobernantes de estas naciones el enfrentamiento con los órganos internacionales y la exacerbación de un falso nacionalismo o de un chauvinismo abierto les servirá de com-

bustible para prolongar o perpetuar su forma de gobierno agregándose normalmente a los agravios que ya se han cometido contra las personas, los provenientes de la casi segura acusación de enemigos del país, cuando no traidores, por haberse dirigido a los organismos internacionales a buscar la justicia que el Estado les niega en su propia jurisdicción.

A mi criterio, luego de tramitada la denuncia y hallándose que el Estado ha violado los derechos fundamentales de la persona e incumplido en consecuencia sus compromisos internacionales, sólo cabe la presentación de la demanda ante la Corte.

La discriminación que se hace entre unos casos y otros atiende a consideraciones de tipo político que se distancian del Estado de Derecho proclamado como meta por los gobiernos de todos los países hemisféricos. (hasta en la reciente cumbre de La Habana se ha llegado a dicha conclusión). A estas alturas del desarrollo del tema en el hemisferio no parece haber razón para que la renuencia a cumplir con los derechos humanos, a pesar de las posibilidades de resolver la disputa por la vía del arreglo amistoso -primero- o del cumplimiento de las recomendaciones -después- no culmine en una demanda ante la Corte.

Por cierto que, como se verá luego, hay que dotar a las decisiones de la Corte con algunos elementos adicionales para que se hagan efectivas sus resoluciones, pero el hecho mismo de la demanda refuerza la idea de la primacía práctica y la búsqueda cabal de esa superioridad de los derechos humanos.

No cabe tampoco plantearle al interesado la decisión de continuar o no con la acción por las posibilidades de presión o de amenaza que tiene el Estado sobre la persona.

Las posibilidades de cesación de la violación o de reparación de los derechos humanos es mayor producida la sentencia que cuando se encuentra en las etapas previas. El mismo hecho de la ejecutoriedad de las mismas refuerza las posibilidades de su cumplimiento aun dentro del propio país.

Propongo por ello que incumplida la recomendación formulada por la Comisión a un Estado miembro, se demande directamente a la Corte para que pueda hallarse reparación del derecho transgredido, eliminando la posibilidad del informe como sanción final y conclusión del procedimiento internacional.

V. LA INNECESARIA PRESENCIA DE LOS JUECES *AD HOC*

Una interpretación muy discutible y que se ha reiterado a través de los años ha sido la designación de jueces *ad hoc* en los casos en que la denuncia por la violación de los derechos humanos es formulada por la propia víctima, sus familiares o instituciones de la sociedad civil y luego amparada y presentadas por la Comisión ante la Corte.

Es obvio que aquí no hay un pleito entre Estados sino un reclamo de un particular contra un Estado. Siendo así las cosas no se puede aplicar la lógica del equilibrio porque cualquier adición en la composición de la Corte va a aumentar por el contrario el desequilibrio ya existente entre el Estado que litiga con todos sus recursos y su poder y la víctima que normalmente tiene diversos tipos de limitaciones.

La presencia de un juez *ad hoc* tiene razón de ser cuando dos Estados disputan y uno de ellos tiene en la Corte un miembro que -aunque fuera de manera involuntaria- puede sesgarse hacia la interpretación propuesta por su país. Se considera que la cercanía con los demás jueces y la posibilidad de argumentar en el curso de los debates internos que preceden a la decisión deben de ser compensados con la presencia de una persona que, dado ese caso, pueda presentar -al mismo nivel y en la misma oportunidad- la posición del Estado contendor.

Ni la víctima ni la Comisión son Estados y en ningún caso van a tener representación en la Corte. Nunca podrán nombrar un juez *ad hoc* y sus puntos de vista sólo podrán plantearse o por escrito o en el curso de las audiencias, y no estarán presentes en el recinto de los magistrados cuando se produzca la discusión previa a la sentencia para poder recordar los argumentos expuestos o reencausar la prueba pertinente o para absolver alguna cuestión que los togados pudieran formular en caso de duda o para aclararles las mismas, o incluso para promover nuevas líneas interpretativas de acuerdo con el devenir de la discusión.

Todo esto puede hacer un juez *ad hoc* que aunque tenga que fallar de acuerdo con el derecho (y ha habido casos como los doctores Espinal Irías, Cancado Trindade y Vidal Ramírez) en que la designación no fue presupuesto para el voto, si ha conocido la Corte otros casos como el del Doctor Orihuela, o más recientemente el propuesto por el régimen del Perú para el caso Cesti, David Pezua Vivanco, que han asumido que su papel es el de una defensa adicional de los intereses del Estado en esa instancia que está cerrada para los litigantes.

Nuestra propuesta radica en aclarar normativamente, dado que la Corte ha asumido una interpretación más consonante con la representación internacional de los Estados, que en los casos en que no se trate de denuncia por violación a los derechos humanos planteadas por Estados, no se proceda a la designación de juez *ad hoc* sino que la causa se resuelva con la composición ordinaria de la misma.

Son los agentes del Estado los que -con igualdad de armas- deben de alcanzar pruebas y promover su argumentación ante la corte durante la tramitación del proceso.

VI. LA MAYOR PARTICIPACIÓN DE LOS ABOGADOS DE LA VÍCTIMA EN LA TRAMITACIÓN DE LOS CASOS ANTE LA CORTE

No hay persona que conozca mejor un caso que aquella que lo ha llevado desde sus inicios y que está al tanto también del contexto en que este se desarrolla.

Las reglas actuales para la tramitación de los casos ante la Corte limitan la participación del abogado de la víctima al de asistente de la Comisión, debiendo recabar la conformidad del abogado designado por la Comisión, o presentarle proyectos para que sea este el que decida sobre su presentación y sobre el impulso que le da al proceso mismo.

Nuevamente la lógica de una presencia tímida para la parte y una participación fuerte del Estado aflora en este punto. Es verdad que hay una original desconfianza a la pasión que, muchas veces impulsada por la necesidad, pueden poner las víctimas directas o sus abogados en el proceso. Pero es cierto también que una Corte de Derechos Humanos no puede ser similar a la que resuelve temas de un contenido económico o dicta resoluciones que tienen sólo un interés académico.

Las Cortes de Derechos Humanos no sólo resuelven sobre un caso vital para las personas en cuyo favor se ha interpuesto la demanda, sino que mediante la doctrina que sienta en cada uno de sus fallos fija un precedente que va a servir de faro para la resolución de otros casos similares que pueden, incluso, no haberse aún declarado en los hechos. La expresión vital de la angustia, acompañada por sólidos argumentos jurídicos, debe encontrar un mayor espacio en la tramitación de los procesos.

El comisionado o el abogado encargado por la Comisión de representarlo tiene sus propias ocupaciones dada la forma como se integra y estructura la Comisión. Los abogados internos de la misma están agobiados por una serie de casos en los que su principal tarea es la solución de los mismos en el nivel de la Comisión. Así las cosas, el abogado particular de la víctima es el que mayor tiempo puede dedicarse al tema.

Muchos comisionados, con un muy amplio espíritu y con un gran deseo de resolverle a la víctima el problema de la manera más rápida posible, auspician el involucramiento del abogado personal de la víctima en el proceso y comparten abiertamente con él la defensa. Yo personalmente he tenido esa grata experiencia en los casos que he llevado a la Corte.

Por otro lado, también es verdad que la necesidad traducida en angustia puede llevar a formular reiteradamente peticiones manifiestamente improcedentes por abogados que desconocen el funcionamiento y las posibilidades del sistema. La supervisión del comisionado o el abogado de la Comisión juega así un rol moderador importante para la marcha ordenada del proceso ante la Corte Interamericana.

Creo que hay que llegar en este punto del desarrollo del sistema a una solución transaccional donde el abogado de la víctima pueda tener una mayor participación directa en la presentación de escritos de argumentación sobre los temas jurídicos ya abiertos sin necesidad aquí de pasar por el visto bueno del comisionado o del abogado designado por la Comisión y también pueda urgir al comisionado la petición de determinadas presentaciones a la Corte (medidas provisionales, pedidos de inadmisibilidad sobre peticiones de la contraria, impugnación de

pruebas o presentación de las mismas, etc.). De esta forma se puede mantener el orden sin mengua de la inmediatez que debe caracterizar la defensa de los Derechos Humanos.

Esta mayor participación del abogado de la víctima empareja las armas dado que el Estado demandado actúa directamente con total autonomía y con una gran inmediatez.

Por lo demás esta solución propuesta se inscribe en la tendencia adelantada originalmente por el Juez Rodolfo Piza Escalante en un voto singular y recogida luego por el Reglamento de la Corte para darle "locus standi" a la víctima y a su abogado en la etapa de reparaciones.

VII. LOS APREMIOS PARA LA COMPARECENCIA DE LAS PERSONAS LLAMADAS POR LA COMISIÓN O LA CORTE INTERAMERICANA

Es importante en un proceso, en el que hay que probar hechos, la comparecencia de testigos propuestos por las partes, cuya deposición considera importante la Comisión o la Corte para poder adoptar una determinación correcta.

El actual punto de la legislación continental contempla esta posibilidad y encarga a cada Estado el cooperar para las notificaciones que deban de hacerse a las personas convocadas, asimismo señala que los Estados han de facilitar la ejecución de las órdenes de cumplimiento a las personas residentes en ese territorio o que se encuentran en ellas (artículo 24 del Reglamento de la Corte).

Muchas veces, sin embargo, los Estados no han cumplido con esta prescripción y han optado por impedir o entorpecer la participación en el proceso de las personas convocadas.

Es más, los victimarios que en no pocos casos han actuado en ejecución de órdenes superiores o en cumplimiento de las mal llamadas "políticas de Estado", han sido protegidos por los regímenes transgresores, haciendo ilusoria la convocatoria y la posibilidad de alcanzar un mayor grado de certidumbre en las resoluciones o de poner en evidencia a quienes han procedido de esa manera irregular.

Creo que hay que conseguir, aunque sea sólo para la comparecencia en el proceso, que la Corte pueda ordenar que en caso de inasistencia o de falta de compromiso del Estado donde habitualmente reside o del cual depende una persona convocada, la Corte pueda notificar al resto de Estados para que ubicado en el territorio de un tercer Estado, dicho testigo sea remitido compulsivamente a la sede de la Corte la que le tomará la manifestación en el curso de la siguiente sesión, aun cuando hubiera concluido el proceso, en tanto ella como la parte agraviada la estimaran todavía necesaria.

Muchos de esos testimonios son cruciales para la determinación de los hechos y la Corte ya pudo percibir, desde el caso Velásquez, que el propio Estado escondía a los convocados y les

tendía un manto de protección e incumplimiento. Esta sensación de impunidad propiciada por el Estado al que se decía haber servido, debe ser contestada por una acción proveniente de los tribunales internacionales y con el respaldo de los Estados democráticos.

Propongo por tanto, en este tema, que se acuerde a la Corte a los Estados, la posibilidad de ordenar la detención temporal y el traslado coactivo a su sede, de las personas que no han comparecido a sus citaciones, o de los funcionarios estatales que no han cumplido con notificar a la persona citada de la existencia de esas notificaciones, debiendo para ello cada Estado designar un responsable de esta tarea que dará cuenta a la Corte del curso de las notificaciones o citaciones que por su cuenta hubiera transmitido.

Producida la declaración, o con la estimación de la Corte de la inutilidad de la misma, se dejará en libertad a dicha persona. Los gastos en que incurra el gobierno que cumpla con esta tarea dispuesta por el Tribunal, deberán de ser reembolsados o cargados a la cuenta del Estado renuente.

VIII. HACIA UN AVANCE EN LA DEFINICIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

En artículo 63.2 de la Convención da poder a la Corte para que en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas pueda tomar las medidas provisionales que considere pertinentes.

La Corte sin embargo, en consonancia con una política de *self restraint* ha sido muy tímida en la adopción de estas medidas, que las ha limitado a los casos de amenaza a la vida o a la integridad física.

Me da la impresión que la irreparabilidad del daño ha sido analogada a la posibilidad de que nunca la persona pueda recuperar el derecho que le es conculcado, ni tenga tampoco posibilidad de hacerlo. Como que se interpreta que esta esperanza sólo se cierra con la muerte, con lo que se ha limitado sinceramente, a mi entender, el desarrollo de las medidas provisionales. Derechos tan importantes como el de la libertad ambulatoria, transgredida por una detención abiertamente indebida no han encontrado amparo, todavía, por el camino de las medidas provisionales.

A mi entender cada uno de los derechos reconocidos en la convención tiene el carácter de fundamental. Si no reunieran este requisito no habrían sido incorporados al elenco. Su expresión en el instrumento legislativo continental es indicativo de su importancia para el desarrollo de una vida humana digna.

Cuando a un ser humano se le priva de uno de estos derechos se le rebaja en dignidad y los años que deja de tenerlas pueden marcarlo indefectiblemente de un manera irreparable,

como ya lo ha manifestado la Corte en diversas sentencias sobre el fondo. La libertad que se quita hoy es irreparable en tanto que esos años no podrán volverse a vivir más y cuando no se puede afirmar que la sentencia restituye la existencia que se dejó de tener. Se amerita entonces una definición legislativa más clara, dado que no se ha presentado una corriente jurisprudencial de avanzada, para evitar ese daño que se produce. La libertad recuperada luego de un largo proceso no es lo mismo que la reparación del daño producido por esa privación.

Lo mismo puede decirse de los demás derechos. Por ello es que a mi criterio cada uno de estos debe ser analizado en cuanto a sí mismo, en cuanto a si su privación *per se*, puede ser reparable razonablemente. Si esto no es así, a mi entender debe procederse a despachar la medida provisional, cuando se presente el *fumus bonus iuris* o la apariencia del derecho invocado, pero como lo señalan los procesalistas, no cualquier humo, sino un humo denso.

Es claro que el *self restraint* en este punto se guía por el principio de la presunción de validez de los actos del Estado, pero hay dos casos especialmente claros en los que creo que se puede legislar para hacer avanzar el sistema razonablemente.

El primero es que la presunción de validez de los actos del Estado no puede acreditarse, a pie juntillas, a las decisiones que adopta el ejecutivo. Los otros dos poderes tienen sus propios ámbitos en la teoría de la separación de poderes que todos los Estados del continente -con excepción de Cuba- predicen -y que con excepción de Cuba y el actual régimen peruano- practican o intentan practicar. Debe quedar claro que en sus órbitas de competencia representan la suprema expresión del Estado y así debe ser reconocido por los organismos internacionales.

De esta forma, si el poder judicial ha amparado el derecho fundamental de una persona a través de una sentencia, el acto desobediente del poder ejecutivo, la actitud de desacato o de desafío no puede tomarse como la que goza de esa presunción de validez. En este caso, el acto estatal que merece el refuerzo de una presunción de validez en el ámbito del sistema de defensa de los Derechos Humanos, es el del judicial y no el del ejecutivo.

Esta interpretación tiene también estrecha consonancia con el párrafo segundo de la Convención que ya hemos citado y que señala que el sistema interamericano de protección es coadyuvante del dispuesto en el régimen interno de los Estados.

Asimismo propongo que se legisle expresamente autorizando el despacho de las medidas provisionales en los casos en que la obvia violación de uno de los derechos fundamentales de la persona disminuya sensiblemente la posibilidad de desarrollo de otros derechos fundamentales de esa persona y relaje su dignidad o sirva esa violación de vehículo para la agresión de otros derechos reconocidos por la Convención.

IX. MEDIDAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE

Todo sistema de derecho tiene que garantizar la ejecutabilidad de sus decisiones. Si son de rango legislativo tiene que haber un aparato que procure la repetición constante de la conducta querida por la ley, si son de rango judicial, normas de carácter concreto, tiene que garantizarse su cumplimiento.

Precisamente la consideración como derecho del derecho internacional ha encontrado objeciones en el capítulo de la ejecutabilidad de las resoluciones.

Es por ello que, paulatinamente, el derecho internacional va en busca de las formas para exigir la repetición de las conductas prescritas en los tratados o de las órdenes emanadas por los tribunales internacionales, evitando el recurso a la fuerza física en tanto que esta colinda con presupuestos como el de soberanía interna e impenetrabilidad territorial que todavía tiene arraigo en el actual momento histórico.

Sin embargo la voluntariedad discrecional en el cumplimiento del orden comúnmente acordado, va encontrando límites en los otros campos de la convivencia interestatal. La exclusión política del Estado renuente ha sido una de esas armas. Otra tiene que ver con el condicionamiento de los recursos económicos comunes o los manejados por organismos compuestos por los mismos países que acuerdan las normas internacionales de derecho humanos.

Creo que aquí está el futuro desarrollo del sistema internacional de protección de los derechos humanos en el continente sin un innecesario agravio al concepto de soberanía que -en este campo más que en otros- se encuentra en revisión.

La suscripción de los pactos internacionales y la aceptación de la competencia de tribunales internacionales, distancian la coacción para la ejecución de sus sentencias, de la intromisión o de la imposición de otro Estado o de la ruptura del principio de autodeterminación. Los tribunales, al resolver sobre una causa han concretado en nombre de la comunidad que en conjunto integran, la forma como ha de entenderse la norma que todos se comprometieron a cumplir. Es obvio que es diferente la pretensión de un Estado de compeler a otro a actuar de la manera que a él le parece, con la ejecución de una sentencia de un tribunal internacional al que el Estado se ha sometido.

Por la naturaleza de las partes que lo componen, el Derecho Internacional debe dejar bien para el final el recurso a la fuerza física en el caso de incumplimiento de la sentencia, pero debe también, si no se quiere caer en la intrascendencia, recurrir a otros métodos o a otros instrumentos para que se cumpla con sus prescripciones.

Hasta hoy en el sistema interamericano la sanción ha sido una amonestación de tipo político, que más allá de incomodar por algunos instantes a los embajadores que forman parte del Consejo Permanente de la OEA, no ha causado un cambio en la conducta del Estado agresor. Son

los cambios internos de gobierno los que hacen que dichos Estados rectifiquen su conducta, pero mientras se mantiene en el poder el régimen renuente al cumplimiento de las normas de derechos humanos, los habitantes de esa nación pueden estar casi seguros que no hallarán mejoría y -hasta hay casos- en que deben tener una preocupación adicional porque comenzarán a ser tratados como enemigos del Estado cuya imagen dizque desmejoran con sus reclamos.

Hay, pues, que cambiar el método si se quiere un desarrollo progresivo en este campo de los derechos humanos. Dos son para ello los instrumentos que se han comenzado a blandir para lograr este objetivo. El primero, el recurso a las sanciones económicas. El segundo, el recurso a las sanciones personales de los funcionarios involucrados en dichas violaciones cuando es la impunidad la que los acompaña en sus propias naciones. El tercero, que ha sido utilizado todavía con carácter excepcional y selectivo atiende al poder de respuesta de los Estados y a la fuerza que se comprende en el empeño de hacer efectivas las disposiciones del derecho internacional, es la punición física a través de bombardeos y hasta ocupaciones territoriales de los Estados rebeldes. Creo, personalmente que debería darse paso en nuestro hemisferio a las dos primeras de las precedentes formas mencionadas en el párrafo anterior.

La primera, la posibilidad de una sanción económica contra el régimen renuente parece ir madurando a pasos agigantados.

No puede permitirse una comunidad de naciones establecidas sobre la base de principios comunes entre los que destaca el relevamiento de los valores fundamentales del ser humano, tenga un comportamiento esquizofrénico en el que el discurso y el compromiso público va por un lado y en el proceder económico ni siquiera se toma en cuenta -por considerarse como materia política- los valores que se pregonan y que en conjunto se comprometen los Estados a cumplir.

Unir ambos extremos es el siguiente paso. No hacerlo es seguir como hasta ahora, es aceptar que las libertades fundamentales no importan tanto como la libertad económica. Pero ello es inaceptable a estas alturas del desarrollo humano.

Los gobiernos requieren del intercambio económico para poder regir a sus países. Sin recursos es impensable el cumplimiento de esa tarea. Por ello es que se interesan tanto en este campo para el que pretenden una autonomía total de los demás aspectos de la vida humana.

Algunas instituciones mundiales se hacen célebres por frases como "aquí no interesa para nada la política", cuando se hace referencia a estos temas. Ello puede tener todavía alguna explicación en el hecho que en ellas se reúnen estados con distinta concepción de la vida y del rol que la persona tiene en la sociedad. No piensan lo mismo China que los Estados Unidos, ni sus gentes se conducen por una similar escala de valores, tampoco lo hacen igual el Uruguay y Laos o Colombia y Etiopía. Aún así la conexión entre el desarrollo humano y el progreso económico ha sido puesto de manifiesto por James Wolfenson, el presidente del Banco Mundial, quien en recientes intervenciones ha señalado la creciente preocupación y el mayor

involucramiento del Banco en la promoción de áreas de reforzamiento institucional que hasta hace no mucho estaban totalmente fuera de la agenda de estos organismos.

Pero esa dicotomía que puede tener una implicación en la diversidad, no tiene ningún sustento en un continente en donde nos reunimos para formar una comunidad, países y naciones que filosóficamente y vitalmente adherimos a los mismos valores y proclamamos como bueno el sistema de gobierno democrático y nos comprometemos, declaración tras declaración, al reforzamiento de sus instituciones.

Esta determinación retórica tiene que avanzar hacia todos los recursos de la región para que todos ellos jueguen en esa misma dirección proclamada de consuno.

Un gobierno que no garantiza a sus habitantes la vigencia de los derechos humanos y la ejecución de las sentencias emanadas de la Corte, debe de ser sancionado efectivamente por el resto de la comunidad americana en un campo sensible para él. Ese campo es el económico y las instituciones del sistema deben de estar atentas a los casos de inejecución que le sean comunicados por la Corte para trabar embargo sobre las sumas destinadas a dichos países, o retener los desembolsos y el flujo crediticio, dependiendo de la gravedad de la transgresión. Puede incluso, y esto forma parte de la propuesta que formulo, establecerse una suerte de "astreintes" hasta lograr el completo y cabal cumplimiento de la sentencia.

Estados Unidos a través de la resolución senatorial 209 ha desbloqueado ese camino, al señalarse que el poder ejecutivo debe instruir a los representantes de esa nación en dichos organismos para que voten en contra de ampliar o conceder prestaciones a los países que no cumplan con las recomendaciones, sentencias y otras medidas de los organismos vinculados a los derechos humanos o que desdibujan notoriamente el sistema democrático.

El cumplimiento de las sentencias o la atención de las recomendaciones que todos se han comprometido a acatar no puede dar lugar a la alegación ni de intervencionismos ni de imperialismos políticos.

Por otro lado el argumento que una medida de esta naturaleza perjudica directamente al pueblo, no es de recibo. Los gobiernos, esta demostrado, utilizan la correspondencia en las relaciones económicas con otras naciones o con las instituciones internacionales, como una muestra del respeto que merecen en el concierto mundial y utilizan esos recursos con derivaciones propagandísticas destinadas a prolongar o a perpetuar su estancia en el poder, el que seguirán ejerciendo de la forma opresiva e irrespetuosa por los derechos de los habitantes, que dio lugar a los reclamos que culminaron con la sentencia que se resisten a cumplir.

Es bastante probable que una medida de esta naturaleza provoque, por el contrario, una seria reflexión por parte de los reuñentes. Esta puede ser la mínima coacción legítima requerida para obtener una mayor y más oportuna ejecutabilidad de las resoluciones y para brindar un instrumento importante para la vigencia de los derechos fundamentales en el continente.

Propongo en consecuencia, que transcurrido un plazo prudencial pero breve, en el que la Corte no haya recibido el reporte del cumplimiento cabal de la sentencia, notifique de este hecho al Consejo Permanente de la OEA y a los Organismos económicos internacionales del ámbito americano con especificación de las medidas que deben adoptarse para asegurar o compeler el cumplimiento, pudiendo ordenar el pago directo de las indemnizaciones ordenadas a la víctima -con cargo a los fondos de dicho Estado- o a la retención de toda operación según se trate de la gravedad del caso.

X. CONCLUSIÓN

Todas estas propuestas tienen como propósito el hacer mucho más operativo el sistema de defensa de los derechos humanos en el continente, en avanzar, de un compromiso contemplativo o retórico, a un compromiso práctico de los Estados de América para acercarnos al continente que soñamos y en la realidad que queremos vivir.

Para ello se necesita el liderazgo decidido de países y gobernantes que estén dispuestos a impulsar a la región por esta senda auspiciosa y el compromiso cabal de las autoridades del sistema y académicos que quieran colaborar en la mejoría de la relación humana.

Quiera Dios que los hallemos en este momento.

**COSTA RICA:
NATIONAL IDENTITY AND THE
PROMOTION OF HUMAN RIGHTS**

MARGARET E. CRAHAN*

* Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

**COSTA RICA:
NATIONAL IDENTITY AND THE
PROMOTION OF HUMAN RIGHTS**

MARGARET E. CRAHAN

Summary: I. Introduction. II. Costa Rica's role in the international promotion of human rights. III. Human Rights and Costa Rica foreign policy. IV. Conclusion.

I. INTRODUCTION

Costa Rican national identity has long been linked to the international promotion of human rights. This has led the country to define itself as unique among its neighbors and indeed in the world. As one senior Foreign Ministry official phrased it in 1988:

Costa Rica has had a totally different political and historical development from the other countries of the Central American and Caribbean region. Nevertheless, this has not meant that our country has followed isolationist patterns throughout its life as a republic, but rather there has always existed a consciousness of our geographic position in a region afflicted with human conflicts from whose impact we have always had to protect our form of government.¹

He further asserted that to ensure his country's national security it was essential to pursue a foreign policy based on an idealism that transcended the limitations of neorealist strategies which conceived of national interests too narrowly. Hence, he argued, Costa Rica strongly supported such international organizations as the United Nations and the Organization of American States because the idealism out of which they were created provided a context in which small states could ameliorate the deficiencies of size and limited resources.

¹ Rodrigo X. Carreras, "Reflexiones sobre, política exterior de Costa Rica," *Relaciones Internacionales*, 23 (hereafter RI), (segundo trimestre de 1988), 8. All translations by the author.

In a period in which warfare was afflicting three of Costa Rica's neighbors, the official argued that his country's national security, defined as maintenance of territorial integrity and the well-being of the population, together with the preservation of its national resources, could best be guaranteed through international activism. Examples included Costa Rica's initiation of the Esquipulas peace process, active neutrality, commitment to disarmament and, demilitarization, expansion and rationalization of diplomatic relations with a wide variety of countries irrespective of their ideological orientation, defense of human rights not only in Costa Rica, but also in other countries via humanitarian intervention, promotion of multilateral efforts for a more equitable insertion of Costa Rica into the international economy, and increased participation in such groups as the G77.²

This description of Costa Rica's foreign policy criteria reflects a combination of idealism and pragmatism that has been present as far back as the nineteenth century and helps explain the international recognition of Costa Rica as an effective leader in the promotion of human rights in spite of the country's small size and limited material resources. What is also notable is that Costa Ricans appear quite comfortable with this duality and like many politicians, commentators, and scholars have tended to emphasize the idealistic element over the pragmatic.

Costa Rica's identification with democracy and human rights has traditionally been explained as rooted in the nature of its agrarian development, the early introduction of public education, enlightened political and economic elites, and a homogeneous population. While there is some basis to this explanation recent scholarship has suggested that landholding patterns, economic differentiation, elite behavior, and social and political participation, varied from region to region and within regions much more than has been previously recognized.³ Nevertheless, Costa Rica has succeeded in projecting itself nationally and internationally as a highly equitable, cohesive society, that champions human rights out of a deep rooted idealism, thereby enjoying considerable moral credibility internationally. This is also the result, in large measure, of the skill and astuteness of the Costa Rican political leadership and also of the fact that the country has become the site of a number of major human rights institutions, as well as a critical mass of leading experts.

Costa Rica, in the pursuit of its national interests, historically has assumed leadership roles in the drafting of major international documents such as the Universal Declaration of Human Rights, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, and the American Convention of Human Rights (Pact of San José). In addition, it has stimulated the creation of a

2 *Ibid.*, 7-15.

3 e.g., Aviva Chomsky, *West Indian workers and the United Fruit Company in Costa Rica* (Baton Rouge, 1996); Marc Edelman, *The Logic of the Latifundio: The Large Estates of Northwestern Costa Rica* (Stanford, 1992); Lowell Gudmundson and Héctor Lindo Fuentes; Héctor Pérez-Brignoli, *A Brief History of Central America* (Berkeley, 1989).

number of mechanisms within the UN and the interamerican system that have strengthened the international human rights regime. Furthermore, the spread of procuradurías and ombudspersons in defense of human rights might not have been as extensive, nor would the UN's High Commissioner of Human Rights have been as likely to have been established, if it had not been for Costa Rica's efforts. These are some of the results of the combining of idealism and pragmatism in Costa Rican foreign policy.

II. COSTA RICA'S ROLE IN THE INTERNATIONAL PROMOTION OF HUMAN RIGHTS

Costa Rica emerged as a leader in the construction of an international human rights regime via its active involvement in the formation of the United Nations and the interamerican system in the 1940s. Its delegation to the 1945 San Francisco meeting to draft the UN Charter distinguished itself by arguing for the incorporation of human rights guarantees in the Charter. It was decided, however, that a separate document would be drafted, namely the Universal Declaration of Human Rights, which was approved in 1948. During the debates over the Declaration, Cold War tensions were evident and hence it was decided to create two implementing conventions—one on political and civil rights championed by the United States and on the other on social, economic, and cultural rights championed by the Soviet Union. The Costa Rican delegation was active in seeking language that would help bridge the gap between the two superpowers.

Just prior to the approval of the Universal Declaration, Costa Rica spearheaded the adoption of an American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) which included the full spectrum of civil, political, social, economic, and cultural rights. It also incorporated the concept that the enjoyment of rights begat duties on the part of the individual. This was a concept that Costa Rica had unsuccessfully urged be included in the Universal Declaration.

Once the United Nations began functioning, the Costa Rican delegations were particularly active in supporting decolonization and campaigning against apartheid, a movement in which Don Fernando Volio distinguished himself.⁴ The latter also began urging the creation a UN High Commissioner for Human Rights in the mid-1960s, which came into being in 1993.⁵ Up until the late 1960s Cold War tensions stymied much of the work of the UN with respect to human rights with the latter being used as one more means for the US and the USSR to attempt to undercut each other. From 1948-1968 Costa Rica was involved in the drafting of a number of important protocols and conventions including those relating to slavery and refugees, as well as in favor of women's rights. It should be noted, however, that Costa Rica opted at times not

4 Thomas Buergenthal, "Prefacio," in Lorena González Volio, ed., *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez* (San José, 1998), xxi-xxiii.

5 Mario Campos Mohr "El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos," RI, 50 (primer trimestre de 1995), 43.

to condemn gross violators of human rights for pragmatic reasons.⁶ Overall as national and international pressures grew Costa Rica increasingly found that taking a strong human rights position was often conducive to its own interests.

Costa Rican contributions were particularly important with respect to the rights of the child. Its representatives introduced the concept of "the superior interest of the child" into the Convention on the Rights of the Child as the principal criterion to measure decisions that affected the health, wellbeing, and dignity of children. The country was also active as a cosponsor of dozens of resolutions concerning religious discrimination and the Relator Especial on the topic from 1982-1987 was Dr. Elizabeth Odio Benito. She also prepared the basic document for a convention on the topic. Subsequently, Dr. Odio was elected by the Security Council as a judge of the International Tribunal on Ex-Yugoslavia (1993-1997). Currently she is serving as Vice President of the Republic of Costa Rica (1998-2002).⁷

In terms of developing the UN infrastructure with respect to human rights, Costa Rica has been active in strengthening the Human Rights Commission and the Subcommission on the Prevention and Protection of Minorities. The former is the principal human rights unit of the UN and in its early years maintained a low profile. Recently it has become more active in condemning serious violations of human rights in such countries as Serbia, Somalia, and Rwanda. Costa Ricans have served on the Commission and its subcommittees repeatedly from 1964 to the present contributing to the gradual expansion of its work. In addition, Costa Ricans have also participated in the work of the Subcommission on the Prevention and Protection of Minorities which is concerned with discrimination based on race, sex, religion, language, and ethnicity. Its members are internationally recognized, experts in the field and its Costa Rican members have included Dr. Odio (1980-1983) and Sr. Luis Varela (1988-1990).⁸

A major Costa Rican initiative, was President Rodrigo Carazo's 1978 proposal to the XXXIII UN General Assembly to create a University for Peace aimed at contributing to the realization of the UN's principal task of promoting international peace and security through education, research, and reflection. From 1978 until it was approved in 1980 Costa Rican diplomats worked, assiduously not only to secure approval, but also to ensure that it was located in their country. The rationale offered was that since Costa Rica had strong traditions of democratic participation, public education, social security, and cultural integration, it would provide an appropriate setting, for such an institution. In addition, the absence of an army reinforced the argument that the Costa Rican example demonstrated that true peace was not the absence of war, but rather the result of a dynamic process resulting from striving for social justice and interna-

6 Jorge Rhenán Segura, "Costa Rica y la protección internacional de los derechos humanos (1945-1995)," *RI*, 50 (primer trimestre de 1995), 19-20.

7 *Ibíd.*, 21-22.

8 *Ibíd.*, 23-24.

tional solidarity. Approval by the UN was described by one of the university's Costa Rican champions as "a triumph for the people and government of our country... (and) sincere recognition of its history and its unique experience."⁹ Here we clearly see the country's identification with idealism being offered as the explanation for what was also the product of two years of intensive lobbying by the Costa Rica's diplomats and political leaders.

One area in which Costa Rica has not assumed a leading role within the UN has been with respect to indigenous rights, an issue that has also tended to be ignored within Costa Rican domestic politics. In general Costa Rican representatives have avoided the issue and in 1989 its ambassador voted against the Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. Costa Rica has also, at times, denied that indigenous rights need to be incorporated into the work of the Committees on Racial Discrimination and on Civil and Political Rights.¹⁰

Perhaps the most substantial contributions to the international human rights regime made by Costa Rica have been via the interamerican system, specifically through the Pact of San José, the Inter-American Commission on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, and the Inter-American Institute of Human Rights. The latter two are based in San José. The Inter-American Commission was established in 1959 as part of the OAS to analyze the human rights situations in member states and make recommendations for improvements. Given that its mandate was not clearly defined, its role has evolved over time to include responding to individual complaints, as well as to the conditions that gave rise to them. By the late 1970s the Commission was undertaking on-site investigations of such countries as Argentina and Nicaragua contributing to the downfall of authoritarian regimes in both countries. In addition, the Commission was called upon by the governments of Colombia and Panama to clarify their human rights situations in periods of intense conflict.¹¹ The obvious political implications of its work have resulted in substantial pressures being brought to bear to undercut it at times. The Commission has also gone through phases of intense activity and periods of relative quiescence, in part, related to the composition of its membership. Costa Rica has historically been a supporter of a strong commission.

An Inter-American Court of Human Rights was approved in 1969 is part of the Pact of San José. It did not, however, come into existence until 1978 after 11 OAS members had approved it. Costa Rica was not only the first country to accept the competence of the Commission, but also the first to admit the jurisdiction of the Court. The Court and the Commission were linked under the Pact of San José as the former generally receives cases once

9 Francisco Barahona Riera, "Costa Rica y la creación de la Universidad para la Paz," Discurso pronunciado ante la Sexta Reunión Trienal de la Asociación Internacional de Rectores de Universidades, San José, Costa Rica, julio, 1981, 74.

10 Rhenán Segura, 23.

11 Tom. Farer, "The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox," *Human Rights Quarterly*, 19 (1997), 510-546.

they have been reviewed and acted upon by the latter. Initially the Court was somewhat ignored and Costa Rica in 1981 undertook to remedy that by submitting a case concerning the degree to which both national legal remedies and recourse to the Commission had to be exhausted prior to the Court's becoming involved. Again in 1985 Costa Rica attempted to help clarify the authority of the Court by requesting an advisory opinion on the relationship of national laws to articles in the American Convention. The Court held that the rights requirements of the Convention superseded national law. By the late 1980s the Court was receiving an increasing number of cases and in 1988 decided the first case by an international tribunal involving disappearances instigated by a state. It also recognized communal rights in a unprecedented decision concerning indigenous communities in Suriname. These, and other decisions, have strengthened the international human rights regime substantially. Several leading Costa Rican jurists have served on the Court including Sonia Picado and Rodolfo Piza, while Angela Chacón de Acuña, Víctor Tinoco and Fernando Volio have been members of the Commission.

Locating the Court in Costa Rica was regarded by commentators at the time as clear recognition of the country's well-known role as promoter of rights both nationally and internationally. As an 1978 editorial in *La Nación* phrased it Costa Rica, in spite of its small size, "has been converted...into an interamerican and world leader in human rights, a role for which it has sufficient moral authority given its democracy and its attachment to the theory and practice of respect for the human person."¹² Furthermore, the newspaper argued Costa Rica's success was all the more reason for it to pursue the creation of a similar world court. Such a tribunal was approved by over 100 nations in June of 1998 as a result of an international campaign in which Costa Rican government, jurists, and human rights advocates took a leading role.

Shortly after the Inter-American Court became a reality, the judges perceived the need for an institution that would be charged with education, promotion, and technical assistance on behalf of human rights throughout the Americas. The result was the Inter-American Institute of Human Rights created by an agreement between the Court and the government of Costa Rica in 1980. The first Consejo Directivo included a number of Costa Ricans including Rodolfo Piza, Christian Tattenbach, and Fernando Volio. In 1984 the former dean of the School of Law of the University of Costa Rica, Sonia Picado, assumed direction of the Institute and over the next ten years transformed into a highly professional organization with activities in every country in the Western hemisphere. Today it provides technical assistance and monitoring for elections, training for both normal and informal educators, as well as the preparation of materials and curricula, strengthening of civil society through projects related to civil-military relations, fortifying of the legal defense of women's rights, reform of judicial institutions, and the training of lawyers, court personnel, and police. Several thousand individuals have participated in courses, seminars, conferences, and other meetings organized by the Institute and frequently co-sponsored by local and regional organizations. Throughout the government of Costa Rica has provided both diplomatic and material support. The presence of the Court and the Institute has

12 "Liderazgo de Costa Rica en los derechos humanos," *La Nación*, 22 de julio 1978.

also served to increase human rights consciousness and activities within the country on the part of both the government and civil society.

In terms of the former, Costa Rica has become international champion of both increasing the focus of Procuraduría Generales on human rights, as well as creating ombudspersons for their defense. Such efforts stem, in part, from an increasing sense of the limitations of such traditional defenses of rights as *habeas corpus* and *amparo*. In the Costa Rican case senior government officials have admitted the deficiencies of such recourses, including the difficulty of bringing actions against courts themselves, unwarranted delays, and procedural difficulties. Pressures built up in the 1980s in Costa Rica itself for reform of the office of Procuraduría General and the creation of an Ombudsperson, both of which were accomplished. The latter is intended to provide ordinary citizens and groups with more effective recourse than traditional legal mechanisms.¹³

III. HUMAN RIGHTS AND COSTA RICA FOREIGN POLICY

Costa Rican national identity, and particularly the image of the country as a champion of human rights, encouraged it to assume a major role in the Central American peace process in the 1980s and 1990s. The country's democratic image helped it exert moral and political leadership within the region, as well as internationally, in brokering the Esquipulas agreement (1987) and its implementation. While the country's foreign policy principles have reinforced the image of an idealistic Costa Rica via its defense of national sovereignty, the self-determination of peoples, non-intervention, human rights, democracy, the right of refuge and asylum, juridical equality between states, peaceful resolution of international conflicts, demilitarization and disarmament, as well as the promotion of socioeconomic justice as the basis for international peace and stability, their actual pursuit has also redounded to the country's own interests. This was clear in its response to the recent warfare in Nicaragua, El Salvador, and Guatemala, which prompted Costa Rica to adopt a more interventionist foreign policy.

Such intervention was justified by references to "lessons" from Costa Rican history to the effect that a certain type of intervention-active, qualified, autonomous, and unarmed-was legitimate and necessary.¹⁴ In the 1980s former president José Figueres (1953-58; 1970-74) was often cited to the effect that healthy intervention was preferable to letting a neighbor's

13 Enrique Rojas Franco, "Necesidad de la creación del ombudsman en Costa Rica," and "La protección de los derechos humanos por la Procuraduría General de la República," in *Los derechos humanos y su protección por parte del estado: Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos celebrado en Alajuela, Costa Rica, del 6 al 12 de diciembre de 1982* (San José, 1984), 111-129.

14 Carlos Manuel Castillo, "Una voz propia para Centro América," in *Centroamérica: Condiciones para su integración* (San José, 1983), 59.

home burn and that respect for human dignity was more important than borders.¹⁵ Furthermore, the absence of an armed forces was not regarded as exonerating Costa Rica from its "historic vocation" to defend democracy and human rights. Indeed, it was precisely because of the country's historical commitment to human rights that intervention was considered legitimate and in no sense a violation of the Costa Rica's neutrality or another country's sovereignty.¹⁶

Such reasoning is similar to that which in the early 1990s led a good number of UN members to approve of a growing number of "humanitarian interventions" including in Central America. Such policies reflect an increasing realization that globalization had made extensive human rights violations in individual countries serious threats to regional and international peace and security. Costa Rica's substantial involvement in the Central American peace process flowed logically from the pursuit of its own national security and economic well-being, as well as its belief in its role as a champion of democracy and human rights. The success of the Esquipulas peace process helped reinforce the international image of the country as a highly effective international leader.

IV. CONCLUSION

Whether or not the traditional interpretation of the origins of Costa Rica's national identity is accurate or not, it is clear that the image of the country as primarily motivated by a commitment to democracy, human rights and social justice helps determine its effectiveness in international fora more than its size or resources. Indeed, the image has sometimes stimulated Costa Rica to take risks that many other countries would not. There is no doubt that Costa Rica is unique in many ways as witness its early adoption of public education and abolition of capital punishment, as well as its activities on behalf of an international human rights regime. Costa Rica has clearly benefited from a national identity infused with idealism that has, at times, served to make one of the smallest countries in the world, an international moral and political leader. The combination of idealism and pragmatism has served Costa Rica well.

15 Carreras, 10.

16 *Ibid.*, 11-12.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y LA PROTECCIÓN DEL HONOR Y LA REPUTACIÓN
DE LAS PERSONAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA*

* Profesor de Derecho Internacional Público y Director del Centro de Estudios de Posgrado de la Universidad Central de Venezuela.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL HONOR Y LA REPUTACIÓN DE LAS PERSONAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA

Sumario: I. La libertad de expresión como herramienta del proceso político. II. el respeto al honor y a la reputación de las personas. III. La difamación de grupos y la prohibición de la apología del odio nacional, racial, o religioso. IV. El derecho de rectificación o de respuesta. V. Conclusión.

"Al rey la hacienda y la vida se ha de dar; pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios."

Calderón de la Barca, en El Alcalde de Zalamea

Del mismo modo como el honor y la intimidad forman parte de nuestro sistema de valores, los derechos al honor y a la vida privada forman parte del catálogo de derechos humanos, teniendo cada uno de ellos características singulares que no se pueden perder de vista y que, a pesar de estar frecuentemente incluidos en una misma disposición,¹ no permiten que se les confunda como distintas facetas de un mismo derecho. Mientras el primero tiene que ver con el respeto de la autoestima, el segundo está dirigido a excluir injerencias externas en asuntos que sólo conciernen al individuo. Según Fariñas Matoni, "es imprescindible distinguir la noción de intimidad de la de honor, para lo cual hay que diferenciar la esfera privada, dominada por la idea de secreto, de la esfera pública, dominada por la idea de difamación".²

1 Cfr., por ejemplo, los arts. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o 59 de la Constitución de Venezuela.

2 *El Derecho a la Intimidad*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1983, p. 307.

El sentido del honor, que se encuentra firmemente afianzado en la noción de dignidad individual, y que probablemente se ha desarrollado con mayor agudeza en la cultura hispana, ha sido recogido en numerosos pasajes de la literatura clásica, destacando el valor que, por encima de otras consideraciones, siempre se le ha atribuido a este sentimiento. Es así como, resaltando su importancia, Cervantes señalaba, por boca de don Quijote, que "por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida";³ es decir, en opinión del príncipe de los ingenios, la libertad y el honor serían de aquellos bienes por los cuales vale la pena arriesgarlo todo y que dan sentido a la existencia. Esta opinión era compartida por Calderón de la Barca, quien defendía con igual énfasis, y con un lenguaje no menos elocuente, el carácter trascendental del honor, colocándolo incluso por encima de la vida y de la propiedad, al sostener que "al rey la hacienda y la vida se ha de dar; pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios."⁴

Especialmente si se considera su relación con el derecho a la vida privada, así como el elemento subjetivo que le es inherente y que le confiere un marcado carácter relativo, definir el derecho al honor no es una tarea fácil; según Rodríguez Devesa, el derecho al honor es el derecho a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros; en su opinión, es un derecho sin el cual no se concibe la dignidad inherente a la condición humana.⁵

Desterrando la idea de que este derecho forme parte del patrimonio moral de un determinado sector social y sea un derecho clasista, el Derecho de los derechos humanos no ha sido insensible a ese sentimiento tan arraigado del honor, que no se puede desligar del derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su dignidad. Sobre el particular, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que nadie será objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. En el mismo sentido, el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, que nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Además, el art. 19 N° 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, y que puede estar sujeto a ciertas restricciones que, estando expresamente fijadas por la ley, sean necesarias para, entre otras cosas, 'asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás'; en el mismo sentido, el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos también somete el ejercicio de la libertad de expresión a las formalidades, condiciones, restricciones, o sanciones prescritas por la ley que, en una sociedad democrática, sean necesarias para, *inter alia*, la protección de la reputación o los derechos de otros. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica, en su

3 *El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*, Segunda Parte, Capítulo LVIII.

4 *El Alcalde de Zalamea*, Jornada I, escena XVIII.

5 Cfr. J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal*, Madrid, 1980, p. 223.

artículo 13 N° 2, que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para alguno de los propósitos que allí se señala, entre los que figura, en primer lugar, el asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; a mayor abundamiento, el art. 14 de la Convención Americana dispone que 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, y que 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.

Curiosamente, sin perjuicio de su reconocimiento como bien jurídico protegido por el Derecho penal,⁶ éste no es un derecho que haya encontrado un amplio reconocimiento en el Derecho constitucional. Entre los pocos textos constitucionales que lo contemplan, el art. 60 de la recién promulgada Constitución de Venezuela⁷ dispone, *inter alia*, que toda persona tiene derecho a la protección de su honor y reputación.⁸ Asimismo, el art. 2 N° 7 de la Constitución del Perú (vigente desde 1993), señala que toda persona tiene derecho "al honor y a la buena reputación",⁹ y el art. 19, N° 4, de la Constitución de Chile consagra el derecho "a la honra de la persona y de su familia",¹⁰ con lo que en ambos casos se están introduciendo elementos adicionales que plantean nuevos problemas conceptuales y jurídicos. Por su parte, el art. 18 de la Constitución española dispone que "se garantiza *el derecho* al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", como si los distintos aspectos que allí se mencionan constituyese-

6 Especialmente a través de la figura del delito de injuria, y eventualmente de los delitos de difamación o de calumnia, sin perjuicio de que estos últimos, además del honor, también protejan la *reputación* de las personas.

7 Publicada en la Gaceta oficial del 30 de diciembre de 1999.

8 El art. 59 de la anterior Constitución de 1961 disponía que toda persona tenía derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor.

9 Lo cual, sin perjuicio de distinguir correctamente entre el honor y la reputación, supone que las personas pueden tener una "*buena reputación*" a la fuerza, como cuestión de Derecho, y no como resultado de la imagen que la comunidad tenga de ellas en función de su comportamiento público y privado. Sobre este particular, parece más apropiado el lenguaje de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no consagra exactamente *el derecho* a la reputación, sino que se limita a garantizar que nadie será objeto de ataques ilegales a su reputación. En este punto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos difiere de la Convención Americana en cuanto coloca al honor y a la reputación en un mismo plano, reconociendo el derecho de toda persona a la protección de la ley contra "ataques ilegales a su honra y (sic) reputación."

10 Con lo que sugiere que el derecho al honor, además del individuo, puede tener como titular a un grupo humano muy concreto -la familia-, pero dejando abierta la puerta para una más amplia discusión, en torno a la honorabilidad de corporaciones o grupos humanos distintos de la familia.

ran un solo derecho, cuestión que, en todo caso, la doctrina y la jurisprudencia ya se han encargado de esclarecer, pronunciándose a favor de la autonomía e independencia de cada uno de los mismos.

Pero, independientemente del valor social que se atribuya al sentimiento del honor, llama poderosamente la atención que, para el Derecho de los derechos humanos, éste no tenga un carácter fundamental. Desde luego, el derecho al honor no figura entre aquellos derechos que, de acuerdo con el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no pueden suspenderse ni aun en el evento de circunstancias extraordinarias que pongan en peligro la vida de la nación; además, excepto por la referencia a la reputación de las personas que hace el art. 10, el derecho al honor tampoco ha sido incluido entre los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. La mera posibilidad de suspender el derecho al honor resulta aun más curiosa en el caso de la Convención Americana, teniendo en cuenta que el art. 11 N° 1 de la misma asocia directamente este derecho con el reconocimiento de la dignidad individual y que ésta, en cuanto base esencial y núcleo irreductible de los derechos humanos, debería gozar de una protección absoluta. Pero, como quiera que sea, los principios de necesidad y proporcionalidad que rigen la suspensión de derechos humanos en situaciones de emergencia hacen muy difícil que se pueda justificar, bajo cualquier circunstancia, que se atropelle la dignidad individual como condición indispensable para superar una situación de peligro para la vida organizada del Estado.

Ninguno de los instrumentos internacionales antes mencionados proporciona una definición del derecho al honor o señala cuál es el contenido del mismo. En realidad, tanto el Pacto como la Convención Americana recurren a un procedimiento diferente, garantizando que nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Por consiguiente, hay que concluir que se trata de un derecho bastante relativo, que no protege al individuo de cualquier ataque dirigido en contra de su honor o reputación, sino solamente de aquellos ataques que puedan ser calificados como '*ilegales*'; sobre este particular, llama la atención el contraste con el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone, en términos incondicionales y absolutos, que nadie será objeto de ataques a su honra o reputación. Desafortunadamente, al contrario de lo que ocurre con otros derechos humanos que, si bien no pueden ser objeto de '*ataques*' legales, pueden verse sometidos a *restricciones* legales que tengan como fundamento la protección de los derechos de otro o la protección de un interés social que resulta preponderante,¹¹ ninguno de estos instrumentos internacionales proporciona una orientación sobre los casos o circunstancias en que un ataque al honor o a la reputación pueda resultar *legal*. En efec-

11 Cfr., por ejemplo, los arts. 12 N° 3, 14 N° 1, 18 N° 3, 19 N° 3, 21, y 22 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los arts. 12 N° 3, 13 N° 2, 15, 16 N° 2, y 22 N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

to, mientras el art. 19, N° 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el art. 13, N° 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10, N° 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, prevé la posibilidad de restringir la libertad de expresión cuando ello sea necesario, *inter alia*, para asegurar el respeto a los derechos o a la *reputación* de los demás, no se proporciona ningún indicio de las razones que podrían legitimar un ataque al honor.

El propósito de este comentario es explorar los posibles conflictos que puedan presentarse entre el derecho al honor y la libertad de expresión, y los principios que deben orientar la solución de los mismos. Tal análisis supone algunas consideraciones en cuanto a los propósitos de la libertad de expresión, y a la función que ella cumple en una sociedad democrática.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO HERRAMIENTA DEL PROCESO POLÍTICO

Sin ser la única, una de las teorías que se han formulado en torno al fundamento de la libertad de expresión tiene que ver con la participación ciudadana en el proceso político. Esta teoría asume que la discusión pública es un deber, y que el propósito de la libertad de expresión es permitirle al ciudadano comprender cabalmente los asuntos de interés público a fin de que pueda participar eficazmente, como un engranaje más, en el adecuado funcionamiento de la democracia; en realidad, esta tesis asume que la democracia política y la libertad de expresión están íntimamente entrelazadas, y que esta última es un elemento indispensable de la primera. Tal conexión ya había sido apreciada nítidamente por James Madison, uno de los redactores de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos -que consagra la libertad de expresión-, al observar que si Jorge III hubiera podido estrangular a la prensa de las colonias antes de 1776, esos pueblos hubieran continuado siendo miserables colonias, quejándose bajo el yugo extranjero.¹² La forma de gobierno debe ser el fruto de la libertad de expresión y del debate público pero, a la inversa, la libertad de expresión sólo es posible en el marco de una sociedad democrática.

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y, por lo tanto, ella no es aplicable solamente a la '*información*' o las '*ideas*' que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, o que son vistas con indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan o perturban.¹³ Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no

12 Cfr. Elliot, *Debates on the Federal Constitution*, vol. 4, p. 571.

13 Cfr., por ejemplo, su sentencia en el caso *The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse."¹⁴ Según este mismo tribunal, "la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre."¹⁵

Sin duda, la libertad de expresión -con la colaboración de los medios de comunicación- permite contar con una opinión pública informada y mejor preparada para la toma de decisiones. Es sólo mediante la libertad de expresión que el ciudadano puede emitir juicios críticos sobre el gobierno, pronunciarse sobre las políticas públicas, y participar libremente en la elección y remoción de autoridades. No es extraño que la prensa constituya uno de los principales instrumentos de control político, cuya eficacia ha permitido que ella sirva de freno a los excesos del poder. En este sentido, en el caso *Cohen v. California*, el Juez Harlan, de la Corte Suprema de los EE.UU., tuvo ocasión de señalar, que:

"El derecho constitucional a la libertad de expresión... está diseñado para remover, y tiene el propósito de remover, las restricciones gubernamentales de la arena de la discusión pública, dejando ampliamente la decisión en torno a cuáles opiniones podrán ventilarse en las manos de cada uno de nosotros, en la esperanza que el uso de esta libertad producirá, en última instancia, una ciudadanía más capaz y una forma de gobierno más perfecta, y en la creencia de que ningún otro enfoque sería compatible con la premisa de la dignidad humana y la elección sobre la cual descansa nuestro sistema político."¹⁶

Estas mismas consideraciones son las que llevaron al Juez William Brennan a sostener que "el debate sobre asuntos de interés público debe ser sin impedimentos, robusto y ampliamente abierto; y eso bien puede incluir ataques vehementes, mordaces, y a veces sarcásticamente desagradables contra funcionarios gubernamentales."¹⁷

Por otra parte, la libertad de expresión puede ser vista no solo como una simple herramienta del proceso político, sino como un instrumento para el progreso y el desarrollo colecti-

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 69.

15 *Ibíd.*, párrafo. 70.

16 *Cohen v. California*, 403 U.S. 24, 1971, citado por Archibald Cox, op. cit., pp. 3-4.

17 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

vo. Al permitir desafiar las ideas prevalecientes, su fundamento descansa en la contribución que ella pueda aportar al buen gobierno. De acuerdo con este criterio, la premisa fundamental es que las ideas hacen avanzar a las ideas; pero ellas sólo pueden germinar y desarrollarse en un ambiente de libertad y tolerancia.

Por otra parte, la tesis que comentamos también tiene -como consecuencia lógica- el efecto de proporcionar una más amplia protección al discurso político y al acceso a información de interés público, rechazando la tan utilizada costumbre de clasificar información que el gobierno considera debe mantener en secreto y no debe ser conocida por la ciudadanía. A título ilustrativo, en el caso *Boos v. Barry*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó como inconstitucional una regulación que prohibía el despliegue de mensajes de gobiernos extranjeros, argumentado que las restricciones dirigidas al contenido del discurso político debían estar sometidas al escrutinio más riguroso.¹⁸

En síntesis, esta teoría sugiere un mayor grado de protección para la expresión de contenido político, la cual se encontraría en el corazón mismo de la libertad de expresión, dejando las expresiones que no tienen tal carácter en una zona marginal, o de penumbra, con un grado menor de protección, o con ninguno. En consecuencia, mientras el discurso político sería absolutamente inmune a la censura estatal, cualquier forma de expresión de contenido no-político estaría sujeta a control y reglamentación.

Pero la libertad de expresión no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede estar sujeta a determinadas restricciones que sean necesarias para la protección de determinados bienes jurídicos, entre los que hay que mencionar el honor y la reputación de las personas.

II. EL RESPETO AL HONOR Y A LA REPUTACIÓN DE LAS PERSONAS

Según William Blackstone, "todo hombre libre tiene el indiscutible derecho a exponer ante el público los sentimientos que le plazca, y prohibir esto es destruir la libertad de prensa; pero si él publica algo que es impropio, dañino o ilegal, tiene que asumir las consecuencias de su propia temeridad."¹⁹ En consecuencia, no es extraño que la primera circunstancia que autoriza restringir la libertad de expresión, y que se menciona tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana, es la relativa al respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

En cuanto a los derechos protegidos, puesto que no se ha especificado otra cosa, esta circunstancia incluiría prácticamente *cualquier derecho*. En particular, ella comprende el mismo

18 Cfr. *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

19 Cfr. *Commentaries on the Laws of England*, tomo IV, pp. 151 - 152.

derecho a la libertad de expresión de terceros, el derecho a la privacidad o a la intimidad, el derecho a circular por las calles y plazas, el derecho a la propiedad intelectual o literaria, el derecho a la libertad personal, la libertad de conciencia y religión, y otros, tales como el derecho a la honra y reputación de las personas (contemplado, como derecho humano, en el art. 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), o el derecho de toda persona al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (contemplado, como derecho humano, en el art. 11 de la Convención Americana).

Como criterio para la solución de conflictos entre dos o más derechos humanos, se sugiere que, en presencia de tales conflictos, debe prevalecer aquel derecho que proteja intereses más vitales de la personalidad o que tengan un carácter preponderante; en este sentido, se ha sostenido que, "puestos en coordinación derechos diferentes de dos o más sujetos, habrán de prevalecer aquellos que afecten más directamente a la personalidad sobre aquellos que estén más distantes de ella. De esta manera, el principio de personalidad se traduce en solución de prevalencia (sic) del derecho que está más próximo al núcleo de la personalidad, sobre el que está más distante. El principio sirve así para armonizar el ejercicio del derecho a la información con otros derechos humanos: cederá ante los más próximos al núcleo de la personalidad, prevalecerá ante los más lejanos."²⁰ Precisamente por su cercanía con el núcleo de la personalidad, el derecho al honor está entre aquellos que plantea conflictos más frecuentes con la libertad de expresión.

Probablemente una de las áreas de mayor relevancia que cubre la disposición antes citada, relativa a protección de los derechos de otro, se refiere a la reputación de las personas, y a la protección de su honor. Si bien ello deja al margen de la expresión protegida el derecho a insultar o injuriar a otra persona, ello no impide el cuestionar sus actos o sus ideas, especialmente si ello es relevante desde el punto de vista del interés público (o incluso del interés particular del orador), y muy especialmente cuando nuestras críticas van dirigidas en contra de aquellos que ejercen el poder político. En este sentido, la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es digna de especial mención: mientras en una primera etapa se estimó que las expresiones difamatorias no estaban protegidas por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y que ellas constituían una excepción a la libertad de expresión amparada por ésta,²¹ en una segunda etapa -cuyo inicio lo marcó la decisión en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*-, ese mismo alto tribunal adoptó un criterio mucho más estricto para ponderar los procesos por difamación en cuanto restricciones legítimas a la libertad de expresión.

En efecto, un aspecto que ciertamente puede incluirse en esa zona de '*ataques legales*' al derecho al honor, y que reviste extraordinaria importancia en una sociedad democrática, es el

20 José M. Desantes-Guanter, op. cit., p. 31.

21 Cfr. su decisión en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), y también *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

relativo a la crítica política que eventualmente pueda lesionar el honor o la reputación de quienes desempeñan funciones de gobierno. Porque las responsabilidades que entraña este derecho no pueden llegar al extremo de coartar el debate político e impedir que se cuestione la conducta de los gobernantes o de quienes ejercen funciones públicas, por muy duras y mortificantes que sean las expresiones que se empleen para ello; la defensa del honor o la reputación no puede ser esgrimida como un instrumento para acallar o intimidar a los medios de comunicación, o a quienes mantienen una posición crítica respecto de hechos o situaciones de interés público que consideran inaceptables. Sin duda, cuando lo que está en juego es el interés colectivo, parece legítimo cuestionar la rectitud, honorabilidad u honradez, de una figura pública. Este criterio ha sido acogido por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde hace mucho tiempo; en efecto, en el caso *Crayg v. Harney*, en que el tribunal inferior había condenado a los peticionarios por desacato al tribunal, sancionándolos con arresto por haber publicado un comentario crítico del comportamiento y las decisiones adoptadas por el juez de ese tribunal en un caso particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó en favor de la libertad de expresión, indicando que "se supone que los jueces son hombres de fortaleza, capaces de prosperar en un clima endurecido... Los jueces que se presentan para la reelección ofrecen su hoja de servicios; ese puede ser un ambiente muy rudo. La crítica es inevitable, y la discusión de su conducta es apropiada, si no necesaria."²²

Algunos años después de la sentencia antes mencionada, cuando en los Estados del sur de los Estados Unidos se recurrió a los procesos por difamación como una forma de reprimir al movimiento en favor de los derechos civiles de los ciudadanos negros,²³ este mismo tribunal, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, hizo extensivo este criterio a otros funcionarios públicos, agregando que "la crítica de la conducta oficial no pierde su protección constitucional simplemente porque sea una crítica efectiva y, en consecuencia, disminuya la reputación de sus

22 *Crayg v. Harney*, 331 U.S. 367, 1947, reproducida por Marc A. Franklin, en *Mass Media Law: Cases and Materials*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1977, pp. 279 y sig.

23 Cfr., en este sentido, Anthony Lewis, *Make no Law: The Sullivan case and the First Amendment*, Random House, New York, 1991, p. 35. En el caso de la referencia -*New York Times Co. v. Sullivan*-, un comisionado de policía demandó por difamación al citado periódico y a cuatro pastores protestantes negros que, el 29 de marzo de 1960, habían publicado un anuncio denunciando la persecución de los negros en el sur de los Estados Unidos, así como la brutalidad policial de que eran víctimas, y solicitando respaldo en su lucha por obtener el derecho a votar; aunque dicho comisionado de policía responsable no era mencionado como personalmente de la brutalidad policial, éste demandó civilmente al *New York Times* y a cuatro de las numerosas personas que aparecían firmando el anuncio, por la suma de US \$ 500.000,00 a cada uno, demanda que fue acogida por los tribunales del Estado de Alabama. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó esa sentencia, considerando que el anuncio en cuestión constituía "una expresión de los motivos de queja y de protesta sobre uno de los temas de mayor importancia pública de nuestro tiempo". *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686, 1964, sentencia reproducida en Gerald Gunther, *Constitutional Law: Cases and Materials*, The Foundation Press Inc., Mineola, N.Y., 1975, p. 1266.

oficiales."²⁴ A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe a un funcionario público demandar daños por aseveraciones falsas que lo difaman si tales aseveraciones se refieren a su conducta oficial, a menos que pruebe que esa aseveración se hizo con *'mala intención'* es decir con conocimiento de su falsedad, o con manifiesta indiferencia por su verdad o falsedad.²⁵ Con extrema cautela, la Corte llegó incluso a advertir sobre el riesgo de utilizar la *exceptio veritatis* en estos casos; según el tribunal, permitir como defensa demostrar la verdad de lo que se afirma no significa que, en esta forma, se va a disuadir el discurso falso porque, bajo esa regla, eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, incluso si se cree que ellas son verdaderas, e incluso si ellas son -de hecho- verdaderas, debido a la duda de si se podrá probar en el tribunal, o al temor del costo de tener que hacerlo; es por ello que, según la Corte, tal regla desalienta el vigor del debate público y restringe su variedad.²⁶ En la sentencia recaída en este mismo caso, es interesante observar que, en las opiniones disidentes de los jueces Black, Goldberg, y Douglas, se sugiere que habría un derecho constitucional, incondicional y absoluto, a expresar opiniones críticas de la conducta oficial, de las agencias del Estado, y de funcionarios públicos, a pesar del daño que pueda derivar de los excesos y abusos de este privilegio.²⁷ A juicio del Juez Goldberg, este privilegio absoluto del ciudadano para criticar la conducta oficial "no deja al funcionario público sin defensa frente a opiniones infundadas o relaciones de hechos equivocadas o falsas... El funcionario público tiene, ciertamente, igual -si no mayor- acceso que la mayoría de los ciudadanos particulares a los medios de comunicación."²⁸

A pesar de que la Convención Europea de Derechos Humanos no protege explícitamente el derecho al honor, excepto por la referencia que se hace en el art. 10 N° 2 de la misma a *'la protección de la reputación o los derechos de otros'* como base legítima para restringir la libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos -en el caso de un periodista austríaco condenado por difamar a través de la prensa al entonces primer ministro de Austria, Sr. Bruno Kreisky- parece coincidir con el criterio adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y expuesto en los párrafos precedentes.²⁹ En el caso que se menciona, en el curso de una entrevista de televisión realizada pocos días antes de las elecciones generales de 1975 en Austria, Simon Wiesenthal (Presidente del Centro de Documentación Judía) acusó al Sr. Friedrich Peter, Presidente del Partido Liberal austríaco (entonces miembro de la coalición

24 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686, 1964, reproducida en Gerald Gunther, en *Constitutional Law: Cases and Materials*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1975, pp. 1263 y sig.

25 Cfr. *Ibid.*, p. 1267.

26 Cfr. *Ibidem*.

27 Cfr. *Ibid.*, pp. 1268 y sig.

28 *Ibid.*, p. 1269.

29 Cfr., Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Lingens* (12/1984/84/131), sentencia del 8 de julio de 1986.

gobernante) de haber servido en la primera brigada de infantería de las SS durante la Segunda Guerra Mundial; al día siguiente, el Primer Ministro Kreisky declaró -en una entrevista de televisión y a través de la prensa- que apoyaba vigorosamente al Sr. Peter y se refirió a la organización y a las actividades de Wiesenthal como una '*mafia política*' que utilizaba '*métodos mafiosos*'. Es luego de estos hechos que el Sr. Lingens publicó dos artículos en la revista *Profil*, objetando los comentarios de Kreisky y expresando que, "si ellos hubieran sido hechos por otra persona, esto probablemente hubiera sido descrito como el oportunismo más rastrero"; en su opinión, "el comportamiento del Sr. Kreisky no (podía) ser criticado sobre bases racionales sino únicamente sobre bases irracionales: es inmoral e indigno"; dichos comentarios le valieron una condena por difamación, que el Sr. Lingens objetó ante los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos, por constituir una violación de la libertad de expresión. En opinión de la Corte Europea, la libertad de expresión (que constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para el progreso individual y la autorrealización) tiene vigencia "no sólo respecto de informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, consideradas como inofensivas, o vistas con indiferencia, sino que se extiende también a aquellas que ofenden, horrorizan o molestan. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la mente abierta, sin las cuales no hay '*sociedad democrática*'".³⁰ Según este tribunal, "los límites de la crítica aceptable son en consecuencia más amplios tratándose de un político que de un individuo ordinario. A diferencia de este último, el primero se expone a sí mismo, inevitablemente y a sabiendas, al escrutinio público de cada una de sus palabras y de cada uno de sus hechos, y debe, por lo tanto, desplegar un mayor grado de tolerancia."³¹ La Corte admitió que el uso de expresiones como '*oportunismo más rastrero*', '*inmoral*', e '*indigno*', para referirse al Sr. Kreisky probablemente dañarían su reputación pero, puesto que ellas se habían proferido en su condición de Primer Ministro, debía tenerse en cuenta las circunstancias en que el Sr. Lingens escribió los artículos de prensa considerados difamatorios, circunstancias que incluían un proceso electoral y la necesidad de formar una coalición gobernante, sin que tales expresiones pudieran calificarse como inusuales en el forcejeo típico de la política;³² por lo tanto, el tribunal estimó que la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión del Sr. Lingens "no fue '*necesaria en una sociedad democrática... para la protección de la reputación... de otros*'; fue desproporcionada para el legítimo propósito perseguido."³³

Al definir el derecho al honor, algunos autores han distinguido entre el honor objetivo, entendido como el juicio de valor que los demás hacen de nuestras cualidades, y el honor subjetivo, entendido como la representación que el sujeto tiene de sí mismo.³⁴ El primero es pro-

30 *Ibíd.*, párrafo 41.

31 *Ibíd.*, párrafo 42.

32 Cfr. *Ibíd.*, párrafo 43.

33 *Ibíd.*, párrafo 47.

34 Cfr., por ejemplo, Fernando Herrero - Tejedor, *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, 2ª edición, Madrid, Editorial Colex, 1994, p. 77.

tegido penalmente mediante las figuras de la difamación o la calumnia, que tienen lugar frente a terceros o valiéndose de los medios de comunicación, y el segundo lo es a través de la tipificación del delito de injuria que, en principio, se comete en presencia de la persona agraviada. Por otra parte, los tipos delictivos antes mencionados, que son de acción privada y que permiten la exclusión de la pena en caso de perdón de parte del agraviado, también reflejan el carácter relativo, y subjetivo, del honor en cualquiera de sus manifestaciones.

Pero las referencias a la *reputación* de las personas, contenidas tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sugieren que el concepto que los demás puedan tener de cada individuo es un elemento distinto del derecho al honor y que, por lo tanto, debe deslindarse de este último al formular una definición del mismo; de manera que, en sentido estricto, el honor correspondería al sentimiento o a la conciencia de la propia dignidad, y la reputación sería el resultado de la fama que esa misma persona tiene frente a terceros. Mientras el honor es el producto de la consideración a que toda persona se hace acreedora por el solo hecho de ser humana, la reputación es el fruto de la consideración a que, en atención a sus cualidades y defectos, cada uno de nosotros se ha hecho merecedor en el seno de la sociedad en que se desenvuelve; pero, sin duda, la buena fama que tengamos entre terceros acrecienta nuestro propio sentimiento del honor individual. Así entendido, no es extraño que, por lo menos en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establezca una relación tan estrecha entre el derecho al honor y el reconocimiento de la dignidad individual. Por el contrario, y sin perjuicio de que toda persona esté protegida de los ataques que se puedan hacer a su reputación, no puede asumirse que toda persona tenga *derecho* a la reputación, cualquiera que ésta sea; además, resulta igualmente pertinente subrayar que en los delitos contra la reputación de las personas, tales como la calumnia o la difamación, por la propia naturaleza de los mismos, se ha admitido la *exceptio veritatis*, como una defensa que elimina uno de los elementos del delito y, probablemente, demuestra que no se ha lesionado la reputación del presunto agraviado o que tal reputación era infundada.

Por otra parte, desde el punto de vista normativo, es interesante observar que sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla expresamente, en su art. 14, el derecho de 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, a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Además, esta misma disposición señala que, 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. En todo caso, es importante subrayar que el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta no eximen, en ningún caso, de las otras responsabilidades legales en que hubiere incurrido el autor de las informaciones inexactas o agraviantes, o el responsable del medio de comunicación a través del cual aquellas informaciones se hayan emitido.

Pero conviene recordar que, tratándose de un derecho inseparable de la personalidad, este derecho se extingue con ella y no se transmite a sus herederos, excepto en lo que concierne a las acciones penales por una ofensa cometida antes de que falleciera la persona agraviada. Según Romero Coloma, "las ofensas inferidas a la memoria de los difuntos son punibles cuando alcanzan a las personas de sus herederos y parientes, y, por tanto, al honor, no del difunto, sino de las personas vivas."³⁵

En cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, el art. 17 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "nadie será objeto... de ataques ilegales a su honra y reputación", y el art. 11 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al respeto de su dignidad", agregando que "nadie puede ser objeto... de ataques ilegales a su honra o reputación." En ambos casos se agrega que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Además, en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la reputación de las personas se encuentra adicionalmente protegida por el art. 14, relativo al derecho de rectificación o de respuesta, el cual expresa que "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."

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta no impide la exigibilidad inmediata de este derecho; en consecuencia, si por cualquier circunstancia éste no pudiera ser ejercido por cualquier persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención Americana, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.³⁶ Para la Corte, la circunstancia que, según el art. 14 de la Convención, este derecho esté sujeto a '*las condiciones que establezca la ley*' se refiere a las condiciones relacionadas con el ejercicio del derecho y atañe a su efectividad en el orden interno, pero no a su creación, existencia o exigibilidad internacional.³⁷ Según la Corte, las condiciones que puede establecer la ley son aquellas que no están señaladas en la Convención y que se refieren, *inter alia*, a si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse este derecho, qué terminología es admisible, etc.³⁸ Pero el hecho de que los Estados partes puedan

35 Aurelia M. Romero Coloma, *Los bienes y derechos de la personalidad*, Editorial Trivium, Madrid, 1985, pp. 58 y sig.

36 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, párrafo 28.

37 Cfr. *Ibid.*, párrafo 33.

38 Cfr. *Ibid.*, párrafo 27.

fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta no impide la exigibilidad, conforme al Derecho internacional, de las obligaciones que aquellos han contraído según el art. 1 N° 1 de la Convención, que establece el compromiso de los propios Estados partes de ‘*respetar* los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención, y de ‘*garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.’ En consecuencia, si, por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por cualquier persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.³⁹

Pero debe llamarse la atención del lector sobre el hecho que -tanto en el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- se protege a la persona de ataques ‘*illegales*’ a su honra o reputación. En consecuencia, parece obvio concluir que, en ciertas circunstancias, un ataque a la honra o a la reputación de las personas puede resultar lícito, y probablemente legítimo. A nuestro juicio, ello parece especialmente claro en el caso de cuestionar la honorabilidad u honradez de una figura pública, o en casos en que se encuentre involucrado el interés colectivo; en efecto, existe un interés legítimo por parte de los integrantes del grupo social en cuanto a discutir la rectitud y honestidad de aquellos a quienes se les ha encomendado la administración de los negocios públicos, y la protección de la reputación de las personas no se puede utilizar como un escudo para impedir o coartar el debate político. En el caso *Crayg v. Harney*, en que un tribunal inferior había condenado a los peticionarios por desacato al tribunal -condenándolos a prisión- por haber publicado un comentario crítico del comportamiento y las decisiones de ese tribunal en un caso particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó en favor de la libertad de expresión, indicando que "se supone que los jueces son hombres de fortaleza, capaces de prosperar en un clima endurecido... Los jueces que se presentan para la reelección ofrecen su hoja de servicios. Ese puede ser un ambiente muy rudo. La crítica es inevitable, y la discusión de su conducta es apropiada, si no necesaria."⁴⁰ Posteriormente, en el caso *New York Times v. Sullivan*, este mismo criterio fue extendido a otros funcionarios públicos; en esta ocasión, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que "la crítica de la conducta oficial no pierde su protección constitucional simplemente porque sea una crítica efectiva y, en consecuencia, disminuya la reputación de sus oficiales."⁴¹

Lo que parece claro es que, en una sociedad democrática, esta restricción no puede convertirse en un obstáculo insalvable que impida criticar a quienes ejercen algún cargo público,

39 Cfr. *Ibid*, párrafo 28.

40 *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947), reproducida por Marc A. Franklin, en *Mass Media Law: cases and materials*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1977, pp. 279 y ss.

41 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686, 1964, reproducida en Gerald Gunther, *Constitutional Law: cases and materials*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1975, pp. 1263 y ss.

o comentar una realidad social y política determinada. En este sentido, en las opiniones disidentes de los jueces Black, Goldberg, y Douglas, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, con algunas diferencias de matices entre uno y otro, habría un derecho constitucional incondicional y absoluto a expresar opiniones críticas de la conducta oficial, de las agencias del Estado, y de funcionarios públicos, a pesar del daño que pueda derivar de los excesos y abusos de este privilegio.⁴² A juicio del juez Goldberg, este privilegio absoluto del ciudadano para criticar la conducta oficial "no deja al funcionario público sin defensa frente a opiniones infundadas o revelaciones equivocadas o falsas... El funcionario público tiene, ciertamente, igual -si no mayor- acceso que la mayoría de los ciudadanos particulares a los medios de comunicación."⁴³

Pero, cualquiera que sea la interpretación que se haga de la misma, esta restricción no puede ser esgrimida como un arma política para acallar o intimidar a los medios de comunicación, o a quienes mantienen una posición crítica, respecto de hechos sociales de interés público que consideran inaceptables. En este sentido, conviene recordar que, en los años sesenta, en los Estados del sur de los Estados Unidos se recurrió a los procesos por difamación como una forma de reprimir al movimiento en favor de los derechos civiles de los ciudadanos negros.⁴⁴ En el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, un comisionado de policía demandó por difamación al citado periódico y a cuatro pastores protestantes negros que, el 29 de marzo de 1960, habían publicado un anuncio denunciando la persecución de los negros en el sur de los Estados Unidos así como la brutalidad policial de que eran víctimas, y solicitando respaldo en su lucha por obtener el derecho a votar; aunque dicho comisionado de policía no era mencionado como personalmente responsable de la brutalidad policial, éste sostuvo que -en la medida que sus deberes incluían la supervisión de la policía- se le asociaría con esos comentarios críticos que se le hacían a ésta y demandó civilmente al *New York Times* y a cuatro de las personas que aparecían firmando el anuncio, por la suma de U.S. \$ 500.000 a cada uno, demanda que fue acogida por los tribunales del Estado de Alabama. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó esa sentencia, considerando que el anuncio en cuestión constituía "... una expresión de los motivos de queja y de protesta sobre uno de los temas de mayor importancia pública de nuestro tiempo, (y que) claramente parece calificar para la protección constitucional."⁴⁵ En cuanto a si se pierde la protección constitucional por la existencia de afirmaciones falsas o erróneas -como las que, de hecho, había en el anuncio en cuestión-, la Corte observó que la

42 Cfr., *ibíd.* pp. 1268 y sig.

43 *Ibíd.*, p. 1269.

44 Cfr., Anthony Lewis, *Make no Law: The Sullivan case and the First Amendment*, Random House, New York, 1991, p. 35.

45 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686, 1964, reproducida en Gerald Gunther, *Constitutional Law: cases and materials*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1975, p. 1266.

protección constitucional de la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad, o utilidad social de las ideas y creencias que se ofrecen; en su opinión, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y deben estar protegidas si la libertad de expresión va a disponer del '*espacio para respirar*' que ella necesita para sobrevivir.⁴⁶ Teniendo presente que el comisionado de policía había demandado civilmente y obtenido una indemnización civil por difamación, la Corte sostuvo que, lo que constitucionalmente un Estado no podía hacer por medio de su legislación penal, estaba igualmente fuera del alcance de su legislación civil por difamación; en su opinión, el temor a una indemnización civil podía ser marcadamente más inhibitorio que el miedo de una acusación penal.⁴⁷ Además, la Corte observó que, en este caso, la indemnización civil conferida al demandante -sin necesidad de ninguna prueba de una pérdida pecuniaria efectiva- era mil veces más grande que la multa máxima prevista por la legislación penal del Estado de Alabama, y cien veces más grande que la que contemplaba la antigua -y ya derogada- ley de sedición; esa es una atmósfera en que la libertad de expresión no puede sobrevivir.⁴⁸ Según la Corte, permitir como defensa el probar la verdad de lo que se afirma no significa que en esta forma se va a disuadir el discurso falso; bajo esa regla, eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, incluso si se cree que ellas son verdaderas, e incluso si ellas son -de hecho- verdaderas, debido a la duda de si se podrá probar en el tribunal, o al temor del costo de tener que hacerlo. Tal regla desalienta el vigor del debate público y restringe su variedad.⁴⁹

A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe a un funcionario público demandar daños por aseveraciones falsas que lo difaman, si tales aseveraciones se refieren a su conducta oficial, a menos que pruebe que esa aseveración se hizo con '*mala intención*', es decir, con conocimiento de su falsedad, o con manifiesta indiferencia por su verdad o falsedad.⁵⁰ Tal conclusión es inevitable, teniendo en cuenta que uno de los propósitos de la libertad de expresión es permitir juzgar y criticar las políticas del gobierno y la conducta de aquellos que la ejecutan. Pero, incluso si se probara la *malicia* de la información, el funcionario demandante debe probar que las expresiones difamatorias se refieren a él.⁵¹

a) Las leyes de desacato.- Las consideraciones anteriores conducen a cuestionar la existencia de leyes que protegen el honor de los funcionarios públicos, cuestión que la

46 Cfr. *Ibidem*.

47 Cfr. *Ibid*, p. 1267.

48 Cfr. *Ibidem*.

49 Cfr. *Ibidem*.

50 Cfr. *Ibidem*.

51 Cfr. *Ibid*, p. 1268.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de examinar en su *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos humanos*.⁵² En este informe, la Comisión hizo un análisis de las leyes que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales (las llamadas leyes de desacato) con la libertad de expresión, en la forma en que ésta se encuentra consagrada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomendando a los Estados en que existan estas leyes derogarlas, o reformarlas con el objeto de adecuarlas a los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁵³ El propósito de las leyes de desacato, vigentes en varios Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, supuestamente es proteger a los funcionarios públicos de expresiones ofensivas o críticas, a fin de permitirles un desempeño más expedito de sus funciones; en segundo lugar, las leyes de desacato servirían para proteger el orden público, porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que -según se argumenta- ella se reflejaría no sólo en el individuo objeto de la crítica sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios.⁵⁴ Según la Comisión, las ‘*restricciones*’ (sic) a la libertad de expresión previstas en el art. 13 N° 2 de la Convención Americana deben interpretarse de manera compatible con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas, conforme a lo estipulado en los artículos 29 y 32 de la misma Convención;⁵⁵ por consiguiente, no pueden interpretarse de manera que puedan ‘excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno’ (art. 29 letra c), o que se excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXVIII dispone que los derechos de cada hombre están limitados por ‘las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático’ (art. 29 letra d), o por lo previsto en el art. 32 N° 2 de la Convención, en cuanto a que las restricciones a la libertad de expresión deben responder a la necesidad de proteger los derechos de los demás, la seguridad de todos, o las justas exigencias del bien común, ‘*en una sociedad democrática*’.

En lo que se refiere al establecimiento de ‘*responsabilidades ulteriores*’ previsto en el art. 13 N° 2 de la Convención, la Comisión Interamericana ha hecho suyo el criterio expuesto por la Corte, en el sentido de que ello supone la concurrencia de cuatro requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y

52 *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 207 a 223.

53 Cfr. *Ibíd*, pág. 209.

54 Cfr. *Ibíd*, pág. 212.

55 Cfr. *Ibíd*, pág. 217.

d) que esas causales sean 'necesarias' para asegurar los mencionados fines.⁵⁶ La Comisión estima que las leyes de desacato no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión, y que no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática.⁵⁷

Según la Comisión, la aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en su carácter oficial les otorga injustificadamente un medio de protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad; esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático, que hace al gobierno objeto de controles, incluido el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. De modo que, si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial, a todos los efectos, son el gobierno, los individuos tienen el derecho de criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública. De acuerdo con la Comisión,

(E)l derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate público a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión... Además de las restricciones directas, las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público. A este respecto, la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionante se exprese, "equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro." El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor.⁵⁸

En opinión de la Comisión, las leyes de desacato plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado, y que dichas leyes sean utilizadas precisamente

56 Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 39.

57 Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 218-222.

58 *Ibíd.*, pp. 218-219. La cita que se hace de la Corte Europea de Derechos Humanos corresponde a lo expresado por ese tribunal en el caso *Lingens v. Austria*, en su sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 44.

para suprimir tanto la crítica como los adversarios políticos; de manera que, al proteger al funcionario contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia, protege al propio gobierno de las críticas que se le puedan hacer.⁵⁹

Si bien se puede argumentar que las leyes de desacato que requieren que el discurso ofensivo sea pronunciado en presencia del funcionario público tienen por objeto impedir los disturbios y desórdenes civiles, de todas maneras castigan y restringen el contenido de la expresión, en cuanto éste se relacione con el honor del funcionario público. Lo anterior conduce a la Comisión a observar que "el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática."⁶⁰ En consecuencia, la Comisión vio con buenos ojos que, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, condenado por difamar a un Ministro de la Corte Suprema Argentina, el Estado denunciado revocara dicha sentencia y derogara la figura del desacato, ajustando la legislación argentina a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶¹

La Comisión Interamericana rechaza que las leyes de desacato sean 'necesarias' para asegurar el orden público en una sociedad democrática. Según la Comisión, la protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público; ello es especialmente así, teniendo en cuenta que el gobierno dispone de otros medios para responder a ataques injustificados, mediante su acceso a los medios de comunicación o mediante acciones civiles individuales por difamación o calumnia, que puede invocar cualquier persona, independientemente de su condición. A juicio de la Comisión, se puede concebir la protección del honor sin restringir la crítica a la administración pública.⁶² La Comisión ha observado que "las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas -y no menos expuestas- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas

59 Cfr. *Ibíd.*, pág. 220.

60 *Ibíd.*, pág. 220.

61 Cfr. el Informe N° 22/94, caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, del 20 de septiembre de 1994, en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1994*, Washington, D.C., 1995, pp. 40-45.

62 Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 221.

personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica."⁶³ Si bien se admite la existencia de una zona de intervención legítima del Estado cuando la expresión de una opinión o de una idea (o de una información) interfiere con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad, en la arena política, el umbral para la intervención del Estado es necesariamente más alto, debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática; en consecuencia, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión consagrada en el art. 13 de la Convención.⁶⁴

b) La posición de las figuras públicas ajenas a la política.- Recientemente, en un caso que no involucraba a un funcionario de gobierno sino a un pastor protestante que -como tal- se había constituido en una figura pública, a quien la revista *Hustler* se refirió en una parodia grosera, sugiriendo que dicho pastor había tenido un encuentro incestuoso con su madre en una letrina, y a quien un tribunal estatal le había concedido una indemnización por haberle causado intencionalmente '*angustia emocional*', la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque confirmó la tesis que había sostenido en *New York Times Co. v. Sullivan* (en el sentido de que la víctima de una publicación de esa naturaleza sólo podía recuperar daños si probaba que ella era manifiestamente falsa, o reflejaba un descuido negligente por la verdad), sostuvo que la parodia de la revista *Hustler* no podía ser tomada en serio por los lectores y, en consecuencia, revocó la sentencia que había condenado a dicha revista a pagar daños.⁶⁵

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en el caso de un libro titulado '*Impunidad Diplomática*', publicado en Argentina a través de Editorial Planeta, cuyo autor era el periodista chileno Francisco Martorell; en el mencionado libro se mencionaban las circunstancias que condujeron a la partida del ex Embajador de Argentina en Chile, Sr. Óscar Espinoza Melo, quien supuestamente organizaba fiestas en la residencia del Embajador y luego extorsionaba a personajes prominentes que participaban en las mismas. Como resultado de varias acciones penales que se entablaron ante los tribunales chilenos por personas citadas en el libro y que alegaban que el mismo era calumnioso e injurioso, y particularmente en respuesta a un recurso de protección introducido por un empresario chileno ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dicho tribunal dictó una prohibición temporal de ingreso, distribución y circulación del libro en Chile. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de ese país rechazó en forma unánime un recurso extraordinario, y dispuso la prohibición de la circulación del libro. La Comisión rechazó el argumento del gobierno chileno en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene

63 *Ibíd.*, pág. 222.

64 Cfr. *Ibíd.*, pp. 222-223.

65 Este caso, que involucraba al reverendo Jerry Falwell, es citado por Anthony Lewis, en el Foreword de *Free Speech Yearbook*, vol. 29, 1991, p. XI.

el derecho a la libertad de expresión;⁶⁶ según la Comisión, las disposiciones del art. 11, relativas al derecho al honor, no pueden interpretarse por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación del art. 13, relativo a la libertad de expresión, que prohíbe la censura previa.⁶⁷ De manera que al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el art. 11 de la Convención Americana, y al aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho interno, los Estados partes tienen la libertad de expresión; según la Comisión, cualquier conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención puede resolverse recurriendo a los términos empleados por el propio art. 13, en lo que se refiere al establecimiento de responsabilidades ulteriores.⁶⁸

III. LA DIFAMACIÓN DE GRUPOS Y LA PROHIBICIÓN DE LA APOLOGÍA DEL ODIOS NACIONAL, RACIAL, O RELIGIOSO

Por otra parte, también es necesario definir si el honor puede verse lesionado como consecuencia de un acto de difamación o de injuria colectiva; sobre este particular, no está demás recordar que el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el art. 13 N° 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíben la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma, u origen nacional. Además, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁶⁹ condena, en su art. 4, toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial. Curiosamente, en el caso de un reportero de televisión que fue condenado al pago de una multa por ayudar e instigar a diseminar ideas racistas, la Corte Europea de Derechos Humanos no examinó si esta limitación tenía un carácter absoluto o relativo, y sostuvo que, en este caso, "el medio empleado fue desproporcionado para el propósito de proteger 'la reputación o los derechos de otro'".⁷⁰

66 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 11/96, caso 11.230, Chile, del 3 de mayo de 1996, párrafo 70, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1996*, Washington, D.C., 1997, pp. 241 y ss.

67 Cfr. *Ibid*, párrafo 72.

68 Cfr. *Ibid*, párrafos 74 y 75.

69 Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965, y en vigor desde el 4 de febrero de 1969.

70 Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark* (36/1993/431/510), sentencia del 23 de septiembre de 1994, párrafo 37.

Por expresiones '*difamatorias*' debemos entender aquellas que persiguen disminuir o menoscabar la reputación de una persona determinada y claramente identificada. Sin embargo, en el caso *Beauharnais v. Illinois*, la Corte Suprema de los Estados Unidos -en una decisión dividida, con cinco votos a favor y cuatro en contra- aceptó la difamación de grupos; esto es, convino en calificar como difamatorias las expresiones que presentan a un grupo o clase de ciudadanos (en razón de su raza, color, credo o religión) como depravados, criminales, impúdicos, o carentes de virtud, y que los expone al desprecio, el escarnio, o el vilipendio público.⁷¹ La Corte Suprema de los Estados Unidos apreció este caso como '*daño a la reputación*' de las personas más que como apología del odio en contra de un grupo; en su opinión, "si una aserción dirigida a un individuo puede ser objeto de sanciones penales, no podemos negarle al Estado el poder de castigar esas mismas aserciones dirigidas a un grupo definido..."⁷² Pero en el marco del Derecho de los derechos humanos, no hay que recurrir a una institución diseñada para castigar expresiones maliciosas o abusivas -dirigidas en contra de individuos perfectamente identificados- para proteger a un grupo o clase de personas; aserciones de esa naturaleza podrían constituir '*apología del odio nacional, racial o religioso*' y, en cuanto tales, no estar protegidas por la libertad de expresión.

En cuanto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se puede apreciar que la garantía de que la ley prohibirá la apología del odio nacional, racial o religioso no es absoluta, sino que está condicionada a que ella constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, en el caso del Pacto, o que constituya una incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por motivos de raza, color, religión, idioma u origen nacional, en el caso de la Convención Americana. Pero, no obstante las diferencias en la redacción de ambos textos, no parece haber una diferencia substancial entre ellos; aunque el Pacto excluye expresamente la '*incitación a la discriminación*', la Convención Americana aparentemente logra el mismo objetivo impidiendo la incitación a cualquier acción ilegal en contra de cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, incluso los de raza, color, idioma, religión u origen nacional; aunque éste parece haber sido el propósito de los redactores, el mismo se ve ensombrecido por la circunstancia de que, según la Convención Americana, esta acción ilegal debe ser '*similar*' a la incitación a la violencia. Por el contrario, la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene ninguna limitación de esta naturaleza. Si bien -en su artículo 14- ella señala que "el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación", sólo una interpretación muy rebuscada de esta disposición podría impedir la apología del odio nacional, racial o religioso.

71 Cfr. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

72 *Ibidem*.

En lo que concierne estrictamente a la discriminación racial, el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁷³ expresa que los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma. En la misma disposición, los Estados se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas, destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, incluyendo *-inter alia-* las siguientes: a) declarar punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación, y b) declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocer que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley.

En el caso de un ex profesor de literatura en las universidades de la Sorbona y Lyon, quien fue condenado en virtud de la ley Gayssot, del 13 de julio de 1990, por haber sostenido en una entrevista que la existencia de las cámaras de gas durante la Segunda Guerra Mundial era un mito y haber calificado los juicios de Nüremberg como una mascarada siniestra, el Comité de Derechos Humanos estuvo de acuerdo con lo alegado por el gobierno de Francia, en el sentido de que tales expresiones inspiraban sentimientos antisemitas y que, por lo tanto, el señor Faurisson había sido condenado por violar los derechos y la reputación de otros, por lo que las restricciones impuestas por la mencionada ley eran necesarias de acuerdo con los propósitos del art. 19 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁷⁴ Según el gobierno del Estado denunciado, al poner en duda la realidad del exterminio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, Faurisson estaba incitando a sus lectores a un comportamiento antisemita y, bajo el disfraz de la investigación histórica, buscaba acusar al pueblo judío de haber falsificado y distorsionado los hechos creando el mito del exterminio judío; en su opinión, al objetar la validez de la sentencia del Tribunal de Nüremberg, Faurisson también estaba atacando la reputación y la memoria de las víctimas del nazismo.⁷⁵

En Chile, la reciente prohibición de la película *'La última tentación de Cristo'*, de Martín Scorsese, basada en el libro del mismo título de Nikos Kazantzakis, según la Corte Suprema de dicho país, se sustentó en que la película presentaba a la figura de Jesucristo de tal modo deformada y humillada que su honra aparecía vulnerada gravemente, lo que no se lograba cohes-

73 Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 2106 A, del 21 de diciembre de 1965.

74 Cfr. Human Rights Committee, Views Communication N° 550/1993, en CCPR/C58/D/550/1993, del 16 de diciembre de 1996, párrafos 9.5, 9.6, y 9.7.

75 Cfr. *Ibíd*, párrafos 7.2, 7.3, 7.5, 7.6, y 7.11.

tar atribuyendo todo a una fantasía onírica; según dicho tribunal, tratándose de la honra el sujeto protegido es la persona y su familia, para quienes se cautela su honor inherente a la dignidad del ser humano, sin perjuicio de los efectos que puedan alcanzar al grupo humano que compone la Iglesia Católica, y a otras confesiones cristianas, así como a todos los que ven en Jesucristo su esperanza y modelo de existencia. En opinión de la Corte Suprema de Chile, al ofender, debilitar o deformar la persona de Cristo, la película ofende y agravia a quienes, como los recurrentes ante ese tribunal, basan su fe en la persona de Cristo, Dios y hombre, y a partir de esa convicción y realidad asumen y dirigen sus propias vidas, por que sería procedente la protección solicitada por los que se oponían a la exhibición de esa película.⁷⁶ Por el contrario, si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que puede estar sujeta a restricciones con el fin de asegurar, entre otras cosas, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, también ha subrayado la importancia de que esas restricciones incorporen las justas exigencias de una sociedad democrática.⁷⁷ La Comisión entiende que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas; por consiguiente, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el art. 13 de la Convención Americana con el propósito fundamental de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.⁷⁸ La Comisión rechaza que el art. 11 de la Convención Americana pueda interpretarse de forma que resulte en una violación del art. 13 de la misma Convención y, citando la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, recuerda que aquellas personas que eligen ejercitar la libertad para manifestar su religión, independientemente de que lo hagan como miembros de una mayoría o minoría religiosa, no pueden razonablemente esperar estar exentos de toda crítica, y deben tolerar y aceptar la negación de sus creencias religiosas por parte de otros e incluso la propagación de doctrinas hostiles a su fe; por ello, la libertad de expresión es válida no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población.⁷⁹

IV. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN O DE RESPUESTA

El art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra un derecho íntimamente ligado a la protección del honor y la reputación de las personas; se trata del dere-

76 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafos 5 y 6.

77 Cfr. *Ibid.*, párrafos 73 y 75.

78 Cfr. *Ibid.*, párrafo 79.

79 Cfr. *Ibid.*, párrafos 81 y 83.

cho que tiene toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión a efectuar, por el mismo órgano de difusión, su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. La disposición que comentamos dispone expresamente que el ejercicio de este derecho no exime de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido y, en segundo lugar, impone a los medios de comunicación, y a toda publicación y empresa cinematográfica, la obligación de tener una persona responsable, que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. Este derecho, que confiere a la persona afectada la posibilidad de utilizar el mismo medio de difusión para rectificar o responder a informaciones inexactas o agraviantes, no debe confundirse con la obligación de retractarse que la ley le pueda imponer al responsable de la información inexacta o agraviante.

Sin embargo, el derecho de rectificación ha encontrado una firme resistencia en ciertos sectores, y muy especialmente en los propietarios de los medios de comunicación. En relación con una ley del Estado de Florida que reconocía el derecho de réplica a los candidatos a un cargo público para responder los ataques y las críticas de que pudieran ser objeto en la prensa, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que, si bien es correcto afirmar que un periódico no está sujeto a las limitaciones de tiempo que enfrenta un medio radioeléctrico, no es correcto decir que, en cuanto a realidad económica, un periódico puede proceder a una expansión infinita del espacio de sus columnas para acomodar las réplicas que una ley o una agencia estatal determinen que deban publicarse. Enfrentado a las sanciones que puedan resultar aplicables a un periódico que publique una noticia o un comentario que plausiblemente pueda estar dentro del alcance de una ley de esta naturaleza, los editores podrían concluir que lo más seguro es no publicar esa noticia o comentario, precisamente para evitar la controversia; en consecuencia, el efecto de este tipo de leyes puede ser que se reduzca la cobertura de un proceso electoral o político, y que disminuya la amplitud, el vigor, y la fortaleza del debate político. Según la Corte, incluso si un periódico no tiene que incurrir en costos adicionales, ni tiene que renunciar a publicar otras noticias o comentarios para cumplir con la publicación de una réplica, la ley del Estado de Florida estaría interfiriendo con la función de los editores del periódico. Un periódico es más que un receptor o conductor pasivo de noticias y comentarios; de manera que la elección en cuanto al material que se publicará, así como la decisión en cuanto a las limitaciones de contenido y de tamaño, el tratamiento de asuntos de interés público o la crítica de funcionarios públicos -ya sea justa o injusta- constituyen el ejercicio del control y criterio editorial que no se puede regular de manera compatible con la garantía constitucional de la libertad de expresión y de la libertad de prensa.⁸⁰

En todo caso, es interesante destacar las condiciones en que, según la ley del Estado de Florida, debía publicarse la réplica. A petición del candidato, dicha réplica debía publicarse libre de costo, en un lugar destacado entre los asuntos referidos a ésta, sin que pueda ocupar más espacio que el que generó la réplica. Además, según la Corte Suprema del Estado de Florida, la

80 Cfr. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

réplica debía ser una respuesta a los cargos que se le hayan hecho a la persona afectada por el editorial o el comentario periodístico, pero sin que ella pueda ser injuriosa o difamatoria, ni vulgar ni blasfema.⁸¹

El derecho de rectificación o de respuesta también pone de relieve el derecho de acceso a la prensa. Quienes sostienen que la libertad de expresión implica un derecho de acceso a la prensa y a los medios de comunicación radioeléctricos argumentan que el Estado tiene la obligación de asegurarse que una amplia gama de ideas y opiniones pueda alcanzar al público. En respaldo de esta tesis, sus propulsores observan que hace doscientos años, cuando la libertad de expresión comenzaba a imponerse, la prensa escrita era ampliamente representativa de las personas a las que servía pues, si bien algunos periódicos podían estar profundamente parciales a favor de determinadas opiniones, la prensa en su conjunto representaba la amplia gama de opiniones de sus lectores. Cualquier publicación era relativamente poco costosa y, en todo caso, la publicación de un libro o de un panfleto proporcionaba una alternativa igualmente eficaz para la difusión de informaciones no cubiertas por la prensa convencional, o para la difusión de ideas impopulares.⁸²

En aquel momento existía un verdadero mercado de las ideas, al cual se podía acceder con relativa facilidad a través de distintos canales de comunicación. Por el contrario, en el curso del Siglo XX se ha producido una revolución en las comunicaciones, que desde la introducción en nuestras vidas de la radio y la televisión no se ha detenido, dando paso a las comunicaciones por satélite, la televisión por cable, la cibernética, y a cambios no menos trascendentales en la prensa, que ha permitido que algunos periódicos se conviertan en grandes corporaciones, y que entre ellos y otros medios de comunicación se consoliden grandes cadenas periodísticas. Además, la existencia de pueblos con un solo periódico, que frecuentemente pertenece al mismo grupo propietario de la radio y la estación de televisión, elimina toda competencia en materia informativa, y hace de la prensa un instrumento muy poderoso e influyente en la vida pública de esas pequeñas comunidades. La circunstancia de que los medios de comunicación estén concentrados en pocas manos distorsiona el derecho a la información, permite a quienes tienen el control de esos medios manipular y moldear la opinión pública en función de sus intereses, e impide que el público pueda contribuir de manera significativa al debate político. En presencia de los modernos imperios de la noticia y del espectáculo, no todos tienen acceso al mercado de las ideas, que ciertamente depende de medios de comunicación eficaces.

Si los medios de comunicación pretenden asumir el papel del ciudadano común, esta circunstancia acarrea responsabilidades concomitantes. En los Estados Unidos se ha argumentado

81 Citado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), nota 4 de la sentencia.

82 Cfr., en este sentido, Lange, *The role of the access doctrine in the regulation of the mass media: A critical review and assessment*, 52 *N.C.L. Rev.* 1, 1973, y Thomas I. Emerson, *The system of freedom of expression*, 1970.

que la Primera Enmienda de la Constitución opera como una espada y como un escudo; de manera que, junto con proteger a la prensa de la interferencia estatal, también impone obligaciones a los propietarios de los medios de comunicación. En el caso *Associated Press v. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó el argumento de que, en virtud de la garantía constitucional de la libertad de expresión, la prensa sería inmune a las leyes antimonopolios; según la Corte, la mencionada garantía, lejos de proporcionar un argumento en contra de la aplicación de la legislación antimonopolios, ofrece poderosas razones precisamente en favor de su aplicación. En opinión del tribunal, dicha garantía descansa en la premisa de que la más amplia difusión posible de información proveniente de diversas fuentes es esencial para el bienestar de la comunidad, y que una prensa libre es la condición necesaria de una sociedad libre; de manera que la existencia de una norma que impide al Estado coartar el libre flujo de las ideas no puede convertirse en el refugio de agentes no estatales que imponen ese mismo tipo de restricciones a una libertad constitucionalmente protegida; según la Corte, la libertad de prensa significa libertad para todos y no solamente para algunos. Así como la libertad para publicar está garantizada por la Constitución de los Estados Unidos, la libertad para que los particulares impidan que otros tengan acceso a publicar sus opiniones no lo está; la Primera Enmienda a la Constitución garantiza el ejercicio de la libertad de expresión, lo cual no significa que permita que ella sea restringida por intereses particulares.⁸³

Con el mismo vigor, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostuvo que "donde un periódico tiene el monopolio en un área, rara vez presenta las dos caras de un mismo tema. Con mucha frecuencia, insiste en una línea ideológica o política, usando su posición monopolística no para educar al pueblo ni para promover el debate, sino para inculcar en sus lectores una filosofía o una actitud, y para hacer dinero."⁸⁴

Pero, precisamente en aras de la libertad de expresión, la tesis del acceso a los medios de comunicación ha sido igualmente resistida. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha observado que el poder de un periódico que es propiedad de particulares para promover sus propias ideas en materia política, económica, y social, está limitado solamente por dos consideraciones: a) la aceptación de un número suficiente de lectores y anunciantes que le asegure el éxito económico, y b) la integridad periodística de sus editores.⁸⁵ Asimismo, en cuanto a posibles restricciones que puedan constituir la presión estatal ejercida sobre un periódico para que imprima lo que, en otras circunstancias, no imprimiría, la Corte ha sostenido que esa presión sería inconstitucional y que, si bien una prensa responsable es un objetivo deseable, la responsabilidad de la prensa, al igual que muchas otras virtudes, no puede ser legislada.⁸⁶ En opinión

83 Cfr. *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

84 *The Great Rights*, E. Cahn editor, 1963, pp. 124 - 125, citado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

85 Cfr. *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973).

86 Cfr. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

del juez White, un periódico o revista no es un servicio público sujeto a regulaciones gubernamentales que puedan afectar el criterio editorial en cuanto a lo que deba publicarse; por supuesto que la prensa no siempre es suficientemente certera, o incluso responsable, y puede que no presente un asunto de interés público de manera completa y equilibrada; pero la garantía constitucional de la libertad de prensa ha asumido el riesgo de que, ocasionalmente, el debate sobre asuntos vitales no sea suficientemente comprensivo y no refleje todos los puntos de vista. Cualquier otro método que suplante el control privado de la prensa por la pesada mano de la intrusión estatal convertiría al gobierno en el censor de lo que la gente puede leer y conocer.⁸⁷

V. CONCLUSIÓN

Si bien el derecho al honor es un derecho humano de fundamental importancia, el mismo no tiene mayor jerarquía que la libertad de expresión. Por otra parte, aunque se encuentra firmemente establecido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y que puede estar sujeta a determinadas restricciones que, entre otros objetivos legítimos, sean necesarias para asegurar la protección de los derechos de otros o la reputación de las personas, también se ha subrayado que las disposiciones relativas al derecho al honor no pueden interpretarse por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación de la libertad de expresión. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia han insistido en la importancia de que cualquier restricción a la libertad de expresión no interfiera indebidamente con el debate público, e incorporen las justas exigencias de una sociedad democrática.

87 Cfr. su voto concurrente en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

LA JUDICATURA *AD HOC*

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ*

* Juez *Ad-Hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA JUDICATURA AD HOC

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La presencia de los jueces *ad hoc* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido, y es, susceptible de discusión, por lo que abordamos el tema con la finalidad de aportar elementos de juicio que contribuyan a dilucidar la cuestión ahora que se plantea la problemática del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante simplemente la Convención- tomó la previsión de integrar jueces *ad hoc* a la Corte Interamericana para los casos previstos en sus arts. 55.2 y 55.3¹, los que han sido complementados por los arts. 10.2 y 10.3 del Estatuto de la Corte², así como para el caso del interés común de dos o más Estados previsto en el arts. 55.5 de la Convención³, que ha sido también complementado por el art. 10.3 del Estatuto de la Corte y por el art. 18.2 de su Reglamento⁴.

Adicionalmente, se integran jueces *ad hoc* a la Corte en los casos de que ninguno de los jueces titulares sea nacional del Estado demandado por la Comisión Interamericana de

1 Art. 55.2: Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.

Art. 55.3: Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*.

2 Art. 10.2: Si uno de los jueces llamados a conocer de un caso fuera de la nacionalidad de los Estados que sean partes en el caso, otro Estado parte en el mismo caso podrá designar a una persona para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.

Art. 10.3: Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados partes en el mismo, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*. Si varios Estados tuvieren un mismo interés en el caso, se considerará como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

3 Art. 55.5: Si varios Estados partes en la Convención tuvieren un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte los fines de las disposiciones precedentes.

4 Art. 18.2: Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, el Presidente les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un juez *ad hoc* en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto.

Derechos Humanos -en adelante simplemente la Comisión-. La designación de estos jueces *ad hoc* no aparece explícitamente prevista en los artículos acotados anteriormente, pero resulta de la interpretación del art. 5.3 de la Convención, teniendo como premisa las normas contenidas en su art. 55.1⁵ y en el art. 10.1 del Estatuto de la Corte⁶. Por lo demás, este mismo criterio ha sido adoptado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre y otras Cortes Internacionales.

La locución latina *ad hoc* (a esto, por esto, para el caso) relacionada a la judicatura, es indicativa del juez al que se le confiere un encargo específico, concreto. Por eso, planteada la controversia, el Estado con derecho a nombrar un juez *ad hoc* debe proceder a su designación dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la demanda pues, de lo contrario, se entiende que renuncia a este derecho, tal como lo disponen el art. 10.4 del Estatuto de la Corte⁷ y los arts. 18.1, 18.2 y 18.3 de su Reglamento⁸.

El Juez *ad hoc*, conforme al art. 55.4 de la Convención, debe ser un jurista de la mas alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúna las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del Estado del cual sea nacional y que lo designe⁹.

5 Art. 55.1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

6 Art. 10.1: El juez que sea nacional de alguno de los Estados que sean partes en un caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del caso.

7 Art. 10.4: Si el Estado con derecho a designar un juez *ad hoc* no lo hiciera dentro de los treinta días siguientes a la invitación escrita del Presidente de la Corte, se considerará que el Estado renuncia al ejercicio de ese derecho.

8 Art. 18.1: Cuando se presente un caso de los previstos en los artículos 55.2 y 55.3 de la Convención y 10.2 y 10.3 del Estatuto, el presidente, por medio de la secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dichos artículos la posibilidad de designar un juez *ad hoc* dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda.

Art. 18.2: Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, el presidente les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un juez *ad hoc* en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto. Si dentro de los treinta días siguientes a la última notificación de la demanda, dichos Estados no hubieren comunicado su acuerdo a la Corte, cada uno de ellos podrá proponer un candidato dentro de los quince días siguientes. Pasado ese plazo, y si hubiesen presentado varios, el presidente escogerá por sorteo un juez *ad hoc* común y lo comunicará a los interesados.

Art. 18.3: Si los Estados interesados no hacen uso de su derecho dentro de los plazos señalados en los párrafos precedentes, se considerará que han renunciado a su ejercicio.

9 En el Perú, por ejemplo, las más elevadas funciones judiciales las desempeñan los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Constitucional, quienes, según la Constitución Política, deben reunir como requisitos, además de la nacionalidad peruana, de ser ciudadanos en ejercicio y ser mayores de 45 años de edad, haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante 10 años, o haber ejercido abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante 15 años.

El Estatuto de la Corte, art. 18, establece la incompatibilidad del ejercicio de la judicatura *ad hoc* con el de los miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo del Estado demandado, con excepción de los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros. Señala también que es incompatible el ejercicio del cargo de juez *ad hoc* con el de los funcionarios de organismos internacionales y el de cualesquiera otros cargos y actividades que le impidan cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o el prestigio de su cargo.

El nombramiento del juez *ad hoc* es a título personal y al tomar posesión de su cargo juramenta, o declara, ejercer sus funciones con honradez, independencia e imparcialidad, así como guardar secreto de todas las deliberaciones. Así lo ha dejado establecido la Corte en una interpretación de los arts. 52 y 55.4 de la Convención, al ratificar que la naturaleza del juez *ad hoc* es semejante a la de los demás jueces, en el sentido de no representar al Gobierno que los propone o designa, de no ser su agente y de integrarla a título personal¹⁰.

La integración a la Corte confiere al juez *ad hoc*, al igual que a los jueces titulares y mientras dure el ejercicio de sus funciones, conforme lo establece el art. 70 de la Convención, el goce de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos y, además, los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de su cargo, no pudiéndosele exigir en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en ejercicio de sus funciones.

Al igual también que los jueces titulares, el juez *ad hoc*, conforme al art. 19 del Estatuto de la Corte, está impedido de participar en asuntos en que él o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte. Y, como los jueces titulares, el juez *ad hoc*, según el art. 20, debe observar, dentro y fuera de sus funciones, una conducta acorde con la investidura de quienes participan en la función jurisdiccional internacional de la Corte, respondiendo ante ésta de esa conducta, así como de cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones.

Descrito el régimen aplicable al juez *ad hoc* en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en el que a la Corte le compete, como órgano jurisdiccional, la interpretación y aplicación de las normas de la Convención y resolver los casos que se le sometan en torno a las denuncias de violación de derechos y garantías, disponiendo que se reponga al lesionado en el goce de sus derechos y libertades conculcados, y, de ser procedente, su reparación mediante una justa indemnización, vamos a considerar el rol que en el ejercicio de

¹⁰ Resolución de 11 de Setiembre de 1995. Caso Paniagua Morales y otros vs. Gobierno de Guatemala.

su competencia contenciosa le corresponde al juez *ad hoc*, quien interviene en el proceso respectivo desempeñando la misma función, y con las mismas atribuciones, que los jueces titulares.

La institución del juez *ad hoc* es reconocida en las Cortes y Tribunales Internacionales, pues desempeña una función de asesoría respecto a su legislación nacional. Sin embargo, existen opiniones que consideran innecesaria la institución y ven en la presencia del juez *ad hoc* un residuo de los tribunales arbitrales, como un vestigio indeseable del arbitraje, según expresión de Héctor Faúndez Ledesma¹¹. El mismo autor sostiene que la figura del juez *ad hoc* no tiene ningún sentido en el campo de los derechos humanos, especialmente cuando se trata de pronunciarse sobre denuncias pues, como a la Comisión no se le confiere un derecho semejante, la designación de un juez *ad hoc* contraviene el propósito mismo de la institución, que es la de procurar la igualdad entre las partes y no una ventaja para el Estado demandado¹². La objeción se funda, pues, en que ni la víctima de la violación de sus derechos ni la Comisión tienen representación en la Corte, ni pueden tampoco nombrar un juez *ad hoc*, ni estar presentes cuando se debatan las cuestiones previas a las resoluciones que se dicten.

Faúndez Ledesma ha expuesto una severa crítica a la institución del juez *ad hoc*. La califica de reprochable e inconveniente, pues si la Corte es un órgano judicial, y sus miembros son elegidos en su capacidad personal, debiendo actuar con absoluta independencia e imparcialidad, le parece inaceptable que un Estado parte pueda designar a un juez de su elección para conocer la controversia y participar en la adopción de una decisión, que se supone que debe ser el resultado de una evaluación imparcial de los argumentos de hecho y de Derecho y concluye en que el derecho reconocido al Estado parte de designar un juez *ad hoc* no sólo es contrario a la letra y espíritu de la Convención sino, incluso, a la práctica internacional observada por la Corte Internacional de Justicia, designación que, todo caso, debe tener un carácter excepcional¹³.

La presencia innecesaria del juez *ad hoc* propuesto por el Gobierno emplazado con una demanda se explica también arguyéndose que, si se trata del conocimiento del Derecho interno del país en cuestión, es suficiente la exposición de la defensa por los agentes y consejeros nombrados por el Estado demandado, así como por sus abogados, por lo que su presencia implica una duda inaceptable sobre el saber jurídico de los jueces titulares, como lo plantea José M. Bandres Sánchez-Crizat¹⁴.

11 La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y Desafíos, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1998, pág. 195.

12 *Ibidem*, pág. 196.

13 *Ibidem*, págs. 196 a 198.

14 *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*. Bosch. Barcelona, 1983, pág. 23.

A las críticas resumidas, que objetan la presencia del juez *ad hoc*, se oponen argumentos que justifican la institución del juez *ad hoc* en el hecho de que su integración a la Corte es a título personal y sin asumir representación del Estado parte que lo propuso, y que esta presencia se justifica, por lo demás, en el hecho de que no todos los países miembros de la OEA tienen un juez en la Corte, como ocurre en la Corte Europea en la que hay un juez por cada Estado miembro, siendo esta la razón, como explica Héctor Gross Espiell¹⁵, por la que en la Corte Europea no hay jueces *ad hoc*.

Una crítica atemperada formula Sergio García Ramírez en un reciente trabajo¹⁶, quien advierte que en torno a la figura de los jueces *ad hoc* hay materia para futuras reflexiones. Es evidente -ha escrito- que los jueces deben mantener en todo caso una absoluta "neutralidad" frente a los asuntos que se hallan a su conocimiento pues el juez no debe resolver al amparo de sus sentimientos nacionales, sino de las normas aplicables al caso.

Es indudable que la situación del juez *ad hoc* es de suma incomodidad, particularmente en los procesos entablados en razón de denuncia por violaciones a las normas de la Convención. Su designación la hace el Estado demandado y aunque se incorpora a la Corte a título personal, le es difícil sustraerse a sus sentimientos nacionales, a algún tipo de presión que pueda sufrir en su propio país y a la incompreensión de parte de sus connacionales por la decisión que adopte¹⁷. No obstante, considero que es necesaria la presencia del juez *ad hoc*, aún en lo casos de demandas por violación de las normas de la Convención.

La situación de incomodidad en la que puede estar el juez *ad hoc* le puede sobrevenir también al juez titular si se procesa al Estado del que es nacional y el juez decide avocarse al conocimiento de la causa, como es también su deber, pues el art. 55.1 de la Convención le reconoce el derecho de conocer del caso. El juez titular, entonces, asume funciones similares a las del juez *ad hoc*, sea en la asesoría de su legislación nacional o en otras. Por ello, los mismos argumentos con los que se critica la presencia del juez *ad hoc* resultan de aplicación al juez titular, quien además tendrá que sobreponerse a sus sentimientos nacionales y a la incompreensión de sus connacionales.

15 La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1991, pág. 105.

16 La Jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos, en Estudios Jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000, págs. 300 y 301.

17 El autor ha vivido la experiencia de sobreponerse a los sentimientos nacionales al participar en el proceso que concluyó con la sentencia de la Corte que declaró la invalidez del proceso en el fuero militar de terroristas y dispuso un nuevo juzgamiento en el Fuero Común. La condena se había impuesto en aplicación de leyes de excepción en la época en que el terrorismo se había intensificado en el Perú y el Gobierno lo había enfrentado con gran rigor, consiguiendo sofocarlo. El Gobierno se negó a acatar la Resolución y planteó su desconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte (Caso Castillo Petrucci vs. Gobierno Peruano).

Con criterio equilibrado, García Ramírez¹⁸ conjuga las críticas insinuando que la institución del juez *ad hoc* parece provenir de la idea de que es indispensable -o al menos conveniente- que en el tribunal figure un juez con la nacionalidad del Estado litigante, acaso para reforzar la objetividad del tribunal, o bien, el mejor conocimiento de éste acerca de las circunstancias del Estado en mención¹⁹. Concluye García Ramírez preguntándose en si es necesaria la presencia del juez *ad hoc*, pese a que considera que su calidad ética y profesional le permitirá sortear con acierto su incómoda posición y despachar su encomienda con pulcritud²⁰.

En nuestro parecer, el juez *ad hoc* no representa una ventaja para el Estado demandado. Es una opinión y un voto entre los de los demás jueces que son los titulares y su presencia no afecta la rectitud con la que debe conducirse el proceso, pues la misma ventaja podría ocurrir con el juez titular que sea nacional del Estado procesado y que viene conociendo de la causa. Por lo demás, lo que la Corte tiene que hacer es la compulsión de los hechos y fundamentos expuestos por la defensa, luego de merituar los medios probatorios ofrecidos y las pruebas actuadas, con las normas de la Convención, de manera objetiva y en base a los criterios jurisprudenciales que están sentados y que continúan en evolución y desarrollo, con una orientación teológica, pues de lo que se trata es de la preservación de los derechos humanos y de compeler a los Estados parte a cumplir con las normas de la Convención.

Hasta donde tengo noticia la experiencia con los jueces *ad hoc* es positiva, pues son los menos los que no han honrado el desempeño de su función y han faltado a los deberes de actuar con independencia e imparcialidad. Por eso, soy de opinión en favor del mantenimiento de la judicatura *ad hoc*, pero que la Corte haga expresa reserva en cuanto a la aceptación de la propuesta del Estado demandado, integrando a la Corte al juez *ad hoc* luego de conocer de su trayectoria y de su vinculación con el Gobierno que lo propone.

18 Ob. Cit. Pág. 300.

19 Haciendo nuevamente referencia a la experiencia del autor, el punto advertido por García Ramírez, quien es juez titular, tiene su expresión en el voto concurrente que emití en el caso Castillo Petrucci vs Gobierno Peruano, en el que si bien adherí al voto de los jueces titulares en razón de la violación de las normas de la Convención, dejé constancia de la conmoción social que el terrorismo había generado en el Perú y de las leyes de excepción que el Gobierno consideró necesario adoptar para sofocar el terrorismo y pacificar el país.

20 Ob. Cit., pág. 301.

**STRENGTHENING THE
INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM:
GETTING THE DEBATE ON BACK ON TRACK**

PETER A. QUILTER*

* Advisor to the Secretary General of the OAS.

**STRENGTHENING THE
INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM:
GETTING THE DEBATE ON BACK ON TRACK**

PETER A. QUILTER

At the June 2000 OAS General Assembly, held in Windsor Canada, the member states of the OAS agreed to a resolution on the evaluation and strengthening of the inter-American human rights system. That resolution marked the latest milestone in a long-standing process of examination, evaluation, strengthening or reform -the name has shifted about- of the Inter-American human rights system, the tribunal mechanisms composed of the Washington D.C. based Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), and the Costa Rica based Inter-American Court of Human Rights (the Court).

Because of the importance the human rights system has historically occupied within the greater context of the Inter-American system, there is enough at stake in this process to pause briefly and take stock of the debate itself. This note seeks to give the reader no so much a state of play of that process, but rather to step back from it sufficient to put some new thoughts on the table. And, pointedly, it seeks to place the debate itself under some scrutiny - to understand where it is going, where it is not going, and whether any mid-course corrections are in order to reach a desired end-game.

The debate has for years been something of a kabuki dance slow, sometimes angry, sometimes confrontational, but mostly respectful and deliberate. As in most multilateral debates, this is a contest of coalitions. Different from most, though, here alliances among countries continuously band and disband depending on the specific issue at hand, not ideology or history, making it difficult to reliably predict where and how consensus will be reached on any given issue. And, the states are far from the only players. Added to the mix are an organized and highly specialized group on non-governmental organizations, and, of course, the IACHR and Court themselves.

The ongoing strengthening or reform effort, to its credit, has also benefited from input from many sources. The IACHR hosted a seminal meeting in late 1996 which set much of the groundwork for today's work. The Santiago Summit also, at the same time that it defended and supported the human rights system, called on all of us to look for "concrete measures" for its improvement. The OAS Secretary General contributed as well with a study called *Toward a*

new Vision of the Inter-American Human Rights System, a paper which sought to enrich, catalyze and stir the debate into places it had not been before. Today's dialogue on strengthening human rights seeks to update much of that debate.

The relevant year 2000 OAS resolution is by far the most extensive to date in the reform process, containing a laundry list of recommendations which, some more than others, actually do get to the heart of a number of difficulties states have had in dealing with the Commission and Court. They range from: questions regarding admissibility decisions (the procedure by which this system admits a case); defining criteria for sending cases to the Court, need for clear deadlines, clarity on precautionary measures, and a host of other procedural matters essential to litigating confidently in a tribunal system. Regarding the Court, the states gave the nod to increasing participation of victims in the process -a significant forward step- and to efforts to streamline evidentiary matters shared between Commission and Court.

Curiously, a few year's earlier, a pitched battle was fought among some states on issuing precisely such a list. At the time, some states fought tooth and nail to eventual defeat any suggestion of telling the independent organs how to do their business. This time, with a palliative chapeau to introduce the far more extensive list of recommendations, the same states and, importantly, the organs themselves, let it go.

Depending on where you sit, this is either progress or a defeat in a war of attrition. I think it is progress. The recommendations themselves are serious and, importantly, appear by and large motivated by a desire to improve the workings of the system. In any case, it is said that when an issue appears in a resolution, it is no longer hot, controversial, or cutting edge. The system itself is probably way ahead of the game and already implementing the measures.

WHERE ARE WE GOING?

Whereas in matters of diplomacy, one can usually find the real debate in the subtext of the public deliberations, here the real issue is elsewhere. It is not in the details at all. The answer lies in a much greater debate that has not yet occurred. Indeed, since a 1995 pioneering single paragraph on reform, offered by Peru, the initiatives and the resolutions that memorialize them have grown in both scope and length, but not in their ability to zero in either on the real problems, nor on the real solutions of the problematique facing this hemisphere's mechanism of human rights protection.

Some of this can be explained with the advent of democracy in the region. Quite simply, democracy has been rough on this region's human rights protection mechanism. There was clarity in the black and white world of dictatorships. Today's democratic administrations, faced with a grievous human rights violation for which they or their agents are responsible, will plead with the system that they are doing the best they can (often true) and should

be given a break. The break comes, but only sometimes, giving rise to animosities and short-sighted responses from governments not unlike those seen in the days of black and white.

For many of the same reasons, there is also a sense in this hemisphere that human rights is yesterday's issue. Breaking from the past, today the discussion of human rights is met with a certain discomfort, a sense that the issue is in our history, not in our present or future. And yet a cursory glance at any of the various recent publication that yearly catalogue the condition of the region's human rights speaks volumes on the urgent need today for a strong human rights protection mechanism.

Of course the need for the system -our system- is not really at issue or in dispute. But the debate we are having has lost the forest for the trees. Finding our way back is not impossible. But it will take something of a jump. Here's how.

ASSUME FOR A MOMENT...

Assume for a moment that we have no human rights protection mechanism, and we call upon a group of government representatives and their experts to sit down with a mandate to create, on paper, a regional human rights protection mechanism for our hemisphere. Chances are there would be a good deal of consensus on its key characteristics. It would likely possess some or all of the following.

- Adherence and Compliance: The system would be subscribed or adhered to by all states in the region in the same way. And it would command such respect that crossing it would exact an immediate, unequivocal and perhaps even passionate response and sanction from the rest of its membership. Weakness and smallness of any protection system begets a more insidious, chicken-egg problem. Countries will stand up to a weak system if they predict little response. If the system is strong, it projects a priori a palpable sense of the consequences of such actions, probably preventing the action in the first place.

- A Strong Case System Known to All: It would possess a case system with the capacity to handle a significant and changing case load; move matters quickly (since justice delayed is justice denied); be widely available and relatively within reach of every citizen of the hemisphere. Related to the latter, the system would be known to all citizens under its purview: "I'll take my grievance to the OAS," would be quick on the tongue of all our hemisphere's citizens. Built into the case system would surely be a friendly settlement recourse, the kind of non-judicial conciliation device helpful to lower the volume in confrontations with states. Assuming it is a two-tiered system like ours, one would wish for fluid and efficient relations and operation between them.

- Monitoring Capacity: An independent and autonomous regional human rights system should possess a full range of human rights monitoring abilities separate from its case functions, including an "early warning" capacity. This is critical, and would contain both reactive and proactive dimensions. It would need to get its message out quickly, forcefully and with impact internationally regarding what we might call incipient and/or apparent breakdowns in the human rights environment of a member state. A second, operational dimension, it should be able to mount human rights missions of various kinds at its own initiative or at the request of a member state or the OAS as a whole. The Monitoring component might be institutionally separate and distinct from the case-adjudication component.
- Promotion and Education: The system would possess a dissemination and education component that could be called on by member states to help them set up ombudsman offices, to help stock the region's libraries, to develop human rights curricula for universities, government agencies, military training, etc. It would also additionally promote education relating to itself and access to its enforcement function. Here too, a separate and distinct institutional component might be advisable to minimize conflicts with its adjudicatory functions.
- Regional-Local Links: It would have a rational and operational relationship with a varied set of players, including but not limited to other regional and international human rights enforcement bodies. And, given the comparative advantage of its regional character, it needs a working relationship with local/domestic human rights enforcement mechanisms and judicial mechanisms.
- It would be Permanent: given the magnitude of the challenge and a growing workload, most scholars today agree that an enforcement mechanism needs to be permanent. Enough said.
- And finally, money. It is fairly obvious to say that all of this requires proper funding. The money issue is the final barometer of the true support the system enjoys, and must be treated as such in any budget exercise. But the funding issue is particularly knotty here for the structural reason that the system operates in confrontation with its natural funding sources. The resulting problems are considerable, and usually boil down, in one form or another, to the distortion that funding limits and/or drives the human rights agenda, rather than the other way round. If we were to concentrate on a single initiative that would effectively begin to solve many of the system's problems, it would be to find it a funding mechanisms that effectively gives it the necessary latitude. And these would also likely have to emanate from the member states themselves. No state is happy to have the book thrown at them, but they are even less so when someone from outside is paying for it.

The list is not exhaustive, but it goes some way toward identifying a series of fundamental characteristics we would wish for our own system. Now look to the system we have. If

we were to superimpose the general characteristics of our existing Inter-American system over this one, we would have some overlap. But on some very basic issues, we would have a clear miss.

That should not be terribly surprising. No system is strong in every category we have outlined. The lesson, then, is not that we should discard our system because it apparently isn't the human rights system we want. The real lesson to draw here is one of the methodology of the fix.

WHERE SHOULD WE GO NOW?

The debate we have had for several years departs from the system we have, not from the system we want. The recurrent reform effort, therefore, has essentially been an open-ended tinkering with a system that -however heroic- is underfunded, understaffed, not well known to the average citizen of the Americas, and not subscribed to by all the countries of the hemisphere. We are debating furiously about an Inter-American Court that has four -yes, that's four- staff lawyers. Or a Commission with 13 staff lawyers. To cover a region with a population of roughly 800 million citizens.

The debate itself needs a new center a recognition that giving the IACHR and Court two more lawyers each may begin to solve the problems of the system we have, but not of the system we want. The debate also needs attention and interest from a new and different set of actors who are in a position to implement a fix.

Recast the Debate.

First, we should recast this debate to define what we want, compare this to what we have, and set out a blueprint for action based on where we fall short. That analysis, I believe, will take us inexorably to a discussion not of form or function (that discussion will come later) but of the scope of our system - and major funding changes. We should be prepared to peer down a vast chasm that may exist between our rhetorical support for human rights as a goal, and the actual commitment our protection mechanism receives from us. This needs to be bridged.

Who Debates What

Second, if that discussion is to have any impact and move to concrete solution, it must, by its nature, be had at the highest possible political level. For example, it appears this exercise has gone as far as it will go at the OAS whose diplomatic missions are comfortable and appropriate to manage the procedural concerns and fit them into the relevant OAS statutory structure. But in that forum, the subject today rarely even brings to the meeting room more than a handful of Member state Ambassadors to say nothing of the sea of empty seats from those missions for whom this is of even less consequence.

Even assuming a renewed interest from OAS missions, the recasting exercise is very different. The good news is we fortunately do have at this moment the attention of the hemisphere's foreign ministers. The Minister's formed in late 1999 an *ad hoc* working group on human rights under the leadership of Costa Rica. The *ad hoc* group is composed of members chosen directly by their ministers who are at once experts in the field, and high-level human rights authorities in their respective states. It is this group we should entrust to create a proposal which will refocusing the debate on what we want, rather than what we have.

Then Take it to the Summit

The Inter-American system is littered with unfunded mandates, blueprints gathering dust and good plans lying in perpetual wait. Once the *ad hoc* group creates the operative proposal, we must seal it with Presidential imprimatur at the 2001 Quebec Summit. We must obtain at a this level a fundamental decision regarding what we want our system to do and what we want it to be, and how we are going to pay for it. Quite simply, the subject is one that needs to seize both the imagination and self-assurance of the Presidential Summit process. Without that, the system's current structure and resource base creates too many countervailing answers to these questions and may condemn the debate to echo indefinitely.

Then Bring it Back to the OAS

Blueprint in hand, and Presidential guidance obtained, we should return to the OAS for execution. Whatever decision is made, it must be implemented within the statutory structure of the Inter-American system a process that the OAS forum has already shown itself able to effectively discharge. In terms of timing, we are coincidentally faced with a perfect opportunity to bring it all together under the OAS banner. The next General Assembly of the OAS is slated to take place in June 2001 in Costa Rica, whose President has already declared he wishes it to be the human rights general assembly. Following, as it does, months after the Presidential Summit of Quebec, we should use the OAS General Assembly in Costa Rica to cement the specific legislative measures needed to implement the changes to the Inter-American architecture.

Final Thoughts

Getting from here to there will require one thing we cannot take for granted: the constant participation, good will and favor of the system itself. Processes such as these arouse suspicion, especially within these institutions themselves. Some say that the human rights institutions of the system have, through no fault of their own, grown habituated to being small and we should not look to them for leadership in this process. This is a misconception. Here we confuse a siege mentality for a purposeful survival instinct. At worst, years of "evaluation" may have worn away some willingness to participate in it. But we can and must bring them inside. Here, then, are a few accompanying thoughts and caveats that might help.

STRENGTHENING THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM:
GETTING THE DEBATE ON BACK ON TRACK

- Commit at the outset to a Significant Budget Increase. There is one thing we can predict regarding the multiple solutions central to solving the system's problems. There will be a significant budget increase. Knowing this, we would allay many fears by committing to it from the outset of the exercise. We need to preclude immediately the possibility that this process is not well-intentioned. It is difficult to argue that a doubling, tripling or more of a budget -whatever form it ultimately takes- would yield a weaker system.
- The Process must have an end. Open-ended evaluation smacks of scrutiny and control, not of bona fide study and strengthening. Here the calendar helps us, what with two hemispheric milestones in the year or so ahead: the Presidential Summit in Quebec, Canada and the OAS GA in Costa Rica a few months later. We should commit to closure of this process within a time certain.
- Have faith in the Commission and Court. At every stage of the process outlined above, we need heavy reliance on the organs of the system, the Commission and Court. We cannot let it slip from center stage that they are part of the solution and not part of the problem. Poorly managed, the process could veer that way a mistake from which it is hard to recover.

This will not be easy. To quote the old cowboy adage, we must not mistake a clear view for a short distance. But I do believe the next two years or so provide us with a unique opportunity that we should take care not to squander. We look back on thirty odd years of achievement by the Inter-American system that make us proud. Their work has become central to this region's democracies, to our constitutional systems, and to our societies. Our challenge is to give them the tools to be central to our lives for the next thirty years.

The views expressed are his alone, and do not purport to be the opinion of the Secretary General.

**LAS VISITAS *IN LOCO* DE
LA COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

BERTHA SANTOSCOY*

* Especialista Principal en Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

LAS VISITAS *IN LOCO* DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

BERTHA SANTOSCOY

Sumario: I. Introducción. II. Diferentes tipos de observación *in loco*. III. Procedimiento de la Comisión para realizar una visita *in loco*. IV. La anuencia del Gobierno para efectuar una visita *in loco*. V. Preparación de la visita *in loco*. VI. Obligaciones de los Estados durante las visitas *in loco*. VII. Actividades de la CIDH durante la visita *in loco*. VIII. Visitas de inspección a las cárceles. IX. Recepción de denuncias individuales. X. Comunicado de prensa. XI. Resultados que generan las visitas *in loco*. XII. Los informes especiales. XIII. Conclusiones. XIV. Visitas *in loco* realizadas por la CIDH.

I. INTRODUCCIÓN

Las visitas *in loco* constituyen el método más utilizado por organismos internacionales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros, para observar los estándares nacionales de protección de los derechos humanos.¹ No obstante, debido a su naturaleza misma, la observación *in loco* contiene aspectos políticos que generan ciertas dificultades para su realización, razón por la cual los Estados no siempre están dispuestos a aceptar la intervención de estos organismos internacionales, la que según ellos podría afectar su soberanía.

El objetivo principal de una observación *in situ* es elucidar los hechos denunciados, investigar las circunstancias que los rodean y consignar estos en un informe objetivo, el que

¹ Ramcharan, B.G., "Substantive Law Applicable", in *International Law and Fact-Finding the Field of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, pp. 26-40.

posteriormente se presenta ante los órganos políticos de la organización y se hace público. De esta manera, la observación *in loco* cumple su cometido principal de observar e informar a la comunidad internacional sobre la situación de los derechos humanos que afecta a un determinado país.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o CIDH), órgano principal de la OEA es sin duda el organismo regional de derechos humanos que ha realizado un mayor número de visitas *in loco*.² Desde que la Comisión iniciara sus funciones en 1960, ha realizado 78 visitas *in loco* en diferentes países del continente americano. Once de estas visitas fueron consagradas a Haití,³ diez a Guatemala y seis a Perú.⁴

A pesar de que esta función está contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la Convención), la Comisión no puede realizar este tipo de investigaciones sin la anuencia del Estado. La Comisión es consciente de los obstáculos que enfrenta para realizar su misión de protección de derechos humanos. Sin embargo, no dispone de ningún medio de acción cuando un Estado rehusa darle la entrada a su territorio para observar la situación de derechos humanos.

Durante sus 40 años de existencia, la Comisión ha acumulado una vasta experiencia en materia de visitas *in loco*.⁵ A través de este estudio se presenta la práctica y las actividades de la CIDH durante sus visitas *in loco*, así como el impacto y los resultados que dichas visitas generan. El análisis realizado en el presente artículo nos permitirá evaluar la eficacia de la función de investigación *in loco* que la Comisión ha venido realizando como órgano de protección de los derechos humanos.

2 Cançado Trindade, Antônio, "The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1999): Evolution, Present State and Perspectives", International Institute of Human Rights, XXX Study Session, Strasbourg, France, 1999; "Co-existence and Co-ordination of Mechanism of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, (1987), pp. 21-435.

3 La Comisión ha venido observando la situación de los derechos humanos en Haití desde antes de la salida de Jean Claude Duvalier en 1986. No obstante, ha dado una atención prioritaria a ese país a partir del golpe de Estado del 29 de septiembre de 1991, a través del cual tomó el poder el General Raoul Cédras y ha realizado 11 visitas *in loco* en ese país desde 1978 y presentado en cada ocasión ante la Asamblea General de la OEA un informe especial sobre la situación de los derechos humanos.

4 Véase cuadro anexo.

5 Véase a este propósito Norris, Robert, "Observaciones *in loco*: Practice and Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights, 1979-1983", Texas International Law Journal, 1984, pp. 285-318; Vargas, Edmundo, "Visits on the Spot. The Experience of the Inter-American Commission on Human Rights", in: Ramcharan (ed), International Law and Fact-Finding the Field of Human Rights, op cit., Véase también cuadro anexo.

II. DIFERENTES TIPOS DE OBSERVACIÓN *IN LOCO*

La Convención Americana y el Estatuto de la CIDH establecen en sus artículos 48 (d) y 18 (g), respectivamente, la competencia de la Comisión para llevar a cabo observaciones *in loco*. Las visitas de investigación *in loco* de la CIDH constituyen la vía más apropiada para obtener el material sustantivo en la elaboración de los informes especiales sobre la situación general de los derechos humanos en los países miembros de la OEA. Igualmente, las visitas *in loco* permiten obtener elementos de prueba y corroborar los hechos alegados en los casos de denuncias individuales.

Existe también la posibilidad de investigar *in situ*, partiendo de una denuncia individual para llegar a observar una situación general de derechos humanos. Tal investigación puede ser decidida sobre la base de una serie de peticiones individuales o de casos colectivos, los cuales sirven de fundamento para establecer presunciones generales,⁶ como la visita *in loco* que realizó la CIDH a la Costa Atlántica de Nicaragua, con la finalidad de investigar la situación de la Comunidad Indígena de los Miskitos en 1982,⁷ y la visita efectuada a Suriname, en 1983, la cual se basó especialmente en la denuncia sobre la ejecución de 15 nacionales de Suriname.⁸

Después de recibir la denuncia relativa a la ejecución sumaria de quince ciudadanos de Suriname, el 10 de diciembre de 1982, la Comisión pidió inmediatamente al Gobierno de Suriname información sobre la detención de algunos representantes de la oposición. Algunos días más tarde, el Gobierno publicó los nombres de quince personas muertas por agentes de las fuerzas de seguridad "*cuando estas trataban de escapar*". Esta versión fue refutada por el peticionario, Amnesty International. Después de haber sido invitada por el Gobierno, la Comisión se trasladó al lugar de los hechos, en junio de 1983 y su investigación se centró en los hechos ocurridos en diciembre de 1982. Durante su visita, la CIDH recibió pruebas que le permitieron reconstruir la forma en que se desarrollaron los hechos anteriores a las masacres, por lo que fue posible deducir que la decisión de eliminar la oposición había sido tomada por la alta jerarquía de las fuerzas armadas.

Desafortunadamente, la investigación *in loco* no puede tener lugar en cada uno de los casos individuales que la Comisión tramita; la razón es el gran número de denuncias que ella

6 Santoscoy Bertha. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et le Développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 42.

7 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3, y doc. 26, del 16 de mayo de 1984.

8 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Suriname 1983, y 1985. Doc. OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 6, rev. 1, del 6 de octubre de 1983; y doc. OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 21, rev. 1, del 2 de octubre de 1985.

recibe. Actualmente, la CIDH tramita 945 peticiones provenientes de los 35 países miembros de la OEA.⁹ Las limitaciones presupuestarias y de personal técnico hacen improbable la investigación *in situ* en cada una de ellas. El criterio más utilizado por la CIDH para realizar una investigación *in loco* es la gravedad y el elevado número de denuncias sobre violaciones sistemáticas de derechos humanos que se detectan en un determinado país.¹⁰

La Comisión también realiza visitas *in loco* con la finalidad de analizar temas específicos que son materia de relatorías, como las condiciones de los centros penitenciarios y el status jurídico de los detenidos; la situación de los trabajadores migrantes y sus familias; la libertad de expresión; la situación de la mujer; la niñez; y los pueblos indígenas. Estas relatorías tienen como objetivo principal presentar un estudio, a nivel hemisférico, sobre los temas mencionados, basándose fundamentalmente en las observaciones *in situ* que la Comisión realiza en los Estados que la invitan.

Con este propósito, a partir de 1994, la Comisión ha visitado numerosos centros de detención en Jamaica, Venezuela y Estados Unidos de América. Con respecto al tema de los trabajadores migrantes, la Comisión ha visitado, entre 1997 y 1999: República Dominicana, Canadá y Estados Unidos (California y Texas). Más recientemente, desde que la relatoría sobre el tema de libertad de expresión fuera establecida en 1998, el relator ha visitado Guatemala, Chile, Panamá, Paraguay y Perú.

III. PROCEDIMIENTO DE LA COMISIÓN PARA REALIZAR UNA VISITA *IN LOCO*

En general, la Comisión decide realizar una visita *in loco* teniendo en cuenta la gravedad y el gran número de denuncias recibidas sobre violaciones sistemáticas de los derechos humanos en determinado país, en virtud de la competencia que le confiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En algunos casos, sin embargo, la situación ha resultado tan conflictiva que también ha llamado la atención de los órganos políticos de la OEA, tales como la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y el Consejo Permanente, quienes han solicitado en diversas ocasiones a la Comisión que los informe sobre la situación de derechos humanos en países como El Salvador y Honduras cuando estalló la guerra entre esos dos países en 1969;¹¹ Nicaragua, durante el conflicto armado entre el Gobierno de Somoza

9 Véase Estadísticas en el Informe Anual de la CIDH 2000, doc. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 3, rev., del 13 de abril de 2000, pp. 48-54.

10 Santoscoy Bertha, *supra* nota 6, pp. 92 y 100.

11 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador y Honduras, OEA/Ser.L/V/II.22, doc. 2 del 15 de julio de 1969.

y los Sandinistas en 1978;¹² Panamá, en la época del General Noriega en 1989; y Haití, durante la dictadura el Gobierno *de facto* en 1994.

En el caso de Panamá, la XXI Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores solicitó a la Comisión, en agosto de 1989, que visitara nuevamente ese país para "completar y actualizar la información de derechos humanos" con motivo del agravamiento del conflicto político y la violación creciente de los derechos humanos luego de la rebelión militar del 3 de octubre de 1988",¹³ en la época del General Noriega.

En mayo de 1994, por ejemplo, el Consejo Permanente de la OEA solicitó a la Comisión que informase a la Asamblea General sobre las graves violaciones que estaban ocurriendo en Haití.¹⁴ La Comisión se trasladó inmediatamente a Puerto Príncipe e investigó los casos de masacres, las violaciones sexuales perpetradas en contra de las esposas de militantes políticos y sobre la represión en general de la cual estaban siendo víctimas algunos sectores de la población haitiana. Dos semanas más tarde presentó ante la Asamblea General de la OEA, en Belem do Pará, Brasil, un informe sobre la situación observada.¹⁵

IV. LA ANUENCIA DEL GOBIERNO PARA EFECTUAR UNA VISITA *IN LOCO*

Cuando la Comisión decide realizar una visita *in situ* para observar la situación de los derechos humanos en determinado país, la primera medida que adopta es la de solicitar la anuencia del Gobierno para visitar el país en cuestión. A fin de facilitar la situación, la Comisión lleva a cabo gestiones diplomáticas con los Gobiernos, antes de que la solicitud formal de visita sea presentada, dando así la oportunidad que sean los Estados quienes inviten a la CIDH. Si el Gobierno decide no invitar a la Comisión, ella hace un requerimiento público para obtener el consentimiento de realizar una investigación *in loco*. Esta situación se presenta generalmente cuando a juicio de la Comisión existe una situación que afecta gravemente la vigencia de los derechos humanos y que amerite llevar a cabo una visita *in loco*.

12 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Nicaragua, OEA.Ser.L/V/II.45, doc. 16, rev. 1, del 17 de noviembre de 1978.

13 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Panamá, OEA/Ser.L/V/II.76, doc. 16, rev. 2, del 9 de noviembre de 1989. Véase también doc. OEA/Ser.P AG/doc.2509/89 rev. 1, 18 de noviembre 1989.

14 Doc. OEA/Ser.G, CP/RES 630 (987/94), del 9 de mayo de 1994.

15 Ese informe complementó el informe especial sobre Haití que la Comisión había preparado relativo al año de 1993. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, doc. OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev., del 11 de febrero de 1994.

En algunas ocasiones, los Gobiernos han rehusado dar su consentimiento para llevar a cabo dichas visitas, como fue el caso de Uruguay¹⁶ y Paraguay¹⁷ en 1978, y Bolivia¹⁸ y Guatemala¹⁹ en 1981. En 1992, por ejemplo, el Gobierno *de facto* de Haití señaló que la visita de la Comisión "no era necesaria";²⁰ aún en esas ocasiones, la Comisión elabora un informe especial basándose principalmente en información obtenida por la Secretaría en su sede.

Otras veces, son los mismos Gobiernos quienes invitan a la Comisión a efectuar visitas *in loco*, como aconteció con países como Panamá²¹ y El Salvador²² en 1978, Colombia²³ en 1981 y Bolivia en 1997.²⁴ Los Gobiernos de estos países estaban interesados en que la Comisión observara la situación de los derechos humanos en sus respectivos países y elaborara un informe, el cual podría constituir una respuesta sobre lo que consideraban haber sido criticados injustificadamente.²⁵ Más recientemente, los Gobiernos de Brasil en 1995, México en

16 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Uruguay, doc. OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 10, corr. 1, del 31 de enero de 1978.

17 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, doc. OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 13, 1978.

18 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Bolivia, doc. OEA/Ser.L/V/II.53, doc.6, rev. 2, del 13 de octubre de 1981.

19 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala, doc. OEA/Ser.L/V/II.53, doc.21, rev. 2, del 13 de octubre de 1981.

20 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, 1994, op. cit., p. 12.

21 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Panamá, doc. OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev.1, del 22 de junio de 1978.

22 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador, doc. OEA/Ser.L/V/II.45, doc. 23, rev.1, del 17 de noviembre de 1978.

23 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Colombia, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 22, del 30 de junio de 1981.

24 Mediante nota del 5 de febrero de 1997, el Gobierno de Bolivia solicitó a la CIDH que investigara y esclareciera los hechos y eventuales responsables de los enfrentamientos ocurridos entre los trabajadores de minas y efectivos de las fuerzas de seguridad, en Capasirca y Amayapampa en diciembre de 1996. Doc. OEA/Ser.L/V/II, doc. 8, rev.1, del 29 de julio de 1997.

25 El General Omar Torrijos, Jefe de Gobierno de Panamá, dirigió una comunicación a la CIDH, el 13 de septiembre de 1977, señalando lo siguiente: "Han habido una serie de cargos infundados, injustos e irresponsables contra mi Gobierno en cuanto a declaraciones sobre violaciones de los derechos humanos. En Panamá no somos perfectos, pero sí respetamos los derechos humanos de todas las personas que viven bajo nuestra geografía, y los nuevos tratados del canal son un símbolo, para el mundo, de nuestro deseo de eliminar la discriminación y la injusticia. Recibiremos con agrado el informe y una visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que se percaten de la realidad de nuestra política en materia de derechos humanos. Los invitamos para que viajen por cualquier parte de Panamá, que conversen con cualquiera, e informen al mundo. Les daré las llaves de nuestras cárceles, y si encuentran algún prisionero político, podrán ponerlo en libertad. Creo que el papel de la Comisión no sólo debe ser el de

1996, Bolivia, Colombia y Canadá en 1997, Guatemala y Perú en 1998 y Paraguay en 1999, invitaron a la Comisión para observar la situación de los derechos humanos en sus respectivos países.

De acuerdo con su Estatuto, la Comisión podrá realizar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del Gobierno respectivo.²⁶ Sin embargo, en el caso específico de Haití la situación resultó especialmente controversial: en mayo de 1994, la Comisión fue invitada por el Gobierno constitucional del Presidente Aristide para que observara la situación de los derechos humanos en Haití. Cabe mencionar que tanto el Presidente Aristide como parte de su Gabinete se encontraban exiliados en Washington D.C., de manera que la invitación resultaba simbólica, toda vez que no podían garantizar la entrada de la Comisión al país y toda tentativa de realizar esa visita era improbable dada la hostilidad de los militares y la violencia que imperaba en el país.²⁷

Por otra parte, en ese momento, el Gobierno *de facto* no contaba con un Presidente o Primer Ministro a quien la Comisión podía solicitar la anuencia para visitar el territorio haitiano y en consecuencia toda gestión tenía que contar con la aprobación de los militares, quienes detentaban el ejercicio absoluto del poder. En ocasiones anteriores, la Comisión, fundada en razones prácticas, se había dirigido al Gobierno *de facto* requiriendo la autorización para visitar el país. Sin embargo, en esa oportunidad la situación resultaba delicada pues tanto la Organización de los Estados Americanos como la Organización de las Naciones Unidas habían declarado que no reconocerían al Presidente que designaran los militares.²⁸ De este modo, la simple solicitud de anuencia podía ser interpretada como un reconocimiento al Gobierno *de facto*, y la Comisión, por su parte, no podía otorgar ningún tipo de credibilidad internacional a la cúpula militar a la que se había referido en sus informes como responsable de las violaciones de derechos humanos en ese país.²⁹

Luego de evaluar los obstáculos que se le presentaban a la Comisión para cumplir con los objetivos de su visita, decidió ir a Haití, aún sin haber solicitado el consentimiento del Gobierno *de facto*. La visita se llevó a cabo entre el 16 y 21 de mayo de 1994 y, no obstante habérsele impedido realizar parte de su agenda de trabajo -dado que las autoridades se

investigar las violaciones a los derechos humanos, sino también el de desmentir los cargos infundados...". Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Panamá 1980, OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev. 1, del 22 de junio de 1978, p.1.

26 Artículo 18, letra g, del Estatuto de la CIDH.

27 Santoscoy, Bertha, "*Balance sobre la Labor del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Con atención especial al caso de Haití*", Estudios Básicos de Derechos Humanos VI, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, pp. 391-433.

28 Doc. OEA/Ser.G CP/DEC.18 (986/94), del 11 de mayo de 1994.

29 *Ibíd.*, Informe sobre Haití de 1994.

rehusaron a recibirla y tampoco se le permitió el ingreso a las cárceles- la Comisión logró entrevistar a un gran número de víctimas y obtuvo abundante información. Frente al hecho que numerosas personas manifestaron temor de encontrarse con la Comisión en lugares públicos, ésta se reunió con ellas en lugares clandestinos a los efectos de proteger la seguridad de los denunciados.

V. PREPARACIÓN DE LA VISITA *IN LOCO*

La decisión de llevar a cabo una visita *in loco* es adoptada por consenso o por la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.³⁰ Generalmente, esta decisión es adoptada durante las reuniones ordinarias de la CIDH. En casos de extrema urgencia, tales decisiones podrán ser adoptadas por el Presidente, *ad referendum* de la Comisión.³¹ Las observaciones *in loco* se practicarán por una Comisión Especial designada a ese efecto.³² Normalmente, el Presidente de la CIDH dirigirá la Comisión Especial; en su ausencia será alguno de los dos Vicepresidentes, o el Relator a cargo del país. El número de miembros que conforman la Comisión Especial es decidido por la misma CIDH y este puede variar entre tres y cinco miembros, según el caso. En limitadas ocasiones la Comisión ha realizado visitas *in loco* plenarias, como en los casos de Haití, Brasil, México y Canadá. Como regla general, si alguno de los miembros de la CIDH es nacional del Estado donde se llevara a cabo la visita *in loco*, no podrá participar en ella.³³

Durante sus reuniones ordinarias, la Comisión analiza *prima facie* los temas que serán tratados durante la visita, atendiendo la situación particular de cada país, y con base en ello se decide sobre la duración de la visita, la cual generalmente es de una semana, y excepcionalmente de dos semanas como en los casos de Brasil y México. En el pasado, la Comisión fue invitada a permanecer un año observando la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, hasta el momento de las elecciones y la constitución del nuevo Gobierno (1965 a 1966);³⁴ en el caso de El Salvador y Honduras una Comisión Especial permaneció en ambos países durante tres meses en 1969; y en el caso de Nicaragua, la Secretaría de la CIDH permaneció un mes, en 1988, revisando 1834 expedientes judiciales de antiguos agentes de la Guardia Nacional de Somoza.

30 Artículo 17 del Estatuto de la CIDH.

31 Artículo 55 del Reglamento de la CIDH.

32 *Ibid.*, artículo 55.

33 Artículo 56 del Reglamento de la CIDH.

34 Santoscoy, Bertha, "Le système interaméricain de protection des droits de l'homme", Recueil des Cours, XXXème session d'enseignement, Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, France, 1999.

La Comisión decide previamente el período que cubrirá la investigación *in loco*. Durante sus visitas, la Comisión normalmente observa la situación de derechos humanos que cubre períodos entre tres y cinco años, algunas veces más, según la situación, y para ello se efectúa una sola visita *in loco*,³⁵ como en el caso de Paraguay³⁶ que cubrió 10 años. Sin embargo, en el caso de Haití la Comisión llegó a realizar hasta dos visitas *in situ* en un solo año. Esto le permitió presentar información sobre hechos recientes en forma expedita.³⁷

Con anterioridad a la visita *in loco*, la Secretaría Ejecutiva prepara una relación de datos pertinentes que será examinada durante la visita, tales como: resúmenes de los casos individuales que tramita la Comisión con respecto a ese país, leyes, decretos, artículos de prensa e informes de organismos no gubernamentales relativos a la situación de derechos humanos del país en cuestión.

Finalmente, la Comisión aprueba un proyecto de agenda, que será debidamente coordinado por el abogado de la Secretaría Ejecutiva a cargo del país, que viaja con antelación a la visita *in situ*. La Comisión usualmente solicita a los Estados la designación de un enlace gubernamental, el cual hará los arreglos necesarios para ayudar a organizar las entrevistas con las autoridades gubernamentales. Con respecto a las entrevistas con las víctimas, los peticionarios individuales, las organizaciones de derechos humanos u otros sectores de la sociedad, la Secretaría las coordina directamente con los interesados.

VI. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS DURANTE LAS VISITAS *IN LOCO*

La Convención Americana y el Estatuto de la CIDH establecen en sus artículos 48 (d) y 18 (g), respectivamente, la competencia de la Comisión para llevar a cabo observaciones *in loco*. Una vez que la Comisión ha sido invitada o ha recibido la anuencia del Gobierno para realizar una visita de observación *in loco*, solicita al Estado interesado todas las facilidades necesarias para el cumplimiento de su misión, tales como documentos, registros públicos, expedientes jurídicos, leyes, decretos, etc., en virtud de los artículos 58 y 59 del Reglamento de la CIDH.³⁸ El Gobierno debe, por ejemplo, acordar a los miembros de la Comisión Especial la posibilidad de circular y desplazarse libremente dentro de todo el territorio.

35 A veces no se efectúa ninguna visita, porque los Gobiernos no le permiten entrar a sus territorios.

36 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay 1987, OEA/Ser.L/V/II.71, doc. 19, rev. 1, del 28 de septiembre de 1987.

37 En algunas ocasiones, la Comisión ha sido criticada por la lentitud de sus informes, pero ella ha ido evolucionando sus técnicas de trabajo y superando problemas de personal y en cierta medida de recursos financieros, que le han permitido actuar con la rapidez que ameritan algunas situaciones.

38 El artículo 58 del Reglamento de la CIDH establece lo siguiente: El Gobierno, al invitar a una observación *in loco*, o al otorgar su anuencia, concederá a la Comisión Especial todas las facilidades necesarias para llevar a cabo su misión y en particular, se comprometerá a no tomar represalias de ningún orden

El Gobierno del país visitado deberá procurar a la Comisión los medios de transporte y de alojamiento adecuados.³⁹ Cabe señalar que esta disposición no significa que el Gobierno deba tomar a su cargo los gastos de la Comisión Especial. Se trata en realidad de asegurar el transporte y alojamiento en el caso de que no existan medios de transporte o alojamiento comerciales. Esto representa una obligación de asegurar a la Comisión los medios materiales necesarios para cumplir con su misión. El artículo 59, letra (j) indica claramente que los gastos de la Comisión Especial serán sufragados por la OEA.

Otra obligación del Estado durante la visita *in loco* de la CIDH es la de tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la Comisión Especial. Los Gobiernos tienden a ofrecer todo un equipo de seguridad con escoltas y miembros de la policía uniformados. Sin embargo, esto ha creado confusión y ha llegado a atemorizar algunas veces a las víctimas y peticionarios que acuden a entrevistarse con la Comisión, como ocurrió en la visita a Panamá, en 1989, y Haití en 1990. Por ello, la Comisión ha preferido tener un tipo de seguridad más discreto.

en contra de las personas o entidades que hayan cooperado con ella, proporcionándole informaciones o testimonios.

El artículo 59 del Reglamento de la CIDH establece que las observaciones *in loco* que acuerde la Comisión se realizarán de conformidad con las siguientes normas:

- a. La Comisión Especial, o cualquiera de sus miembros podrá entrevistar, libre y privadamente, a personas, grupos, entidades o instituciones, debiendo el Gobierno otorgar las garantías pertinentes a todos los que suministren a la Comisión informaciones, testimonios o pruebas de cualquier carácter.
- b. Los miembros de la Comisión Especial podrán viajar libremente por todo el territorio del país, para lo cual el Gobierno otorgará todas las facilidades del caso, incluyendo la documentación necesaria.
- c. El Gobierno deberá asegurar la disponibilidad de medios de transporte local.
- d. Los miembros de la Comisión Especial tendrán acceso a las cárceles y todos los otros sitios de detención e interrogación y podrán entrevistar privadamente a las personas recluidas o detenidas.
- e. El Gobierno proporcionará a la Comisión Especial cualquier documento relacionado con la observancia de los derechos humanos que se considere necesario para la preparación de su informe.
- f. La Comisión Especial podrá utilizar cualquier medio apropiado para recoger, grabar o reproducir la información que considere oportuna.
- g. El Gobierno adoptará las medidas de seguridad adecuadas para proteger a la Comisión Especial.
- h. El Gobierno asegurará la disponibilidad de alojamiento apropiado para los miembros de la Comisión Especial.
- i. Las mismas garantías y facilidades indicadas aquí para los miembros de la Comisión Especial se extenderán al personal de la Secretaría.
- j. Los gastos en que incurra la Comisión Especial, cada uno de sus integrantes y el personal de la Secretaría serán sufragados por la Organización, con sujeción a las disposiciones pertinentes.

39 *Ibid.*, artículo 59, letra b, c, y h.

Una de las obligaciones más importantes que el Gobierno debe respetar es el compromiso de no ejercer ninguna represalia en contra de las personas o instituciones que aporten su colaboración o que presenten denuncias a la Comisión durante su visita *in loco*.⁴⁰

VII. ACTIVIDADES DE LA CIDH DURANTE LA VISITA *IN LOCO*

Cuando la Comisión Especial llega al país publica un comunicado de prensa con el propósito de informar a la población sobre los objetivos de la visita y la invita a presentar información general sobre la situación de los derechos humanos y denuncias individuales sobre violaciones de sus derechos fundamentales. Con ese fin, la Comisión establece una oficina, en el hotel donde se aloja, y personal de la Secretaría Ejecutiva explica el mecanismo de las peticiones individuales y las condiciones requeridas para su presentación.

Como parte de su protocolo, la Comisión Especial inicia sus actividades con una reunión con el Ministro de Relaciones Exteriores. Después se reúne con los Ministros de Justicia, Gobernación o Interior, Defensa, Educación y Trabajo, según amerite la situación investigada. También se entrevista con Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, con miembros del Congreso y con autoridades gubernamentales, como el Jefe de la Policía, el Director del Sistema Penitenciario, el Director de Migración, etc.

Asimismo, la Comisión Especial se reúne y dialoga con todos los sectores de la sociedad del país: con los dirigentes de los partidos políticos, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, representantes de la Iglesia, colegios de abogados, grupos de base, asociaciones de mujeres, representantes de comunidades indígenas, gremios sindicales y medios de comunicación, en fin con todos aquellos que permitan a la Comisión obtener un panorama claro y objetivo sobre la situación de los derechos humanos en el país.

Las observaciones *in loco* tienen un gran valor porque permiten a la CIDH corroborar en el terreno mismo las denuncias recibidas a través de testimonios de las víctimas o sus familiares. Por ello, la Comisión ha venido cambiando el *modus operandi* de las entrevistas y ha invertido el orden de ellas, reuniéndose primeramente con las organizaciones no gubernamentales, con las víctimas o sus familiares, a fin de contar con mayor información sobre la situación que los afecta y obtener así mejores resultados durante sus entrevistas con las autoridades del Gobierno.

Entre todas las personas que la Comisión entrevista, cabe ponderar la colaboración de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, quienes desarrollan una vigilancia permanente de esos derechos, algunas veces en forma clandestina y a riesgo de sus propias vidas. En ese sentido, resulta importante señalar que la labor de la Comisión durante las visi-

40 *Ibíd.*, artículo 58.

tas *in loco* no es un trabajo aislado, sino de conjunto, con las organizaciones de derechos humanos y con los Gobiernos. En la práctica, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no es automático, ya que el órgano encargado de vigilar por el respeto de esos derechos no cuenta con los medios necesarios para conocer todas las violaciones que ocurren en los países de nuestro continente. Es por ello que el papel que juegan los organismos no gubernamentales en el sistema interamericano es sumamente valioso, como también lo es el de los Gobiernos cuando deciden aceptar las visitas *in loco* y las recomendaciones de la Comisión contenidas en sus informes especiales.⁴¹

Durante sus visitas *in loco*, la Comisión Especial viaja al interior del país para verificar por sí misma en los lugares donde se cometieron alegadas masacres y se entrevista con las autoridades y los pobladores del lugar. Para ello, la Comisión Especial se divide en varios grupos que viajan a diferentes lugares, lo cual le permite cubrir un mayor número de actividades. En el curso de la investigación *in loco*, la Comisión puede utilizar todos los medios que considere apropiados para obtener, registrar o reproducir la información necesaria. Además, tiene acceso directo a las prisiones u otros lugares de detención y puede entrevistarse en privado con los prisioneros.

VIII. VISITAS DE INSPECCIÓN A LAS CÁRCELES

Una de las principales actividades de la Comisión durante sus visitas *in loco* son las inspecciones a los centros carcelarios. Como primera medida, la Comisión solicita al Gobierno que le otorgue las facilidades necesarias para tener acceso a todas las unidades y celdas de la prisión y que no se tomen represalias en contra de los detenidos que hablen con la Delegación de la CIDH. Sin embargo, ha habido casos en donde las autoridades no respetaron su compromiso. Por ejemplo, después de la visita que la CIDH efectuó en Argentina, en 1979, donde se entrevistó con los prisioneros, la Comisión recibió una denuncia de represalias ejercidas contra el prisionero Enrique Perelmutter, quien se encontraba en la Unidad N° 9 de La Plata y fue sometido a tratamiento arbitrario, días después de haber dado su testimonio a la Comisión Especial de la CIDH.⁴²

La Comisión investiga sobre las condiciones generales de los centros penitenciarios y el status jurídico de los prisioneros. En repetidas ocasiones la Comisión ha constatado el problema de los largos períodos que guardan los detenidos en prisión preventiva. En la última visita que realizó la Comisión a la República Dominicana, en 1997, constató que el 85% de la

41 Santoscoy, Bertha, "Sistema Interamericano: la Comisión y la Corte", Protección Internacional de Derechos Humanos, Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales, Ministerio del Interior, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 66.

42 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina 1980, doc. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980, pp. 204-205.

población carcelaria había permanecido en prisión por dos o tres años sin haber sido procesados.⁴³ Posteriormente, la Comisión fue informada por el Gobierno dominicano sobre las medidas adoptadas para agilizar los procesos judiciales, las que habían reducido a un 70% el número de detenidos en prisión preventiva.⁴⁴

Durante sus visitas de inspección a las cárceles, la Comisión investiga sobre la asistencia judicial y el régimen disciplinario que se aplica a los detenidos. En particular, la Comisión investiga si estos han sido objeto de torturas y maltrato físico.

La Comisión observa si existe una división de internos por categoría. En general, ella ha verificado que en los mismos establecimientos y espacios conviven presos condenados por diferentes tipos de delitos, detenidos en prisión preventiva y detenidos en flagrante delito. Igualmente conviven reos adultos junto con menores infractores.⁴⁵ La Comisión también investiga sobre el sistema de rehabilitación de los prisioneros y el régimen de visitas familiares. Con respecto a este último, la Comisión ha recibido denuncias sobre el trato degradante que sufren las mujeres, quienes se ven obligadas a pasar inspecciones corporales antes de visitar a sus familiares.⁴⁶

En la mayoría de las inspecciones realizadas a los centros penitenciarios, la Comisión ha observado las dramáticas condiciones de insalubridad y de hacinamiento en que viven los reos. La Comisión dialoga en privado con los presos, quienes normalmente denuncian la escasez de alimentos y la falta de servicios médicos.

Durante sus visitas *in loco*, la Comisión ha tenido la posibilidad de verificar, entre otros, la situación de las personas detenidas por el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) en Argentina en 1979; los prisioneros de la antigua Guardia Nacional de Somoza en 1980; los refugiados haitianos en los Estados Unidos, en el Centro de Detención del Servicio Nacional de Inmigración de Brooklyn, y en Puerto Rico (Fort Allen) en 1982; así como las comunidades indígenas Miskitos en la Costa Atlántica de Nicaragua en 1982. Más recientemente, la Comisión ha investigado la situación de los prisioneros cubanos "Marielitos" en diversos centros de detención en los Estados Unidos.⁴⁷ Esta categoría de "prisioneros" es diferente de

43 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc. 49, rev.1, del 7 de octubre de 1999, pp. 57-70.

44 Informe República Dominicana, *ibíd.*, p. 103.

45 Informe República Dominicana, *ibíd.*, pp. 62-63.

46 *Ibíd.*, p. 68.

47 Entre 1995 y 1996, la CIDH visitó la Penitenciaría Federal en Lompoc, California; el Centro Penitenciario de Leavenworth, Kansas; el Centro Penitenciario de Allenwood, Pensylvania; y Marksville y Amite, Louisiana, para observar la situación de los cubanos "Marielitos".

otras, pues la mayoría de ellos han cumplido su condena; sin embargo, siguen en prisión debido a que en su calidad de extranjeros, y de acuerdo con la nueva ley de inmigración y naturalización, deben ser repatriados después de haber purgado su pena. No obstante, en el caso de los inmigrantes cubanos esto resulta más complicado debido al régimen político que prevalece en Cuba.

IX. RECEPCIÓN DE DENUNCIAS INDIVIDUALES

Otra de las actividades más importantes de la Comisión Especial durante su visita *in loco* es la recepción de denuncias individuales. En este sentido, las denuncias individuales cumplen un doble propósito: el primero es que corroboran la situación general de violaciones de derechos humanos en el país en cuestión; el segundo es que inician un mecanismo *cuasi-jurídico* establecido por la Convención Americana en la tramitación de denuncias individuales, mediante el cual los Gobiernos están obligados a presentar la información pertinente sobre los hechos alegados.

En efecto, la Convención consagra el sistema de denuncias individuales, en su artículo 44, mediante el cual todo individuo tiene derecho a presentar ante la Comisión su denuncia, si estima que sus derechos fundamentales han sido violados y que el sistema de protección estrictamente nacional no puede remediar su situación.

En la tramitación de las denuncias individuales, la Comisión analiza las pruebas presentadas por las partes y si procede formula recomendaciones al Estado para remediar las violaciones de derechos humanos. Si las recomendaciones no son atendidas por el Estado, la Comisión publica su informe sobre el caso individual en el Informe Anual de la CIDH, el cual será presentado ante la Asamblea General de la OEA.

Las denuncias individuales que se reciben durante la visita *in loco* contienen la misma información que se presenta ante la sede, en Washington, D.C., tales como pruebas documentales⁴⁸ y pruebas indirectas como indicios y presunciones. Además de ello, la visita *in loco* da la posibilidad a las personas que no tienen los medios económicos de trasladarse a la sede de la Comisión de dar su testimonio en su mismo país.

La Comisión Especial recibe denuncias individuales tanto en la oficina establecida con ese propósito en la capital del país, como en las ciudades del interior donde ella se traslada. La

48 Por ejemplo, documentos oficiales, publicaciones de ley que estén en contradicción con los derechos humanos, o decretos que suspendan el goce de las garantías constitucionales, comunicados de representantes del Gobierno destinadas a la prensa, informes elaborados por organismos no gubernamentales, informes de organismos internacionales como la Cruz Roja, el Alto Comisionado para los Refugiados, certificados médicos, testimonios, etc.

Comisión ha llegado a recibir un gran número de denuncias individuales durante sus visitas *in loco*, como sucedió en: Argentina, en 1979, donde recibió 5580 denuncias⁴⁹; en Nicaragua, en 1980, recibió 3921 denuncias⁵⁰; y en Perú, en 1998, recibió 600.⁵¹

Estas denuncias son trasladadas a la sede de la Comisión, donde la Secretaría inicia su examen y en los casos que procede, abre y registra el expediente. Algunas veces, las denuncias se refieren a hechos generales o delitos comunes perpetrados por particulares que no contienen hechos que prueben violaciones de los derechos humanos, ni permiten imputar responsabilidad al Estado; en ese caso la Comisión informa al peticionario sobre su inadmisibilidad.

X. COMUNICADO DE PRENSA

Al final de la visita *in loco*, la Comisión Especial se reúne con el Presidente de la República o Jefe del Gobierno, con el objeto de dialogar sobre la situación general de derechos humanos que impera en el país y los hechos observados durante la visita. Seguidamente, la Comisión presenta solicitudes concretas que tiendan a reparar las violaciones denunciadas. La Comisión hace entrega al Gobierno del comunicado de prensa que será posteriormente leído ante los medios de comunicación.

La última actividad de la Comisión Especial consiste en la lectura del comunicado, en rueda de prensa, donde informa sus conclusiones *prima facie* sobre la situación observada durante su estadía; indicando que ellas constituyen la base del informe especial que la Comisión elaborará más tarde en su sede, sobre la base de la información obtenida en el país, así como de otros elementos de prueba que la CIDH obtenga posteriormente.

XI. RESULTADOS QUE GENERAN LAS VISITAS *IN LOCO*

Cabe ahora preguntar, ¿cuál es el impacto o el resultado de las visitas *in loco*? Las visitas *in loco* producen resultados inmediatos, como el hecho en sí de aceptar la visita *in loco*, lo cual refleja una voluntad de parte del Estado de mejorar la situación de los derechos humanos en el país. La visita *in loco* produce un importante debate de parte de la sociedad civil, sobre numerosos temas de gran relevancia para los derechos humanos. Igualmente, cuando la

49 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, doc. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, del 11 de abril de 1980, p. 6.

50 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua, doc. OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 25, del 30 de junio de 1981, p. 15.

51 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, doc. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., del 2 de junio de 2000.

Comisión se reúne con los medios de comunicación se pone de manifiesto la existencia de un rico debate social en donde se confrontan ideas sobre la consolidación, el fortalecimiento de instituciones y las normas relativas a las garantías individuales.

La visita *in loco* de la Comisión produce un efecto de promoción de los derechos humanos y ayuda a identificar los problemas que afectan la vigencia de los derechos humanos en los países concernidos. A través de la visita *in situ*, la Comisión ofrece su colaboración con las autoridades gubernamentales, dentro del marco de su competencia, en el fortalecimiento de los mecanismos de promoción y defensa de los derechos humanos.

En repetidas ocasiones, la Comisión ha obtenido resultados muy palpables, como la excarcelación de detenidos políticos, atención médica para prisioneros enfermos y el traslado de menores infractores a centros de rehabilitación apropiados a su edad. Como resultado de las visitas, algunos Gobiernos han mejorado las condiciones generales de los centros de detención y han tomado medidas para agilizar los procesos judiciales de los detenidos en prisión preventiva, como en el caso de la República Dominicana.

Por otra parte, la visita de la Comisión promueve el diálogo entre las autoridades gubernamentales y en algunas ocasiones ello ha propiciado el cambio de leyes y decretos que afectan la vigencia de los derechos humanos.

XII. LOS INFORMES ESPECIALES

Con posterioridad a la visita *in loco*, la Comisión analiza y compila la información obtenida en el territorio del país observado y elabora un informe especial sobre la situación de los derechos humanos. El informe es preparado por la Secretaría Ejecutiva, en consulta con el Relator del país,⁵² el cual más tarde es discutido y aprobado por el pleno de la Comisión durante sus reuniones ordinarias. Una vez que el informe ha sido aprobado, se envía al Gobierno con un plazo para que presente las observaciones que juzgue pertinentes. Normalmente, el plazo fijado es de 60 días, pero en algunas ocasiones, de conformidad con el Gobierno, se ha reducido a fin de presentarlo de manera expedita ante la Asamblea General de la OEA.

Si bien la mayoría de los informes preparados después de una visita *in loco* son publicados como informes especiales, también pueden ser incorporados en el Informe Anual de la CIDH como informe de seguimiento o como informe temático, como la observación realizada

52 A partir de 1991, la Comisión estableció un sistema de Relatores, mediante el cual los miembros están a cargo *prima facie* de la discusión y revisión de los temas e informes relativos a los países a su cargo que la Secretaría Ejecutiva elabora.

en la República Dominicana sobre la situación de los trabajadores migrantes haitianos en 1991. Independientemente del impacto que pueda tener una u otra forma de publicación, ambos informes son presentados ante la Asamblea General, lo que permite una importante discusión de parte de los Estados miembros de la Organización, en particular sobre las recomendaciones elaboradas por la Comisión.

En algunas ocasiones, las recomendaciones que la Comisión formula en sus informes han servido a los Gobiernos para modificar su conducta. En otros casos, los informes han sido simplemente ignorados por los Gobiernos aludidos, pero en última instancia, con base en esos informes los órganos políticos de la OEA han adoptado resoluciones condenando las violaciones de derechos humanos, las que han movilizado a su vez a la comunidad internacional. Esto último aconteció en el caso de Haití, cuando la Asamblea General de la OEA, celebrada en Belem do Pará, después de haber considerado los informes presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Misión Civil Internacional OEA/ONU,⁵³ la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores emitió la Resolución 6/94 "Llamado al Retorno a la Democracia en Haití", mediante la cual condenó la persistencia de maniobras dilatorias e intimidación de las autoridades *de facto*, así como la represión ejercida por éstas contra los partidarios de la democracia.⁵⁴

A través de sus informes, la Comisión ha puesto en conocimiento de la comunidad internacional los principales acontecimientos en materia de derechos humanos. En sus Informes Especiales, la Comisión efectúa un análisis detallado de las principales violaciones de derechos humanos, como son, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física, a la libertad de expresión y de reunión. Destacando ya sea el grave deterioro de la situación de los derechos humanos que existe en el país, o señalando los avances logrados por los Gobiernos en materia de derechos humanos.

En su Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití de 1995, la Comisión analizó la represión sistemática ejercida por los militares y por grupos paramilita-

53 La Misión Civil Internacional OEA/ONU en Haití constituye un ejemplo importante de cooperación entre la OEA y la ONU. La Misión conjunta amplió la presencia civil de la OEA en Haití iniciada en septiembre de 1992. La Misión se estableció en febrero de 1993 como consecuencia de la solicitud que el Presidente Jean-Bertrand Aristide presentó en una carta fechada, el 8 de enero de 1993, dirigida a los Secretarios Generales de la OEA y de la ONU, y sobre la base de los mandatos de la Reunión *Ad-hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores sobre Haití y de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU con respecto a ese país. La Misión estaba formada por observadores civiles de ambas organizaciones, distribuidos en los nueve Departamentos de Haití y su mandato consistía en observar la situación de los derechos humanos en ese país.

54 Doc. OEA/Ser.F/V.1 MRE/RES. 6/94, del 9 de junio de 1994. Véase también "Apoyo al Gobierno Democrático", doc. MRE/RES.1/91; "Restauración de la Democracia en Haití", doc.I MRE/RES.3/92; "Llamado al Retorno a la Democracia en Haití", doc. MRE/RES.6/94; Doc. OEA/Ser. G, CP/Res 630 (987/94) y Doc. CP/DEC.21 (1005/94).

res conocidos como "attachés" o "zenglentos" y por miembros del FRAPH, a través de nuevos métodos, particularmente efectivos para sembrar el terror en la población, incluyendo prácticas como las masacres cometidas contra poblaciones rurales, como fue el caso de Raboteau en Gonaives; la aparición de cadáveres mutilados y desfigurados en las calles de Puerto Príncipe y las violaciones contra niños. Asimismo, la destrucción de los movimientos democráticos en Haití creó un clima de terror, utilizando para eso a las mujeres como víctimas. Los instrumentos principales de represión y persecución política, a partir de enero de 1994, fueron las violaciones sexuales cometidas contra las esposas o familiares de militantes en favor del retorno del Presidente Aristide. En ese sentido, la Comisión determinó que las violaciones sexuales constituyeron no sólo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el artículo 5 de la Convención Americana, sino además una forma de tortura según el artículo 5 (2) del citado instrumento.⁵⁵

Igualmente, en su informe de 1995, la Comisión señaló los cambios ocurridos tras el retorno del régimen democrático a Haití y su impacto en la salvaguardia de las garantías individuales y manifestó que la salida del régimen dictatorial puso fin al clima general de terror y violaciones de los derechos humanos que existían en Haití, reanudándose la actividad política en muchas zonas del país y estableciéndose una amplia libertad de los medios de información.

En el Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana de 1999, la Comisión señaló que los numerosos problemas que afectaban la plena vigencia de los derechos humanos en ese país no eran el resultado de una política de Estado dirigida a violar los derechos humanos. Como en el caso de numerosos países, las autoridades se enfrentaban, en diversa medida a problemas a menudo estructurales, pautas culturales heredadas de experiencias autoritarias, instituciones anacrónicas e insuficiencia de recursos.

Además del impacto político y la labor de promoción que resultan de los informes especiales de la Comisión, cabe mencionar que la documentación contenida en ellos constituye un antecedente histórico muy importante, sobre todo cuando los países recuperan su sistema democrático. Esos informes han servido para dar a conocer lo que pasó en países como Argentina, Chile, Uruguay y El Salvador. En 1995, la Comisión Nacional de la Verdad y la Justicia de Haití,⁵⁶ establecida por el Gobierno constitucional, solicitó a la Comisión Interamericana los informes elaborados durante el período del régimen *de facto* (1991-1994). A este respecto, la Comisión ha manifestado un gran interés en los procesos de la verdad, entendiendo que es necesario conocer exactamente lo que ocurrió durante los tres años de dictadura militar y, en particular, contar en detalle las violaciones de derechos humanos que sufrió el pueblo haitiano para que ese país pueda reconstruir su sociedad y su gobierno.

55 Docs. OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev., del 11 de febrero de 1994 y OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 10 rev., del 9 de febrero de 1995, pp.36 y 46.

56 La Comisión Nacional de la Verdad y la Justicia fue creada por Decreto Presidencial, el 28 de marzo de 1995.

XIII. CONCLUSIONES

Uno de los pilares en que se apoya la labor realizada por la CIDH en la protección de los derechos humanos son las visitas *in loco*, ya que éstas constituyen el método más adecuado para observar la situación de derechos humanos en los países miembros de la OEA. Las visitas *in loco* producen un efecto de promoción de los derechos humanos y ayudan a identificar los problemas que afectan la vigencia de los derechos humanos.

Las visitas *in loco* revisten un gran valor porque permiten el acceso directo entre los denunciantes y la Comisión, en particular de aquellos que por motivos económicos o por temor a represalias no pueden trasladarse a la sede de la CIDH. Igualmente, las visitas *in situ* permiten corroborar en el terreno mismo las violaciones denunciadas, a través de los testimonios de las víctimas o sus familiares. Al mismo tiempo, estas visitas tienen por objetivo promover el diálogo entre la Comisión y las autoridades gubernamentales, mediante el cual se trata de lograr una solución sobre las violaciones denunciadas y propiciar un cambio positivo en la conducta de los Gobiernos.

A través de los informes que resultan de las visitas *in loco*, la Comisión ha podido dar a conocer a los órganos políticos de la OEA y a la comunidad internacional la situación de violaciones de derechos humanos que afectan a determinados países; y las recomendaciones de la CIDH han servido a los Gobiernos para adaptar su legislación de acuerdo con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

A pesar de la gran labor realizada por la CIDH en sus numerosas visitas *in loco*, este mecanismo aún se ve enfrentado a la reticencia de algunos Gobiernos, quienes niegan la entrada a su territorio impidiendo a la Comisión cumplir con su función de protectora de los derechos humanos. Cabe esperar que este procedimiento sea reforzado en un futuro próximo, a fin de obtener una protección de derechos humanos más completa en nuestro continente americano.

Las opiniones expresadas en este estudio no representan la posición oficial de la CIDH.

XIV. VISITAS *IN LOCO* REALIZADAS POR LA CIDH

Nº	Fechas	Lugar	Observaciones
1	22 al 29 de octubre de 1961	República Dominicana	Primera visita de observación <i>in loco</i>
2	2 de enero de 1963	Estados Unidos	Visita al centro de refugiados cubanos en Miami, Florida
3	5 al 9 de mayo de 1963	República Dominicana	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
4	11 de junio 1965 al 1º junio 1966	República Dominicana	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
5	4 al 7 de julio de 1969 8 al 10 de julio de 1969	El Salvador - Honduras	Una Comisión Especial quedó en ambos países hasta el 25 de octubre de 1969
6	22 de julio al 2 agosto de 1974	Chile	Visita de observación <i>in loco</i>
7	29 de noviembre al 7 diciembre de 1977	Panamá	Primera visita de observación <i>in loco</i>
8	18 enero de 1978	El Salvador	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
9	16 al 25 de agosto de 1978	Haití	Primera visita de observación <i>in loco</i>
10	3 al 12 de octubre de 1978	Nicaragua	Primera visita de observación <i>in loco</i>
11	20 de septiembre de 1979	Argentina	Visita de observación <i>in loco</i>
12	21 al 28 de abril de 1980	Colombia	Primera visita de observación <i>in loco</i>
13	6 al 11 de octubre de 1980	Nicaragua	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
14	3 al 6 de mayo de 1982	Nicaragua	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
15	7 al 9 de mayo de 1982	Honduras	Visita al campo de refugiados Miskitos en Mocerón.
16	28 al 29 de junio de 1982	Estados Unidos - Puerto Rico	Visita a centros de detención de refugiados haitianos en el Estado de la Florida y Puerto Rico
17	5 al 6 de agosto de 1982	Estados Unidos	Visita al centro de refugiados haitianos en Brooklyn, N.Y
18	21 al 26 de septiembre de 1982	Guatemala	Primera visita de observación <i>in loco</i>
19	2 al 8 de enero de 1983	México	Visita al campo de refugiados guatemaltecos en Chiapas
20	12 de junio de 1983	Honduras - Nicaragua	Visita a la Mosquitia de ambos países
21	20 al 24 de junio de 1983	Suriname	Primera visita de observación <i>in loco</i>
22	6 al 10 de mayo de 1985	Guatemala	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
23	12 al 17 de junio de 1985	Suriname	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
24	10 al 16 de agosto de 1986	El Salvador	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
25	20 al 23 de enero de 1987	Haití	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
26	15 al 19 febrero de 1987	El Salvador	Tercera visita de observación <i>in loco</i>

Continúa en página siguiente...

VISITAS *IN LOCO* REALIZADAS POR LA CIDH

Nº	Fechas	Lugar	Observaciones
27	5 al 9 de octubre de 1987	Suriname	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
28	3 al 7 de enero de 1988	Guyana Francesa	Visita a los campos de refugiados surinameses
29	25 al 28 de enero de 1988	Guatemala	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
30	20 al 22 de enero de 1988	Nicaragua	Cuarta visita de observación <i>in loco</i>
31	2 al 30 de abril de 1988	Nicaragua	Revisión de expedientes de la antigua Guardia Nacional (1,834 casos)
32	29 de agosto al 2 septiembre de 1988	Haití	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
33	13 al 16 de diciembre de 1988	Suriname	Cuarta visita de observación <i>in loco</i>
34	27 de febrero al 3 de marzo de 1989	Panamá	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
35	6 al 12 de mayo de 1989	Perú	Primera visita de observación <i>in loco</i>
36	29 de enero al 3 de febrero de 1990	Guatemala	Cuarta visita de observación <i>in loco</i>
37	7 al 9 de febrero de 1990	Paraguay	Visita de observación <i>in loco</i>
38	17 al 20 de abril de 1990	Haití	Cuarta visita de observación <i>in loco</i>
39	9 al 13 de julio de 1990	Panamá	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
40	14 al 16 de noviembre de 1990	Haití	Quinta visita de observación <i>in loco</i>
41	3 al 7 de diciembre de 1990	Colombia	Visita de observación <i>in loco</i>
42	12 al 14 de agosto de 1991	República Dominicana	Cuarta visita de observación <i>in loco</i>
43	28 de octubre al 1º noviembre de 1991	Perú	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
44	4 al 6 de diciembre de 1991	Haití	Sexta visita de observación <i>in loco</i>
45	19 al 21 de abril de 1992	Perú	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
46	27 al 30 de abril de 1992	Nicaragua	Quinta visita de observación <i>in loco</i>
47	4 al 8 de mayo de 1992	Colombia	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
48	11 al 12 de mayo de 1992	Perú	Cuarta visita de observación <i>in loco</i>
49	2 al 6 de noviembre de 1992	Guatemala	Quinta visita de observación <i>in loco</i>
50	17 al 21 de mayo de 1993	Perú	Quinta visita de observación <i>in loco</i>
51	23 al 27 de agosto de 1993	Haití	Séptima visita de observación <i>in loco</i>
52	6 al 10 de septiembre de 1993	Guatemala	Sexta visita de observación <i>in loco</i>
53	9 al 10 de marzo de 1994	Guatemala	Visita para observar las "Comunidades de Poblaciones en Resistencia (CPR)"
54	16 al 20 de mayo de 1994	Haití	Octava visita de observación <i>in loco</i>

Continúa en página siguiente...

VISITAS *IN LOCO* REALIZADAS POR LA CIDH

Nº	Fechas	Lugar	Observaciones
55	22 al 27 de mayo de 1994	Bahamas	Primera visita de observación <i>in loco</i>
56	24 al 27 de octubre de 1994	Haití	Novena visita de observación <i>in loco</i>
57	7 al 11 de noviembre de 1994	Ecuador	Primera visita de observación <i>in loco</i>
58	1 al 5 de diciembre de 1994	Guatemala	Octava visita de observación <i>in loco</i>
59	7 de diciembre de 1994	Jamaica	Visita a los centros penitenciarios
60	20 al 23 de marzo de 1995	Haití	Décima visita de observación <i>in loco</i>
61	3 al 5 de mayo de 1995	Estados Unidos	Visita a la Penitenciaría de Lompoc, California. Condiciones de detención de los "Marielitos Cubanos"
62	30 de mayo de 1995	Estados Unidos	Visita a la Penitenciaría de Leavenworth, Kansas
63	5 al 10 de julio de 1995	Guatemala	Novena visita de observación <i>in loco</i>
64	4 al 8 de diciembre de 1995	Brasil	Primera visita de observación <i>in loco</i>
65	26 de abril de 1996	Estados Unidos	Visita a la Penitenciaría de Allenwood, Pensylvania. Condiciones carcelarias "Marielitos"
66	12 al 18 de mayo de 1996	Venezuela	Visita a centros penitenciarios
67	15 al 24 de julio de 1996	México	Visita de observación <i>in loco</i>
68	9 al 10 de diciembre de 1996	Estados Unidos	Visita a Marksville y Amite, Louisiana. Condiciones carcelarias "Marielitos"
69	28 de abril al 2 de mayo de 1997	Bolivia	Visita de observación <i>in loco</i>
70	16 al 20 de junio de 1997	República Dominicana	Quinta visita de observación <i>in loco</i>
71	20 al 22 de octubre de 1997	Canadá	Visita de observación de las condiciones de los refugiados y trabajadores migrantes
72	1 al 8 de diciembre de 1997	Colombia	Tercera visita de observación <i>in loco</i>
73	7 al 9 de julio de 1998	Estados Unidos	Visita a Los Angeles y San Diego, California para observar la situación de los trabajadores migrantes
74	6 al 11 de agosto de 1998	Guatemala	Décima visita de observación <i>in loco</i>
75	9 al 13 de noviembre de 1998	Perú	Sexta visita de observación <i>in loco</i>
76	7 al 9 de julio de 1999	Estados Unidos	Visita a El Paso, Texas para observar la situación de los trabajadores migrantes y sus familias
77	28 al 30 de julio de 1999	Paraguay	Segunda visita de observación <i>in loco</i>
78	20 al 25 de agosto de 2000	Haití	Décimo primera visita de observación <i>in loco</i>

**PRESENTACIÓN DE CASOS ANTE
LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

JORGE RHENÁN SEGURA*

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de la Sorbonne).
Embajador de Costa Rica ante la OEA.

PRESENTACIÓN DE CASOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

JORGE RHENÁN SEGURA

Sumario: I. Introducción. II. Presentación de casos a la Corte. III. El proceso adjudicatorio ante la Corte: *locus standi* y el rol de la Comisión ante la Corte. IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Para mí es un verdadero honor poder estar reunido el día de hoy con ustedes para reflexionar y discutir sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hace cuarenta años a iniciativa y proposición del Gobierno de Costa Rica, el Consejo de la OEA convocó la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969 y ese último día, el 22 de noviembre se aprobó el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica. La década de los sesenta y los años que siguieron fueron años difíciles, en ese momento con la excepción de tres países todos eran gobiernos dictatoriales, sin embargo, pudimos contar con el embrión de un sistema de protección y promoción de los derechos humanos que una década más tarde, el 18 de julio de 1978 entra en vigor, complementándose y poniéndose en marcha un mecanismo novedoso para el momento.

La idea de celebrar los treinta años del llamado Pacto de San José y los 20 años de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nació hace más de dos años a iniciativa del Sr. Presidente de Costa Rica, Dr. Miguel Ángel Rodríguez y de su Ministro de Relaciones Exteriores, Don Roberto Rojas. Inmediatamente acogimos la idea y hemos estado trabajando fuertemente para hacer un logro la Reunión del pasado 22 de Noviembre que convocó a los señores Cancilleres aquí en San José, a discutir sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y también para que hoy podamos estar aquí reunidos discutiendo aspectos tan importantes para el futuro de los derechos humanos. En toda esta gestión

de la celebración de los aniversarios, la Corte Interamericana, su Presidente el Dr. Cançado, los demás señores jueces y su Secretario el Sr. Manuel Ventura, han tenido un papel muy importante, mi agradecimiento a ellos por su enorme esfuerzo de participar y organizar estas jornadas de reflexión y análisis, sin que olvidemos tampoco al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que en estas últimas décadas se ha convertido en uno de los promotores más importantes de los derechos humanos en nuestro Continente.

II. PRESENTACIÓN DE CASOS A LA CORTE

El tema que nos ocupa es bastante complejo, lleno de pequeños detalles procesales; algunos de los problemas y forma en que deben presentarse los casos ante la Corte, ya se han tratado en este Foro y Ustedes como público especializado, tienen más experiencia que quien habla. Se han tratado en este Foro aspectos tales como la presentación de casos ante la CIDH, el *jus standi*, derecho de petición individual, expuesto por el señor Presidente de la Corte, el Dr. Cançado; en mi exposición, debido al problema de tiempo, me referiré solo a algunos problemas que considero importantes, entre ellos algunos aspectos procesales, la importancia de un sistema *jus standi*, el cumplimiento y seguimiento de los fallos de la Corte.

Antes de entrar en aspectos de fondo, me voy a permitir hacer unos pequeños comentarios. En la página electrónica de la Unión Europea, la sección referente a la Corte Europea de Derechos Humanos, encontramos en menos de tres páginas, escritas a doble espacio, la explicación de cómo acceder y presentar una denuncia ante el Tribunal, previo agotamiento en el Estado contra el que recurre de todos los recursos internos, incluida la última instancia que hubiera permitido reparar el agravio causado. Existe una sección en dicha página que nos explica cómo dirigirnos al Tribunal y se indican los pasos a seguir, que se describen de la siguiente manera: a-) Hacer un breve resumen de sus quejas; b-) Indicar el (o los) derecho (s) garantizado (s) por el Convenio que, a su juicio, haya (n) sido violado (s); c-) Exponer las vías de recurso que ha ejercitado; e-) Enumerar las resoluciones relativas al caso haciendo constar la fecha de cada una, el tribunal o autoridad que la dictó y una breve exposición de su contenido. Adjunto al escrito una copia de dichas resoluciones (estos documentos no serán devueltos, por ello, se recomienda enviar únicamente copias y no originales). Después hay una serie de indicaciones referentes a los idiomas, cómo será la respuesta del Secretario del Tribunal y unos pocos detalles más entre los que destaca la frase: "que no es necesario que Ud. se persone en la sede del Tribunal, en esta primera etapa que es escrita en su fase inicial".

Como pueden apreciar el procedimiento es muy simple y entre otras cosas, ha permitido que la Corte Europea cumpla un papel rector en la protección de los derechos humanos en el Viejo Continente. Cuando vamos a nuestro sistema de protección de Derechos Humanos las cosas no son tan simples y fáciles, el procedimiento contencioso ante la Corte es sumamente complejo ya que depende entre otras cosas de que el Estado, en contra de quien se haya presentado la petición o comunicación, haya aceptado o no la competencia obligatoria de la Corte, y en caso afirmativo, de que la Comisión o el mismo Estado involucrado, decidan remitir dicho

asunto al Tribunal, lo cual de cierta manera es una decisión política y además está sujeta a plazos que empiezan a correr después de notificado el informe del artículo 50. Todo lo anterior sin olvidarnos que los textos, tampoco nos ayudan con la claridad y transparencia jurídica, ya que en cuanto a los Estados que pueden remitir el caso a la Corte, no está suficientemente claro a qué Estados se refiere la Convención, porque mientras el artículo 61 menciona a "los Estados partes", sin indicar si se trata de los Estados que han sido "partes" en el procedimiento ante la Comisión o si se refiere a los Estados partes en la Convención, el artículo 51 se refiere a "los Estados interesados", sin que resulte claro cuál es el Estado interesado en someter el caso a la Corte; y desde la creación de la Corte, solo el denominado Asunto Viviana Gallardo y otros, ha sido introducido por un Estado, por el Gobierno de Costa Rica, los demás casos han sido introducidos por la Comisión Interamericana.

Es poco realista pensar que sea el Estado denunciado el que resuelva llevar un caso ante la Corte. Todas estas lagunas o pocas claridades sirven para que los Estados interpongan excusas y presenten recursos y otras formas procesales que no solo atrasan o declaran sin lugar los recursos y los procedimientos, sino que los complican fuertemente como por ejemplo, el triste caso Cayara, cuyos peticionarios no pudieron tener la posibilidad del acceso a la justicia. Posiblemente, también ésta sea una de las razones de que a pesar de que hemos vivido en un Continente plagado de dictaduras y de violaciones de derechos humanos, solo tres decenas de casos ha enviado la Comisión a la Corte, lo que corresponde más o menos a un caso promedio por año, esto sin contar que más de la mitad de los casos han ingresado después de 1993 y todavía esas cifras nos deben poner a reflexionar más cuando revisamos los países a los que conciernen los casos, y vemos que por norma se trata de los más pequeños Estados de la Región: Honduras, Nicaragua, Suriname, Guatemala y Ecuador. Si comparamos estos datos con los casos europeos, vemos que el contraste es muy grande, en Europa para solo citar dos casos de países con gran tradición democrática como son Francia e Italia, han sido condenados 52 y 101 veces respectivamente.

En la Convención no encontramos criterios específicos a ser seguidos por la Comisión al momento de decidir si se envía un caso a la Corte, o publicar el Informe final. En la opinión consultiva OC 5/85, la Corte explicó que a pesar del hecho de que la Comisión no está obligada a referir casos para su adjudicación, el ejercicio de esa prerrogativa tiene una importancia básica en el funcionamiento del sistema, debido al hecho de que los individuos no están facultados a enviar casos a la Corte y los Estados tienen pocos incentivos para hacerlo. Se ha interpretado que el envío no debe ser discrecional y que debe hacerse siempre que como alternativa sea la más favorable para la protección de los derechos establecidos en la Convención. La Corte ha sostenido que los casos referidos deben involucrar cuestiones altamente controvertidas y que no hayan sido previamente examinadas, pero esto es también relativo.

Aparte de la falta de criterio expreso para el envío de casos, existe otra laguna evidente en la Convención: la falta de criterio de una norma que describa expresamente el mecanismo de envío y el plazo para el sometimiento de un caso a la jurisdicción de la Corte. El artículo 51 establece que "si en un plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del

Informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o el Estado interesado...la Comisión podrá emitir su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración". Es la única norma que menciona el sometimiento de casos a la Corte. Se ha dicho que no existe un plazo convencional de prescripción para el envío de casos a la Corte, lo que no quita que, en nombre de la seguridad jurídica, los Órganos del sistema estén facultados a establecer un plazo razonable por vía estatutaria o reglamentaria. La Corte ha sostenido que el plazo debe ser de tres meses.

III. EL PROCESO ADJUDICATORIO ANTE LA CORTE: LOCUS STANDI Y EL ROL DE LA COMISIÓN ANTE LA CORTE

La Convención reza en forma escueta que "la Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte. Se supone que el papel de la Comisión es la de ser "representante del interés general", "ministerio público", "initator or facilitator". Aún no se ha conferido a los individuos el *locus standi* a los peticionarios para que puedan comparecer ante la Corte y esta situación ha forzado a la Comisión a actuar como el portador de sus intereses. En otras palabras, el peticionario no tiene derecho a defender su propio caso y depende de la intermediación de la Comisión. Recordemos que de todos los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, el derecho de petición individual es como nos dice el Dr. Cançado en su voto concurrente al Caso Castillo Petruzzi y Otros del 4 de Septiembre de 1998, es el más dinámico, agregando luego "sin *locus standi in judicio* para ambas partes, cualquier sistema de protección se encuentra irremediamente mitigado, porque no resulta razonable el concebir derechos sin la capacidad procesal para revindicarlos directamente".

Otro aspecto importante, es que una vez remitido un caso a la Corte, ésta revisa las decisiones de la Comisión relativas al agotamiento de los recursos internos y el ejercicio de su discreción para intentar llegar a una solución amistosa cada vez que el Estado demandado los ha cuestionado en fase preliminar. Esta situación debilita el sistema como efectivamente demuestra el famoso caso Gangaram Panday en donde la Corte reafirmó su plena jurisdicción y revisó la mayoría de la cuestiones de hecho cuestionadas por el Gobierno de Suriname.

IV. REFLEXIONES FINALES

Mis reflexiones finales no están enmarcadas en la presentación y forma de los casos ante la Corte, he preferido hacer unas conclusiones más generales sobre distintos aspectos de fallas que he observado en el sistema interamericano de derechos humanos.

En las dos Cumbres de Jefes de Estado que se han llevado a cabo respectivamente en Miami y Santiago, así como en las últimas Asambleas Generales de la Organización de Estados Americanos (OEA) (Venezuela, Guatemala y Windsor, Canadá) se ha discutido y se han presentado resoluciones y declaraciones que piden la reestructuración del Sistema Interamericano

de Derechos Humanos. Además durante todo este año (2000), la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA ha emprendido, a raíz de la pasada Reunión del 22 de Noviembre de San José, una revisión de los mecanismos y problemas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones de los diplomáticos y técnicos ha existido poca voluntad política para plantear soluciones, reformas o mejoras que vengán a hacer del Sistema Interamericano de Derechos Humanos un sistema más acorde a los tiempos en que vivimos. Nuestro sistema de protección y promoción a los derechos humanos ni es un sistema, ni es universal ni protege como debe ser. No es un sistema porque no funciona como tal, es disperso, difuso y desdibujado. No es universal, entendiéndolo por ello -americano- porque los países de América del Norte se han autoexcluido del mismo, Estados Unidos y Canadá a pesar de ser miembros de la OEA, no forman parte de él. Es entonces un sistema latinoamericano que tiene en su interior tres tipos de miembros, los que han ratificado la Convención Americana, los que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana y los que no han hecho ni uno ni lo otro, pero que son miembros del sistema llamado Organización de Estados Americanos.

Desde hace ya varios años se habla de reformar un sistema que para todos es obvio que no funciona adecuadamente, existe una creencia generalizada de sus graves deficiencias, pero se hace muy poco para solucionarlas. Nuestro sistema de protección de los derechos humanos fue diseñado hace ya muchas décadas, nuevas realidades políticas y sociales nos deben obligar a someterlo a revisión. Las razones para no proceder a una revisión a fondo son muchas, una muy importante es el temor que aún suscita el "tema de los derechos humanos" en muchos países. A pesar del avance de los sistemas democráticos, a la misma reforma más o menos reciente de la Carta de la OEA, que permite excluir de la Organización a cualquier Gobierno que pudiera llegar al poder a través de un golpe de Estado, nuestros sistemas constitucionales y jurídicos en general adolecen de serios problemas. La administración de justicia atraviesa una profunda crisis en América Latina, está plagada de ineficiencia, corrupción y una enorme carencia de recursos financieros y humanos. La lentitud de los procesos judiciales es alarmante, en muchos países el debido proceso es letra muerta, la impunidad todavía está muy presente, nuestras cárceles sufren todo tipo de problemas, las políticas de seguridad ciudadana simplemente no existen, las fuerzas militares en aquellos países que son fuertes, siguen siendo un atentado a la protección de los derechos humanos. En otros países, por ejemplo, se castiga o es desacato o falta de respeto a la autoridad, la crítica política a los funcionarios públicos. Todo esto sin contar el feudo desconocido que significa la actuación de la justicia penal en muchos países que va desde no actuar, de estar viciada o de convertir la justicia en un espectáculo o fiesta de los medios de comunicación, recordándonos aquellos Actos de Fe de la España de la Inquisición. Para muchos de nuestros fiscales el principio de presunción de inocencia no existe. Lamentable, esto significa un serio retroceso. En una sociedad de derecho y democrática estos hechos son parte de la vida misma de la sociedad, y nosotros aún no hemos entendido esto porque carecemos de una cultura de derechos humanos.

Además del problema apuntado, en nuestro caso, el sistema interamericano pasa por otros dos dilemas: cada vez que oímos que el sistema tiene sus fallas, nos preguntamos si se

debe reformar o fortalecer el sistema de protección de los Derechos Humanos. La primera posibilidad, la reforma, entendiéndolo por ello una lectura total de todos los instrumentos actuales, creemos que no es posible en las circunstancias actuales. A pesar de las nuevas ondas democráticas que atraviesan el Hemisferio, hay grupos políticos muy interesados en plantear un retroceso de algunas conquistas ya alcanzadas. Esta posición conservadora en materia de derechos humanos de algunos delegados interamericanos ha quedado de manifiesto en algunas Conferencias Internacionales tales como la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 en Viena, y las Conferencias que siguieron en Beijing, El Cairo y Roma posteriormente. La reforma total abriría una caja de Pandora que a la postre terminaría debilitando el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Entonces qué nos queda, la segunda opción: el fortalecimiento, pero para que éste cumpla nuestro objetivo es preciso hacer algunas reformas importantes, y sería importante que de estas reflexiones puedan salir proposiciones concretas al respecto.

Entre otras cosas creemos que el establecimiento de un sistema de derechos humanos a dos niveles -Comisión y Corte-, ha tenido a mi manera de ver, sus serias dificultades. Por un lado una CIDH, que actuó por mucho tiempo como Órgano primario, ha sido el encargado de realizar estudios, visitas *in loco*, y desde 1965 de acuerdo con la Convención encargado de dar curso a peticiones individuales, funcionando más o menos como una "sala de primera instancia". Está además, la Corte Interamericana con la facultad de dar decisiones obligatorias. Según la Convención, se establecía un cierto grado de dependencia de la Corte en la labor de la Comisión: de acuerdo con el artículo 61 de la Convención ningún caso podía llegar a la Corte sin que la Comisión hubiese dado cumplimiento a lo estipulado en los artículos 48 y 50. En efecto, la Convención hace depender a la Corte de un mecanismo ya en funcionamiento que había sido concebido por separado. A pesar de lo apuntado, las relaciones entre los Órganos no han sido lo suficientemente fluidas, por ejemplo, desde 1996, la Corte ha introducido una serie de modificaciones a sus procedimientos de análisis de casos, y la Comisión ha hecho por su parte, una serie de cambios sin que se haya establecido consulta alguna entre ambos Órganos.

El Estatuto de la Comisión aprobado en el noveno período ordinario de la Asamblea General celebrado en 1979, dispone en su artículo 1 que la Comisión es un "Órgano creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como Órgano consultivo de la organización en esta materia". El Estatuto dispone un doble papel de la Comisión como Órgano basado en la Corte y en la Convención. Por su parte, el Estatuto de la Corte, aprobado también en 1979, dispone una jurisdicción consultiva y una jurisdicción contenciosa, aunque esta última se aplica únicamente a los Estados Partes de la Convención. Las opiniones consultivas, sí pueden involucrar a los Estados miembros que no son partes de la Convención y a los Órganos especializados del sistema interamericano.

Un sistema de protección de los derechos humanos debe ser flexible y no debe anteponer como excusa forzadas razones procesales. La práctica que hemos observado en la CIDH con respecto a la fijación de fechas de las audiencias, la presentación de escritos e

inclusive la apertura de juicios ha provocado en la comunidad interamericana una indiferencia y apatía total. La CIDH debería reducir los plazos para llegar a un número razonable de casos activos. Cuando hablamos de la admisibilidad de un caso ante la Comisión nos encontramos que es desesperante, aunque los procedimientos de admisibilidad están bien establecidos en el Reglamento de la Comisión, la práctica que se sigue es *kakfkiana* para el abogado o para el peticionario y los Estados Partes, lo que produce no solo incertidumbre sino inseguridad. Por qué entonces no estructurar un sistema diferente, convertir la Comisión en una Sala de Admisión o una especie de fiscalía encargada de recibir las denuncias presentadas ante la Corte, examinarlas y recomendar su futura acción, esto es una posibilidad, puede haber otras mejores; o por qué no quitarle completamente este tipo de funciones a la Comisión. Si optamos por la primera variante, entonces, la Comisión podría considerar la posibilidad de tramitar su trabajo delegando parte de su competencia, considerar la posibilidad de transmitir su trabajo delegando parte de su trabajo a salas o comités compuestos por algunos miembros de la CIDH y el personal necesario.

Es de vital importancia aclarar las reglas de admisibilidad, entre otras cosas porque se evitarían las presiones gubernamentales para preseleccionar peticiones. Los Estados deben examinar las pautas para ajustar y aclarar los procedimientos de admisibilidad. Es necesario instituir vía reglamento o vía Protocolo adicional, una norma para el establecimiento de las peticiones, y determinarse qué es y no es materia pertinente para el examen judicial en el sistema interamericano.

El sistema "doble" que ha funcionado en nuestro Hemisferio nos lleva a que haya, entre otras cosas, una duplicación de tareas. Cuando interponemos un recurso ante la Corte, la misma petición es objeto de un extenso y reiterativo proceso de determinación de los hechos que demanda no solo de recursos, sino de tiempo. La Corte obliga a las partes a realizar de nuevo todo el procedimiento. Este último punto es muy polémico, varios académicos han sostenido que se estableció de esa manera para que los aspectos de determinación de los hechos de un caso estuvieran a nivel de la CIDH, sea cual sea la justificación o no, esta situación no se debe convertir en un debate académico, la Corte no debe duplicar las tareas de determinación de los hechos de la CIDH, sino que debe haber un trabajo complementario. La Corte debería investigar solo los nuevos datos.

Una vez que la Comisión haya revisado los hechos, estos deben ser transferidos a la Corte, pero aquí nos encontramos con otro problema, hay una nebulosa y las reglas no están claras. Es necesario elaborar y aplicar coherentemente un conjunto de normas, criterios u otros para los casos de remisión de la Comisión a la Corte.

Otro problema que queremos destacar es el doble papel de la CIDH como árbitro y defensor, esta doble función crea conflictos y exige una revisión. La CIDH al desempeñar un papel contradictorio en las diferentes etapas del proceso ha dado lugar a percepciones conflictivas que en muchas ocasiones llevan hasta a antagonismos innecesarios con los Estados Miembros, menoscabando la función de conciliación que debe tener la Comisión. De acuerdo

con lo estipulado en el artículo 61 de la Convención Americana, la CIDH una vez que ha trasmitido el caso a la Corte debería guardar su imparcialidad y si se quiere transformarse en un especie de "ministerio público". Según el artículo 57 de la misma citada Convención, la CIDH debe actuar como defensora del peticionario ante la Corte, de acuerdo a lo que originaria y jurisprudencialmente se dispuso. Este sistema dispuesto por motivos históricos de esta manera, no permite que los peticionarios o víctimas representen de manera directa sus intereses ante la Corte, y la jurisprudencia de nuestro sistema ha tendido de manera clara a fomentar una participación individual.

Quiero señalar otros dos graves inconvenientes de nuestro sistema, es necesario que el funcionamiento de los derechos humanos sea independiente y autónomo, pero debería tener algún vínculo con los Órganos políticos de la OEA. De acuerdo con las disposiciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 91 f, al Consejo Permanente le corresponde en primera instancia considerar los informes de los Consejos, de la Secretaría General, de los Organismos Especializados y los demás Órganos y entidades, debiendo presentar posteriormente a la Asamblea General, las observaciones y recomendaciones que estime pertinente. En los últimos años el Consejo Permanente se ha limitado a tomar nota sin recomendaciones ni observaciones, dicho Informe debería tener un debate a fondo y ser enviado a la Asamblea General con las observaciones pertinentes. En ese orden de cosas, sería importante que la OEA establezca algún modelo de seguimiento de cumplimiento de las sentencias. El artículo 65 de la Convención Americana dispone que la "Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos", pero por múltiples razones esto no se ha dado de manera regular, el citado informe se convierte en algo que nadie lee o a nadie le interesa discutir. En otros sistemas, el *onusiano*, y la Corte Europea de Derechos Humanos tienen sus propios sistemas de seguimiento. En esta última, el Consejo de Ministros es notificado e inscribe la sentencia en su temario, por qué no tener un sistema similar, que el Consejo Permanente de la OEA sea el encargado de dar dicho seguimiento. Relacionado con esto tenemos también que es necesario que la OEA ayude a los Estados a adoptar una legislación nacional que ayude a garantizar el cumplimiento de las sentencias de la Corte, ya que son muchas las ocasiones en que éstas no se cumplen.

El otro problema que quería señalar es la necesidad de establecer mecanismos adecuados para que los Estados se adhieran de manera completa y universal al sistema. Aún hay nueve países que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y solamente dieciocho han reconocido la jurisdicción directa de la Corte. Existe en el sistema interamericano una especie de menoscabo de confianza entre aquellos Estados que han ratificado los principales instrumentos y aquellos que no lo han hecho. Algunas constituciones modernas han incorporado a sus textos disposiciones especiales para no tener que pasar por los engorrosos sistemas de ratificación parlamentario, ¿por qué no estudiar algunas de estas soluciones? Los Estados Miembros deben hacer frente a las razones que les ha llevado a no adherir a la Convención Americana y procurar una solución a tan importante problema. Todo

esto sin olvidar que deben buscarse mecanismos especiales para que los Estados Miembros no denuncien sus textos jurídicos o hagan supuestos retiros con efectos inmediatos del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como ha sucedido recientemente. En este último punto, la Corte debería ser más enérgica para determinar el valor jurídico del retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte.

Finalmente el último problema a señalar es el tiempo y el espacio. En tiempo normal, la Comisión y la Corte funcionan dos veces por año, aunque otros Órganos del sistema se reúnen con más tiempo siempre que exista la financiación, sin embargo, seamos realistas, un sistema estructurado de esa manera no puede funcionar. Los miembros de la Comisión y los mismos jueces no son funcionarios de tiempo total, realizan sus funciones casi por amor a la causa de los derechos humanos, la mayor parte de ellos tienen sus trabajos, son profesores o abogados litigantes, para todos ellos es difícil desplazarse, asistir a sesiones, estudiar los casos y dictar sus fallos, a veces es difícil poder trabajar con una Comisión en Washington y una Corte en Costa Rica. Actualmente la Comisión tiene acumulados más de 1000 casos que esperan solución, ni dedicándose a tiempo completo por los próximos tres años se saldría de esta carga acumulada. Un sistema con estas características deja mucho que desear y no es un verdadero sistema de protección de derechos humanos.

Los problemas señalados son a mi entender los principales, hay muchos otros, que tampoco son nada nuevos. Antes de mí, muchos académicos y diplomáticos los han señalado, sobre esto existe una importante literatura que es fácilmente accesible. No he venido a decir aquí nada que posiblemente Ustedes no conozcan ya. Pero no se trata de señalar errores y desaciertos.

La Corte, por su parte, debe ser una Corte permanente con un número limitado de jueces, nunca con 34 jueces, el equivalente del número de Estados miembros de la OEA, porque la Corte se convertiría en una especie de segunda OEA y los jueces en Embajadores de sus respectivos países. Dicha Corte que en un inicio podría tener unos once jueces permanentes tendría sus respectivas Salas de Primera y Segunda Instancia, y por qué no pensar también en una Sala Penal.

Una Corte permanente debe conocer los casos de manera directa, sin pasar por ninguna Comisión, directamente a la Sala que se le asigne. La corriente universal es que el individuo es sujeto internacional y por tanto es necesario que su acceso a las Cortes de Derechos Humanos sea directo, rápido y sin mayores complicaciones procesales.

¿Cómo hacemos esto sin reformar todo el sistema y sin abrir la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos pertinentes? Además, ¿cómo podemos financiar un sistema semejante? Posiblemente será otra de las preguntas que ustedes se estén haciendo en estos momentos. El primer problema, el jurídico, no lo vemos tan complicado, este año en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos ha empezado un debate a fondo sobre muchas de las cosas que hemos estado discutiendo, además, debemos aprovechar el momento

histórico que se ha dado con este aniversario que nos tiene reunidos aquí para convocar, por qué no, a una Asamblea Interamericana de Expertos o una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos para que nos propongan mejoras concretas. Por ejemplo, por qué no pensar en un sistema de reforma mediante un Protocolo, como han hecho los europeos; en fin podrá haber otros medios que ellos nos propongan. Respecto al problema financiero de hacer una Corte Permanente, sé que la solución no es fácil, pero tampoco imposible. Podemos pensar en varios proyectos y buscar colaboración con algunas instituciones internacionales. Lo más importante de todo esto es que haya voluntad política para llevar a cabo las reformas substanciales que requiere nuestro sistema interamericano de derechos humanos para que verdaderamente pueda ser llamado un "Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Cançado Trindade, Antônio : El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas.

Faúndez Ledesma, Héctor: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1996.

Gómez, Verónica: Seguridad Jurídica e Igualdad Procesal ante los Órganos, in Méndez, *op. cit.* Lagos, Enrique: La Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las disposiciones de los Órganos políticos de la OEA. In Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

Méndez, Juan y Cox, Francisco (editores): El Futuro del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. IIDH. San José, Costa Rica. 1998.

Rhenán Segura, Jorge: Las Reformas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, in Boletim, Da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Año LI, 1998.

Los comentarios expresados en esta intervención, se exponen a título individual, no representan la posición oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, del cual es Embajador ante la OEA.

**EL APOORTE DEL PNUD A LA PROMOCIÓN
DEL DERECHO AL DESARROLLO EN
AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

VIRGINIA TRIMARCO*

* Representante Residente del PNUD en Costa Rica.

EL APOORTE DEL PNUD A LA PROMOCIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

VIRGINIA TRIMARCO

Sumario: I. El derecho al desarrollo: su evolución y contenido. 1. Evolución.
2. Contenido. II. La cooperación del PNUD para el desarrollo humano sostenible.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha venido trabajando en América Latina y el Caribe desde el comienzo de sus actividades, en el año 1965, desarrollando una labor de cooperación para el desarrollo que ha vivido las distintas vicisitudes que la región atravesó durante este período de 35 años. La oportunidad de celebrar con el Gobierno de Costa Rica hoy, a fines de 1999, los 30 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los 20 años de instalación de la Corte Interamericana en San José de Costa Rica, constituye, también, una ocasión sumamente propicia para analizar las contribuciones que el PNUD ha dado en uno de los ámbitos esenciales de los derechos humanos: el derecho al desarrollo.

Este artículo busca analizar brevemente este proceso de cooperación, a partir de dos perspectivas: La evolución internacional y regional del derecho al desarrollo y su vinculación con el desarrollo humano sostenible, concepto que define el mandato del PNUD; y la evolución del marco teórico y técnico de la cooperación del PNUD en materia de desarrollo humano sostenible, específicamente a través del Índice de Desarrollo Humano (IDH), contribución sustancial a la medición y monitoreo del desarrollo humano en los distintos países del mundo.

I. EL DERECHO AL DESARROLLO: SU EVOLUCIÓN Y CONTENIDO

1. EVOLUCIÓN

El derecho al desarrollo se menciona por primera vez en las Naciones Unidas en 1966 y en el contexto de un llamado a la configuración de un nuevo orden económico interna-

cional.¹ No obstante, su indicación genérica en el plano universal se encuentra en instrumentos como la Carta de la Naciones Unidas de 1945, (en particular su artículo 55, incisos a, b y c), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y posteriormente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y otros instrumentos especializados que han sido promulgados por la Asamblea General en estas últimas décadas.

En 1969, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre Progreso Social y Desarrollo, sentando las bases para tratar de formular el derecho al desarrollo como un verdadero derecho humano.² Posteriormente, en 1977 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas buscó la elaboración de un estudio que permitiera definir las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo, sobre la base de un análisis estructural que vinculara temas globales como por ejemplo, las relaciones económicas internacionales entre países, a las violaciones de los derechos humanos. Tras un arduo proceso preparatorio, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó en el año de 1986 la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, por votación de 146-1 y 8 abstenciones.³ A pesar que la Declaración no es vinculante y que, por esa razón, no ha generado obligatoriedad ni instancias de tipicidad y justiciabilidad internacional, lo cierto es que sirvió para que se tomaran en los años posteriores, medidas y actividades que han contribuido a ir formulando con mayor profundidad el carácter jurídico del derecho al desarrollo.⁴

Desde el año de 1981, ya la Comisión de Derechos Humanos había establecido el Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales en Derecho al Desarrollo⁵. Este grupo contribuyó a impulsar la Declaración de 1986 y reuniones de seguimiento de la misma, y en cierta forma, sentó las bases de trabajo para la Consulta Global sobre Derecho al Desarrollo de 1990 en Ginebra.⁶

1 Alston, O. "The right to development at the International Level", en R-J Dupuy (ed.) *Le droit de développement au plan international*, 1980, citado en Rosas, Allan, "The Right to Development", en *Economic, Social and Cultural Rights*, Ed. by Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, Martinus Nijhof Publishers. p. 247.

2 Así Resolución de la Asamblea General 2542 (XXIV) de Diciembre 11, 1969.

3 Asamblea General, Resolución 41-128 de Diciembre 4, 1986, Ver, Álvarez Vita, Derecho al Desarrollo, 1988, pp. 43-64. (Comisión Andina de Juristas, IIDH, Lima, 1988). El voto en contra fue de los Estados Unidos. Las abstenciones fueron de los países escandinavos (con la excepción de Noruega que votó a favor) y también las abstenciones de Alemania, Israel, Japón y el Reino Unido. La razón de la oposición de los Estados Unidos y la abstención de los países industrializados parece encontrarse en los compromisos de cooperación internacional implícitos en el texto de la Declaración, a pesar de su vaguedad y generalidad en algunos artículos.

4 Para una relación de las actividades desarrolladas entre 1986 y 1993, ver el Reporte del Grupo de Trabajo sobre Derecho al Desarrollo, Primera Sesión, Documentos ONU E-CN.4-1994, 21, p.3-5.

5 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 36 (XXXVII), de Marzo 11, 1981.

6 Ver Documento de Naciones Unidas E-CN.4-1990.Rev.1.

Tras la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993, se logra el consenso de incluir el derecho al desarrollo en la Declaración de Viena y el Programa de Acción y con esto, se marca el momento a partir del cual todos los Estados -incluso aquellos que no apoyaron inicialmente el concepto- aceptaran la inclusión del derecho al desarrollo como concepto oficial en el contexto de las Naciones Unidas.⁷ A partir de este importante paso, se constituyen dos Grupos de Trabajo conformados por expertos, el de 1993⁸ y al cual se le asigna la tarea de identificar un conjunto de medidas, tendientes a eliminar los obstáculos para la instrumentación de la Declaración del Derecho al Desarrollo y el de 1996⁹, al cual se le otorga el mandato de elaborar una estrategia para la instrumentación y promoción del derecho al desarrollo de forma integrada y multidimensional, basándose en las conclusiones del Grupo de Trabajo anterior y en las conclusiones de las Conferencias Mundiales.¹⁰

Cabe destacar, asimismo, que en 1993, con la creación de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Asamblea General otorga el mandato al Alto Comisionado, entre otras cosas, de guiarse en su quehacer por un reconocimiento de los derechos humanos como universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados y la responsabilidad especial de asegurar la realización del derecho al desarrollo, tal y como lo establece la Declaración del Derecho al Desarrollo.¹¹ Consecuentemente, con esta responsabilidad asignada, la Oficina de la Alta Comisionada, ha puesto en práctica una estrategia de promoción del derecho al desarrollo en América Latina, con especial énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales.¹²

En el plano universal, el derecho al desarrollo viene a rescatar la integralidad e interdependencia de los derechos humanos - los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, cuya separación artificial ha limitado la realización plena de los principios y propósitos de los derechos humanos plasmados en la Carta de las Naciones Unidas.

Por otra parte, dentro del sistema regional,¹³ el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), consagra también un

7 UN doc. E/CN.4/1994/SR. 46, p.8.

8 Grupo de Trabajo constituido por resolución de la Comisión 193/22 del 4 de marzo de 1993.

9 Grupo de Trabajo Intergubernamental constituido por resolución de la Comisión 1996/15 del 11 de abril de 1996.

10 La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, (Viena, 1993), la Conferencia Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo, (Río de Janeiro, 1992), la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social (Copenhague, 1995) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz, (Beijing, 1995).

11 Resolución de la Asamblea General 48/141 de diciembre de 1993.

12 África, Asia y el Caribe también están incluidos en esta estrategia.

13 Ver Ordóñez, Jaime y Vázquez, Enrique. *Derecho al Desarrollo en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José. Costa Rica, 1990.

elemento consustancial del derecho al desarrollo: los derechos económicos, sociales y culturales. La Implementación de estos derechos quedó destinada a la vigencia del llamado *Protocolo de San Salvador o Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Al escribir estas líneas (noviembre de 1999), el número de países ratificantes exigidos por el instrumento (11) para entrar en vigencia ya fueron verificados, y se espera que el depósito de esa ratificación en la Secretaría General de la OEA dé lugar próximamente a su plena vigencia y a su exigibilidad. La entrada en práctica del Protocolo de San Salvador (y la búsqueda de mecanismos de definición de la tipicidad y del umbral de violación de las obligaciones allí planteadas) constituirá, sin duda, un avance definitivo para la promoción derecho al desarrollo en el Continente americano.

2. CONTENIDO

La Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986, establece en su artículo primero, párrafo primero:

"El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual, todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él".

Con este primer enunciado, se establecen claramente varios aspectos del contenido del derecho al desarrollo, que se desarrollan a lo largo de la Declaración, y los cuales son importantes de resaltar: Primero, que el derecho al desarrollo no engloba únicamente aspectos económicos y sociales, sino que también proclama el derecho a disfrutar de desarrollo económico, político, social y cultural. Con esto, se pone el acento en la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

Segundo, la Declaración enfatiza la importancia de la participación. La persona humana es el sujeto central del desarrollo, como participante y como beneficiario del mismo. Se resalta asimismo, la participación de la mujer con un rol activo en el proceso de generación de oportunidades de desarrollo, el mejoramiento de las condiciones de vida de la población y de los individuos sobre la base no sólo de su amplia participación en la generación del desarrollo, sino también en el proceso de distribución equitativa de sus frutos; y el rol de los Estados de promover la participación popular como un elemento importante para el desarrollo y realización de los derechos humanos.

Tercero, la Declaración relaciona el derecho al desarrollo con la igualdad de oportunidades y el concepto de no-discriminación, al establecer el derecho de todos a participar en la obtención del desarrollo, sus frutos, así como la igualdad de oportunidades para acceder a

la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, empleo y la distribución equitativa del ingreso.¹⁴

Cuarto, la Declaración establece la relación entre el derecho al desarrollo y el derecho a la autodeterminación. El derecho al desarrollo es un derecho humano del individuo y de los pueblos¹⁵, es decir los Estados no son sujetos del derecho al desarrollo, son simplemente sujetos de obligaciones mientras que la persona humana es el sujeto central, beneficiario y participante del desarrollo. Por lo anterior, es que la Declaración establece la obligación de los Estados de formular políticas públicas y programas para el mejoramiento de las condiciones de vida de la población y los individuos, y el derecho de los individuos (autodeterminación - interna) a ejercer actividades económicas, sociales y culturales independientemente de las políticas gubernamentales. En su dimensión externa, la autodeterminación se manifiesta como el derecho de los individuos y los pueblos a tener independencia y a la no-interferencia por parte de otros Estados. Este último aspecto tiene gran relevancia con respecto a un elemento bastante controversial, cual es el derecho inalienable de los pueblos a la soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales.¹⁶

Por último, cabe destacar lo progresivo que es la Declaración de 1986 en cuanto a establecer no sólo la obligación de los Estados de formular políticas públicas y programas orientadas hacia el desarrollo de las personas y los pueblos, sino también la obligación individual y colectiva de los Estados -a través de la cooperación internacional- de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo.

El contenido del derecho al desarrollo es realmente muy amplio y hasta general y un poco vago el desarrollo de su articulado. Por ello, algunas voces afirman que es una especie de concepto sombrilla, (un concepto tal y como el desarrollo humano sostenible), en la medida en que no se establezcan instancias de tipicidad y mecanismos de exigibilidad del derecho. Sin embargo, ya sea como derecho humano, como principio del derecho internacional de los derechos humanos, o como concepto sombrilla, juega un papel relevante en el proceso de diseño e instrumentación de políticas y programas para el desarrollo. Asimismo, tiene gran importancia como concepto jurídico-político en constante evolución y como marco conceptual orientador en un trabajo que pretende la realización del derecho al desarrollo.

II. LA COOPERACIÓN DEL PNUD PARA EL DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE

El mandato estratégico del PNUD es la promoción del *desarrollo humano sostenible*, mediante la ampliación de opciones, capacidades y oportunidades de generaciones presentes y

14 Rosas, Allan. *Ibíd*, pp. 247-253.

15 Entiéndase como derechos individuales y derechos de grupos (minorías).

16 Rosas, Allan. "The Right to Self Determination". *Ibíd*, pp. 79-83.

futuras. Por ello, la misión del PNUD es cooperar con los países en sus esfuerzos por lograr un desarrollo humano sostenible, proporcionándole asistencia para fomentar su capacidad de formulación y ejecución de programas de desarrollo con miras a la eliminación de la pobreza, la creación de empleos y medios de vida sostenibles, la participación de la mujer en la sociedad y la protección y regeneración del medio ambiente.

En términos prácticos, lo que el PNUD ha hecho en América Latina es poner en práctica programas y proyectos de cooperación para promover los valores implícitos en los instrumentos universales (la Carta de las Naciones Unidas, los Pactos Internacionales de 1966, la Declaración de 1986 y los otros instrumentos promulgados por la Asamblea General) o, bien, regionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el propio Protocolo de San Salvador, a pesar de que su entrada en vigencia no había operado hasta ahora.

Asimismo, ha diseñado y depurado instrumentos técnicos para la realización de su cometido -la promoción del desarrollo humano sostenible- y de esta manera ha contribuido a crear mecanismos de verificación de los contenidos y valores del llamado derecho al desarrollo.

En 1990, el PNUD lanzó su primer Informe Anual Sobre Desarrollo Humano, introduciendo el llamado Índice de Desarrollo Humano (IDH). Este instrumento constituyó la primera tentativa de la comunidad internacional para medir y analizar la situación de los países del mundo, a partir de parámetros adicionales al simple crecimiento económico para así constituir una forma de medición que evaluara el nivel de desarrollo en su naturaleza multidimensional. A partir de este momento, se ha venido decantando -no sólo desde el punto de vista teórico sino, además, desde la perspectiva de su *exigibilidad normativa y práctica*- el paradigma del desarrollo humano, noción consistente en el aumento de las capacidades individuales y sociales para potenciar las posibilidades de acceso al ejercicio de libertades y derechos, a las que las personas pueden aspirar en una sociedad más democrática y participativa. En este sentido, el concepto de desarrollo humano se concentra en el fin, en lugar de los medios del desarrollo y el progreso. El verdadero objetivo del desarrollo deberá ser: crear y habilitar un ambiente en el cual las personas puedan disfrutar de una vida duradera, saludable y creativa.

La importancia del IDH y su aporte a la tipicidad y a la justiciabilidad de los derechos humanos, radica en que es el instrumento que se utiliza para medir el desarrollo humano a escala mundial. El Índice utiliza un conjunto complejo de indicadores para crear un único indicador del desarrollo humano por país o por región. Su novedad radica en su utilidad para medir el avance socioeconómico a lo largo de los años, pudiéndose así analizar, criticar y mejorar las políticas gubernamentales en estas áreas. El Índice establece un mínimo y un máximo para cada dimensión y demuestra cuáles sectores del desarrollo son prioritarios para cada país, así como en la relación entre los países. De tal suerte, el IDH facilita la determinación de prioridades para una política particular del Estado en la economía, la inversión social y la evaluación de éstas a través de los años. Asimismo, permite comparar instructivamente las distintas experiencias entre los diferentes países. Del mismo modo, el IDH ha estimulado el interés público y el análi-

sis de las especificidades nacionales, generándose de esta forma a nivel de los países, informes de desarrollo humano más detallados, que detectan por medio del IDH disgregado por regiones, por grupos sociales y por sexo, las desigualdades que existen entre las diferentes zonas de un país y grupos de la sociedad.

Consustancialmente a este método, uno de los avances de la última década con el IDH, fue establecer las condiciones de desarrollo más allá del ingreso per cápita de una nación. En los últimos años se ha comprobado que el ingreso per cápita a veces tiene ninguna o poca relación con el desarrollo humano de un país. Por ejemplo, Uruguay, Costa Rica o Sri Lanka. En el caso de este último país, aunque su salario per cápita es de solamente \$400, tiene una esperanza de vida de 71 años y un analfabetismo de escaso 13%. En síntesis, lo que importa realmente es cómo el crecimiento económico es manejado y distribuido para el beneficio de las personas. En el caso de América Latina, este contraste es evidente en países como Chile, Uruguay o Costa Rica, entre otros, los cuales tienen un nivel de desarrollo humano superior a su ingreso per cápita. Ello demuestra cómo estos países han utilizado sus recursos económicos para el desarrollo humano como objetivo prioritario.

Además del monitoreo del desarrollo humano como fenómeno económico o social, se ha tomado en cuenta si este desarrollo humano se verifica en un sistema democrático o en uno autoritario. Si el desarrollo humano sacrifica libertades fundamentales de los seres humanos, su verificación es solo aparente.

De tal suerte, al medir la calidad de vida de los seres humanos es posible plantearse avances en el ámbito de la tipicidad y exigibilidad inherentes al desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales y, en general, al conjunto de derechos englobados dentro del llamado *derecho al desarrollo*.

Las cuestiones de tipicidad, por ejemplo, son resultantes de la designación de umbrales fácticos mínimos indicados por la norma, cuya transgresión significa la violación de un derecho económico, social o cultural, así como un derecho civil o político que puede significar, a su vez, la transgresión integral del derecho al desarrollo. En este sentido, es preciso entender que el crecimiento económico no siempre significa un progreso humano automático. En ciertas ocasiones, el crecimiento del PIB viene acompañado por una distribución equitativa de las riquezas. Pero al mismo tiempo algunos países presentan un crecimiento económico acompañado de una aguda distribución desigual de las riquezas y de un gasto público muy bajo en el sector social. Una de las conclusiones del análisis del IDH es percatarse que, en gran parte de los países en vías de desarrollo, la distribución de las riquezas es bastante desigual, en forma más o menos correlativa a su pobreza general. Aunque las políticas de libre mercado pueden generar eficiencia económica, éstas no aseguran una justicia distributiva de las riquezas de un país. Por esta razón, las políticas gubernamentales deben de tomar en cuenta esto para crear políticas que permitan transferir las riquezas para reducir la pobreza y ampliar el bienestar, las capacidades de los individuos, sus potenciales y posibilidades. Al mismo tiempo, la inversión estatal en materia de salud y nutrición, entre otras, son esenciales para que los grupos más

pobres tengan un acceso mínimo y básico a la sociedad. Este es el llamado *proceso de creación de capacidades*, el cual implica sentar las bases para que los individuos puedan alcanzar el desarrollo sostenible en una sociedad participativa y democrática.

El impacto del PNUD en la región latinoamericana se ha visto reflejado en el aumento de políticas gubernamentales que asumen el desarrollo humano sostenible como factor esencial del crecimiento económico de los países.¹⁷ Sin embargo, la inversión social como vehículo para el desarrollo humano es una tendencia política que empezó a tomar fuerza en la región en los últimos treinta años. Durante la "década perdida" (1980-1990) la inversión social se contrajo considerablemente dada la crisis fiscal, y el impacto negativo de esta disminución ha sido evidente. Por esta razón, durante los noventa se han reforzado los empeños por mejorar las condiciones de vida de grandes sectores de la región que aún carecen de servicios básicos, de oportunidades para superar la pobreza estructural y que son sectores muy vulnerables a contracciones económicas y a desastres naturales.

La tarea aún está lejos de ser completada, razón por la cual el PNUD atraviesa por una fase de modernización de su estructura y por un replanteamiento de sus objetivos, métodos y estrategias, con el fin de continuar trabajando en la región y en el mundo por el desarrollo humano sostenible, que no es más que trabajar por la vigencia y el disfrute de un derecho humano integrador de los derechos y las libertades fundamentales: el derecho al desarrollo.

17 Así, *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*, 1998-1999, CEPAL. Santiago, 1999.

**REPARATIONS;
A REQUIREMENT OF JUSTICE**

THEO VAN BOVEN*

* Professor of international law, University of Maastricht, Netherlands.

REPARATIONS; A REQUIREMENT OF JUSTICE

THEO VAN BOVEN

Summary: I. Introduction. II. The scope of reparations. III. The Rights to and Effective National Remedy. a. The Human Rights Committee. b. The European Court of Human Rights. c. The Inter-American Court of Human Rights. IV. The Role of the Human Rights Courts in ordering Reparations. a. The European Court and Gross Violations. b. The Inter-American Court. V. Concluding remarks. *Postscriptum.*

I. INTRODUCTION

Universal and regional human rights protection systems have gained over the years impact and importance. At the same time, given the large scope of gross violations of human rights, they bring home an awareness of the limited effect of these protection systems. Justice done is often too little and too late. Denials of justice adversely compete with the prevalence of justice. Against this background human rights anniversaries marking the adoption, proclamation and operation of human rights instruments and institutions - virtually every year such an anniversary is observed in a country, a continent or in the world at large - offer appropriate opportunities for constructive reflection.

The thirtieth anniversary of the American Convention on Human Rights: "Pact of San José, Costa Rica" which coincides with the twentieth anniversary of the Inter-American Court, ranks prominently with similar events relating to United Nations, European and African human rights instruments and institutions. In the normative sense all these instruments are inter-related and form part of a global *corpus* of human rights standards, with due regard for regional conceptions and requirements. In institutional terms the protection systems range from judicial, quasi-judicial to investigative and other monitoring devices, with State accountability as a common feature. The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights are leading actors in this domain and no student of international human rights law and practice can afford to ignore the vitality of their work and proceedings.

This paper will reflect upon certain issues relating to the right to reparation as a requirement of justice *vis-à-vis* the victims of gross violations of human rights. Given the anniversaries of the American Convention and the Inter-American Court of Human Rights, the practice of the Inter-American Court will receive special attention against the background and the trends on the same subject prevailing in the United Nations and on the European scene. It is intended to highlight some contextual and comparative aspects rather than to review in detail all the applicable norms and the full scope of the relevant case law. It is useful to distinguish at the outset between a range of reparative measures which commend themselves in the policy sphere in order to render justice to victims and on the other hand the role of international judicial institutions, such as the Inter-American Court, to order reparations. The former aspect is obviously not limited to an applicant in a judicial procedure and includes a broad spectrum of measures to satisfy the demands of justice in the context of society as a whole. The role of international judicial institutions in contentious procedures is more specific and raises issues of the parameters of the judicial function on the basis of the competence attributed to these institutions, with due regard to the rights and interests of applicants who are claiming justice.

II. THE SCOPE OF REPARATIONS

Reparations are often assessed in terms of the payment of compensation. While compensation is indeed an important means of indemnifying damage suffered, other forms of reparation, including those which are not economically assessable, should not be overlooked. An elementary catalogue of various forms of reparation is contained in the Draft Articles on State Responsibility, provisionally adopted by the International Law Commission of the United Nations on first reading¹. The relevant provisions were drawn up as part of a system of inter-state relation under the heading of "rights of the injured State which has committed an internationally wrongful act" (Chapter II), but the catalogue equally lends itself to the listing of various forms of reparation at other levels than those of inter-state relations. The Draft Articles enumerate the following forms of reparation:

- *Restitution* in kind, that is, the re-establishment of the situation which existed before the wrongful act was committed (Article 43);
- *Compensation* for the damage caused by the wrongful act, if and to the extent that the damage is not made good by restitution in kind (Article 44);
- *Satisfaction* for the damage, in particular moral damage caused by the wrongful act. Satisfaction may take the form of

¹ *Draft Articles on State responsibility*, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session (1996). UN doc. A/51/10, Articles 42-46.

- (a) an apology;
 - (b) nominal damages;
 - (c) in cases of gross infringements of rights, damages reflecting the gravity of the infringement;
 - (d) in cases of serious misconduct of officials or criminal conduct of officials or private parties, disciplinary action against, or punishment of those responsible (Article 45);
- *Assurances and guarantees of non-repetition* of the wrongful act (Article 46).

The present author as Special Rapporteur of the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (since 1999 renamed as the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights) carried out a Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms.² On the basis of this study he submitted a set of basic principles and guidelines which are now before the UN Commission on Human Rights.³ In the light of the pattern and the modalities of reparation outlined by the International Law Commission in the Draft Articles on State Responsibility, the just mentioned basic principles and guidelines describe the various forms of reparation in the following terms:

- *restitution* may require, as the case may be, the restoration of liberty, family life, citizenship, return to one's place of residence, and restoration of employment or property;
- *compensation* may be provided for any economically assessable damage resulting from physical or mental harm, lost opportunities, material damages and loss of earnings, harm to reputation or dignity, and costs required for legal or expert assistance, medication and medical services;
- *satisfaction* may be given by means of (a) cessation of continuing violations; (b) verification of the facts and full public disclosure of the truth; (c) official declaration or a judicial decision affirming or restoring the dignity, reputation and legal rights of the victim; (d) apology, including public acknowledgement of the facts and acceptance of responsibility; (e) judicial or administrative sanctions against persons responsible for violations; (f) commemorations and the payment of tribute to the victims; (g) inclusion in training and in history or schoolbooks of an accurate account of the wrongs committed;
- *assurances and guarantees of non-repetition* should entail measures aimed at the prevention of the recurrence of violations by such means as (a) ensuring effective civilian

2 UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

3 UN doc. E/CN.4/1997/104.

control over military and security forces; (b) restricting the jurisdiction of military tribunals specifically to military offences committed by members of the armed forces; (c) strengthening the independence of the judiciary; (d) protecting persons in the legal profession and human rights defenders; (e) conducting and strengthening human rights training in all sectors of society, in particular those programs aimed at military and security forces and law enforcement officials

In this paper the issue of reparations will be discussed in relation to *gross* violations of human rights. While redress is called for as a response to all violations of human rights, the requirements of justice are all the more imperative in the face of gross violations of human rights. The category of gross violations includes at least the following practices: genocide, slavery and slavery-like practices; summary or arbitrary executions; torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; enforced disappearance; prolonged arbitrary detention; deportations or forcible transfer of population; and systematic discrimination, in particular based on race or gender.⁴

Given the nature of these violations and the scale on which they are being committed in times of armed conflict and severe repression, broad schemes and policies of reparations, encompassing a whole range of measures and a variety of modalities outlined above, are required as one of the conditions for the restoration of peace and justice in civil society. Such a process involves the legislative, executive and judicial branches of government. The role of the judicial branch is important for the settlement of disputes, the interpretation of the applicable standards and for affording remedies in cases of denial of justice. Similarly, international judicial and quasi-judicial institutions, deriving their competence from agreements and commitments undertaken by States, can play a vital role for the benefit of those persons whose rights are immediately affected but also, in a wider sense, as catalysts to influence the international and domestic legal orders in favour of larger sectors of victimized people. This perspective has to be kept in mind when the role of international judicial institutions is reviewed.

III. THE RIGHTS TO AN EFFECTIVE NATIONAL REMEDY

Many international human rights instruments contain express provisions relating to the rights of every person to an *effective remedy* by competent national tribunals for acts violating human rights which are granted by the constitution of by law.⁵ For present purposes reference is made to three such provisions which were basic in the development of case law by international (quasi-) judicial institutions relating to the obligation to take effective measures to

4 UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, para. 13.

5 See also Manfred Nowak, *The Right of victims of gross human rights violations to reparations*, in *Rendering Justice to the Vulnerable, Liber-Amicorum* in honour of Theo van Boven (eds, F. Coomans, F. Grünfeld, I. Westendorp, J. Willems), forthcoming.

redress gross violations of human rights. They are Article 2, para. 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 13 of the European Convention of Human Rights and Article 25 of the American Convention on Human Rights. While under the European and the American Conventions the European Court and the Inter-American Court are called upon to render binding judgments as to whether the Convention is violated, no such binding decisions can be made by the Human Rights Committee which is the (quasi-judicial) supervisory body established by the International Covenant on Civil and Political Rights. Under the first Optional Protocol to this Covenant relating to the right of individual petition, the Human Rights Committee may formulate "views" (Article 5, Optional Protocol). Unlike court judgments these *views* do not have legally binding force but nevertheless they carry considerable moral and political weight.⁶

A. THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE

Analysis of case law pertaining to the right to life and the prohibition of torture (Articles 6 and 7 of the Covenant) bears out that the Human Rights Committee repeatedly expressed the view that States Parties are under an obligation to take the following measures on the basis of Article 2, para. 3, of the Covenant:

- to investigate the facts;
- to take action thereon as appropriate;
- to bring to justice persons found responsible;
- to extend to the victim(s) treatment in accordance with the provisions of the Covenant;
- to provide medical care to the victim(s);
- to pay compensation to the victim(s) or to his (her) family.⁷

With respect to the obligation to pay compensation, the Human Rights Committee used a variety of formulations:

- compensation to the victim's family (in the case of a disappeared person) for any injury suffered;
- compensation to the husband for the death of his wife;
- appropriate compensation to the family of the person killed;
- compensation for the wrongs suffered;

⁶ Eckart Klein, *Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: The Practice of the Human Rights Committee*, in *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, (eds. A. Randelzhofer and C. Tomuschat), 1999, pp. 27-41 (at pp. 34-35).

⁷ UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, para. 56.

- compensation for physical and mental injury and suffering caused to the victim by the inhuman treatment to which he was subjected;
- compensation to the surviving families.⁸

It is not fully clear whether the Committee recognizes, in the case of the death or disappearance of a person, that family members in their own right are entitled to compensation because of their own sufferings and anguish or that family members are entitled to compensation as relatives for the injury inflicted upon the immediate victim. However, in a landmark case the Committee ruled that the mother of the disappeared person had herself also been a victim. The Committee expressed itself in the following terms:

"The Committee understands the anguish and stress caused to the mother by the disappearance of her daughter and by the continuing uncertainty concerning her fate and whereabouts. The author has a right to know what has happened to her daughter. In these respects, she too is a victim of the violations of the Covenant suffered by her daughter, in particular of Article 7."⁹

B. THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

While the European Court of Human Rights was for quite some time restrictive in its interpretation of the effective remedy provision in Article 13 of the European Convention, in recent times the Court started to change its position when faced with complaints about gross violations of human rights which occurred in Turkey, in particular in connection with Article 2 (right to life) and Article 3 (prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment)¹⁰. But for the first time in the history of the European Convention the European Court held in a recent judgment that also another European country had violated the prohibition of torture in Article 3 of the European Convention.¹¹ The case related to a complaint of serious ill-treatment inflicted on a Netherlands and Moroccan national while in French police custody. Referring to earlier pronouncements of the Court to the effect that *the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*, the Court stated remarkably in the that case, recalling that in the past certain acts were classified as "inhuman or degrading treatment" as opposed to "torture", that "the increasingly high standard being

8 *Ibidem*, para 57.

9 *Elena Quinteros Almeida and María del Carmen Almeida de Quinteros v. Uruguay*. Comm. No. 107/81, Final Views of 21 July 1983, para. 14.

10 See Manfred Nowak, *supra* note 5.

11 *Selmouni v France*. Judgment of the European Court of Human Rights 28 July 1999, 20 Human Rights Law Journal (1999), pp. 228-241. This judgment triggered a cartoon in the leading French newspaper *Le Monde* showing a self-complacent conversation among Turkish politicians and diplomats with the words: *l'Europe s'ouvre à nous!*

required in the area of the protection of human rights and fundamental freedoms correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of fundamental values of democratic societies."¹² In making this pronouncement the Court had analyzed in detail the gravity of the treatment complained of.

In recent landmark cases, involving gross violations of human rights in Turkey, the European Court developed a more extensive interpretation of the notion "effective remedy" in Article 13 of the European Convention. In the case of *Aksoy v. Turkey*, relating to serious ill-treatment against a member of the Kurdish minority in South East Turkey while in police custody, the European Court gave particular weight to the prohibition of torture and the vulnerable position of torture victims and their implications for Article 13. Consequently the notion of an "effective remedy" entails, according to the European Court, an obligation to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture and, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including access for the complainant to the investigatory procedure.¹³ The European Court followed the same reasoning in the case of alleged rape and ill-treatment of a female detainee and the failure of authorities to conduct an effective investigation into her complaint that she was tortured in this way.¹⁴

C. THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

While most of the cases that reached the European Court of Human Rights did not involve gross violations of human rights -although the complaints originating in Turkey since this State Party accepted the right of petition substantially increased the number of cases falling within that category – most cases examined and adjudicated by the Inter-American Court involved killings and disappearances pertaining to the right to life. In this context Reisman aptly observed that many of the human rights violations in the European regional system were assimilable to torts but most of the gross human rights violations in the Americas were, until recently, part of a systematic effort by one group to maintain political power and its perquisites. He referred in this respect to the notion of *Doppelstaaten* which are characterized by formalistic and ineffective governance with effective power exercised by the military beyond the control of the civil authorities.¹⁵

12 *Selmouni v. France*, Judgment, para. 101.

13 *Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18 December 1996, para. 98, Reports 1996 vi.

14 *Aydin v. Turkey*, Judgment of 25 September 1997, para. 103, 19 Human Rights Law Journal (1998), at p. 70.

15 W. Michael Reisman, *Compensation for Human Rights Violations: The Practice of the Past Decade in the Americas*, in *State Responsibility and the Individual; Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, (eds. A. Randelzhofer and C Tomuschat) 1999, pp. 63-108 (at p. 66).

The first and leading case before the Inter-American Court was *Velásquez Rodríguez v. Honduras* relating to a disappearance attributed to the armed and security forces of Honduras.¹⁶ Rather than relying on the effective recourse provision of Article 25 of the American Convention, the Inter-American Court emphasized the importance of Article 1 relating to the obligation to respect and to guarantee the rights recognized in the Convention. The Court stated that as a consequence of this obligation, States must prevent, investigate and punish any violations of the rights recognized by the Convention and moreover, if possible, attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violations. In the same vein the Court ruled that the State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim compensation.¹⁷ Like the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights (in recent cases involving gross violations of human rights), the Inter-American Court emphasized the duty to investigate, the duty to prosecute and punish the guilty and the duty to provide compensation to the victim as basic elements of redress and restoration. In addition, the Inter-American Court stated clearly and emphatically that the duty to restore and the duty to prevent are equally essential ingredients for ensuring respect for human rights.

Although in early decisions the Inter-American Court appeared reluctant to establish a violation of Article 25 of the American Convention on the right to judicial protection and effective domestic recourse, in later cases concerning forced disappearances by security forces in Peru¹⁸ and *incommunicado* detention and denial of *habeas corpus* procedure in Ecuador¹⁹ the Court ruled that Article 25 is "one of the fundamental pillars not only of the American Convention, but of the very rule of law in a democratic society in terms of the Convention". And the Court continued: "Article 25 is closely linked to the general obligation contained in Article 1(1) of the American Convention, in that it assigns duties of protection to the States Parties through their domestic legislation. The purpose of *habeas corpus* is not only to guarantee personal liberty and humane treatment, but also to prevent disappearance or failure to determine the place of detention, and, ultimately, to ensure the right to life".²⁰

16 *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Judgment of 29 July 1988, Series C No. 4.

17 *Ibidem*, paras 166 and 174.

18 *Castillo Páez v. Perú*, Judgment of 3 November 1977, 19 Human Rights Law Journal (1998), pp. 219-229.

19 *Suárez-Rosero v. Ecuador*, Judgment of 12 November 1977, 19 Human Rights Law Journal (1998), pp. 229-240.

20 Judgment, note 18, paras 82-83 and Judgment, note 19, para. 65.

IV. THE ROLE OF THE HUMAN RIGHTS COURTS IN ORDERING REPARATIONS

The European Convention on Human Rights, as amended since the entry into force of the eleventh protocol, empowers the European Court of Human Rights to afford just satisfaction to the injured party. Article 41 (a slightly amended version of the earlier Article 50) reads:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention of the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party".

In its case law the European Court held that various requirements had to be met for the affording of "just satisfaction", notably that:

- a) The Court has found a decision or measure taken by an authority of a contracting State to be "in conflict with the obligations arising from the Convention";
- b) There is an "injured party";
- c) The Court considers it "necessary" to afford just compensation²¹.

The Court also argued that in view of the adjective "just" and the phrase "if necessary" it enjoyed a certain discretion in the exercise of its power to afford satisfaction.²² In many cases the Court held in fact that a favourable decision on the merits constituted in itself "just satisfaction to the injured party" and that consequently a further award of compensation was not called for.

It may be concluded that for affording just compensation under Article 41 of the European Convention basically four conditions must be fulfilled: (i) a breach by a State Party of its obligations under the Convention; (ii) the absence of the possibility of a complete reparation (*restitutio in integrum*) on the part of that State Party; (iii) the existence of material and or moral damage; (iv) a causal link between the breach of the Convention and the existence of damage.²³

21 *De Wilde, Ooms and Versijp v. Belgium*, Judgment of 10 March 1972 (Article 50), Series A, vol. 14, para. 21.

22 *Guzzardi v. Italy*, Judgment of 6 November 1980, Series A, vol. 39, para. 114.

23 See also Jonathan L. Sharpe, Article 50 (41), in *La Convention Européenne des Droits de l'Homme* (2e. édition), 1999 (Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert eds.), pp. 809-842, and Matti Pellonpää, *Individual Reparation Claims under the European Convention on Human Rights*, in *State Responsibility and the Individual; Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, (eds. A. Randelzhofer and C. Tomuschat), 1999, pp. 109-129.

The corresponding provision in the American Convention on Human Rights is much broader and essentially more generous *vis-à-vis* the injured party than the just satisfaction clause of the European Convention. Article 63, para. 1, of the American Convention reads:

"If the Court finds that there has been a violation of the right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of this right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party".

As Reisman observed²⁴, Article 63, para.1, of the American Convention provides for three categories of remedy; *first*, injunctive relief to the effect that the injured party be ensured the enjoyment of his (or her) right or freedom that was violated (the European Court lacks such explicit competence); *second*, adjustments in the social and legal structures that gave rise to or allowed the breach to occur (again, the European Court lacks such explicit competence); *third*, fair compensation to be paid to the injured party (the European Convention used in this context the restrictive wording "if necessary")²⁵. Article 63, para. 1, is one of a series of examples that the drafters of the American Convention went in a progressive manner beyond the terms of the European Convention. Another example, equally showing greater sensitivity to the rights and interests of the victim as injured party, is Article 63, para. 2, concerning the power of the American Court to adopt provisional measures.

A. THE EUROPEAN COURT AND GROSS VIOLATIONS

Given the limited scope of Article 41 of the European Convention on Human Rights and the restrictive interpretation of its competence under this article, the European Court of Human Rights has not gone beyond awarding pecuniary compensation for material and moral damages as well as payment for costs and damages. The Court has always refused to order or even to recommend the respondent government to amend its legislation or to institute criminal proceedings against perpetrators.²⁶

Since the European Court is increasingly dealing with gross violations of human rights, involving in particular the right to life and the prohibition of torture (Articles 2 and 3 of the European Convention) the Court, in fixing the amount to be paid by the State Party as compensation for the damage suffered by the victim, takes into account the seriousness of the

24 W. Michael Reisman, note 15, at p. 73.

25 See also Michiel van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: hoe ver ligt San José van Straatsburg? (Reparation in case of violations of human rights: how far is San José removed from Strasbourg?)* 20 NJCM Bulletin (1995), pp. 303-315, at p. 313.

26 See Matti Pellonpää, note 23, at p. 110 and Manfred Nowak, note. 5.

violation. Thus, in the *Aksoy* case involving torture of a detainee in police custody, the Court decided, in view of *the extremely serious violations* suffered by the victim and the anxiety and distress that these undoubtedly caused to his father who had continued with the application after his son's death, to award the full amounts of compensation sought as regards pecuniary and non-pecuniary damage.²⁷ In the *Aydin* case where the victim, a female detainee, was ill-treated and raped as an especially grave and abhorrent form of torture and where the authorities failed to conduct an effective investigation, the European Court spoke in similar terms. It explicitly referred to the seriousness of the violations of the Convention.²⁸ Equally in the *Selmouni* case which involved ill-treatment in police custody amounting to torture, the Court considered that, having regard to the extreme seriousness of the violations, the victim had suffered personal and non-pecuniary injury for which the findings of violations in the judgment did not afford sufficient satisfaction.²⁹ Therefore, the Court awarded the victim compensation on the basis of its assessment on an equitable basis, but the statement by the Court that the findings in its judgment did not only afford limited satisfaction appears more than self-evident, given the extreme seriousness of the violation.³⁰

Two other issues which came up with respect to Article 41 deserve attention. With regard to the request by the applicant, a national of Morocco and the Netherlands, for a transfer to the Netherlands to serve there the remainder of his sentence, the Court confirmed its (limited) interpretation of Article 41 to the effect that this article did not give it jurisdiction to make such an order against a Contracting State. Further, in connection with the applicant's request that, in view of the fact that he owed the French State a customs fine, the Court be asked to specify that the sums awarded to him under Article 41 should be exempt from attachment, the Court did not grant this request because it felt it lacked the jurisdiction to do so. Instead of issuing an order as requested, the Court devoted some consideration to this issue. It considered that it would be incongruous to award the applicant an amount in compensation for, *inter alia*, ill-treatment constituting a violation of Article 3 of the Convention if the State itself were then to be both the debtor and creditor in respect of that amount. The Court further considered that the purpose of compensation for non-pecuniary damage would inevitably be frustrated and the Article 41 system perverted if such a situation were to be deemed satisfactory.³¹ It would be an interesting and positive development if in the future the European Court would make more frequent use of

27 *Aksoy v. Turkey*, note 13, para. 113.

28 *Aydin v. Turkey*, note 14, para. 131.

29 *Selmouni v. France*, note 11, para. 123.

30 It could be assumed that, since the victim might have been involved in drug-trafficking, the Court wished nevertheless to distinguish the present case and its award of compensation, from *Mc Cann and Others v. United Kingdom* (see note 32), where in spite of the finding of a violation of Article 2 of the European Convention, the claims for damages were dismissed.

31 *Selmouni v. France*, note 11, para. 133.

such "considerations" whenever it feels that a request for an order cannot be acceded to because of lack of competence. Such a nuanced approach could not be ignored by the States Parties and be helpful in the victim's interest.

Finally, the case of *Mc Cann and Others v. the United Kingdom*³² deserves attention. In this case the European Court decided by a narrow majority (10 votes to 9) that the killing by members of the security forces of three members of the IRA in Gibraltar suspected of involvement in a terrorist bombing mission, constituted a violation of Article 2 (right to life). The Court nevertheless denied compensation to the applicants who were relatives of the persons killed and considered that "having regard to the fact that the three killed terrorist suspects, had been intending to plant a bomb, it was not appropriate to make an award under this head."³³ The Court's refusal to award compensation to the applicants, which is a perfect example of the Court's discretionary approach under Article 41, was seriously questioned by commentators. While the Court, albeit with the narrowest possible majority, *legally* concluded that the most basic rights under the European Convention had been violated, it appears that *moral* considerations stemming from the terrorist intents of the IRA members led the Court to dismiss the claim for compensation as "not appropriate". As Tomuschat suggested, the Court was perhaps not persuaded of its own judgment and wanted to satisfy both sides by striking a compromise between two contradictory positions.³⁴

B. THE INTER-AMERICAN COURT

As was noted above, in the case law of the European Court of Human Rights the award of compensation is very much to the discretion of the Court, and although an integral part of the judgment relating to the merits, it comes somehow as a secondary matter or as an afterthought. On the other hand the application of the Article 63, para. 1, of the American Convention and the role played in this respect by the organs of the American Convention, the Commission and the Court, are very substantial and prominent. Unlike the general practice under the European Convention, the award of reparations under the American Convention is the subject of an elaborate separate procedure following the judgment on the merits, with full reasoning and argumentation. In this procedure, and this has no parallel in the European context, the Inter-American Commission plays an active part in representing the interests of the victim(s), both in negotiations with the Government concerned and in the hearings before the Inter-American Court. It is not intended to review in detail in this paper the very substantial case law on reparations developed by the Inter-American Court. Experts on the practice of the American

32 *Mc Cann and Others v. UK*, Judgment of 27 September 1995, Series A no. 234, and 16 Human Rights Law Journal (1995), pp. 260-286.

33 *Ibidem*, para. 219.

34 See in particular Matti Pellonpää, note 23, at pp. 112-113 and Christian Tomuschat as a discussant in the same publication at pp. 133-134.

Convention have already done this work in a most competent manner.³⁵ This paper will only deal with some trends and developments and notably with the functions and powers of the Inter-American Court pursuant to Article 63, para. 1.

The first and leading case in which the Inter-American Court was called upon to award reparations, failing an agreement on the matter between the Commission and Honduras, was the case of *Velásquez Rodríguez* accompanied by the *Godínez Cruz* case relating to disappearances in Honduras. In its judgment on compensatory damages in *Velásquez Rodríguez*³⁶, the Court awarded compensation to the family of the victims for the loss of earnings (roughly 500 times of the monthly salary of the victim), other pecuniary damages and for moral damages in view of the emotional harm and the psychological impact suffered by the family, especially by the dramatic characteristics of the involuntary disappearance of persons. However, the Court did not rule on the request by the Commission and the attorneys that it order the Government of Honduras to take such measures as the investigation of the facts related to the involuntary disappearance, the punishment of those responsible, the issuing of a public statement condemning the practice of disappearances. The Court argued that measures of this type would constitute a part of the reparation of the consequences of the violation of rights and freedoms and not part of the indemnity. Moreover the Court referred to its judgment on the merits where it had pointed to the Government's continuing duty to investigate in addition to the duties to prevent and to punish those directly responsible. And the Court added, in line with numerous pronouncements to the same effect by the European Court, that the judgment on the merits was itself a type of reparation and moral satisfaction of significance and importance for the families of the victims. A request by the lawyers of the victim's family that the Court would also order punitive damages as part of the indemnity in view of the extremely serious violation of human rights in the case involved, was not granted by the Court. The Court held that the expression "fair compensation" in Article 63, para. 1, did not include punitive damages. The Court considered that in some domestic systems, particularly the Anglo-American, damages were awarded in amounts to deter or to serve as an example, but that this principle is not applicable in international law, at least for the time being.

In his review of the case law on reparations by the Inter-American Court, Reisman aptly pointed out, in his paper and in the ensuing discussion³⁷, that the Inter-American Court as from 1989 in *Velásquez Rodríguez* followed consistently the line of awarding pecuniary damages as reflected in the ultimate words of Article 63, para. 1, that "fair compensation be paid to the injured party". However, at the same time the Court showed great reluctance to order other

35 See in particular W. Michael Reisman, note 15, and Dinah Shelton, *Reparations in the Inter-American System, on the Inter-American System of Human Rights*, (David Harris and Stephan Livingstone ed.), 1998, pp. 151-172.

36 *Velásquez v. Rodríguez*, Judgment of 21 July 1989, Compensatory Damages, 11 Human Rights Law Journal (1990), pp. 127-133.

37 W. Michael Reisman, note 15, at pp. 80 and 84, and discussion at pp. 144-145.

reparative measures as envisaged in another component element of Article 63, para. 1, that it shall also rule "if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such rights or freedom be remedied", referred to by Reisman as "the social reconstruction competence" of the Court. It is apparently one thing for the Court to pronounce itself in judgments on the merits about the need for broader structural and reparative measures which would involve matters of State policy, it is another thing for the Court to issue specific orders pursuant to Article 63, para. 1, relating to such pervasive measures.

In at least one case, however, subsequent to the Honduras cases, the Court appeared to go into a new direction beyond awarding exclusively pecuniary damages. This was the *Aloeboetoe* case on the matter of reparations in connection with the arbitrary killings of seven young men, Maroons belonging to the Saramaca tribe in Suriname³⁸. In fact, the Republic of Suriname admitted responsibility for the kidnapping and death of these persons. In this case the Inter-American Court awarded, after extensive calculations, substantive amounts of money to relatives or their heirs by way of reparations for material and moral damages. In addition the Court ordered the creation of a Foundation with a view to providing the beneficiaries with the opportunity of obtaining the best returns for the sums received in reparation. But the Court also wished to ensure –and this was somehow a new approach going beyond merely a pecuniary award- that the children of the victims be offered a school where they can receive adequate education and basic medical attention. As the Court stated, this goal will not be met merely by granting compensatory damages. Therefore, the Court ordered the State of Suriname, as an act of reparation, to reopen the school located in Gujaba and staff it with teaching and administrative personnel so that it will function on a permanent basis as of 1994, and to make the medical dispensary already in place in that locality operational during the same year. One commentator hailed this judgment in the *Aloeboetoe* case as evidence that the Inter-American Court interprets its competence pursuant to Article 63, para. 1, in a broad manner and contrasts this decision with the restrictive practice of the European Court under Article 50 (41) of the European Convention.³⁹ However, another commentator, in the meantime privy to subsequent case law of the Inter-American Court on the matter of reparations, was more sobering in his assessment. He referred to the *Aloeboetoe* case as an exception to the general practice of the Court's reparative competence. And he added that in all other cases where the Commission or the family asked for reparative orders that would require significant changes in the technique of public order of the defendant State, the Court refused to take the matter up.^{40, 41}

38 *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Judgment of 10 September 1993, Reparations, 14 Human Rights Law Journal (1993), pp. 413-425.

39 Michiel van Emmerik, note 25, at p. 313.

40 W. Michael Reisman, note 15, at pp. 144-145 (discussion).

41 Although this may fall outside the scope of the present paper, it may be of interest to compare the practice of the Inter-American Court under Article 63, para. 1, with its practice under Article 63, para. 2, relating to provisional measures. Admittedly the circumstances and the implications relating to these two competences of the Court are different, but it would *prima facie* appear that the Court is bolder in its approach to provisional measures than in its practice relating to reparative orders.

The issue whether the Inter-American Court should also rule under Article 63, para. 1, on non-pecuniary reparations came up cogently in the *El Amparo* case⁴² and in the *Caballero Delgado and Santana* case⁴³. In these cases the Court continued to set forth its policy of reluctance to order non-pecuniary reparations but the underlying issues were highlighted by the elaborate dissenting opinions on the matter written by Judge Cañado Trindade. In *El Amparo* the Government of Venezuela had recognized responsibility for the killing by members of the military and the police of fourteen fishermen. The Court had decided that Venezuela was liable for the payment of damages and that the surviving victims and the next of kin of the dead be paid a fair indemnification. Since the Inter-American Commission and the Republic of Venezuela had not reached an agreement on the reparations and the form and amount of the indemnification, the Court had to determine these issues. The Court awarded on the basis of extensive calculation and in accordance with its practice substantial compensatory damages to the victims and the relatives but it did not wish to order non-pecuniary reparations. The latter were defined by the Commission in the following terms: reform of the Code of Military Justice and those military regulations and instructions that are incompatible with the Convention; investigation and effective punishment of the physical and intellectual authors; satisfaction of the victims by restoring their honour and reputation, and the unequivocal establishment of the facts; satisfaction of the international community through the declaration that acts such as those that occurred in the present case will not be tolerated; and the creation of a foundation for the promotion and dissemination of international human rights law in the region in which the events occurred.⁴⁴ The Court did decide that Venezuela had the obligation to continue investigations into the events of the case and to punish those responsible and considered that its judgment on the merits and its present judgments constituted adequate reparation in themselves.

The *Caballero Delgado and Santana* case pertained to the forced disappearance of two persons in Colombia. Again, the Court awarded monetary reparation for material and moral damages but decided that the requested non-pecuniary reparations were inadmissible. The Court did, however, state that Colombia is obliged to continue its efforts to locate and identify the remains of the victims and deliver them to their next of kin. It should be noted that, as regards non-pecuniary reparations, the Commission had requested reform of the Colombian legislation on the remedy of *habeas corpus* and codification of the crime of forced disappearances and that judicial proceedings on the disappearances of the two persons should remain within the jurisdiction of the ordinary courts and not be transferred to the military courts. The Court was of the opinion that such matters as the examination and review of legislation and the question of the competence of military tribunals and their compatibility with international human rights instruments were inappropriate to be taken up in an incidental manner and at the reparations stage.

42 *El Amparo* case, Reparations, Judgment of 14 September 1996, Annual Report 1997, pp. 159-177.

43 *Caballero Delgado and Santana* case, Reparation, Judgment of 29 January 1997, Annual Report 1998, pp. 59-81.

44 Note 42, para. 56 at. p. 171.

As mentioned above, Judge Cançado Trindade disassociated himself from the Court's restrictive position as regards non-pecuniary damages in connection with Article 63, para. 1, of the American Convention. He stressed in particular the importance of the obligation of States, pursuant to Article 1, para. 1, of the Convention to *respect* the rights and freedoms and *to ensure* these rights and freedoms to all persons subject to their jurisdiction as well as the duty of States in this respect to take the necessary legislative and other measures in accordance with Article 2. He stated that the Court had focused mainly on "just compensation" as a measure of reparation and that the time has now come to link the element of just compensation with other reparative measures, including legislative measures, resulting from the duty to ensure or guarantee the enjoyment of the rights prescribed by Articles 1, para. 1, and 2 of the American Convention.⁴⁵

It appears from the Inter-American Court's case law on reparations that the Court has gone a long way -with more sophistication than the European Court in Strasbourg- in the development of criteria and judicious practice of awarding pecuniary reparations. In *Aloeboetoe* the Court went a step further but the Court's orders under Article 63, para. 1, were still related to the pecuniary aspects of the award in connection with the injured party. The Court was also ready to stress the duty of the State to carry out further criminal investigations as a reparative measure but the Court has not (yet) shown great willingness to order other non-pecuniary reparations and to give substance to the wording of Article 63, para. 1, of the Convention that "the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied." The Court is, it appears, ready to acknowledge the desirability of non-pecuniary reparations and it favours to refer in this respect to its judgments on the merits, but it is not prepared, at least for the time being and notwithstanding Judge Cançado Trindade's strong pleas, to order reparations involving direct legislative and structural socio-political implications. As was indicated by Reisman, the Court focuses on that part of Article 63 in which compliance by the defendant States was more likely to be forthcoming, viz. payment of pecuniary awards, and it prefers to avoid addressing other reparative issues which may bring it into direct confrontation with the leadership of the States concerned.⁴⁶

V. CONCLUDING REMARKS

Reparation to victims of gross violations of human rights is a requirement of justice and, in many situations, it is also an important element in the process of promoting peace and reconciliation. The modalities of reparation are widely ranging and serve as means to remove or to redress the consequences of wrongful acts and to prevent and deter the recurrence of violations. Among these modalities of reparation the monetary or compensatory awards are important means to meet the needs of victims and to highlight the implications of State responsibility.

45 *Caballero Delgado and Santana* case, note 43, Dissenting opinion Judge A.A. Cançado Trindade, para. 13, at p. 75. See also Manfred Nowak, note 5, referring to the same opinion.

46 W. Michael Reisman, note 15, at pp. 144-145 (discussion).

However, non-pecuniary measures falling under the categories of satisfaction and assurances and guarantees of non-repetition⁴⁷ are no less important devices with a view to restore and to repair in a more structural manner, both with regard to individuals and to collectivities. This requires a broad range of policy measures involving the judiciary, the law enforcement system, education and training, etc.

International supervisory bodies in the field of human rights are generally wellaware of the need of broad reparative measures, including preventive policies. Thus, United Nations human rights organs are on record as promoting and recommending such measures and policies. The same applies to regional human rights bodies. However, when it comes to strictly judicial decision-making involving the issuing of legally binding orders to States, the powers belonging inherently to courts represent paradoxically a strength and a weakness. The strength lies in the legally binding character and the general presumption that States will comply with judgments and orders delivered by Courts. In that sense judgments have superior force over "views", "recommendations" and "considerations" expressed or pronounced by quasi-judicial or other monitoring bodies. On the other hand, the weakness expresses itself in the tendency and practice of self-restraint and judicial caution, stemming from the apprehension that respondent States will flout judgments and orders which they regard as disagreeable, thus eroding the Court's authority. Human rights courts are obviously faced with legal and moral dilemmas that have an effect on policy making. But first and foremost the courts are the custodians of the values enshrined in the international instruments under which they have been established. The question remains pertinent whether in matters of reparations, the human rights courts, in addition to awarding compensatory damages, should not embark upon a practice of pronouncing themselves on the need or the desirability of non-pecuniary reparations which commend or even impose themselves. Such pronouncements may not have *per se* binding legal force but they will carry considerable weight and will contribute to a progressive development of the law and practice in favour of more fundamental reparative justice.

Postscriptum

After finishing this paper, more recent case law developed by the European and Inter-American Courts having a bearing on the subject matter, came to my attention. In particular the Judgment of the Inter-American Court, dated 27 November 1998, on reparations in *Loayza Tamayo v Peru* (20 Human Rights Law Journal, 1999, pp. 194-213) appears to be of considerable significance from the perspective of non-pecuniary reparations. The Court decided on restitution measures and other forms of reparations than compensatory damages, notably that the State Party shall adopt the internal legal measures necessary to adapt the decree-laws on the crime of terrorism and the crime of treason to conform to the American Convention on Human

47 See pp. 654-655 *supra*.

Rights. This judgment opens up -to use wording of Judges Cançado Trindade and Abreu-Burelli- in their joint concurring opinion – "quite a wide horizon in the matter of reparations" and revitalizes the terms of Article 63, para. 1, of the American Convention. The Court's decision to order Perú to reform its national legislation was subsequently used by Perú as one of the arguments of this State Party to withdraw its acceptance of the jurisdiction of the Court (see the enlightening discussion of this issue by Douglas Cassel, *Perú withdraws from the Court: Will the Inter-American Human Rights system meet the challenge?*, 20 Human Rights Law Journal, 1999, pp. 167-175).

**EL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS:
LA REFORMA DE LA REFORMA**

JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO*

* Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos.

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA REFORMA DE LA REFORMA

JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO

1. El día 4 de noviembre de 1950 se firma en Roma la Convención Europea de Derechos Humanos, en el seno del Consejo de Europa, una de las organizaciones internacionales más veterana en la arquitectura europea, y poseedora de un ideario bien definido: democracia parlamentaria y representativa, estado de Derecho (*rule of law*) y respeto a los derechos humanos. Ideario -es importante decirlo ahora- que ha inspirado la política de admisión de nuevos miembros y, por consiguiente, de partícipes en la Convención.

Es bien sabido que la Convención no se limitó a la enunciación de unos derechos y libertades fundamentales, sino que diseñó además un mecanismo institucional de protección, revolucionario en aquel entonces, en tanto que preveía la reclamación de un individuo en el plano internacional y la naturaleza jurisdiccional de parte del mismo. Y en ese mecanismo eran dos los órganos a los que la Convención asignó responsabilidades primordiales: la Comisión y el Tribunal.

2. Instituida la Comisión en 1954, y llegada la primera demanda en 1955, el sistema funcionó de manera conveniente durante 25 años, es decir, hasta 1980. Hasta dicha fecha, en efecto, la Comisión y el Tribunal pudieron tramitar a ritmo aceptable las demandas que les llegaban.

Pero a partir de 1980, arraigada en el interior de los Estados partes lo que podríamos llamar cultura de la reclamación, el aumento creciente del número de demandas hacía cada vez más difícil su tramitación en plazos razonables. Y la situación se agravó, lógicamente, en la década de los noventa con la llegada de la distensión (o fin de la guerra fría). Habiendo adoptado los llamados PECOS (países de Europa central y oriental) el ideario del Consejo de Europa, tiene lugar la entrada progresiva de los mismos en la organización y su participación en la Convención de 1950. No sólo aumentaba el número potencial de reclamantes. Ocurría además que la corta tradición de los PECOS en el triple pilar del ideario del Consejo de Europa era un factor de incremento del número de reclamaciones.

Muestra elocuente del agravamiento de la situación es que, mientras el número de demandas registradas en 1981 fue de 404, la Comisión recibió 2.037 en 1993. El aumento fue nada menos que de un 500%. Y la consecuencia fue que los órganos de la Convención encontraban dificultades en el cumplimiento de la regla enunciada en el párrafo 1 del art. 6: la exigencia de tramitar los procedimientos sin dilación excesiva. Por ejemplo, en 1993, el plazo medio de tramitación de una demanda por los órganos de la Convención era de 5 años y 8 meses (4 años y 3 meses en la Comisión; 1 año y 5 meses en el Tribunal). Y ello después de los trámites, a veces muy largos, por los que pasaba la reclamación en el interior de los Derechos Internos. En suma, los órganos de la Convención no podían mostrarse escrupulosos en la observancia de una regla que ellos mismos imponían a los Estados y por cuyo cumplimiento les condenaban. Como se ha dicho repetidamente, el sistema de protección convencional estaba siendo víctima de su propio éxito.

3. Es el caso que ante la lentitud del sistema, y en previsión de la posible asfixia que lo amenazaba, los Estados partes en la Convención inician en los inicios de la década de los noventa unas negociaciones tendentes a la mejora y aceleración de su funcionamiento. El objetivo era poder hacer frente de manera eficaz a los desafíos planteados por el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales en el viejo continente de cara al cambio de siglo y de milenio.

Como es bien sabido, las negociaciones desembocan en la adopción y apertura a la firma en Viena, el día 11 de mayo de 1994, del llamado Protocolo 11, instrumento que lleva a cabo una reforma de gran calado del sistema. No, por supuesto, de los derechos y libertades enunciados, que siguen siendo los mismos, sino del mecanismo de protección. No es este el espacio de hacer un estudio profundo del Protocolo 11. Sí diré que los aspectos más destacables del nuevo sistema son la fusión de la Comisión y Tribunal en una sola institución -el nuevo tribunal-; el funcionamiento permanente del mismo; y el acceso directo de los particulares, del que antes sólo disponían ante la Comisión.

4. El Protocolo 11 entró en vigor el día 1 de noviembre de 1998, y en esa fecha se constituyó el nuevo Tribunal. Pero hay que decir que aún antes del inicio de su funcionamiento, el aumento del número de demandas fue importante. Así, en 1997, se registraron en la Comisión 4.750 reclamaciones, un incremento superior al 1.000% respecto a las cifras de 1981. Ya en vigor el Protocolo y en funciones el nuevo Tribunal, continúa a ritmo imparable el incremento del número de reclamaciones: 8.369 presentadas en 1999, el doble de las registradas en 1997.

Se puede considerar que en 1999, el nuevo Tribunal alcanzó su velocidad de crucero, dictando un total de 4.250 decisiones de todo tipo: 177 sentencias, 731 decisiones de admisibilidad; 3389 de inadmisibilidad y 130 de cancelación en el registro. Se comunicaron a los gobiernos 1596.

Es verdad que las 4.250 decisiones adoptadas en 1999 no corresponden en su totalidad a demandas registradas en dicho año, pero no es menos cierto que existe una desproporción lla-

mativa entre el *input* (demandas que entran) y el *output* (demandas despachadas). El *output* es muy inferior al *input*. Dicho de otro modo, cada vez es mayor la carga muerta, el retraso, el *arriéré* o *backlog* del Tribunal, que a la altura de mayo de 2.000 se cifraba en 250 mensuales. En fin, en esa fecha el número de demandas registradas era de 13.934. Al día de hoy (mitad de septiembre de 2000) la cifra es de 15.000.

Pero no sólo es esto. Haciendo un ejercicio de prospectiva cabe decir, que con el transcurso del tiempo, y con la implantación entre los ciudadanos y abogados de los PECOS, y particularmente en Rusia de la cultura de reclamación, la avalancha de demandas acabará de asfixiar el sistema. Además, si ahora mismo el Tribunal protege los derechos humanos en 41 Estados, situados entre el Atlántico y el Pacífico, con una población global de 800.000.000 de habitantes, estas coordenadas se van a ampliar. Porque, en efecto, faltan ahora mismo del Consejo de Europa y por tanto del sistema, cinco Estados PECOS que son potenciales participantes (Armenia, Arzedbaian, Bosnia-Herzegovina, Belarus y la República Federal de Yugoslavia), más uno de la Europa occidental, que es Mónaco.

5. En la actualidad, el sistema está funcionando a velocidad de crucero. Y entiendo que no puede dar más de sí, que apenas si es posible aumentar la producción, el ritmo de trabajo, es decir el número de decisiones. La productividad tiene un límite, porque hay que compaginarla con la calidad, que en el campo jurisdiccional significa nada menos que la justicia.

El mensaje que querría transmitir es que no cabe cerrar los ojos ante la situación. Con los datos ofrecidos y las perspectivas señaladas, resulta obvio que se imponen medidas, a corto, medio y largo plazo.

A medio y largo plazo las medidas no pueden ser otras que de orden legislativo. Hay que negociar y adoptar un nuevo Protocolo de reforma que habilite al Tribunal a hacer frente al cúmulo de demandas que se avecinan. Sobre cuál pueda o deba ser el contenido de ese Protocolo, no me parece prudente hacer ningún tipo de consideraciones, ni siquiera sobre los grandes parámetros de la reforma.

A nadie se le oculta sin embargo la dificultad y la lentitud de este ejercicio. Aunque los gobiernos de los Estados partes lo iniciasen inmediatamente y llevasen a ritmo razonablemente rápido las negociaciones, el nuevo Protocolo tardaría varios años en entrar en vigor. Pero continuará mientras tanto la avalancha de demandas. Nada hace pensar lo contrario. La situación del Tribunal será cada vez más grave. De ahí que, con independencia de la reforma legislativa, sea necesaria desde ahora mismo la adopción de medidas provisionales pero urgentes. Y aquí sí puedo decir que estas medidas pasan indefectiblemente por un aumento de los recursos humanos, fundamentalmente de juristas, y consiguientemente por el correspondiente incremento del presupuesto.

**EL APORTE DE LA DECLARACIÓN AMERICANA
DE 1948, PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

FABIÁN OMAR SALVIOLI*

* Director del Instituto de Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades Nacionales de La Pampa y La Plata y de Postgrado en las Universidades de Buenos Aires, La Plata y Córdoba, (Argentina).

EL APOORTE DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE 1948, PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

FABIÁN OMAR SALVIOLI

Sumario: I. Introducción; II. El aporte de la Declaración Americana al fundamento de los derechos humanos; III. El aporte de la Declaración Americana al desarrollo normativo posterior; IV. El Aporte de la Declaración Americana a los mecanismos de protección de los derechos humanos; A. Las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica; B. Base legal y práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; C. La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; V. Una mirada contemporánea; A. Contenido y evolución de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; B. Valor jurídico de la Declaración Americana; C. Los Estados miembros de la OEA y la Declaración Americana; D. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el régimen protectivo actual del sistema interamericano.

*Este modesto artículo está dedicado
a Manuel Lezertúa, su noble y generosa amistad;
y a sus felices motivos para no escribir.*

I. INTRODUCCIÓN

En adhesión a la celebración del XXX aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el XX Aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana en la ciudad de San José de Costa Rica, nos ha parecido atinente no olvidar a un instrumento que ha tenido una importancia trascendente para la protección de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres en el continente americano: la Declaración Americana de 1948.

En el derecho internacional contemporáneo, las organizaciones regionales experimentaron su etapa de institucionalización a partir del fin de la segunda guerra mundial¹. En este marco, ha sido creada la Organización de los Estados Americanos por medio de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá².

La Carta constitutiva de la Organización debió sufrir diferentes modificaciones para alcanzar una dimensión acorde en cuestiones de derechos humanos a nivel institucional³. Una de las reformas más trascendentes a la Carta de la OEA con particular incidencia en aspectos de derechos humanos, se llevó a cabo en 1967, pasando la Comisión Interamericana a ser un órgano principal de la entidad.

Ya en 1948 ciertas voces correspondientes a delegados de algunos gobiernos del hemisferio propugnaban por la aprobación de un texto jurídico de derechos humanos bajo la forma de tratado; sin embargo, esta aspiración se vio truncada. El informe del relator de la Sexta Comisión de la IX Conferencia Interamericana señala la existencia de tres grupos casi irreductibles en la discusión: algunos como Brasil y Uruguay, querían la adopción de un pacto; Colombia y otros Estados pretendían tener mecanismos que en ningún caso vayan más allá de la "investigación informativa"; y otros gobiernos presentes fijaban su negativa a una convención sobre derechos humanos, con base en la realidad política y social de América en 1948⁴. Así, el primer consenso arribado en el tema fue materializado en la Resolución XXX del Acta Final de la Conferencia, por la cual se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵.

Un aspecto genérico de interés sobre la Declaración Americana, según señala el profesor Cançado Trindade, es que ésta avanzó (lo cual no ha sido retomado por el Pacto de San José de Costa Rica) una visión integral de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales)⁶.

1 Conf. *Diez de Velasco, Manuel*: "Las Organizaciones Internacionales" X Edición, pág. 40, Edit. Técnos, Madrid, España, 1997.

2 El 30 de abril de 1948 se adoptó formalmente la Carta de la OEA, entrando en vigor el 13 de diciembre de 1951.

3 La Carta original de la OEA poseía muy pocas disposiciones en materia de derechos humanos, y todas estaban redactadas en términos muy generales, conf. *Buergenthal, T.; Norris, R. y Shelton, D.*: "La protección de los derechos humanos en las Américas", pág.35. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Cívitas, Madrid, España, 1990.

4 Conf. *Nieto Navia, Rafael*: "Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos", págs. 39 y 40, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1993.

5 *Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos*: "Acta final; resolución XXX, Bogotá, Colombia, Marzo 30 - mayo 2, págs. 38 y ss, Edit. UPA, 1948.

6 Conf. *Cançado Trindade, Antônio*: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 - 1995): evolución, estado actual y perspectivas"; en: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José (Costa Rica)", pág. 49; Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1996.

El contenido de la Declaración Americana posee similitud con el de la Declaración Universal de Derechos Humanos; no ha de escapar a las razones de esta coincidencia el que ambos textos son contemporáneos, y que el derecho internacional se hallaba todavía impregnado de un alto contenido eurocentrista y occidental al momento de sus respectivas adopciones⁷.

El texto de la Declaración Americana consagra los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas; al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho de igualdad ante la ley y a no ser discriminado en el goce de los derechos humanos consagrados; el derecho de libertad religiosa y de culto; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión; el derecho a la protección de la honra, la reputación personal, la vida privada, y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; a constituir y a recibir protección para la familia; el derecho a la propiedad; el derecho a la protección de la maternidad y la infancia; el derecho de residencia y tránsito; el derecho de asilo y el derecho a peticionar a las autoridades⁸.

En cuanto a las prerrogativas conexas con la administración de justicia y las garantías en los procesos, se contempla el derecho a la justicia o a la igualdad ante la ley; la protección contra la detención arbitraria y la presunción de inocencia⁹.

Respecto a los derechos políticos, la Declaración Americana destaca el derecho al sufragio y a la participación en el gobierno; y el derecho de reunión y de asociación pacíficas¹⁰.

Los derechos humanos derivados de la relación laboral y previsional también se encuentran contemplados: el derecho al trabajo, a una justa retribución, al descanso y al aprovechamiento del tiempo libre; y a gozar los beneficios de la seguridad social que proteja a las personas por causa de desocupación, vejez o incapacidad¹¹.

Por último, encontramos otros derechos económicos y sociales en el texto de la Declaración Americana, como el derecho a la preservación de la salud y el bienestar social; el derecho a la educación; y a gozar de los beneficios de la cultura¹².

7 Conf. *Salvioli, Fabián*: "El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana", en: "Relaciones Internacionales N 13", pág. 79; edit. Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1997.

8 *Declaración Americana*: respectivamente arts. I, XVII, II, III, XIX, IV, V, VI, VIII, IX, X, XXIII, VII, VIII, XXVII, y XXIV.

9 *Ibidem*: respectivamente arts. XVIII, XXV y XXVI.

10 *Ibidem*: respectivamente arts. XX, XXI y XXII.

11 *Ibidem*: respectivamente arts. XIV, XV y XVI.

12 *Ibidem*: arts. XI, XII y XIII.

Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos contemplan no sólo derechos que les corresponden a las personas sino también identifican a ésta como sujeto de deberes, lo cual no es, para algunos autores, de buena técnica legislativa¹³; es el caso de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁴ y también de la Declaración Americana. Esta última posee todo un capítulo referido a los deberes que se dirigen a contemplar obligaciones de las personas respecto de la sociedad; para con los hijos y los padres; de instrucción; de sufragio; de obediencia a la ley; de servir a la comunidad y a la Nación; de asistencia y seguridad sociales; de pagar impuestos; de trabajar; y de abstenerse de actividades políticas en país extranjero¹⁵.

Pero la importancia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre no se agota en lo señalado en el párrafo anterior: también aporta al fundamento de los derechos humanos, al carácter universal de los mismos, y en última instancia al desarrollo del derecho internacional público contemporáneo.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha sido el paso inicial dentro de la Organización de los Estados Americanos para el desarrollo progresivo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por su prelación temporaria, también ayudó en algunos debates para la adopción de ciertas normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas¹⁶.

La Declaración Americana ha inspirado a los instrumentos jurídicos posteriores del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como reconocen los preámbulos de los mismos al hacer referencia expresa a aquella.

También, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha permitido a los Estados acordar cuáles eran los derechos a que hacía referencia la Carta de la OEA, y ha servido como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus diferentes funciones de protección dentro de los mecanismos del sistema.

13 Según esta opinión, las declaraciones deben limitarse a los derechos, sin crear categorías de deberes sino, y particularmente, frente a la comunidad internacional, conf. *Alcalá Zamora y Castillo, Niceto*: "La protección procesal internacional de los derechos humanos", Ed. Cívitas, Pág. 143; Madrid 1975).

14 *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*: capítulo II, arts. 27 a 29, Organización de la Unidad Africana, (1981).

15 *Declaración Americana*: Capítulo Segundo: deberes, arts. XXIX a XXXVIII.

16 A ello hizo referencia René Cassin en torno al artículo 8 de la Declaración Universal tomado del art. XVIII de la declaración Americana, *Cassin, René*: "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", en: "15 Revue de droit contemporain, 1968" p. 10, citado por *Cançado Trindade Antônio*: "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; en: "El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; pág. 591; Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.

En los capítulos que siguen desarrollaremos las ideas básicas que se han esbozado en la presente introducción, haciendo hincapié en el valor contemporáneo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que lejos de ser un referente histórico, es uno de los principales instrumentos para la protección de los derechos de mujeres y hombres que habitan el continente americano.

II. EL APORTE DE LA DECLARACIÓN AMERICANA AL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se desarrollará en el presente capítulo, puede afirmarse que existe un aporte concreto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre a la fundamentación filosófica desde el derecho internacional, en favor de la universalidad de los derechos humanos.

La inherencia de los derechos humanos se afirmó de forma constante en la teoría jurídica del continente. En esta dirección, Gros Espiell señala: "... No puede haber duda que la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre se inscribe en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles ... ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica¹⁷..." .

La propia resolución que da nacimiento a la Declaración Americana refuerza este concepto, al expresar que "... en repetidas ocasiones, los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana..."¹⁸.

La afirmación de la Resolución XXX de la IX Conferencia Americana posee un alto valor: al ser los derechos humanos atributos inherentes a la persona, le pertenecen a ésta más allá de cuáles sean sus conductas. Es decir, los derechos humanos son una valla que ningún Estado puede atravesar en ninguna circunstancia, por excepcional que esta sea¹⁹; igualmente, el régimen político o religioso que domine en un Estado tampoco puede ser óbice al disfrute pleno de los derechos humanos para todas las personas.

17 Conf. *Gros Espiell, Héctor*: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano", en: "Estudios sobre Derechos Humanos II", pág. 88; edit. Cívitas, Madrid, España, 1988.

18 *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*: resolución XXX, IX Conferencia Interamericana, Bogotá, Colombia, 1948.

19 Conf. *Salvioli Fabián*: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: "XXVI Session d'enseignement, Recueil des Cours: Collection of Lectures, Textes et Sommaires", pág. 239; Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, France, 1995.

La Declaración Americana no es el único instrumento de derechos humanos que contiene una afirmación de este tipo, pero es el primero en formularla en el derecho internacional contemporáneo: "... varias convenciones internacionales referentes a los derechos humanos califican a estos como inherentes a la persona humana. Tal es el caso del Preámbulo (común) a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, del Preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes; y del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..."²⁰.

Aunque el carácter universal de los derechos humanos no debería arrojar dudas, desde hace algunos años, dentro de los debates que se llevan adelante en la Organización de las Naciones Unidas, un grupo de gobiernos pretende anteponer el concepto de relativismo cultural a la universalidad de los derechos humanos, como excusa para invalidar la mirada de la comunidad internacional sobre su comportamiento en la materia²¹.

Los instrumentos que se adopten en el futuro, como expresión de la opinión de la comunidad internacional, deben seguir el ejemplo de la Declaración Americana, reafirmando a los derechos humanos como inherentes a todas y cada una de las personas que habitan en el mundo.

Las características de indivisibilidad, interdependencia y en particular la universalidad, lejos de ser categorías teóricas, tendrán consecuencias prácticas sobre el régimen internacional de protección de los derechos humanos, así como sobre el grado de obligatoriedad y efectividad para el disfrute de los mismos por todas las personas.

III. EL APORTE DE LA DECLARACIÓN AMERICANA AL DESARROLLO NORMATIVO POSTERIOR

Como instrumento jurídico de derechos humanos, la propia Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre reconoce ser un paso intermedio hacia futuros instrumentos de naturaleza obligatoria²².

20 Conf. *Ayala Corao, Carlos*: "La jerarquía de los tratados de derechos humanos", en "El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; pág. 152; Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998. En el ámbito regional, también se define a los derechos humanos como inherentes a las personas en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos: Preámbulo, párrafo sexto; Organización de la Unidad Africana, (1981).

21 Véase este debate en las conferencias internacionales de la década de los 90 en *Salvioli, Fabián*: "Algunas tendencias sobre derechos humanos en las relaciones internacionales y el derecho internacional de la posguerra fría", en Anuario 1995/96 de Relaciones Internacionales, págs. 21 a 80 (particularmente págs. 47 a 51 "la lucha por la universalidad del concepto") Edit. Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1997.

22 Conf. *Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María*: "Manual de Derecho Internacional Público", Tomo I, segunda reimpresión de la versión actualizada 1985, pág. 488, edit. Tea, Buenos Aires, Argentina, 1985.

En el mismo texto de la resolución que adoptó la Declaración, se señala que la protección internacional de los derechos humanos debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución, y que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre establece el sistema inicial de protección, que los Estados Americanos consideraran adecuados a las circunstancias existentes al momento de su adopción²³.

Siguiendo este precepto, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha sido tomada en consideración al momento de la elaboración de los instrumentos en la materia, que fueron adoptados posteriormente dentro en la Organización de los Estados Americanos: a saber, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); y la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999)²⁴.

IV. EL APORTE DE LA DECLARACIÓN AMERICANA A LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los instrumentos jurídicos en el derecho internacional no pueden modificarse esencialmente por la vía de la interpretación, ya que ello acarrearía una verdadera inseguridad, fundamentalmente para los Estados. Sin embargo, la modificación de las circunstancias de tipo legal que rodean al instrumento en cuestión en un determinado momento, puede terminar asignándole a éste un carácter jurídico que no poseía al momento de nacer. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que "... un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar..."²⁵.

Lo anterior ha sucedido claramente con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuyo valor jurídico se fortaleció por el propio Pacto de San José de Costa

23 *Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos*: "Resolución XXX", párrafos tercero y cuarto, Bogotá, Colombia, Marzo 30 - mayo 2, págs. 38 y ss, Edit. UPA, 1948.

24 Todas las referencias a la Declaración Americana se encuentran en los preámbulos de los instrumentos señalados, a excepción de la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; en relación a este último instrumento, la Declaración Americana es mencionada en el párrafo cuarto de la Resolución de la Asamblea General que le dio nacimiento (1608/99). Además, en la parte dispositiva del Pacto de San José de Costa Rica, se dispone que ninguna disposición del mismo puede interpretarse en el sentido de excluir o limitar los efectos que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 29).

25 *Corte Internacional de Justicia*: "Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia - Sudoeste africano - pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad", en ICJ Reports, The Hague, The Netherlands, 1971.

Rica, por la base legal y procedimental de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente por la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el desarrollo de su competencia consultiva.

A. LAS DISPOSICIONES DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en las disposiciones relativas a las normas de interpretación de la misma, señala expresamente que ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza"²⁶.

Es evidente que los redactores de la Convención han tenido cuidado en poner un límite a la interpretación de la Convención Americana, cuando esta excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración desde la perspectiva del principio *pro homine*. Este límite no puede sino obedecer a la obligatoriedad jurídica de la Declaración, que poseía al nacimiento del pacto de San José, un *status* legal diferente al que le fuera otorgado por sus creadores en 1948.

B. BASE LEGAL Y PRÁCTICA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dentro del sistema interamericano, si bien la Corte puede interpretar a la Declaración Americana (como veremos en el acápite siguiente), el órgano que la utiliza permanentemente en el marco de su trabajo es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión ha sido creada por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en 1959 en Santiago de Chile. Es a partir de la Reforma operada por el Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la OEA, cuando los Estados miembros deciden otorgarle *status* de órgano principal de la entidad, con base convencional en la propia Carta de la organización²⁷.

Las normas que regulan el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contemplan expresamente a la Declaración Americana como instrumento de aplicación. El Estatuto de la Comisión destaca que, para sus fines, por derechos humanos deben entenderse los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, para los Estados miembros de la OEA que no hayan ratificado el Pacto de San José de

26 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: art. 29.d.

27 *Carta de la Organización de los Estados Americanos*: Art. 111.

Costa Rica²⁸. Además, con relación a los mismos Estados, dispone que la Comisión debe prestar particular atención a la observancia de algunos de los derechos contenidos en la Declaración Americana²⁹.

Dentro del marco de su actuación, la Comisión Interamericana produce informes generales sobre la situación de los derechos humanos en cualquier Estado de la OEA, cuando se revele un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas. En estos informes, la Comisión Interamericana ha hecho uso en reiterados casos de la Declaración Americana, y señalado expresamente que los Estados habían violado sus obligaciones internacionales al incumplir con la misma. En las recomendaciones a los gobiernos en cuestión, la Comisión siempre ha sugerido medidas para tutelar efectivamente algunos de los derechos contenidos en la Declaración³⁰.

Actualmente la Comisión sigue aplicando el mismo criterio, tal como se desprende de sus informes anuales: "... El Estado cubano es responsable jurídicamente ante la Comisión Interamericana en lo concerniente a los derechos humanos, con base en lo dispuesto en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en su reglamento ...", y recomienda al Estado: "... Continuar adoptando medidas positivas a fin de garantizar plenamente los derechos y libertades consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ..." ³¹.

Igualmente, en los estudios especiales que realiza, la Comisión también hace hincapié en la Declaración. En este sentido, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas concluye con recomendaciones a los Estados, entre las cuales se señala la necesidad de dar cumplimiento a los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 17, 20 y 24 de la Declaración Americana³².

En cuanto a los casos individuales, la Comisión Interamericana utiliza permanentemente a la Declaración Americana. Así, en un asunto contra los Estados Unidos por aplicación de la pena de muerte a personas que habían cometido el delito siendo menores de edad (y a pesar de que el gobierno acusado cuestionó la obligatoriedad de la Declaración Americana), la Comisión

28 Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: art. 1.

29 *Ibidem*, art. 20. Nótese que la disposición no impide observar el cumplimiento de todos los derechos contenidos en la Declaración Americana, sino tan sólo subraya prestar particular atención al estado de algunos de ellos.

30 Ver, por ejemplo, el informe de la Situación de los Derechos Humanos en Chile OEA/Ser. L/V/II.34, doc. 21, 1974; e informe de la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/Ser. L/V/II.49, doc. 19, 1980.

31 Ver *Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Informe Anual 1997"*, págs. 959 y 986, Washington, Estados Unidos, 1998.

32 Ver *Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Informe Anual 1997"*, págs. 1054/55, Washington, Estados Unidos, 1998.

resolvió que "... el gobierno de los Estados Unidos violó el Artículo I (Derecho a la Vida) de la Declaración Americana al ejecutar a James Terry Roach y a Jay Pinkerton³³..." .

Asimismo, con base en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la práctica actual de la Comisión es recomendar que se otorgue una indemnización apropiada para la víctima de alguna violación, cuando esta ha sufrido un daño. A título de ejemplo de esta práctica, podemos mencionar dos casos recogidos en el informe anual 1996 de la Comisión: uno contra los Estados Unidos (caso 10.675) y otro contra Cuba (caso 11.436), ambos Estados que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴.

Pero de lo anterior no debe derivarse que la Declaración se aplica en comunicaciones individuales sólo cuando el Estado demandado no ha ratificado el Pacto de San José (si bien como es obvio, en ese caso la Declaración Americana y la Carta de la OEA son la base legal aplicable).

En recientes casos individuales tramitados contra Estados que han ratificado el Pacto de San José, la Comisión igualmente evalúa si hay violación de la Declaración Americana. Ha sido así considerado por ella en una comunicación contra Argentina, donde se resalta que se trata de un Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero que no obstante "... es necesario determinar si la denuncia contiene hechos que caractericen la violación, por parte del Estado, de algunas de las disposiciones de la Declaración Americana³⁵. Igualmente, en otro caso individual, la Comisión decide "... Que a raíz de los hechos ocurridos en el Estado de Pará, la República Federativa del Brasil es responsable de las violaciones al derecho a la vida, la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (art. I) y al derecho de justicia (art. XVIII) de la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y a los derechos y garantías judiciales (art. 8) y a la protección judicial (art. 25) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ..."36.

Puede afirmarse entonces que en las líneas protectivas de actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informes sobre países, comunicaciones individuales, estudios especiales) la Declaración Americana de Derechos Humanos es un instrumento legal

33 *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: Caso 9647; CIDH Resolución 3/87, "Informe Anual 1986/87", OEA. Ser L.V.II.71, Doc. 9, párr. 64; Washington D.C. 1987.

34 *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: Caso 10.675, CIDH, Informe 51/96 (13 de marzo de 1997), en "Informe Anual 1996", págs. 358 y 359; y Caso 11.436 Víctimas del barco remolcador "13 de marzo" vs. Cuba, Informe 47/96 (16 de octubre de 1996) págs. 160 y 161; Edit. Secretaría General de la OEA, Washington D.C. 1997.

35 *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: Caso 11.671, CIDH Informe 8/98 Carlos García Saccone (Argentina) en: "Informe Anual 1997", págs. 207/08, Washington, Estados Unidos, 1998.

36 *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: Caso 11.287, CIDH Informe 24/98 Joao Canuto de Oliveira (Brasil) en: "Informe Anual 1997", pág. 403, Washington, Estados Unidos, 1998.

de uso constante para determinar si los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos cumplen sus obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos.

C. LA OPINIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A la Corte Interamericana también le ha tocado expedirse en torno a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco de su función consultiva, cuando el gobierno de Colombia le preguntó si ella puede interpretarla de acuerdo al artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica.

La opinión consultiva a que nos referimos traía consigo un componente político muy fuerte, para aquellos gobiernos que no han ratificado el Pacto de San José, ya que de los considerandos de la sentencia podría inferirse un valor jurídico vinculante de la Declaración Americana. La propia Corte admite que resolviendo esta solicitud "... podría verse obligada a abordar el tema del status jurídico de la Declaración³⁷..." .

Varios gobiernos durante el procedimiento hicieron reflexiones acerca de la diferencia entre un tratado y una declaración, y de la condición jurídica de la declaración o de algunos de los derechos contenidos en su seno³⁸.

La Corte, efectivamente señala que la declaración no es un tratado, y que si bien no había sido concebida así al momento de su creación "... no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración³⁹..." .

Luego del análisis de la evolución del derecho internacional americano en la materia, la Corte destaca que puede considerarse que "... a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esen-

37 *Corte Interamericana de Derechos Humanos*: "Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N. 10, parágrafo 25, pág. 15. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1989.

38 Así por ejemplo los gobiernos de Costa Rica, Estados Unidos de América, Perú, Uruguay, Venezuela y Colombia.

39 *Corte Interamericana de Derechos Humanos*: "Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N. 10, parágrafo 37, págs. 20/21. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1989.

ciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA⁴⁰..." .

Igualmente, la Corte afirma que para todos los Estados de la OEA "... la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales⁴¹..." .

La Corte, contestando a la pregunta de Colombia, ha resuelto que "... el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, o en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos."⁴² .

El dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido sumamente rico para el derecho internacional contemporáneo, no sólo desde la interpretación sobre el valor jurídico de la Declaración Americana⁴³; sino también y como consecuencia del mismo, para catalogar a las obligaciones de los Estados Americanos con base en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como algo más que "deberes morales de comportamiento".

No debe evitarse mencionar que en la Opinión Consultiva N. 16, el Estado solicitante (México) en la formulación de dos de sus preguntas a la Corte, ha hecho hincapié en la Declaración Americana como desarrollo de los derechos humanos a que se refiere la Carta de la OEA, siguiendo explícitamente la interpretación realizada por la Corte en la citada Opinión Consultiva N.10⁴⁴. En el desarrollo del proceso consultivo, textualmente el gobierno de México ha sostenido que "... el derecho internacional se ha transformado en el presente siglo, lo cual repercute en los efectos y en la naturaleza que se debe reconocer a instrumentos como la Declaración Americana..."⁴⁵.

40 *Ibidem*, parágrafo 43, pág. 24.

41 *Ibidem*, parágrafo 45, pág. 25.

42 *Ibidem*, parágrafo 48, pág. 26.

43 Ver *supra*, V.b).

44 *Corte Interamericana de Derechos Humanos*: "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal". Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N. 16, párrafos 11 y 12. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1999.

45 También el gobierno de El Salvador ha hecho referencia expresa a la Declaración Americana; *Ibidem*, párr. 27.

En casos contenciosos recientes, la Corte Interamericana también ha hecho uso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el inicio de un camino de conceptualización de un rubro indemnizatorio para la etapa de reparaciones bajo el nombre de daño al "proyecto de vida". Así, en los casos Loayza Tamayo contra Perú, y Villagrán Morales contra Guatemala, un voto razonado conjunto de los jueces Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burrelli sostiene que "... El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino ... El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana -de los Derechos y Deberes del Hombre- de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana⁴⁶.

V. UNA MIRADA CONTEMPORÁNEA

En este capítulo, veremos desde una perspectiva de derecho internacional contemporáneo, al contenido y evolución de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el valor jurídico alcanzado por la misma, la relación existente entre los Estados miembros de la OEA y el instrumento jurídico bajo análisis, y por último, su ubicación en el marco protectivo actual del sistema interamericano de derechos humanos.

A. CONTENIDO Y EVOLUCIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre comprende un espectro importante de prerrogativas y libertades, marcando en su contenido la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, y en la fundamentación dada por los miembros de la Organización de los Estados Americanos para su aprobación, el carácter universal de los mismos.

Como algunos defectos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, puede marcarse que no define qué son los derechos humanos; tampoco crea ningún órgano de tutela, ni mecanismos alguno para la defensa de los derechos contenidos en ella.

En consonancia con lo que ya hemos señalado, un punto trascendente para este trabajo está dado porque la Resolución que crea a la Declaración expresa su voluntad de constituir al

46 *Corte Interamericana de Derechos Humanos*: "caso Loayza Tamayo vs. Perú" (Reparaciones). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N. 42, Voto Razonado Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burrelli, párrs 15/16; y *Corte Interamericana de Derechos Humanos*: "caso Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala". Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N. 63, Voto Razonado Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burrelli, párr. 8.

instrumento en la guía principalísima del derecho americano en evolución, y de entender que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuados a las circunstancias existentes al momento de su adopción.

A la luz de esta evolución, la práctica adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la opinión consultiva de la Corte Interamericana mencionada en el capítulo anterior, consideramos a la Declaración Americana como la base esencial en cuanto a derechos humanos, que los Estados Americanos deben promover y respetar.

En consecuencia, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se ha convertido en el mínimo común denominador para la protección de los derechos humanos, respecto a todos los Estados miembros de la OEA.

B. VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA

Si todo el derecho internacional de los derechos humanos goza de la característica de progresividad, como bien señala Pedro Nikken⁴⁷, sería ilógico presuponer que los instrumentos jurídicos en la materia están exentos de esta característica. El autor destaca con agudeza y maestría que la Declaración Americana ha devenido en instrumento jurídico obligatorio para los Estados miembros de la OEA, y que dicho argumento puede sostenerse desde dos puntos de vista: por un lado, ha quedado incorporada a la Carta de la OEA, y por el otro, reúne todas las características señaladas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para ser considerada una práctica consuetudinaria⁴⁸.

La propia Comisión Interamericana abordó la cuestión de la obligatoriedad jurídica de la Declaración Americana en el caso 9647 contra Estados Unidos (mencionado *supra*), por la vía indirecta "...Así, la Comisión Interamericana ha considerado que, como consecuencia de ciertos artículos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, las disposiciones de otros instrumentos de la OEA sobre Derechos Humanos adquirieron fuerza obligatoria, y ellos son: la Declaración Americana, el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ..."49.

El nuevo milenio no nos puede encontrar dudando acerca del carácter jurídico vinculante no sólo de la Declaración Americana, sino también de la Declaración Universal de los Derechos

47 Conf. Nikken, Pedro: "El derecho internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo", Edit. Cívitas, Madrid, España, 1987.

48 *Ibidem*, págs. 284 a 308.

49 Conf. Salvioli, Fabián: "Derechos, acceso y rol de las víctimas", en: "El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; pág. 303; Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.

Humanos (aunque esta última con mayor dificultad desde la justificación doctrinal) "... la obligatoriedad de las declaraciones de derechos humanos (nos referimos a las declaraciones universal y americana) ha sido producto del desarrollo teórico y, especialmente, de la práctica de la aplicación de órganos internacionales de protección, específicamente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (creada en 1946) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ..."⁵⁰.

Como se ha visto entonces en el presente estudio, la Declaración Americana ha devenido de cumplimiento obligatorio indubitable, por varios factores, entre los cuales cabe señalar:

- La aplicación que, de la misma, ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un práctica reiterada desde su creación hasta la fecha.
- La inobservancia de la Declaración por parte de los Estados Americanos engendra evidente responsabilidad internacional, y constituye una violación al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas libremente por aquellos al fundar la OEA, y fundamentalmente, al crear y dar atribuciones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- La propia opinión consultiva de la Corte Interamericana analizada *supra*, donde el Tribunal señala que "... La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA ..."; "... Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere ..."⁵¹.

Nótese por último que cuando la Corte afirma que para todos los Estados de la OEA la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales, está haciendo referencia al instrumento jurídico en sí, y no a los derechos contenidos en él. La opinión de la Corte realiza un notable aporte al derecho internacional contemporáneo en cuanto a la especificidad de los instrumentos jurídicos de derechos humanos, y la factibilidad de que algunos de ellos adquieran carácter vinculante sin necesidad de ser tratados.

50 Conf. *Salvioli, Fabián*: "Los desafíos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; en: "Estudios Básicos de Derechos Humanos V" pág. 240; Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996.

51 *Corte Interamericana de Derechos Humanos*: "Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC 10/89 (párrafos 41/42) del 14 de julio de 1989; Serie A N. 10, Edit. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1990.

- Finalmente, al aplicar la Declaración Americana, y recomendar el pago de una justa indemnización para las víctimas o sus derecho habientes con base en la Declaración Americana, la Comisión Interamericana no sólo está afirmando el valor jurídico de aquella, sino también que el daño producido por infracciones a la Declaración engendra responsabilidad internacional y obligación de reparar el mismo.

C. LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA Y LA DECLARACIÓN AMERICANA

El valor más importante que ha adquirido con el paso del tiempo, y que posee la Declaración Americana en la actualidad es que ha devenido de observancia inexcusable para todos los Estados miembros de la OEA; "... La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se ha convertido en un instrumento jurídico de cumplimiento obligatorio para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos; y su incumplimiento merece sanción y engendra responsabilidad ..." ⁵². Es decir, todos los Estados Partes de la OEA se encuentran sometidos a, al menos, un instrumento de derechos humanos en el sistema interamericano: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en tanto ella describe y complementa las disposiciones de la Carta de la Organización de los Estados Americanos ⁵³.

D. LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN EL RÉGIMEN PROTECTIVO ACTUAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO

El sistema interamericano ha construido un régimen inteligente para la protección de los derechos humanos en el continente, el cual se encuentra aún en etapa de perfeccionamiento. Este régimen puede explicarse de la siguiente forma:

- a) La base de las obligaciones en materia de derechos humanos para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, parte de la propia Carta constitutiva de la entidad.

52 Conf. *Salvioli, Fabián*: "La tutela de los derechos en el sistema interamericano", En. Revista Tribuno, Publicación del Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción de la Provincia de Córdoba; Argentina, año 2 N, Págs. 158, Córdoba, junio de 1995.

53 Conf. *Salvioli, Fabián*: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: "XXVIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries"; pág. 289; Edit. Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, France, 1996.

- b) El criterio que rige la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano es el principio *pro homine*⁵⁴, que posee como uno de sus componentes que ninguna aplicación o interpretación de una norma de derechos humanos puede ir en contra de los efectos de otra que sea más beneficiosa para la persona.
- c) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es la interpretación de los derechos humanos establecidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- d) Todos los Estados miembros de la OEA están obligados a respetar y hacer cumplir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; por ende, su violación genera responsabilidad internacional, y obligación de reparar cuando se ha producido un daño a una o más personas.
- e) El hecho de ser un Estado parte en algún convenio o pacto de derechos humanos, dentro o fuera del sistema interamericano, no exime a éste de las obligaciones que le competen en virtud de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- f) Para los Estados miembros de la OEA que hayan ratificado el Pacto de San José, éste será su fuente principal de obligaciones en materia de derechos humanos. Aún así se le aplicará la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como instrumento complementario, bajo el principio *pro homine* que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos fija entre sus normas de interpretación.
- g) Como consecuencia de lo anterior, los órganos del sistema no deben perder de vista a la Declaración Americana como herramienta útil para su trabajo.

Naturalmente, ha de procurarse en pos de una mayor efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la ratificación unánime de las convenciones y protocolos que están adoptados en el seno del mismo; pero aún así, la Declaración Americana complementará aquellos derechos no reconocidos en estos instrumentos, y conservará su valor para una mejor interpretación de las situaciones de derechos humanos que deban ser abordadas por los órganos del Sistema, como se ha demostrado por ejemplo en los votos de algunos jueces de la

54 La profesora Mónica Pinto define al principio *pro homine* como "... un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria ...". Conf. *Pinto, Mónica*: "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"; en: "La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales"; pág. 163; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997.

Corte Interamericana, en relación al concepto de "proyecto de vida", al que hemos hecho referencia *supra*.

Cincuenta años después de su adopción, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sigue siendo una herramienta imprescindible para la protección de los derechos y libertades de todas las personas que habitan en el continente americano. Es deber de los Estados respetarla y cumplirla, y de los órganos de aplicación y la doctrina iusinternacionalista afirmarla en su valor jurídico y contenido, ya que estamos en presencia de un valioso instrumento para que, como hubieran expresado sabiamente quienes le han redactado⁵⁵, la persona humana progrese espiritualmente y materialmente, y pueda alcanzar la felicidad.

⁵⁵ *Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos*: "Acta final; resolución XXX", Bogotá, Colombia, Marzo 30 - mayo 2, Considerandos, párrafo primero, Edit. UPA, 1948.

III. DISCURSOS

**DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
JUEZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE,
EN EL ACTO OFICIAL DE CELEBRACIÓN DEL
XXX ANIVERSARIO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS
HUMANOS Y EL XX ANIVERSARIO DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
TEATRO NACIONAL.
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 22 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Estamos a cuarenta días del año 2000. En el umbral del nuevo siglo, vivimos un momento de profunda reflexión sobre el futuro de la humanidad. Los grandes pensadores del Siglo XX han sido unánimes en advertir para las paradojas de nuestros tiempos, tales como el divorcio entre el conocimiento especializado y la sabiduría, y la antinomia entre los avances en las ciencias y el descontrol de los impulsos humanos. Es penoso constatar que, en efecto, los extraordinarios avances científicos y tecnológicos de nuestra época se han hecho acompañar de crueldades sin precedentes en contra del ser humano. Esta paradoja, la más trágica del Siglo XX, nos lleva por otro lado, a rescatar, como el más precioso legado para el próximo siglo, la evolución, impulsada en momentos de lucidez en medio de tanta violencia y destrucción, de la protección internacional de los derechos humanos a lo largo de las cinco últimas décadas.

Hace poco más de veinte años, el 03 de septiembre de 1979, se instalaba, en esta ciudad de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En aquel entonces, la Convención contaba con 14 Estados Partes, sin que ninguno hubiera aceptado la competencia en materia contenciosa de la Corte. Transcurridas dos décadas, de los actuales 24 Estados Partes en la Convención, 20 han reconocido la competencia contenciosa obligatoria de la Corte Interamericana, dando hoy muestras inequívocas de su determinación para ejercer la *garantía*

colectiva subyacente a la Convención en beneficio de todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.

No podría dejar pasar la conmemoración histórica de hoy para, de inicio, agradecer al pueblo y al Gobierno de Costa Rica, en la persona del Señor Presidente de la República, por la acogida que durante las dos últimas décadas han dado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin la cual ésta no sería la institución que hoy en día ha llegado a ser. Además de la sede de la Corte, Costa Rica ha donado a ésta una contribución anual que se ha mostrado vital para la operación del Tribunal. El Gobierno de Costa Rica firmó con la Corte dos importantes Convenios: el de privilegios e inmunidades del Tribunal (Convenio de Sede, vigente desde 1983), y el de creación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (que entró en vigor en 1980).

En sus veinte años de existencia, la Corte Interamericana ha realizado 46 sesiones ordinarias y 23 sesiones extraordinarias, al final de las cuales ha adoptado, hasta la fecha, 16 Opiniones Consultivas, y 62 Sentencias (sobre objeciones preliminares, competencia, fondo, reparaciones, e interpretación de sentencias) acerca de 35 casos contenciosos. Ha, además, adoptado medidas provisionales de protección en más de 20 casos de extrema gravedad y urgencia, gracias a las cuales ha logrado evitar daños irreparables a las personas. Esta jurisprudencia protectora es un patrimonio jurídico de todos los Estados Partes en la Convención Americana. Durante los años de vigencia de la Convención Americana, gracias a la labor conjunta de la Corte y la Comisión Interamericanas, numerosas vidas han sido salvadas, recursos y procedimientos de derecho interno se han establecido o perfeccionado para asegurar la observancia de los derechos humanos, leyes nacionales han sido armonizadas con la normativa internacional de protección. Pero a pesar de todos los logros, aún resta un largo camino por recorrer.

En este umbral del nuevo siglo, los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentran en una encrucijada: deben proceder a un examen de consciencia para decidir qué tipo de sistema regional de protección de los derechos humanos realmente pretenden tener. Si desean un verdadero *sistema*, fortalecido, capaz de asegurar la salvaguardia eficaz de los derechos humanos, el camino a seguir es, a mi modo de ver, clarísimo, con providencias a tomar en los planos del derecho tanto interno como internacional. En primer lugar, se impone la ratificación de la Convención Americana, o adhesión a la misma, por todos los Estados de la región: en el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben ser válidos para todos los Estados, así como operar en beneficio de todos los seres humanos.

La segunda providencia reside en la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, de modo a asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes. En el presente contexto, los ordenamientos jurídicos internacional e interno se encuentran en constante interacción, formando un todo armónico. Urge que los Estados Partes en la Convención adopten mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana en el plano de su derecho interno: es esta una deuda

histórica que tienen para con el sistema regional de protección, y que se espera sea superada, para asegurar el pronto cumplimiento de las sentencias de la Corte.

El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana 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. Por medio de una enmienda, en este sentido, del artículo 62 de la Convención Americana, se superaría el carácter facultativo de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la cual se tornaría obligatoria para todos los Estados Partes en la Convención. Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas, son de importancia capital: constituyen -como siempre he sostenido- verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos. Son ellas que viabilizan el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, lo cual representa una verdadera *revolución jurídica*, quizás el más importante legado que llevaremos al próximo siglo.

Esto me lleva al cuarto punto, estrechamente ligado a los anteriores, a saber, el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. La realización de este ideal requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, - y no solamente en la etapa de reparaciones, como ocurre actualmente (artículo 23 del Reglamento de la Corte). Los individuos demandantes actuarían como verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con plena capacidad procesal, con la preservación de las funciones no-contenciosas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano auxiliar de la Corte (una especie de Ministerio Público del sistema interamericano de protección, con 40 años de existencia).

El derecho de acceso directo (*jus standi*) de los individuos a la justicia a nivel internacional se cristalizaría en nuestro sistema regional mediante un Protocolo Adicional a la Convención Americana con este fin. Es de la propia esencia del contencioso internacional de los derechos humanos el contradictorio entre los individuos demandantes y los Estados demandados, con la garantía de la igualdad procesal de las partes. Al reconocimiento de derechos corresponde la capacidad procesal de vindicarlos, sin la cual cualquier sistema de protección estará irremediablemente mitigado y en flagrante desequilibrio procesal. La plena participación de las propias víctimas (o sus representantes legales), en el procedimiento ante la Corte, ejerciendo su derecho de libre expresión como elemento integrante del debido proceso legal (internacional), contribuye para mejor instruir y agilizar los procesos, evitando así las duplicaciones y retardos inherentes al actual mecanismo de la Convención Americana. En casos de comprobadas violaciones de derechos humanos, son las propias víctimas quienes reciben las reparaciones e indemnizaciones; estando ellas presentes en el *inicio* y en el *final* del proceso, no hay sentido en negarles presencia *durante* el mismo.

En el continente americano, los necesarios avances en la dirección del reconocimiento del *jus standi* de los individuos ante la Corte Interamericana han de atenerse, con las adapta-

ciones que correspondan, a las realidades de operación del sistema interamericano de protección (ahí incluida la previsión de asistencia judicial gratuita a los individuos cuando no tengan condiciones de presentar sus demandas por cuenta propia). Dichos avances en este sentido convienen a todos - inclusive a los Estados demandados, - en la medida en que contribuyen a consolidar la jurisdiccionalización del mecanismo de protección, pues la vía judicial representa la forma más evolucionada de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana pasaría a operar en salas, en base permanente, dotada de los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados (un presupuesto cinco veces mayor que el actual), para hacer frente al inevitable aumento considerable del número de casos y a las nuevas demandas de protección.

A nivel sustantivo, cabe destacar la alentadora entrada en vigor, la semana pasada, con la ratificación por parte de Costa Rica, del Primer Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), reveladora del reconocimiento inequívoco de la indivisibilidad de los derechos humanos, no sólo en la teoría sino también en la práctica, y de la necesidad de asegurar, en los planos tanto nacional como internacional, y en el marco de la universalidad de los derechos humanos, la justiciabilidad de todos los derechos inherentes al ser humano y, por lo tanto, anteriores y superiores al Estado.

Al concluir, permítome volver al punto de partida. Estamos a cuarenta días del año 2000. Si es cierto que el Siglo XX ha sido palco de crueldades perpetradas contra la persona humana en escala sin precedentes, también es cierto que ésto ha generado una reacción - igualmente sin precedentes - en contra de tales abusos, como manifestación del despertar de la consciencia jurídica universal para las necesidades apremiantes de protección del ser humano. Este siglo agonizante, de tantas paradojas, nos deja como el más precioso legado que llevaremos al próximo siglo, la conquista histórica, definitiva e irreversible, del acceso del individuo a la justicia a nivel internacional, como verdadera emancipación del ser humano de todas las formas de dominación o poder arbitrario. Es esta la esencia del movimiento universal de los derechos humanos, y en defensa de este ideal continuaremos a luchar con determinación.

Muchas gracias.

**DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
COMISIONADO ROBERT K. GOLDMAN
EN EL XXXX ANIVERSARIO DE LA CREACIÓN DE LA CIDH,
EL XXX ANIVERSARIO DE LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCION AMERICANA
Y EL XX ANIVERSARIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
TEATRO NACIONAL.
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 22 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Es un gran honor dirigirme a ustedes en representación de los miembros del órgano decano del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, en este aniversario que marca cuatro décadas de existencia de la Comisión, treinta años de la adopción del Pacto de San José y veinte años de la instalación de la Corte Interamericana.

En estos cuarenta años de historia, la Comisión ha llevado adelante su mandato de promover y proteger los derechos fundamentales en el Continente Americano con independencia y firmeza. La CIDH ha debido proteger los derechos humanos en situaciones de tal gravedad como ningún otro órgano internacional, o regional de protección.

Durante estos años la Comisión ha llevado a cabo 77 visitas *in loco*, ha publicado más de 50 informes sobre países, ha decidido 584 informes sobre casos individuales, ha presentado 35 casos ante la Corte y adoptado numerosas medidas urgentes para la protección de personas en peligro inminente. Esta labor ha resultado en vidas salvadas, y memoria y justicia recuperadas.

Hace una semana tuve el privilegio de asistir junto al Secretario Ejecutivo, el Embajador Jorge Taiana, a un acto conmemorativo de los veinte años de nuestra visita *in loco* a la República Argentina. El Gobierno expresó, en nombre del pueblo, su agradecimiento por el rol fundamental de la Comisión en la recuperación de la dignidad humana, y la denuncia del terrorismo de Estado durante la dictadura militar en ese país.

Paradójicamente, mientras estas y otras experiencias particularmente dolorosas se vivían en nuestro Continente, la Convención Americana entraba en vigor. Efectivamente, la entrada en vigor del Tratado y la creación de la Corte, así como la suscripción y entrada en vigencia de los otros instrumentos de derechos humanos del sistema, constituyeron un hito en el avance del sistema como herramienta para proteger los derechos de los habitantes de las Américas. En estos últimos veinte años, los esfuerzos combinados de la Comisión y la Corte han alcanzado a los habitantes de todos los Estados miembros de la OEA. Hoy en día su funcionamiento como órganos complementarios es crecientemente eficaz.

Nunca como en el presente, la Comisión y la Corte han estado tan unidas en su causa común, ni el sistema ha gozado de una legitimidad tan respaldada por las mujeres y los hombres del Continente. Su acción conjunta es necesaria: los pueblos del Hemisferio sufren diariamente la marginación, la violencia, la discriminación y la impunidad, y recurren de manera creciente al sistema en busca de protección y de justicia. Para ellos el sistema regional es una realidad concreta y una esperanza de justicia. La importancia e impacto del sistema de protección ha contribuido además a dar sentido a la OEA, que a través de este vive en las calles, en los campos y en las ciudades de nuestro Hemisferio.

En la práctica, la invocación de los mecanismos derivados de la Carta de la OEA y de los previstos hace treinta años en esta ciudad de San José, revela la sabiduría de quienes sentaron las bases del sistema como una herramienta que sigue reflejando nuestras metas en materia de democracia y libertades fundamentales.

Durante estos 30 años el cuerpo jurídico del sistema también se ha fortalecido con la entrada en vigencia de nuevos instrumentos. El conjunto normativo del sistema acaba de completarse con la muy esperada entrada en vigencia del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, tras el depósito del instrumento de ratificación por Costa Rica.

Los aniversarios presentan la oportunidad para contemplar el camino recorrido y reflexionar sobre el porvenir. Cualquier reflexión debe conducir a un fortalecimiento genuino de los órganos de supervisión para que puedan desempeñar su mandato de proteger a los pueblos del hemisferio de manera más efectiva. Este desafío requiere de un verdadero y fiel compromiso por parte de los Estados miembros de la Organización.

En primer lugar, requiere que todos los Estados miembros hagan los esfuerzos necesarios para alcanzar la universalidad del sistema, ratificando el Pacto de San José y los demás instrumentos.

En segundo lugar, presupone el cumplimiento de la obligación de adaptar la legislación interna de los Estados de la OEA a los derechos consagrados en los instrumentos del sistema, y asegurar que estos sean interpretados y aplicados por los órganos del Estado, en particular por tribunales imparciales, independientes y autónomos.

En tercer lugar, requiere que los Estados incrementen sustancialmente la asignación de recursos a los órganos de protección para que puedan cumplir con el mandato que los Estados mismos les han conferido.

Finalmente, deseo destacar que un factor importante para la vitalidad e integridad del sistema interamericano depende del cumplimiento de las decisiones adoptadas por los órganos de supervisión. La Comisión considera el incumplimiento con las sentencias de la Corte, en particular, como algo sumamente perturbador que merece una discusión seria y la toma de medidas apropiadas por los órganos políticos del sistema.

Señoras y señores, los derechos humanos están en las calles, las mentes, y los valores de nuestros pueblos. Ellos nos observan y tienen la legítima expectativa de que no defraudemos sus aspiraciones de justicia y democracia creciente. Trabajemos juntos para satisfacer sus legítimas aspiraciones. Confirmemos la relevancia de nuestra organización, tratando los temas fundamentales que ocupan a nuestros pueblos.

Deseo concluir estas palabras con nuestro agradecimiento al Presidente de la República quien, fiel a la tradición que la República de Costa Rica ha cultivado en pro de los derechos humanos, la democracia, la paz y las libertades fundamentales, ha brindado su incondicional apoyo a la labor hemisférica de la Comisión y de la Corte.

**DISCURSO DEL SECRETARIO GENERAL DE LA O.E.A.,
DOCTOR CÉSAR GAVIRIA,
EN LA CELEBRACIÓN DEL XXX ANIVERSARIO DE LA CONVENCION
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y
EL XX ANIVERSARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
TEATRO NACIONAL.
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 22 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Al comenzar quisiera agradecer al Presidente Miguel Ángel Rodríguez y al Canciller Roberto Rojas por organizar este evento para celebrar el 30 aniversario del Pacto de San José y los 20 años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivo de orgullo de todos los americanos. Con los preceptos de la Convención, las recomendaciones e informes de la Comisión y con los fallos de la Corte se han dado las más vigorosas luchas para defender la dignidad humana, para rescatar las libertades públicas y para hacer valer los derechos de cada ciudadano. Ellas han sido un verdadero monumento a los valores que todos compartimos, el mejor antídoto, la mejor arma contra los dictadores de todas las pelambres, contra los autoritarios de todas las especies y contra los arbitrarios de todas las condiciones esparcidos a todo lo ancho de la geografía hemisférica.

Nos sentimos honrados de compartir esta cita con personalidades de muchas latitudes que han llegado hasta aquí como una expresión del reconocimiento internacional al Pacto de San José, al papel que ha jugado Costa Rica en la protección de los derechos humanos, y a la extraordinaria labor que han cumplido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto.

Y todos los que nos hemos reunido bajo este techo sabemos del enorme valor simbólico que poseía y posee San José en la firma de la Convención pues en su país, Señor Presidente, tal vez como ningún otro en América, se han aclimatado los más acendrados valores democráticos, el mayor celo por hacer respetar los derechos fundamentales y la más elevada voluntad políti-

ca para avanzar hacia la justicia social. Esos valores, esos principios que germinaron aquí, son hoy los que nos unen a todos los americanos y nos hermanan en un destino común.

Señor Presidente Rodríguez:

Bajo su prodiga hospitalidad nos hemos reunido entonces no solo para celebrar sino también para reflexionar sobre cómo fortalecer el sistema, y enriquecerlo; cómo lograr que sea aún más relevante, y que amplíe su cubrimiento para atender más casos y de más variada índole; para analizar cómo fortalecer sus instrumentos judiciales, extender su rol político de control institucional y hacer más promoción.

Debemos asegurar un fortalecimiento de los mecanismos de investigación para apoyar y apoyarse más en los sistemas nacionales, para ampliar el ámbito de protección de los derechos.

Debemos hacer más para profundizar su autonomía financiera, presupuestal, operacional.

Debemos ir más lejos para hacer universal la ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la jurisdicción de la Corte. Una Convención que durante 30 años ha estado abierta a la firma de los Estados miembros, merece algo más que simples exhortaciones a la ratificación.

Y sea esta la ocasión para reiterar la importancia que reviste para la vigorosa defensa de la democracia, a la cual están indisolublemente ligados, el respeto a los derechos fundamentales, la aceptación de las recomendaciones de la Comisión y el cumplimiento de los fallos de la Corte. El futuro del Sistema, su cohesión, su fortalecimiento, su integridad y su legitimidad dependerán críticamente de hacer respetar lo que ellas disponen.

Estamos seguros que con el seminario que se inaugura mañana bajo el acertado y serio liderazgo de su nuevo Presidente, Antônio Cançado Trindade, podremos continuar el ejercicio que realizamos en Washington, de común acuerdo con la Comisión, de examinar estos temas con visión de perspectiva, para vislumbrar hacia dónde se dirige el sistema, cómo se ahondan sus fortalezas, se corrigen sus debilidades y se asegura de mejor manera su carácter complementario o de mecanismo de última instancia.

Será esa la oportunidad también para examinar cuáles partes del sistema deben tener un carácter más permanente. Soy un convencido de que la configuración actual de tiempo parcial le está exigiendo demasiado a los jueces y a los miembros de la Comisión. No obstante, para trabajar en forma en estos aspectos debemos encarar el crónico problema del financiamiento del Sistema. Si hemos de construir un sistema de derechos humanos que esté a la altura de nuestras expectativas, que sea acorde con las enormes exigencias que recaen sobre nuestro sistema de derechos humanos, tenemos que resolver el recurrente problema que la OEA tiene de disponer de menos recursos, aun medidos en términos nominales.

Es oportuno también señalar que el procedimiento de casos ha mejorado notoriamente en los últimos años, lo que ha dado una mayor seguridad jurídica a las partes que lo integran y ha sentado una sólida jurisprudencia en torno a problemas y procedimientos que habían sido motivo de frecuente crítica, tales como la admisibilidad. No obstante, tenemos que seguir ajustando los procedimientos para la tramitación de casos. La Corte, en particular, se ve obligada a recrear buena parte de la labor probatoria ya realizada por la CIDH, lo cual genera costos en tiempo y recursos. Las economías que podríamos obtener en este aspecto son considerables. Podríamos pensar en crear, en el marco de la Corte, la figura de la fiscalía. Ella actuaría con la CIDH, los testigos, la Corte y, lo que es más importante aún, con las instancias judiciales nacionales para instruir casos, de tal suerte que ello permita que los jueces de la Corte trabajen más casos previamente instruidos y puedan concentrarse en los asuntos de derecho y no tanto en los hechos.

El acceso de individuos a la Corte está en aumento, pero debe crecer aún más. Conservando la función de decidir qué casos acceden a la Corte, la CIDH debería ir avanzando más hacia el desempeño del rol de ministerio público para salvaguardar la integridad del Sistema y permitir que los individuos presenten sus propios casos en forma más directa. Esto dará lugar no sólo a una mayor imparcialidad y eficiencia, sino que aclarará también la actual confusión que genera la doble función de la CIDH, de árbitro y parte, dentro del mismo Sistema.

También debemos aplaudir y subrayar el hecho de que la agenda de trabajo de nuestro Sistema se esté expandiendo para abarcar lo que podríamos llamar una nueva generación de derechos, que refleja las necesidades nuevas y cambiantes de nuestro Continente y del Caribe. Cabe destacar los temas relacionados con la libertad de expresión, el derecho de las mujeres y los niños, los derechos de las minorías étnicas, de los pueblos migrantes y sus familias, el respeto a los derechos básicos de los trabajadores, así como la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Señor Presidente, Ministros, amigos todos:

El principal mensaje que espero podamos dejar en esta celebración en San José, es uno de apoyo decidido e irrestricto a la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, así como a las labores del Instituto. Ellas son un componente principalísimo en nuestro objetivo primordial de defender, preservar y fortalecer la democracia en las Américas. En un pasado no muy lejano ellas enfrentaron la arbitrariedad de dictadores a quienes muchos miraron, toleraron y aprobaron de manera cómplice, en medio del enfrentamiento Este Oeste.

Hoy, la Corte y la Comisión con sus investigaciones, sus informes y sus fallos, y actuando con autonomía, respeto a los gobiernos y a las distintas instancias de nuestra Organización, han demostrado que son capaces de defender las libertades y los derechos fundamentales de todos los americanos, en medio de un clima de mayor respeto por los valores democráticos, pero también de menor temor por denunciar las arbitrariedades y los abusos que muchos aún cometen.

Actuando con ese rigor, seriedad y valentía ellas se han ganado nuestro respeto, nuestra lealtad y nuestro apoyo. Y nosotros debemos actuar para defenderlas, apoyarlas, mejorarlas, para que cuando nuestros hijos lean las crónicas de estos tiempos se diga que todos, en forma solidaria, estuvimos a la altura de nuestras responsabilidades.

Muchas Gracias.

**DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA,
DOCTOR MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ ECHEVERRÍA,
EN EL ACTO OFICIAL DE CELEBRACIÓN DEL XXX ANIVERSARIO
DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Y EL XX ANIVERSARIO DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS.
TEATRO NACIONAL.
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 22 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Muy buenas noches.
Señoras y señores:

Ya en el primer libro de la Biblia, en el Génesis, Dios nos señala la inmensa dignidad de la persona humana cuando nos dice: "Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza." Esa dignidad nos exige asumir como nuestra la defensa de los derechos humanos; porque de su salvaguardia y respeto, depende la verdadera libertad de cada hombre y de cada mujer y la paz del mundo.

Estamos a punto de cruzar el umbral de un nuevo siglo y de un nuevo milenio. Como bien lo ha señalado el Papa Juan Pablo II, estamos a punto de cruzar el umbral de la esperanza. En ese camino, hoy veintidós de noviembre de 1999, conmemoramos el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y nos reunimos a reflexionar sobre su futuro.

Para los costarricenses, señoras y señores, su presencia en nuestro país es realmente elocuente. Evoca la voluntad y el interés de continuar profundizando los alcances del Sistema. Y, representa, un fuerte impulso para continuar avanzando por una senda que empezamos a caminar juntos hace ya cincuenta años.

Costa Rica inició este camino hace 178 años, cuando guiados por los valores de la tolerancia, de la solidaridad, de la paz y del diálogo constructivo, nos decidimos por la Concordia y nos dedicamos a la tarea de construir un Estado de Derecho. Un Estado con reglas claras y universales que aseguran el ejercicio de la libertad, un Estado fundado en el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona.

Desde el siglo XIX pusimos los cimientos de una sociedad previsor, equilibrando en una sola ecuación el respeto a los derechos humanos, la libertad, la paz, la tolerancia activa, la fraternidad, la democracia y la solidaridad.

Pruebas de ello fue la renuencia de Costa Rica a ser parte de los problemas y las guerras civiles en la región durante la época de la Federación Centroamericana; el interés de fomentar la educación por igual para hombres y mujeres, así como la libertad de prensa y de expresión desde la Fundación de la República; la lucha por la libertad y la independencia en la Campaña Nacional de 1856 - 1857; la defensa -a finales del siglo pasado- del derecho al asilo político, y la abolición de la pena de muerte en 1882.

Otro hecho más que confirma el papel activo de Costa Rica en materia de derechos humanos se dio en 1908, cuando en San José se inauguró la famosa Corte Suprema de Justicia Centroamericana, primera y pionera institución regional de defensa de los derechos de los centroamericanos, y cuyo edificio ocupa hoy la Casa Amarilla, donde se han reunido los señores Cancilleres.

Nuestro país siempre ha ido a la vanguardia de los derechos humanos, de su protección y de su garantía. Hemos proclamado desde 1945 que la defensa de los derechos humanos es superior al principio de no intervención, cuando se hace de manera multilateral y concertada; tesis que concuerda con la expuesta por el Secretario General de la de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en la reciente Asamblea General de este organismo.

Como les acabo de mencionar, este precedente de 1945, se da como respuesta a la Nota Uruguay del Canciller Rodríguez Larreta, cuando el expresidente de la República y para ese entonces Ministro de Relaciones Exteriores, don Julio Acosta, propuso la creación de una red única para asegurar los derechos fundamentales del hombre. Esa idea no era una idea nueva, pues ya un jurista costarricense en 1923, el Licenciado Alejandro Alvarado Quirós, había propuesto durante la Conferencia de Santiago de Chile, constituir un tribunal de justicia internacional en el continente.

Hace 54 años, cuando la primacía de los derechos humanos sobre el principio de no intervención no era en absoluto la regla, en la persona de don Julio Acosta, Costa Rica le dijo al concierto de las naciones, y cito "no piensa que se reduzca la majestad y la potencia de su autonomía con ligarse en un convenio continental para conservar, por la acción unánime y articulada por órganos colectivos estables, la supervivencia de tales derechos, que son materia vital de la democracia y elementos esenciales de la armonía universal."

Por ello, ayer, hoy y siempre consideraremos indispensable que se actúe en todo el orbe en defensa de los derechos humanos. Estos no son un asunto de un Estado, de un pueblo o de una nación, son un asunto de todos los seres humanos.

Este año conmemoramos el quincuagésimo aniversario de nuestra Constitución Política, en la que se encuentran plasmados estos valores que han guiado nuestros pasos. Esos valores, que inspiran nuestra Constitución, son valores que se reafirman con nuestra evolución histórica y con la creación espontánea de instituciones republicanas, que nos han permitido acrecentar el bienestar de las familias, la libertad de las personas, la justicia y la paz sociales.

Hace cincuenta años Costa Rica abolió el ejército, se le otorgó el voto a la mujer, se creó el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República; pruebas indiscutibles de que nos hemos entregado, con perseverancia, a la búsqueda racional del bien común, usando la moderación y el respecto a la dignidad y a la libertad como métodos de acción colectiva.

A través de estas obras fortalecimos nuestro Estado de Derecho, se abrió paso a la igualdad de derechos y de oportunidades políticas, para consolidar y profundizar nuestro sistema democrático y para garantizar la transparencia en la administración pública. Estas fueron, sin lugar a dudas, grandes obras de previsión.

Como lo fue también la decisión de reformar hace 10 años la Constitución Política para crear una Sala Constitucional, confiriéndole competencias para aplicar en forma directa el derecho internacional de los derechos humanos, lógica consecuencia de la aceptación por Costa Rica de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana.

Hace ya cincuenta años, los costarricenses reafirmamos lo que queremos: vivir sin ejército y en libertad, asumiendo las responsabilidades que ésta conlleva; vivir en una sociedad que respeta los derechos humanos y que lucha por el progreso económico y social de sus familias, con garantías sociales y con dignidad.

Después de las tragedias y atrocidades de la II Guerra Mundial, la historia de la humanidad dio un giro hacia el reconocimiento de la dignidad de la persona, su libertad e igualdad y la inalienabilidad de sus derechos fundamentales. La familia americana, reunida en la Organización de los Estados Americanos, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general, y que antecedió a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a finales de 1948.

Ese primer paso que dimos los americanos marcó un hito en la historia de la humanidad y reflejó el desarrollo de nuestra conciencia humana sobre valores de dimensión universal, pues en lo sucesivo, se plasmó en instrumentos jurídicos de carácter internacional con nuestro Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La OEA ha sido foro para que la comunidad americana edifique, entre todos, las normas e instituciones que consolidan un régimen de libertades personales y de respeto a los derechos esenciales de las personas. La Declaración de 1948, la constitución en 1959 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Santiago, la Convención Americana de Derechos Humanos acordada aquí, en este Teatro Nacional en 1969, y el establecimiento de la Corte Interamericana hace veinte años en San José, son motivos de orgullo para todos nosotros, y constituyen un valioso patrimonio de nuestros pueblos que ha de continuar sustentando el desarrollo político y el fortalecimiento de las democracias en nuestro continente.

Hace treinta años, durante la Administración de Don José Joaquín Trejos, los costarricenses tuvimos el honor de ser la Sede de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la que se aprobó la Convención Americana. Eran momentos de gran tensión internacional. Y, tal acontecimiento fue la culminación de un proceso que se inició con la Declaración de 1948, y que dio vida a la Corte Interamericana.

Los costarricenses vivimos con alegría esos días, porque presenciamos aquí cómo se alcanzaban acuerdos que mantenían una estrecha afinidad y complementariedad con nuestro desarrollo político y con nuestra tradición de respeto a los derechos fundamentales.

Consecuentes con la lucha que hemos librado desde el siglo pasado por la protección y el reconocimiento de los derechos humanos, en el Gobierno de don Rodrigo Carazo, propusimos a Costa Rica como la sede de la Corte Interamericana. La aceptación de nuestra propuesta constituyó un premio y un reconocimiento a nuestro histórico afán y tesonera labor en defensa de los derechos humanos.

En ese mismo Gobierno, se obtuvo de Naciones Unidas la creación en 1980 de la Universidad para la Paz, con sede en nuestro país. Desde su establecimiento, la Universidad para la Paz ha sido una institución clave en la formación y capacitación de profesionales de alto nivel internacional en temas como Comunicación y Educación para la Paz, Relaciones Internacionales y Cooperación, así como Ecología y Derechos Humanos.

Esta entidad se prepara para iniciar una nueva etapa de labores que le dará muy pronto un giro significativo y, para ello, el nuevo Consejo se ha reunido por primera vez aprovechando esta ocasión. En él, participan a la par de personalidades de enorme prestigio internacional, dos distinguidas costarricenses: doña Elizabeth Odio Benito, Segunda Vicepresidenta de la República, y doña Sonia Picado, actual diputada ante la Asamblea Legislativa, y quien hoy no nos acompaña porque cumple misión en defensa de los derechos humanos para las Naciones Unidas en Timor Oriental; dos baluartes, estas dos costarricenses, en materia de derechos humanos reconocidas internacionalmente.

También en 1980, y ante la necesidad de contar con un instituto de naturaleza académica, que apoyara el trabajo del Sistema Interamericano a través de la enseñanza, investigación y

promoción de los derechos humanos, el Gobierno de Costa Rica llegó a un acuerdo con la Corte Interamericana para crear el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Los costarricenses, al igual que los demás pueblos del continente, hemos tenido el privilegio y el agrado de participar en la creación y el mejoramiento de este sistema, que goza de legitimidad y de una vigorosa reputación. Un sistema de los americanos, creado por nuestro trabajo y para nuestra protección. Un sistema que ha defendido la causa de hombres, mujeres, niños, niñas, adultos mayores y personas con discapacidad de todo el hemisferio.

Por el valor que este Sistema de Protección de los Derechos Humanos tiene para todos los americanos, esta celebración es un momento oportuno para el análisis de su situación actual y para hacer propuestas que lo fortalezcan, en aras de profundizar sus alcances. Mejorarlo es una aspiración de todos y por la que debemos dar nuestro mejor esfuerzo, no solo las naciones que hemos estado comprometidas con esta causa desde siempre, sino de todos los países que han estado al margen porque han postpuesto la ratificación de la Convención y de la competencia de la Corte.

En el seno de la OEA se ha discutido la reforma o fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y ahora nos toca a todos enriquecerla. En la actualidad, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la misma OEA ha emprendido una revisión de sus mecanismos y de los problemas que presenta, para hacer del Sistema una instancia más acorde a los tiempos que vivimos.

Nuestro Sistema se enfrenta ante nuevas realidades políticas y sociales que nos obligan a someterlo a revisión, porque no funciona como un sistema, no es universal, ni protege siempre verdaderamente. Encara problemas de flexibilidad con los plazos para llegar a un número razonable de casos activos y con los procedimientos de admisibilidad complicados que se siguen. Presenta también, entre otros, problemas de duplicación de tareas y, en diferentes etapas del proceso, como ya se ha señalado aquí, la Comisión desempeña un papel contradictorio como árbitro y defensor.

En honor a los principios fundamentales que guían a todos los pueblos de este continente, Costa Rica exhorta a todos los países desde Alaska hasta La Tierra del Fuego, a que el siglo venidero sea el siglo de los derechos humanos. Un siglo en el que los niños y las niñas de este nuevo orden, no escuchen ni presencien jamás la impunidad por la impunidad, la violencia por la violencia, la transgresión a sus derechos fundamentales sin que exista un mecanismo efectivo y real para restablecerlos.

Costa Rica les propone a ustedes, gobiernos amigos, patrias hermanas, países americanos, que a partir de hoy y de cara a la Asamblea General del 2001 que se celebrará aquí, en San José, acordemos las reformas que señalarán la ruta por la cual caminaremos juntos, todos y cada uno de los países americanos, y que asegurará una era de pleno respeto y disfrute de los derechos humanos en el hemisferio.

Lo que les propongo no es más que consolidar nuestro nuevo orden de derechos humanos. Por eso es que hoy, aquí y ahora, Costa Rica les hace un llamado a todos los Gobiernos a ratificar la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

El siglo XXI debe convertirse en el siglo de los derechos humanos. Para que este proyecto se convierta en una realidad, exhortamos a todos los Estados a aceptar la competencia de la Corte. Así garantizaremos en el hemisferio americano la reparación y el establecimiento de cualquier derecho humano lesionado.

Animamos a todas las naciones a contribuir para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueda convertirse en un órgano permanente, para que pueda materialmente cumplir su cometido. Costa Rica, por supuesto, acepta aumentar su contribución anual a la OEA para financiar adecuadamente la Corte, e insta a los demás países a hacer lo propio.

El siglo de los derechos humanos debe empezar a perfilarse desde ahora. Durante la última parte de este siglo hemos conocido la reivindicación y el respeto a los derechos de las mujeres, de los indígenas, de los adultos mayores y de las personas con discapacidad. De estos instrumentos, Costa Rica cuenta ya con una Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, así como con una Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. El Protocolo de esta última, quedó ratificado en la tarde de hoy por nuestra Asamblea Legislativa y, al final de este acto, el Canciller Rojas me acompañará a sancionarlo ante ustedes.

Empero, sabemos que todavía es necesario profundizar estas conquistas, y garantizarle a todos los individuos, sin menoscabo de su condición económica o de otro tipo, el acceso a estos instrumentos a lo interno de nuestros países, del mismo modo que al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Para alcanzar este propósito y muchos más, los procesos deben formalizarse e integrarse, a fin de que no se presente una duplicidad de funciones. En un primer momento la Corte debe partir de la instrucción del proceso que haya realizado la Comisión, sin duplicar como ahora el recibo de la prueba. Luego, dentro de un plazo prudente, debemos hacer mucho más fluida la comunicación y vinculación entre la Comisión y la Corte, que para ese entonces, deberá funcionar a tiempo completo. Y, desde ya, debemos empezar a reflexionar en cambios en los procedimientos y las condiciones necesarias para la toma de decisiones de la Corte, para lo cual, es imperativo someter a examen y estudio diferentes posibilidades como la ubicación de la Corte y la Comisión en una misma sede o bien, la opción europea de integrar ambas en un solo órgano.

Por último, consideramos de trascendental importancia, que la OEA establezca un modelo que permita dar seguimiento a las sentencias, el que deberá propiciar un vínculo entre los mecanismos de derechos humanos y los órganos políticos de la OEA. Las violaciones a los derechos humanos deben ser sujeto de todo el peso del derecho internacional. Las sentencias

deben acatarse y la OEA tiene que asegurarse que eso así sea. Por eso, exhorto a los Gobiernos de América a que siempre respetemos y cumplamos las resoluciones de la Comisión y de la Corte.

Para llevar adelante estas transformaciones sustanciales debe existir voluntad política de todos los países del continente. Nuestro Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos debe desarrollarse en áreas como la transparencia, las facilidades de acceso, la observancia del debido proceso, el cumplimiento de las resoluciones, la economía procesal y la eficiencia.

Por todo esto, esta celebración debe convertirse en punto de encuentro para la discusión, el análisis y el diálogo constructivo que fortalezca nuestro Sistema Interamericano, como ya lo han hecho las señoras y señores Cancilleres.

Realizar estas reformas debe ser el objetivo más importante de nuestros países en el próximo milenio. América entera debe actuar. El fortalecimiento del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos es el agua viva que calmará la sed de los que han conocido la impunidad, el silencio, el terror, el miedo y la muerte de sus seres más queridos.

Agua para el alma, para el espíritu de un continente de contrastes y de grandes hombres y mujeres. Un continente que empieza a vivir de paz, de democracia, de desarrollo humano en armonía con la naturaleza, de libertad y de respeto a los derechos humanos. Un continente renovado, que aspira a que todos sus habitantes obtengan en la justicia la fortaleza y el medio para seguir encarando los retos de la vida.

Porque de la salvaguardia y del respeto a los derechos humanos, nace la verdadera libertad y la certera paz del mundo, por eso América tiene que contribuir con lo suyo. Así, solo así, podremos decir un día que en cada uno de los países de este continente, y aquí en Costa Rica, los americanos y las americanas nos pusimos de acuerdo, y hablamos el mismo idioma. El idioma de los derechos humanos.

Muchísimas gracias a todos por su participación en la celebración.

**DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
JUEZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE,
EN LA INAUGURACIÓN DEL SEMINARIO
"EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI".
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 23 DE NOVIEMBRE DE 1999**

En esta sesión de inauguración del Seminario sobre *"El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI"*, quisiera extender una palabra de agradecimiento a todos los invitados por su presencia, así como a las entidades que, con su apoyo financiero, tornaron posible la realización del evento, a saber, la Agencia de Cooperación Española, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID). Quisiera agradecer, en particular, al Señor Presidente de la República y al Señor Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, y al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) por sus presencias, así como expresar mi complacencia por poder contar, al lado de mis colegas los Jueces de la Corte - Máximo Pacheco Gómez, Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez, y Carlos Vicente de Roux Rengifo, - con la presencia del Presidente y demás miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nuestra institución hermana de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Del mismo modo agradezco por su presencia y participación al Presidente Honorario, al Presidente y a los miembros del Consejo Directivo, y al Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, por su apoyo, así como a los representantes de otras entidades con quienes siempre he podido contar, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la UNESCO,

y el Consejo de Europa. Estoy seguro de que este Seminario será, gracias a la participación de todos los invitados, un marco en la evolución de nuestro sistema regional de protección, al momento en que conmemoramos el 20^o aniversario de instalación de la Corte Interamericana, el 30^o aniversario de adopción de la Convención Americana, y el 40^o aniversario del establecimiento de la Comisión Interamericana.

La presencia, en este evento, de miembros de Delegaciones del más alto nivel de los Estados miembros de la OEA, junto con representantes de numerosas organizaciones no-gubernamentales y otras entidades de la sociedad civil, así como de profesores, expertos y abogados de diferentes países y continentes, representa, además de significativa movilización, una clara manifestación del respaldo de la comunidad internacional a la jurisprudencia y la labor de la Corte en pro de la protección de los derechos del ser humano. Quisiera, al respecto, igualmente agradecer al Señor Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos por el mensaje de apoyo a la Corte Interamericana, y a este evento.

Permítome, de inicio, reiterar al Señor Presidente de la República y al Señor Canciller de Costa Rica el reconocimiento de la Corte Interamericana por el apoyo incondicional del pueblo y del Gobierno de Costa Rica a lo largo de las dos últimas décadas, esencial para su desarrollo institucional. Cabe recordar dos importantes Convenios: primero, el que la Corte firmó con el Gobierno de Costa Rica, que entró en vigor en 1980, mediante el cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que el próximo año cumple 20 años de ayudar a crear, a través de la investigación y la enseñanza, una cultura de observancia de los derechos humanos en las Américas. Y, segundo, el que también firmaron Costa Rica y la Corte, vigente desde 1983, denominado Convenio de Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el cual se estableció el régimen de inmunidades que ha garantizado el funcionamiento regular de la Corte y de su Secretaría en San José, así como la comparecencia a juicio de las partes y los testigos y peritos, en las audiencias públicas ante la Corte.

Al iniciarse los trabajos del Seminario, debemos tener presentes sus *objetivos*. Más que un ejercicio puramente académico, procederemos a una revisión de los 20 años de aplicación, desde su entrada en vigor, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con atención a las funciones de la Corte y Comisión Interamericanas, y a las necesidades de protección de los seres humanos bajo las jurisdicciones respectivas de los Estados Partes. Esta perspectiva histórica es necesaria para que busquemos identificar las áreas susceptibles de fortalecimiento del mecanismo de protección bajo la Convención Americana, así como precisar los recursos adicionales que necesitan los dos órganos de supervisión de la Convención para el fiel desempeño de sus funciones de protección.

En sus 20 años de existencia, la Corte Interamericana ha realizado 46 sesiones ordinarias y 23 sesiones extraordinarias, al final de las cuales ha adoptado, hasta la fecha, 16 Opiniones Consultivas, y 61 Sentencias (sobre objeciones preliminares, competencia, fondo, reparaciones, e interpretación de sentencias) acerca de 35 casos contenciosos. Ha, además, adoptado medidas provisionales de protección en más de 20 casos de extrema gravedad y urgen-

cia, gracias a las cuales ha logrado evitar daños irreparables a las personas. Esta jurisprudencia protectora es un patrimonio jurídico de todos los Estados Partes en la Convención Americana. Algo efectivamente cambió en las Américas con la vigencia de la Convención Americana.

A pesar de los indudables logros de nuestro sistema regional de protección, aún resta un largo camino que recorrer. En efecto, en este umbral del nuevo siglo, los Estados Partes en la Convención Americana se encuentran en una encrucijada: deben proceder a un examen de conciencia para decidir qué tipo de sistema regional de protección de los derechos humanos realmente pretenden tener. De muy poco, casi nada, les serviría un "sistema" flexible y un tanto primitivo, que les permitiera acomodar la aplicación de la Convención Americana a sus propios intereses o percepciones, y subordinarla a las vicisitudes de sus respectivos derechos internos. Si efectivamente desean un verdadero *sistema* de protección, fortalecido, capaz de asegurar la salvaguardia eficaz de los derechos humanos, el camino a seguir es, a mi modo de ver, clarísimo, con providencias a tomar en los planos del derecho tanto interno como internacional. Dichas providencias, tal como me permití resumirlas en la ceremonia de anoche en el Teatro Nacional, son las siguientes:

En primer lugar, se impone la ratificación de la Convención Americana, o adhesión a la misma, por todos los Estados de la región. El hecho de que algunos Estados miembros de la OEA se han auto-excluido de la Convención, y de que algunos Estados Partes en esta última todavía no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, revela un desequilibrio en cuanto al alcance de las obligaciones internacionales de protección - sobre todo en materia procesal - de los Estados de la región. Nuestro sistema regional en mucho avanzará el día en que vincule, del mismo modo, según los mismos criterios y con el mismo alcance, a todos los países de la región.

Los actuales desequilibrios estructurales, en lugar de aceptados como "inevitables" o "irremediables" y preservados, deben ser reducidos y eliminados, a ejemplo de lo que finalmente se ha logrado en el sistema europeo de protección. Siendo todos los Estados jurídicamente iguales, en el presente dominio de protección los mismos criterios, principios y normas deben ser válidos para todos los Estados, independientemente de su estructura federal o unitaria, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias.

La segunda providencia reside en la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, para asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes. En el presente contexto, los ordenamientos jurídicos internacional e interno se encuentran en constante interacción, formando un todo armónico. Urge que los Estados Partes en la Convención adopten mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana en el plano de su derecho interno: es esta una deuda histórica que tienen para con el sistema regional de protección, y que se espera sea superada, de modo a asegurar el pronto cumplimiento de las sentencias de la Corte. El incumplimiento de una sentencia de la Corte impide que cesen las consecuencias de la violación original -establecida por la

Corte- de la Convención Americana, incurriendo el Estado en cuestión, de ese modo, en una violación adicional de la Convención, así como en una *denegación del acceso a la justicia* (a niveles tanto nacional como internacional).

El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana 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. Esto requiere una enmienda, en este sentido, del artículo 62 de la Convención Americana, poniendo fin a las restricciones en él previstas (inclusive la reciprocidad) y expresamente descartando la posibilidad de cualesquiera otras restricciones; estaría así superado el carácter facultativo de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la cual se tomaría obligatoria *ipso jure* para todos los Estados Partes en la Convención.

Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas, son de importancia capital: constituyen -como siempre he sostenido- verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos. Son ellas que viabilizan el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, el cual representa una verdadera *revolución jurídica*, quizás el más importante legado que llevaremos al próximo siglo.

Esto me lleva al cuarto punto, estrechamente ligado a los anteriores, a saber, el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. La realización de este ideal requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, - y no solamente en la etapa de reparaciones, como ocurre actualmente (artículo 23 del Reglamento de la Corte). Los individuos demandantes actuarían como verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con plena capacidad procesal, siendo preservadas las funciones no-contenciosas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano auxiliar de la Corte (una especie de Ministerio Público del sistema interamericano de protección, que cumple 40 años de existencia).

El derecho de acceso directo (*jus standi*) de los individuos a la justicia a nivel internacional debe hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal de las partes (los individuos demandantes y los Estados demandados), esencial en todo sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos. Es de la propia esencia del contencioso internacional de los derechos humanos, el contradictorio entre las víctimas de violaciones y los Estados demandados. Al reconocimiento de derechos corresponde la capacidad procesal de vindicarlos, sin la cual cualquier sistema de protección estará irremediablemente mitigado y en flagrante desequilibrio procesal.

Además, la plena participación de las propias víctimas (o sus representantes legales), en el ejercicio del derecho de libre expresión como elemento integrante del debido proceso legal (internacional), contribuye para instruir mejor los procesos, y para agilizarlos, evitando así las

duplicaciones y retardos inherentes al actual mecanismo de la Convención Americana. En casos de comprobadas violaciones de derechos humanos, son las propias víctimas quienes reciben las reparaciones e indemnizaciones; estando ellas presentes en el *inicio* y en el *final* del proceso, no hay sentido en negarles presencia *durante* el mismo.

En el continente americano, los necesarios avances en la dirección del reconocimiento del *jus standi* de los individuos ante la Corte Interamericana han de atenerse - con las adaptaciones que correspondan - a las realidades de operación del sistema interamericano de protección (ahí incluida la previsión de asistencia judicial gratuita a los individuos cuando no tengan condiciones de presentar sus demandas por cuenta propia). Dichos avances en este sentido convienen a todos - inclusive a los Estados demandados, - en la medida en que contribuyen a consolidar la jurisdiccionalización del mecanismo de protección, pues la vía judicial representa la forma más evolucionada de protección de los derechos humanos.

En este final de siglo, se encuentran definitivamente superadas las razones históricas que llevaron a la denegación - a mi modo de ver injustificable, desde el inicio, - del acceso directo (*jus standi*) de las víctimas de violaciones de derechos humanos a la instancia judicial internacional de protección. Como vengo sosteniendo hace años, se puede y se debe, en el marco del sistema interamericano de protección, lograr la emancipación del ser humano ante todas las formas de dominación o poder arbitrario, en las líneas aquí sugeridas, mediante un Protocolo Adicional a la Convención Americana con este propósito. Todos los jusinternacionalistas del continente americano tienen el deber inescapable de perseverar en la búsqueda de la plena realización de este ideal, tal como anteveían los llamados fundadores del derecho internacional (el derecho *de gentes*).

La Corte Interamericana pasaría a operar en salas, en base permanente, dotada de los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados (un presupuesto cinco veces mayor que el actual), para hacer frente al inevitable aumento considerable del número de casos y a las nuevas demandas de protección. Los recursos adicionales deben revelar un verdadero *cambio de mentalidad*, con los Estados Partes en la Convención Americana dando muestras de su pleno convencimiento de que ésta es la ruta a recorrer, y de su determinación en ejercer con firmeza la *garantía colectiva* subyacente en la Convención, en beneficio de todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.

Estas son algunas reflexiones, de carácter procesal, que me permito someter a la consideración de todos los participantes en este importante Seminario, a las cuales podría agregar otras, en el plano sustantivo. Se impone, por ejemplo, la ampliación del derecho aplicable en materia de protección convencional, para extender esta última a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que ha empezado a ocurrir con la entrada en vigor, la semana pasada, del Primer Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), llenando una laguna histórica de nuestro sistema regional de protección. La vigencia del Protocolo de San Salvador es reveladora del reconocimiento inequívoco de la indivisibilidad de los derechos humanos, no

sólo en la teoría sino también en la práctica, y de la necesidad de asegurar, en los planos tanto nacional como internacional, y en el marco de la universalidad de los derechos humanos, la justiciabilidad de todos los derechos, inherentes al ser humano y, por lo tanto, anteriores y superiores al Estado.

Hay, además, que divisar nuevas formas de protección del ser humano ante la diversificación de las nuevas fuentes de violación de sus derechos, y desarrollar métodos para combatir éstas. Hay que poner fin a la impunidad. También requieren la mayor atención los temas del deber de los Estados de proveer recursos internos eficaces, y del fortalecimiento del Poder Judicial, de la aplicabilidad directa de las normas de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, de la interacción entre el derecho internacional y el derecho público interno en la salvaguardia de los derechos humanos, y del desarrollo de obligaciones *erga omnes* en el presente dominio de protección. Sólo con estas medidas lograremos, en este umbral del nuevo siglo, aproximarnos a la plenitud de la protección de los derechos humanos en nuestro continente, en los planos tanto nacional como internacional, y en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

En fin, si tuviera que singularizar el logro más importante en la evolución de la protección internacional de los derechos humanos en las cinco últimas décadas, no hesitaría en identificarlo en la conquista histórica, definitiva e irreversible, del acceso del individuo a la justicia a nivel internacional, como verdadera emancipación del ser humano de todas las formas de dominación o poder arbitrario. Confío en que las conclusiones a que llegue este Seminario puedan ser de utilidad a los Estados Partes en la Convención Americana con el propósito de tornar cada vez más eficaz la protección de los derechos humanos en las Américas. Reitero a todos los más sinceros agradecimientos por su presencia y participación.

Muchas gracias.

**DISCURSO DEL PRESIDENTE
DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
COMISIONADO ROBERT K. GOLDMAN
EN LA INAUGURACIÓN DEL SEMINARIO
“EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI”.
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 23 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Señor Presidente, señor Canciller, señor Secretario General, Juez Cañado Trindade. En realidad dije anoche, en nombre de mis colegas, lo que tenía que decirse. Pero deseo dar de nuevo las gracias al Presidente y a la Corte por tomar la iniciativa de organizar estas actividades y en particular el Seminario. Así como en 1996, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos organizó el Seminario a efectos de encontrar formas de fortalecer el sistema, la Corte fue nuestro socio pleno en el diseño y en cuanto a participación en esa actividad; y hoy nuevamente la Comisión ha sido un socio pleno, con nuestros colegas en la Corte, en el diseño y en la selección de temas y estamos muy agradecidos por esto.

Permítanme recalcarles de nuevo lo que dije anoche. Nunca antes en los veinte años de historia que tienen ambos órganos de existir han estado más unidas la Comisión y la Corte y en una posición más cooperativa, con un gran sentido de buena voluntad. Y esto se reflejó claramente, a satisfacción de los miembros de ambos órganos, en nuestra reunión que se celebró el sábado pasado y el Juez Cañado me ha solicitado que les informe que, por mutuo acuerdo, la Comisión y la Corte celebrarán una conferencia de prensa conjunta al concluir la reunión esta tarde, a las cinco y treinta, en la que emitiremos un comunicado de prensa conjunto y responderemos a cualesquiera preguntas que los miembros de la prensa u otras personas quisieren hacer.

Permítanme decir algunas palabras sobre el proceso que está en marcha, para efectos de evaluación del sistema, discusiones que se han realizado aquí entre jefes de delegaciones y el

Secretario General y otros asuntos, así como el diálogo que se mantiene en la Comisión sobre Asuntos Jurídicos y Políticos en Washington. La Comisión ha expresado claramente que recibe de buen agrado este diálogo; apoya el diálogo y está cooperando plenamente con los Estados Miembros según van abordando su trabajo. Y quiero señalar que hemos tenido unas excelentes relaciones de trabajo con el Presidente de la Comisión, el Embajador Claude Heller, de México. Continuaremos trabajando con el Embajador Heller y con los Estados Miembros y así sucesivamente, y esperamos poder avanzar hacia la formulación de algunas conclusiones. Permítanme recordarles que como resultado de los seminarios en 1996 y en 1997, quedó claro que no había consenso y, de hecho, no hubo apoyo sustancial alguno a la idea de abrir la Convención Americana o de abrir los Estatutos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Con base en nuestra evaluación, que creo fue extensamente compartida con los representantes de los Estados Miembros del Consejo Permanente, la Comisión, por iniciativa propia, decidió que era apropiado iniciar un proceso; un proceso de revisión de sus regulaciones y que muchas de las reacciones y muchas de las críticas, de parte de miembros de la sociedad civil y de los Estados, podrían abordarse perfecta y apropiadamente por medio de una revisión de puntos clave en nuestro Reglamento y, de hecho, aquí en Costa Rica, tal como lo expresé al Presidente en días pasados, tuvimos dos días sumamente fructíferos en los que estuvo la Comisión en sesión. Y comenzamos a examinar varios borradores. Además, me complace informarles que la Comisión, por primera vez, se verá en una discusión de la mayor seriedad con la Corte, respecto a ciertos aspectos clave de nuestras regulaciones en cuanto a la prueba y asuntos similares, de manera que lo que la Comisión y la Corte hagan conjuntamente pueda agilizar el proceso en general.

Hemos dicho, ante el Consejo Permanente y ante su Comisión sobre Asuntos Jurídicos y Políticos, que toda evaluación que se haga del sistema tiene que apuntar hacia adelante y no hacia atrás; y debe inevitablemente conducir a un fortalecimiento del sistema. Un área en la que ha hecho énfasis la Comisión, tanto durante la apertura de la sesión anterior como en comentarios hechos ante la Comisión sobre Asuntos Jurídicos y Políticos, que constituyó un tema común, un tema común de todos los oradores anoche, es la necesidad de que los Estados que tienen la obligación primaria de aplicar la Convención lo hagan y de que lo hagan fielmente; esto hace necesario que los Estados que se someten libremente a la jurisdicción de los órganos y de manera particular a la de la Corte Interamericana cumplan fielmente con todas las decisiones y órdenes de la Corte. Permítanme asegurarles, en conclusión, que la Comisión resistirá fuertemente ante cualquier esfuerzo que se haga por debilitar su mandato en el campo de la protección y les puedo asegurar que estamos en consulta constante con Estados Miembros y la sociedad civil, para garantizar que las protecciones que se dan a los hombres, mujeres y niños de este Continente, no caerán víctimas de proceso alguno que pretenda debilitar el sistema de protección que se ha diseñado esencialmente para reivindicar sus derechos fundamentales.

Muchas gracias.

**DISCURSO DEL SECRETARIO GENERAL DE LA OEA,
DOCTOR CÉSAR GAVIRIA,
EN LA INAUGURACIÓN DEL SEMINARIO
"EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI"
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 23 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Gracias a los miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por reunir a un grupo de distinguidas autoridades en derechos humanos y por invitarme a compartir algunas ideas con ellos. Espero, con el nuevo Presidente de la Corte, Antônio Cançado Trindade, mantener una estrecha y fructífera relación de trabajo.

Estos días en San José han sido fundamentales para demandarnos una acción más vigorosa en la tarea colectiva de la defensa y promoción de los derechos humanos, componente esencial de nuestra empresa de defender y consolidar la democracia en las Américas. Como ustedes saben, el Presidente Rodríguez nos invitó a celebrar los tres aniversarios: el de la Comisión, el de la Corte y el del Pacto de San José. Igualmente ha reunido a un grupo de Ministros del Continente y del Caribe para celebrar un diálogo privado, centrado en los desafíos que enfrentamos en la tarea de hacer respetar los derechos humanos en el Hemisferio. El diálogo ha sido franco y abierto y ha generado una amplia gama de consideraciones, propuestas, comentarios que constituyen un excelente punto de partida para el proceso de fortalecimiento del Sistema de Derechos Humanos y que ha recibido un gran respaldo en los eventos de las conmemoraciones.

También mencioné ayer que el mecanismo regional que hemos creado juntos se basa en una Convención que articula una serie de valores comunes que hoy nos unen y convocan a todos y que fueron entonces, cuando ella se concibió, el resultado de un rico proceso de discusión y construcción interamericana de normas e instituciones de protección de derechos. No obstante por la realidad política de entonces, la Convención encontró obstáculos formidables para su

aplicación. Y bien pronto se encontró que la Convención tenía un contenido revolucionario como quiera que sus normas sirvieron para confrontar la tolerancia, permisividad y complicidad con las dictaduras y sus sistemáticas e inauditas violaciones contra los derechos más elementales de los americanos, en nombre de la confrontación Este Oeste.

La Corte, al acoger este seminario, le da continuidad a un esfuerzo de reflexión que hemos adelantado por varios años. Y el escenario que hemos disfrutado es uno que sin duda nos sitúa en el futuro: para pensar en el deber ser. Para discutir abiertamente cuánto hemos avanzado en protección de derechos humanos en el Hemisferio, y cuánto camino nos falta por recorrer. Para decir lo que no hemos hecho bien o los objetivos que aún no hemos alcanzado.

Se trata de poner toda la fortaleza de nuestro sistema interamericano de derechos humanos para ponerla hoy al servicio de su propia transformación. Una transformación que signifique robustecimiento, ampliación y modernización, y a la que contribuyan por igual los gobiernos, la sociedad civil, las organizaciones multilaterales y, por supuesto, las instancias interamericanas de derechos humanos.

Ya desde el 96 tanto nuestros Órganos Políticos como la Comisión realizaron evaluaciones con muy similares propósitos a los de este seminario. Actualmente, en el marco de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos se está llevando a cabo un ejercicio similar de reflexión sobre el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos, que procura actualizar buena parte de ese debate. También la Cumbre de Santiago, al tiempo que apoyaba al sistema de los derechos humanos hemisférico, hacía un llamado para que se definieran "medidas concretas" para lograr su perfeccionamiento.

Hace unos años, la Secretaría de la OEA tuvo oportunidad de contribuir a este proceso con un trabajo titulado "Hacia Una Nueva Visión Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos". Mientras preparaba estos comentarios, volví a mirar hacia atrás para reconsiderar y quizás actualizar algunos de los aspectos que allí se abordaban. El documento considera muchas dimensiones de nuestro sistema de derechos humanos, siempre con el propósito de enriquecer, catalizar y quizás impulsar el debate para abordar aspectos que no habían sido todavía motivo de discusión. Una nueva lectura de algunas de las propuestas planteadas a fines de 1996, revela lo mucho que se ha logrado avanzar en apenas unos pocos años en el marco de la Convención Americana.

Los procedimientos que se siguen en el trámite de los casos, que en un momento fueron objeto de fuertes críticas, han mejorado notablemente. La etapa de admisibilidad en la labor de la CIDH se ha sintetizado y aclarado mediante la publicación de varios casos importantes. La CIDH y la Corte están tramitando un mayor número de casos de más diversas materias y de más vasto alcance. La CIDH tiene en marcha una importante tarea para enmendar su propio reglamento, para lo cual ha contado con el enriquecedor aporte de varios trabajos preparados tanto por representantes de los Estados Miembros como de la sociedad civil. La jurisprudencia del Sistema se ha hecho en general más accesible a través de tecnologías de Internet y de un sis-

tema de búsqueda preparado por American University. Las relaciones entre la CIDH y la Corte son hoy más fluidas.

El sistema es hoy más transparente y administrativamente más autónomo. Se ha avanzado en la aceptación del papel que deben desempeñar los representantes de la sociedad civil. En este sentido, el sistema de los derechos humanos ha cumplido para la OEA un papel didáctico e ilustrativo en torno a la participación exitosa y efectiva de la sociedad civil en las tareas de la Organización.

El mecanismo de protección también ha logrado concentrar gran parte de su atención en la expansión del temario de derechos humanos para abarcar una nueva generación de derechos que reflejan las necesidades cambiantes de nuestro Continente y el Caribe, y constituyen piedras angulares de la consolidación de la democracia. Los derechos de la mujer, del niño, de los discapacitados, de las minorías étnicas y de los trabajadores migratorios y sus familias han sido objeto de atención especial. Se creó también el Relator Especial para la Libertad de Expresión.

Hemos alcanzado importantes avances en el contenido y la redacción de una Declaración de los Derechos de las Comunidades Indígenas a nivel hemisférico. Para tal efecto, hace pocas semanas, la OEA celebró durante varios días un período de sesiones de trabajo en el que se logró incorporar los aportes de un grupo importante de representantes de las comunidades indígenas.

Sin embargo, todavía queda mucho por hacer, incluyendo la solución de problemas que siguen siendo absolutamente relevantes en este debate. Tenemos que imaginar nuevas formas de enfrentar la crónica deficiencia de recursos que enfrenta el sistema. Por ello si queremos construir un sistema de derechos humanos que esté a la altura de nuestras expectativas tenemos que resolver en los próximos años aspectos esenciales de financiamiento. Nadie discute la necesidad de incrementar los recursos humanos, técnicos y administrativos para ampliar su cobertura y agilizar sus procedimientos de investigación y elaboración de fallos y recomendaciones. Tenemos que apoyar la capacitación de jueces sobre el contenido de la Convención y la jurisprudencia interamericana, así como difundir su mensaje y objetivos por más lugares y hacer más promoción de sus actividades.

Un aspecto conexo, aunque no nuevo, que requiere mayor consideración, es la posibilidad de otorgarle un carácter permanente a algunos de los componentes del sistema que hoy no lo tienen. Como lo señalamos anoche creemos que su configuración actual de tiempo parcial le está exigiendo demasiado a los jueces y a los miembros de la Comisión. Ya se observa una tendencia a procurar oficiosamente la presencia ininterrumpida de los Presidentes de los órganos del Sistema.

De otro lado, como se menciono ayer, cuando un caso llega a la Corte, ésta realiza de nuevo buena parte de la labor probatoria ya ejecutada por la CIDH, lo cual significa una duplicación con consecuencias serias sobre los limitados recursos del sistema. Ello se debe a diver-

sas razones. Dado que la Comisión no es un órgano exclusivamente judicial, las normas probatorias en esa instancia, por ejemplo, son diferentes. Existe, a fin de cuentas, cierta tensión intrínseca entre la rigurosidad judicial del proceso y sus posibilidades de acceso para una gama más amplia de posibles usuarios. Sin embargo, debe existir una manera de rescatar un espacio procesal jurídicamente seguro sin afectar negativamente la dimensión política de la labor de casos de la Comisión.

Una propuesta que espero sea motivo de consideración en este seminario es la de crear, dentro del marco de la Corte, la figura de la fiscalía con la tarea de instruir casos. Esta fiscalía trabajaría directamente con la CIDH, una vez que el caso llegue a la instancia de la Corte y, esto es muy importante, recurriría a las autoridades judiciales nacionales como defensores del pueblo, fiscales o procuradores y tribunales locales, con el fin de que ayuden a sustanciar el caso. Ya existe en la historia de la Corte el precedente de recurrir a personas eminentes para que ayuden localmente en la instrucción de casos. Por supuesto que el objetivo no es cerrar a la Corte las oportunidades de actuar en la tarea probatoria, sino permitir que los jueces de la Corte se concentren en la tarea primordial de preparar las sentencias y trabajar en las materias del derecho y menos en la definición de los hechos.

Tenemos que establecer mejores relaciones entre los sistemas internacionales y nacionales de protección de derechos, teniendo en cuenta que sobre estos últimos recaen las mayores responsabilidades de preservación de los derechos. Debemos seguir empeñándonos en el establecimiento de vínculos viables con los sistemas judiciales nacionales, de los cuales podría emanar una mayor fortaleza y legitimidad tanto para la esfera regional como la nacional.

Actualmente, la representación individual en las actuaciones ante la Corte ha alcanzado un nivel que hasta hace pocos años era inimaginable. En las etapas de reparación las personas ya presentan argumentos directamente a los jueces de la Corte. En la etapa de méritos las personas, en la práctica, se colocan del lado de la CIDH en la presentación de los casos. Pero existen razones para permitir un acceso individual aún mayor. La CIDH, y el mecanismo en sí, sigue siendo perjudicada por el carácter dual de su papel dentro de este sistema. Es árbitro en la primera parte del proceso y parte en la segunda. Una participación más directa a nivel individual ayudaría sustancialmente a aliviar esta situación.

Manteniendo la CIDH su función decisoria en cuanto a la definición de los casos que se remiten a la Corte, ella podría concentrarse más en la función de Ministerio Público, no defendiendo a las partes, sino defendiendo desapasionadamente la integridad del Sistema. Habrá ocasiones en que ello será difícil, por ejemplo en los casos de múltiples demandantes. Sin embargo si se aplica esta idea con prudencia y flexibilidad, serían más los problemas que se resolverían que aquellos que podría originar.

Es inquietante que una Convención cuya creación conmemoramos esta semana, que ha dado tanto a nuestro sistema regional en sus 30 años de existencia, no esté suscrita universalmente por todos nuestros estados miembros. Este es un tema que se ha reiterado en inter-

venciones, en resoluciones de la Asamblea General de la OEA y en ambas Cumbres Presidenciales. Pero no podemos descansar hasta no encontrar mecanismos para unificar la manera en que el Sistema se aplica a cada uno de los Estados Miembros. Mientras tanto, esta incongruencia no sólo seguirá causando fricciones entre los países de la región, sino que continuará generando dificultades en el propio Sistema que actualmente se ve obligado a tratar a distintos participantes de manera distinta y aplicando normas diferentes.

En el documento de derechos humanos "Nueva Visión", hicimos referencia a las dificultades vinculadas a la ejecución y el cumplimiento de las sentencias. La necesidad de examinar este problema es hoy aún más acuciante. Nuestro Sistema no prevé un mecanismo formal para ello pero, quizás por esa misma razón, las opiniones de la Corte revisten una gran autoridad moral. Soy optimista y creo que esto puede mejorar con imaginación y con un profundo reconocimiento por los valores comunes y la solidaridad que son piedra angular de nuestro Sistema.

En ese mismo documento propuse una idea basada en el sistema europeo que aún hoy tiene relevancia. En dicha región, una vez que la Corte ha pronunciado su sentencia, se notifica a la Comisión de Ministros, la que inscribe la sentencia en su temario. El Estado en cuestión es luego invitado a informar a la Comisión de toda medida que haya adoptado en cumplimiento de la decisión de la Corte. La Comisión puede responder declarando cerrada la cuestión. De lo contrario, el caso se incorpora automáticamente en el temario de la Comisión, que lo considera en el curso de los seis meses siguientes. El caso permanece en el temario de la Comisión hasta que ésta se declara satisfecha de las medidas que adopte el Estado para dar cumplimiento a la decisión, y emite una declaración al respecto.

La OEA podría establecer un procedimiento similar, que representaría un vínculo más congruente y sólido que el que existe actualmente entre el Consejo Permanente y la Corte. Esto tendría la ventaja adicional de obligar a las instancias políticas de la OEA a participar más activamente en el funcionamiento del Sistema, al mismo tiempo que se preserva su natural autonomía.

La doble tarea de "promoción" y "protección" que se asigna a los órganos de derechos humanos ha sido objeto de algunas deliberaciones en los órganos políticos de la OEA. Por "promoción" me refiero a la educación en derechos humanos, la contribución por medio de apoyo técnico a las tareas nacionales en materia de derechos humanos y a la capacidad de satisfacer solicitudes directas de asistencia en esta materia por parte de nuestros Estados miembros. En otras palabras, precisamente el tipo de asistencia en derechos humanos que un país procuraría en el curso de la consolidación de una democracia. La mayoría de los Estados Miembros de la OEA ya no recurren a nuestro Sistema para este tipo de apoyo tan crucial. Nos hemos apoyado en otras instancias que nos han ayudado muchísimo, como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

La problemática es doble. Por un lado, existe una escasez de recursos. Obligado a darle prioridad a una de sus funciones, el Sistema se inclina por su labor adjudicatoria y judicial. Y

esta bien es la opción acertada. Pero es importante señalar que no se trata sólo de una cuestión de recursos. También existe una tensión fundamental vinculada al hecho de que un Estado se ve obligado a procurar asistencia del mismo órgano que mañana lo ha de juzgar.

El tema ha despertado varias ideas afines, como la creación de una Dirección de Derechos Humanos como la de Ginebra, que podría absorber algunas de las funciones no judiciales que la región ha demostrado necesitar. Otra idea sería la creación de un Alto Comisionado Regional de Derechos Humanos, cuya tarea consistiría en brindar asistencia en las labores de nuestro Sistema no vinculadas a los casos, aunque en principio sería conveniente conservar para la Comisión las visitas *in Loco* y los Informes Nacionales que cumplen un fundamental rol político. Reconozco que el mero planteamiento de estas ideas causa a algunos gran inquietud. Pero solo de un marco de discusión donde libremente circulen ideas y propuestas, con origen académico o político, se podrá originar un eficaz y balanceado conjunto de propuestas.

Quisiera expresar una última idea, relacionada con el mandato que nos impuso la Cumbre de procurar "medidas concretas" para fortalecer el Sistema. En tal sentido, si bien el proceso de las cumbres presidenciales fija con claridad el rumbo a seguir, creo que tenemos la gran responsabilidad y la tarea de informar, nutrir y enriquecer el temario. Debemos empezar ya a imaginar los planes de acción de la Cumbre de Canadá en materia de derechos humanos. Algunos de los aspectos más problemáticos en materia de derechos humanos siguen siendo aquellos que son más difíciles de abordar conceptualmente y cuyo tratamiento adecuado lleva tiempo. Por ejemplo, pocos expertos discreparían con la afirmación de que la impunidad es un concepto central a la problemática de derechos humanos en nuestro Hemisferio. Debemos admitir que es un tema difícil de tratar en una forma adecuada para el Plan de Acción de una Cumbre. Pero con tiempo suficiente, con un enfoque multidisciplinario, con un análisis cuidadoso y con la voluntad política colectiva, podemos formular el problema de una manera apropiada.

Los Jefes de Estado y de Gobierno formularon compromisos claros, sustentados en medidas concretas de ejecución a corto y mediano plazo. Acordaron garantizar a todos los individuos el derecho a un proceso sin dilaciones, ajustado a la ley y los procedimientos, así como la presunción de inocencia. Decidieron revisar las legislaciones nacionales vigentes para eliminar de ellas cualquier tipo de discriminación y en especial para que en el año 2002 no exista ningún tipo de desigualdad legal entre hombres y mujeres. Expresaron su voluntad de trabajar por el mejoramiento del sistema carcelario y las condiciones de vida de los reclusos. Enfatizaron la necesidad de combatir la explotación infantil en todas sus formas, acordando implementar un sistema regional de información sobre los niños. Y mandaron un mecanismo especial para proteger la libertad de expresión en el marco de la OEA.

Espero que estos temas rápidamente esbozados sean materia tanto de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de nuestro Consejo como de la Comisión que recién han creado los cancilleres con miras a buscar ideas y propuestas para las próximas dos Asambleas Generales y la Cumbre de Canadá.

DISCURSO EN LA INAUGURACIÓN DEL SEMINARIO "EL SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI"

Les deseo éxito en sus deliberaciones y esperamos con interés las conclusiones de su trabajo de las que depende el que avancemos en una tarea de fortalecimiento de nuestra democracia que todos une.

Muchas Gracias.

**DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA,
DOCTOR MIGUEL ÁNGEL RODRÍQUEZ ECHEVERRÍA,
EN LA INAUGURACIÓN DEL SEMINARIO
"EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI"
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 23 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Señora Vicepresidenta
Señor Canciller
Señoras y Señores Ministros
Señoras y Señores Magistrados y Diputados
Señora Canciller de El Salvador, Señor Canciller de Colombia
Señoras y Señores Jefes de Misión ante la OEA
Señor Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Señor Presidente y Comisionados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Señor Presidente y Director del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Señoras y Señores Embajadores y Jefes de Misiones en Costa Rica

Los costarricenses nos sentimos sumamente honrados de albergar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de haber sido la sede donde se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, acuerdo que configuró las normas sustantivas y procesales, así como la estructura institucional de nuestro Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

La presencia en nuestro país de representantes de todas las latitudes del continente engalana estas efemérides, y robustece nuestra aspiración de continuar profundizando los alcances de estos valiosos instrumentos que son patrimonio de los pueblos americanos. Por ello adquiere especial relevancia la presencia Señoras y Señores Cancilleres, Embajadores y del Presidente y Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fundada en Santiago hace cuarenta años.

El 22 de noviembre simboliza un día de fiesta para la democracia en América. Fue el día en que se suscribió, hace treinta años, un pacto único, dedicado a promover la defensa de derechos humanos sin los que no podemos coexistir. El Pacto de San José no inventó esos derechos, como tampoco lo hizo la Declaración de Bogotá porque esos derechos son inherentes a la persona y anteriores a su reconocimiento oficial, ya que el derecho a la libertad de movimiento, libertad de opinión, libertad de asociación y la protección de la vida humana, nos dan la posibilidad de construir nuestra propia vida y por lo tanto, para poder decidir, poder pensar y actuar como individuos, necesitamos la fuerza de la ley y la protección de los Estados y del derecho a nuestra integridad. Sin ello, sería inviable el progreso del hombre y la mujer en la sociedad.

Por eso, con mucha alegría, los costarricenses hemos participado en la edificación de este Sistema, dando lo que ha estado dentro de nuestras posibilidades para apoyar desde este pequeño territorio, la defensa y vivencia plena de los Derechos Humanos en América.

En 1978, el Presidente Don Rodrigo Carazo hizo un ofrecimiento formal a la Asamblea General de la OEA, para que se estableciera en Costa Rica la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con convicción, proporcionamos el edificio y firmamos en 1981, un Convenio de Sede para establecer un régimen de inmunidades y privilegios para la Corte, los jueces, el personal y los individuos que comparezcan ante ella, con el objetivo de facilitar el normal desenvolvimiento de sus actividades, y a los cuales hemos contribuido directamente.

La lucha para que se le reconozcan sus derechos a cada hombre, mujer, niño y adulto mayor, cualquiera que sea su condición, es una tarea ardua e inacabable que se construye paulatinamente. Y en esta faena, el papel desempeñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe resaltarse, porque ha hecho de la defensa de los derechos humanos una realidad para las personas que han sufrido el temor, el miedo y el silencio que genera la impunidad.

La Corte Interamericana ha permitido así que los acuerdos sobre derechos humanos trasciendan más allá de los aspectos declarativos. Y por eso, nos enorgullece profundamente su presencia en Costa Rica.

En este marco de celebraciones, perfeccionar el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos debe ser nuestro mayor anhelo, porque para el próximo siglo, la gran familia americana no sólo debe estar unida por los lazos de la cultura, de la proximidad, de la historia y del comercio. Debe estar unida por el imperativo del respeto a las libertades y derechos fundamentales. Estos son condición *sine qua non* para el desarrollo político, social y económico de nuestros pueblos; de su respeto y vigencia dependen la paz y libertad en América.

En las dos Cumbres de Jefes de Estado celebradas en Miami y Santiago, así como en las últimas Asambleas de la OEA, se ha venido discutiendo la necesidad de fortalecer el Sistema Interamericano. De ahí que, siendo consecuentes con este esfuerzo desplegado por varios años y con los valores universales que profesamos, debemos hacer de esta celebración un aconteci-

miento histórico; debemos trazar, todos juntos, el sendero para el perfeccionamiento de las instituciones sobre las que están depositadas, la promoción y la defensa de los Derechos Humanos de los hombres y mujeres que poblamos este continente.

Este es un objetivo a todas luces necesario y alcanzable. Ya demostramos en la segunda parte de este siglo que podemos lograr acuerdos hemisféricos y diseñar instituciones capaces de superar retos de iguales dimensiones. Con el Pacto de San José, se desarrollaron principios enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá en 1948, y en las últimas décadas se han desarrollado también importantes acuerdos continentales en otros campos que han enriquecido y profundizado la Convención de hace treinta años.

El Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales; el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte; y las Convenciones para prevenir y sancionar la tortura, la desaparición forzada de personas, la violencia contra la mujer y las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, reflejan todos, la creciente conciencia política, social y cultural en materia de derechos humanos. Pero lo más importante de todo esto es que se favorece el pleno disfrute de los derechos humanos por parte de todas las personas, con lo cual, se viene a dignificar, fortalecer y potenciar notablemente nuestra vida en sociedad.

Ayer sancionamos el último de estos cuerpos legales para asegurar justicia a las personas con discapacidad y pretendemos ser la primera nación en efectuar su depósito.

Hemos observado con gran emoción este avance, lo mismo que su contribución a la cultura democrática que se viene instaurando en el continente. Pero resulta paradójico que pese a haberse creado un mejor ambiente para los derechos humanos, con la aceptación de la democracia y el establecimiento de Estados de Derecho en la mayoría de países, aún no se han reunido las voluntades dispersas, ni se han generado los acuerdos para fortalecer el Sistema Interamericano.

Podemos decir que el Sistema demanda su transformación, mas no está agotado ni en decadencia gracias a los principios que lo sustentan. Los sistemas en general, no mejoran su funcionamiento por sí mismos, siempre lo hacen después de momentos de dificultad y tras tomarse las decisiones oportunas para subsanar sus deficiencias.

Estamos dando un paso muy importante al reconocer que el Sistema Interamericano enfrenta nuevas realidades políticas y sociales, que nos obligan a someterlo a revisión, porque no funciona como tal, es disperso y difuso y no atiende un mínimo suficiente de casos. No es universal porque no todos los países forman parte de él. Es un sistema que tiene en su interior tres tipos de miembros: los que han ratificado la Convención Americana, los que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana y los que no han hecho ni uno ni lo otro, pero que son miembros de la OEA. Esto provoca que el sistema ofrezca diferentes vías para la solución de controversias dependiendo del Estado de que se trate, lo cual, no puede ni debe mantenerse.

El sistema dual que ha funcionado en nuestro hemisferio nos lleva a una duplicidad de tareas, pues cuando se interpone un recurso ante la Corte, la misma petición es nuevamente objeto de un extenso y reiterativo proceso de determinación de los hechos, que ya ha sido realizado por la Comisión Interamericana como instancia previa.

Se aduce que falta claridad en las normas que determinan la admisibilidad de los casos ante la Comisión. Es importante determinar si conviene que este órgano realice labores de promoción. Además, desempeña un papel contradictorio como árbitro y parte en diferentes etapas de los procesos, que ha dado lugar a antagonismos innecesarios con los Estados miembros.

La Comisión y la Corte no funcionan permanentemente, no hay una relación fluida entre ambas, y para resolver esto, el Sistema necesita de recursos financieros adicionales.

A lo anterior debemos agregar que, paradójicamente, la complejidad y la cantidad de los casos que la Comisión y la Corte deben atender, se han incrementado con el establecimiento de más Estados democráticos en el hemisferio. Pero estamos largo de tramitar todos los casos que lo amerita. Al mismo tiempo, el tema de los Derechos Humanos aún suscita temor en nuestras clases políticas, y muchos gobiernos optan por reaccionar en contra del Sistema Interamericano y tratar de influenciarlo, basando su comportamiento, en un concepto equivocado de defensa de los intereses nacionales.

Lo que es aún más serio: carecemos de un sistema de seguimiento de las sentencias para garantizar su acatamiento por los gobiernos.

De ahí que, un sistema que no es permanente, que no es universal, que debe mejorar su estructura, que tiene serias limitaciones presupuestarias, y que además enfrenta circunstancias nuevas para las que no está listo, no puede cumplir eficientemente las tareas que le imponen nuestras sociedades actuales en materia de defensa y promoción de los Derechos Humanos. Esta es la gran preocupación que nos obliga a actuar hoy mismo, y a dialogar constructivamente para tomar las medidas correctivas de forma oportuna. Hacer las modificaciones sin poner en riesgo todo el sistema, sin abrir la Convención Americana de Derechos Humanos ni otros instrumentos pertinentes, es el principal reto que enfrentamos y que debemos superar en los próximos años, para entrar al nuevo siglo con un sistema verdaderamente acorde con las nuevas exigencias.

Los invito, con sobrados argumentos y justificaciones, a que aprovechemos este momento histórico para avanzar en las reformas necesarias. Estoy seguro que todos queremos un Sistema Interamericano más ágil, eficiente, y que siga gozando de una sólida reputación y legitimidad entre nosotros.

Ayer exhortamos a todos los representantes de los países de América, reunidos en el Teatro Nacional, para que impulsemos el fortalecimiento de nuestro Sistema Interamericano. Costa Rica propone que trabajemos en un sistema de reforma mediante un Protocolo.

El Gobierno de Costa Rica desea trabajar con los otros gobiernos para someter a consideración de la Asamblea General de la OEA del 2000, en Canadá, los lineamientos generales de un anteproyecto de Protocolo, para que esa Asamblea ordene su tramitación y consideración por los órganos políticos de la OEA. Y luego, lo someteremos para su eventual aprobación, a la Asamblea General de la OEA del 2001, que se realizará aquí mismo, en San José, para lo cual, le solicitamos desde ayer a la OEA, que el tema central de esta Asamblea sea el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

Para lograr cambios importantes al cabo de estos años, es necesario que acordemos las reformas hoy. Aprovechemos esta semana de celebración del aniversario de la Convención Americana y de la Corte Interamericana, para ponernos de acuerdo, para trazar el camino de las reformas mediante este Protocolo que Costa Rica se compromete a gestionar, para que en el próximo siglo, el respeto y disfrute de los Derechos Humanos en nuestro continente sea una realidad. Porque como lo he dicho en reiteradas oportunidades, el Siglo XXI debe ser el siglo de los Derechos Humanos.

Costa Rica les propone que el proyecto de Protocolo considere el dar acceso directo a la Corte a todos los individuos, con plena participación en todas las etapas del proceso, una vez que finalice el trámite ante la Comisión.

Se debe asegurar mediante esta vía y con apropiados recursos de apoyo financiero, el acceso al Sistema para las personas con menos recursos, o "ciudadanos menos influyentes del continente" como se les describió en la Cumbre de las Américas de 1994, y para quienes se creó el Sistema Interamericano. Es prioritario establecer criterios claros en la admisibilidad de peticiones ante la Comisión, para evitar las presiones de los Gobiernos y asegurar la transparencia del proceso. Se debe considerar la integración de procedimientos y no repetir la instrucción cuando un caso pasa a la Corte, de no ser estrictamente necesaria la investigación de nuevos datos.

Sugerimos que se constituya la Corte como un tribunal permanente lo más pronto posible, y que se garantice los fondos necesarios para su operación, a través de las correspondientes resoluciones de la Asamblea General de la OEA. Costa Rica, acepta aumentar su contribución anual para este objetivo y considero que todos ustedes, representantes de países amigos, están de acuerdo en que no se debe escatimar recursos para esta causa.

También, les pido que incluyamos la creación en el seno de la OEA, de un modelo de seguimiento de las sentencias que emita el Sistema. Es trascendental para la defensa y vivencia plena de los Derechos Humanos, que la Asamblea General de la OEA conozca y se pronuncie sobre cada caso de incumplimiento que le sea presentado por la Comisión o la Corte, y que la OEA ayude a los Estados a adoptar una legislación nacional que ayude a garantizar la ejecución de las sentencias. Es un imperativo que ningún Gobierno pueda, impunemente, desacatar las resoluciones de la Corte.

Solicito que a fin de mejorar el vínculo entre la Corte y la Comisión, hoy mismo, todos aquí reunidos, estudiemos si conviene fijar un plazo para integrar las sedes de la Comisión y la Corte en Costa Rica. Para ello, se deberán contrapesar las ventajas de la proximidad de ambas instituciones para coordinar y complementar acciones, con las necesidades de la Comisión en cuanto a mayor acceso a los órganos políticos para resolver casos concretos prejudicialmente. Después de ese plazo, en un lapso adicional de unos 5 años, deberíamos revisar si conviene la fusión en un sólo órgano, como se hace en el modelo europeo desde 1998, y para lo cual, tardaron cerca de 16 años.

Desde ahora, podemos encargar a un grupo de expertos diseñar la estructura de un eventual sistema de tribunal único, los métodos para ponerlo en marcha y el presupuesto necesario para ello. En todo caso, deben resolverse al menos dos problemas, el filtro para las demandas y el mecanismo de arreglos amistosos, y la necesidad de un procedimiento de reexamen dentro de la estructura del mismo tribunal.

Actualmente, existen opiniones a favor y en contra de esta propuesta, pero sugiero que acordemos estos plazos para dar el tiempo prudente para que el Sistema alcance mayor madurez, para que muy pronto trabaje sin duplicidad de funciones y de forma permanente, y después, con más argumentos y evidencia por considerar, podremos resolver si debemos optar por la fusión de ambos instrumentos.

Por ahora, es primordial establecer mediante Protocolo, la actuación de la Corte como un tribunal de funcionamiento permanente, que tenga asegurado sus recursos para sus actividades, y para que los jueces reciban salarios que les permitan dedicarse a esa labor de forma exclusiva.

Por último, es motivo de gran preocupación el que muchos países aún no hayan ratificado la Convención y la competencia de la Corte. Debemos establecer mecanismos adecuados para que el sistema sea universal en este sentido, pues parece que el exhortar a los Gobiernos no ha sido suficiente. Creemos que debe haber mayor conciencia y compromiso al respecto de los Jefes de Estado y gobiernos de América, ya que la conquista histórica de la humanidad alcanzada con la declaración de los Derechos Humanos, no ha sido ni podrá interpretarse nunca como una concesión de sus gobernantes. Debemos todos los demócratas comprometidos con los derechos humanos trabajar por lograr la aceptación de la Convención y las competencias de la Corte por parte de todos los Estados de América. Si no lo logramos, el Sistema se podría convertir en un sistema latinoamericano más que interamericano de Derechos Humanos.

Algunas Constituciones modernas han incorporado a sus textos disposiciones especiales para los procesos de ratificación, lo cual, podría dar una solución parcial a tan grave problema, pero en nuestro caso, las limitaciones son esencialmente de falta de compromiso y apoyo político.

Confiamos en la voluntad política de los Estados miembros de la OEA para realizar estas transformaciones. Debemos madurar estas sugerencias porque tenemos un compromiso de

governar por el bienestar humano de nuestras sociedades. La discusión que en los últimos años se ha cultivado en diferentes foros, debe dar una cosecha abundante a nuestros pueblos en el próximo siglo. Hoy, nos toca a sus gobernantes llegar a acuerdos y ejecutarlos, para asegurarnos de que el sistema cumplirá de la mejor manera sus funciones, en medio de la nueva realidad del continente: la realidad de una mayor aceptación de la democracia y del establecimiento de Estados de Derechos.

Costa Rica propone esta vía y se compromete a trabajar en este Protocolo para fortalecer nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, porque no hay democracia sin respeto a los Derechos Humanos, y los Derechos Humanos sólo pueden ser respetados dentro de un régimen democrático.

No temamos a los cambios ni a la renovación del Sistema Interamericano cuando nuestra realidad política, económica, social y cultural se transforma. No temamos porque este es un sistema sólido y de bases firmes, que sólo la pasividad podría debilitar.

Costa Rica les agradece su presencia y participación en este seminario, y los invita a trabajar juntos en favor de la protección y promoción de los Derechos Humanos en el continente; una labor de todos para el bienestar de los pueblos americanos.

Muchas gracias.

**European Court of Human Rights
Cour européenne des Droits de l'Homme
Strasbourg**

**The President
Le Président**

Strasbourg, 18 November 1999

Dear President,

May I on behalf of the European Court of Human Rights offer my warmest best wishes to your Court on the occasion of the thirtieth anniversary of the Inter-American Convention on Human Rights and the twentieth anniversary of the Inter-American Court of Human Rights. Our two Courts have had a long and fruitful relationship. Indeed the then President of the European Court of Human Rights, Gerard Wiarda, attended the ceremony for the installation of the Inter-American Court and since then our two institutions have exchanged regular visits. As you know I visited your Court earlier this year. My commitments unfortunately would not allow visit to join in your anniversary celebrations but I wish to convey to your Court at this moment in its history a message of continuing support and encouragement and congratulations from its sister institution in Strasbourg.

Mr. Antônio Cançado Trindade
President of the Inter-American Court of Human Rights
Apdo. 6906
1000 San José
Costa Rica

One year after the fiftieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights and one year before the fiftieth anniversary of the European Convention on Human Rights, at the close of a century that has seen both massive human rights abuses and the birth of international judicial human rights protection, the anniversaries of your Court and Convention focus timely attention on the achievements and prospects of regional systems of human rights protection. It is through these systems that the aims of the Universal Declaration have been most effectively realized and it is in those systems that the best prospects for the propagation of its values reside.

The new century will hold challenges for both our systems. But the notion of international judicial protection of fundamental rights is now firmly entrenched. Setbacks may occur, but Governments that seek to undermine it are swimming against the tide.

Facing up to those challenges entails continually seeking to enhance the effectiveness of the protection afforded. The recent major reform of the Strasbourg enforcement mechanism, with the entry into force of Protocol No. 11, was a significant further step in guaranteeing access to an international judicial remedy to individual citizens, but one which, coupled with the increase in the number of Contracting States over the last ten years, has placed a considerable burden on the new full-time Court. We know that further reform may be necessary.

Your Court too is looking to the future, and no doubt issues such as the locus standi of applicants and a reinforcement of the judicial character of the machinery will be highlighted. You know the European Court evolved in this respect and without presuming to suggest that the Inter-American Court should mirror that development, it is clear that the principles which guided reform to the Strasbourg system are common to the underlying philosophy of both systems.

Our two Courts, Mr. President, bear a heavy responsibility and not only within their jurisdiction; their jurisprudence reaches beyond that jurisdiction. We must continue together towards our shared goals. We must continue to exchange information and ideas in a two-way process. We have a duty to future generations to consolidate the achievements of the last decades. Rest assured that we in Strasbourg will follow with interest, concern and respect the future development of the Inter-American Court.

Yours sincerely,

(s)
Luzius Wildhaber

**DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
JUEZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE,
EN LA CLAUSURA DEL SEMINARIO
"EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI".
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 24 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Llegamos al término de este Seminario histórico, en conmemoración del 20^o aniversario de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30^o aniversario de adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del 40^o aniversario del establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La calidad de las ponencias y el espíritu constructivo de sus trabajos le han de asegurar una posición de relieve en el desarrollo del sistema interamericano de protección. El último panel del Seminario, por ejemplo, concluido hace pocos minutos, que nos brindó el testimonio valioso de distinguidos sobrevivientes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, ha contribuido a otorgar a este evento-marco, la necesaria dimensión histórica que requiere toda proyección hacia el futuro de la experiencia acumulada en el presente dominio de protección.

Al igual que el presente Seminario de este final de siglo, la Conferencia de San José de 1969 también estuvo atenta a la perspectiva histórica, habiendo para ello contado con el testimonio de quienes habían participado en la etapa legislativa de elaboración de los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, de René Cassin (en lo referente a la Declaración Universal de 1948), quien intervino en aquella Conferencia. En ambas ocasiones, en 1969 y en 1999, la ciudad de San José ha sido palco de dos eventos que marcan momentos significativos en la evolución del sistema interamericano de protección: el de su

institucionalización convencional, con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, y el de su consolidación y puesta en marcha del proceso de su fortalecimiento, con la realización de este Seminario de 1999, que deja seguramente la semilla para desarrollos institucionales futuros.

Teniendo presentes los indudables logros alcanzados por la operación del sistema interamericano de protección, resaltados en las presentaciones de estos dos días de reflexión colectiva, los trabajos de este Seminario han también dejado claro que aún resta un largo camino que recorrer. De inicio, urge que todos los Estados de la región se tornen Partes en la Convención Americana y reconozcan sin restricciones la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Hay que asegurar considerables recursos adicionales a la Corte y la Comisión, para atender a las crecientes necesidades de protección. La Corte podría, de esta manera, pasar a actuar como un tribunal permanente. Además, se deben evitar las duplicaciones - y consecuentes retardos - en la determinación de los hechos (de casos contenciosos) por la Comisión y la Corte Interamericanas.

En el plano internacional, hay que desarrollar la supervisión del fiel cumplimiento por los Estados de las sentencias de la Corte Interamericana. A ese respecto, paralelamente a la obligación de todos los Estados Partes en la Convención Americana de proteger los derechos en ésta consagrados y garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, hay la obligación de los Estados Partes *inter se* de asegurar la integridad y efectividad de la Convención: este deber general de protección (la garantía colectiva) es de interés directo de cada Estado Parte, y de todos ellos en conjunto. En el plano nacional, hay del mismo modo que adoptar mecanismos de derecho interno para asegurar la fiel ejecución de las sentencias de la Corte.

Las disposiciones sobre el derecho de petición individual y el reconocimiento por los Estados de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana son *cláusulas pétreas* sobre las cuales se erige el mecanismo jurídico del acceso del ser humano a la justicia a nivel internacional. Se debe asegurar la más amplia participación de los peticionarios en todas las etapas del procedimiento ante la Corte (*locus standi*), como parte del proceso conducente a la consagración del derecho de acceso directo a la Corte (*jus standi*) por los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de plena capacidad procesal.

Otros desafíos, en el umbral del siglo XXI, incluyen la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, la toma de medidas de prevención y seguimiento en la acción de protección, la salvaguardia de los derechos humanos en emergencias públicas, y el desarrollo de las formas de reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos. El futuro de la protección internacional de los derechos humanos depende hoy día, en gran parte, de medidas nacionales de implementación, con base en el entendimiento de que el derecho internacional y el derecho interno se encuentran en interacción constante y dinámica en el presente dominio de protección. Las normas internacionales de protección son directamente aplicables

en el derecho interno, en beneficio de todos los seres humanos bajo las jurisdicciones de los Estados respectivos.

Como manifestación de la emergencia de las normas imperativas del derecho internacional (*jus cogens*), el desarrollo tan necesario del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección (incluidas las consecuencias jurídicas de sus violaciones) fomentaría considerablemente el establecimiento de un sistema efectivo de monitoreo continuo de la situación de los derechos humanos en todos los países. Al fin y al cabo, la protección de la persona humana en todas las circunstancias, contra todas las manifestaciones del poder arbitrario, corresponde al nuevo *ethos* de nuestros tiempos.

Al presentar las despedidas a todos los participantes, quisiera reiterarles los más sinceros agradecimientos por sus apreciados aportes a los trabajos de este Seminario. Quisiera, igualmente, agradecer al Gobierno y al pueblo de Costa Rica por la hospitalidad que nos han brindado, en la persona de la Vicepresidenta de la República, Señora Elizabeth Odio Benito, ex-Juez del Tribunal Internacional *Ad Hoc* de Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia, quien nos da el gusto de acompañarnos en la mesa en esta sesión de clausura.

El seguimiento que se dé a la labor de este Seminario será de crucial importancia para el futuro del sistema interamericano de protección. La Corte Interamericana estará atenta para que se atienda el propósito que debe orientarnos a todos, a saber, el del fortalecimiento de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos en nuestra región. Reitero a las entidades donantes -la Agencia de Cooperación Española, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID)- los mejores agradecimientos por su valioso apoyo, que tornó posible la realización de este evento. Deseo a todos los participantes un buen viaje de regreso a los países de origen.

Muchas gracias.

**DISCURSO DE LA VICEPRESIDENTA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA,
DOCTORA ELIZABETH ODIO BENITO,
EN LA CLAUSURA DEL SEMINARIO
"EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI"
SAN JOSÉ, COSTA RICA, 24 DE NOVIEMBRE DE 1999**

Muchas gracias. Debo a la cordialidad y amistad de Don Antônio Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los señores Jueces, la amabilidad de haberme solicitado unas breves palabras de clausura; los saludo a ellos; saludo también a los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a todas y a todos ustedes que con tanta atención han seguido durante estos dos días unas deliberaciones que son muy importantes, a todos y a todas ustedes, amigos y amigas un saludo muy cordial de parte del Gobierno de Costa Rica en esta sesión de clausura.

En mi condición puramente personal quisiera simplemente señalar que estoy segura, aunque no pude seguir de cerca las deliberaciones de las distintas mesas redondas, que en estos dos días y a partir de los discursos que escuchamos en el Teatro Nacional, el día lunes por la noche en que se conmemoraban los 30 años de haberse aprobado, de haberse firmado en San José, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y los 20 años en que la Comisión entró en vigor, y se inició el funcionamiento de la Corte, ustedes habrán hecho examen muy exhaustivo de las fallas que tiene el accionar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte. Oímos sus virtudes, oímos todos los aportes que han hecho al Sistema de Protección de los Derechos Humanos y también fueron señaladas, estoy segura, la forma en que deben enmendarse o aumentarse más bien, las medidas de protección del Sistema de Derechos Humanos en nuestro Continente en los próximos años. Yo quiero, nada más para que no falte en las reflexiones que tendremos que hacer en los próximos meses, señalar que nunca olvidemos que lo que llama Tom Buergenthal las fallas del Sistema, empiezan en lo que debería

ser su primera línea de defensa: los Estados. Si algo ha fallado en América Latina en mi opinión, en todos estos años, es la voluntad política de cumplimiento de la Convención Americana. Es en la OEA; es en la forma en que la OEA ha venido funcionando; es en la falta de recursos y la falta de apoyo que los Estados han dado o no dado a la Comisión para que cumpla sus funciones o a la Corte para que cumpla sus funciones, en donde debemos encontrar un punto de análisis esencial.

Estamos aquí clausurando un Seminario histórico que cierra el Siglo XX, y estamos hablando de lo que va a ser el Siglo XXI, y si algo me gustó de los discursos que escuché en el Teatro Nacional era que no se trataba de discursos protocolarios sino de propuestas concretas para reforzar el Sistema de Protección de los Derechos Humanos, pero los Estados tienen realmente que asumir ese compromiso; porque no puede ser que a estas alturas del Siglo XX, todavía haya estados que pertenezcan a la OEA que no han ratificado la Convención, que no han aceptado la Jurisdicción Contenciosa o que, peor aún, estén pretendiendo desconocer las sentencias de la Corte; que carezcamos de mecanismos de ejecución de sentencias, y un punto absolutamente crucial en los años por venir, la necesidad de quienes somos titulares de los derechos humanos, las personas, tengamos el acceso directo a la jurisdicción que lo protege.

No puede ser tampoco que sigamos ignorando que quienes cometen las violaciones masivas de los Derechos Humanos en los Estados son personas físicas y hay ahí una responsabilidad que examinar.

En mi experiencia en el tribunal para juzgar crímenes de guerra en la antigua Yugoslavia, aprendí, de una manera dolorosa y directa que las víctimas de estos conflictos demandan justicia para que pueda haber paz; y que en nuestro continente deben acabarse las leyes de impunidad y que esta Corte, esta Corte en la que hemos fervorosamente creído los que estamos aquí, es, debe ser, el baluarte para que en nuestro Continente nunca más vuelva a pasar lo que ha ocurrido; para que los derechos humanos sean realmente indivisibles, para que los económicos y sociales, incluido el medio ambiente, formen parte de esa protección que como seres humanos todos merecemos.

Será la única forma de que verdaderamente seamos libres e iguales en dignidad y derechos; por eso amigas y amigos al clausurar este Seminario, y antes de irnos a la merecida celebración, yo quiero decirles que debemos también no olvidar que hemos asumido con nuestra presencia aquí un compromiso por el futuro de la paz y de la justicia en América Latina.

Muchas gracias.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Su objetivo es la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es un tribunal establecido por la mencionada Convención, con el propósito de resolver los casos que se le someten de supuestas violaciones de aquellos derechos humanos protegidos por ella.

La Convención Americana tiene a la fecha dos protocolos adicionales. El primero de ellos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, fue suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, durante el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Este Protocolo entró en vigor con el depósito de este instrumento de ratificación por parte de Costa Rica el 16 de noviembre 1999. Hasta el presente ha sido firmado por 15 países y ratificado por 11.

El segundo, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, fue suscrito en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el Vigésimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. Según el mismo Protocolo lo dispone, éste entrará en vigor para cada Estado que lo ratifique. A la fecha, ocho Estados lo han firmado y siete han depositado el instrumento de ratificación.

La actual composición de la Corte es la siguiente: Antônio A. Cançado Trindade (Brasil), Presidente; Alirio Abreu Burelli (Venezuela), Vicepresidente; Máximo Pacheco Gómez (Chile); Hernán Salgado Pesantes (Ecuador); Oliver Jackman (Barbados); Sergio García Ramírez (México) y Carlos Vicente de Roux Rengifo (Colombia).

El Secretario de la Corte es Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica). Pablo Saavedra Alessandri (Chile) es el Secretario Adjunto.