

AÑO I | NUMERO 1 | Diciembre de 2005

REVISTA CEJIL

DEBATES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW

CENTRO PELA JUSTICA E PELO DIREITO INTERNACIONAL

CENTRE POUR LA JUSTICE ET LE DROIT INTERNATIONAL

AÑO I | NÚMERO 1 | Diciembre de 2005

REVISTA CEJIL

DEBATES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO

CEJIL

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
Center for Justice and International Law
Centro pela Justiça e o Direito Internacional
Centre pour la Justice et le Droit International



ISSN 1659-2123

Esta publicación se terminó de imprimir
el 15 de diciembre de 2005, en San José, Costa Rica.

CEJIL

CEJIL es una organización no gubernamental de derechos humanos sin fines de lucro, con estatus consultivo ante la Organización de Estados Americanos, la Organización de Naciones Unidas y calidad de observadora ante la Comisión Africana de Derechos Humanos.

CEJIL is a non-governmental, non-profit organization with consultative status before the Organization of American States (OAS), the United Nations (UN) and observer status before the African Commission on Human Rights.

CEJIL é uma organização não-governamental sem fins lucrativos, com status consultivo junto à Organização dos Estados Americanos (OEA), à Organização das Nações Unidas e qualidade de observador ante a Comissão Africana de Direitos Humanos.



La impresión de esta publicación se ha realizado con la asistencia financiera de la Comisión Europea.
El contenido de este documento es responsabilidad del autor y no representa necesariamente el punto
de vista de los organizadores que la subvencionan.



Staff de la Revista

Consejo Editorial

Viviana Krsticevic
Tatiana Rincón
Soraya Long
Liliana Tojo
Beatriz Affonso

Equipo de Producción y Edición

Victoria Amato
Ana Aliverti
Nancy Marín
Olga Lucía Pérez
Carolina Villegas (pasante)

Diseño Gráfico

Ultradesigns

Impresión

Editorama S.A.

CEJIL – Responsables por Área

Viviana Krsticevic

Directora Ejecutiva
direccion@cejil.org

Tatiana Rincón

Directora del Programa
para la Región
Andina, Norteamérica
y el Caribe
washington@cejil.org

Soraya Long

Directora del Programa para
Centroamérica y México
mesoamerica@cejil.org

Beatriz Affonso

Directora del Programa
para Brasil
brasil@cejil.org

Liliana Tojo

Directora del Programa
para el Sur
sur@cejil.org

Kate Lasso

Directora de
Desarrollo Institucional
klasso@cejil.org

Susana García

Desarrollo Institucional
Programa para
Centroamérica y México
sgarcia@cejil.org

Victoria Amato y Nancy Marín

Difusión y Prensa
difusion@cejil.org

Consejo Directivo

Mariclaire Acosta

Defensora de Derechos
Humanos
México

Benjamín Cuellar

Instituto de Derechos
Humanos de la Universidad
Centroamericana "José Simeón
Cañas" (IDHUCA)
El Salvador

Gustavo Gallón

Comisión Colombiana
de Juristas
Colombia

Alejandro Garro

Universidad de Columbia,
Facultad de Derecho
Estados Unidos

Helen Mack

Fundación Myrna Mack
Guatemala

Sofía Macher

Instituto de Defensa Legal (IDL)
Perú

Juan E. Méndez

Centro Internacional para
la Justicia Transicional
Estados Unidos

Julieta Montaño

Oficina Jurídica para
la Mujer,
Cochabamba
Bolivia

José Miguel Vivanco

Human Rights
Watch/ Américas
Estados Unidos

Los artículos publicados en la Revista CEJIL no indican ningún tipo de consenso o creencia determinada. Tampoco esperamos que nuestros lectores asientan con todas y cada una de la opiniones que encuentren en estas páginas, puesto que sabemos que algunos de nuestros autores pueden incluso estar en desacuerdo entre ellos. Estamos convencidos que a través de la Revista CEJIL, nuestra organización puede lograr más que un objetivo meramente informativo, brindándole a nuestros lectores un abanico de ideas divergentes para que puedan identificarse con algunas de ellas. No somos responsables por ninguno de los puntos de vista expresados en los artículos que aquí aparecen bajo autoría determinada o de manera anónima. De lo que sí nos hacemos responsables es de brindarle la oportunidad a estos escritos de ser publicados.

Este material puede ser reproducido libremente siempre y cuando se reconozca la autoría respectiva.



Política

Una reflexión "pragmática" sobre el Sistema Interamericano | 5
Sergio García Ramírez

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente | 12
Manuel E. Ventura Robles

OEA y participación de la sociedad civil
Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida | 27
J. Hugo Rodríguez Brignardello



Jurídica

El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *rationae temporis* | 41
Margaret Popkin

A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners:
Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity | 51
Tara J. Melish

Caso Martín del Campo Dodd: un desafío para los actores del Sistema Interamericano | 67
Alejandra Nuño

Los aportes del Sistema Interamericano en materia de prohibición de la censura previa | 75
Damian M. Loreti

Las normas internacionales en la práctica constitucional argentina | 85
Victor E. Abramovich

El derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales nacionales: el caso de Venezuela | 88
Carlos F. Lusverti



Historias de América

Historias entre las manos
Un testimonio de acompañamiento a las víctimas | 94
Carlos Martín Beristain

Maggi Popkin
Así la recordamos | 103



Información

Libertad de expresión en el hemisferio: nuevos desafíos | 110
Eduardo A. Bertoni

Una guía para la defensa de los derechos humanos ante el Sistema Interamericano | 116
Olga Lucía Pérez

Elección de jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 120
David Baluarte



Editorial

La Revista CEJIL aparece en un contexto signado por profundos debates acerca de las crisis políticas e institucionales por las que han atravesado los países de la región en los últimos años. Esta coyuntura particular ha evidenciado algunos de los desafíos en materia de derechos humanos y democracia que enfrenta el continente americano.

El deteriorado estado de las instituciones democráticas, las recurrentes violaciones de derechos humanos, la desigualdad, las crisis institucionales, han sido una constante en buena parte del continente americano. Adicionalmente, en la región aún no hay consenso sobre la agenda de derechos humanos, el concepto de democracia, el papel de la comunidad internacional y de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Algunos de los actores fundamentales del Sistema Interamericano han estado presentes y han cumplido un papel trascendental en varias de las situaciones críticas que ha sufrido la región en las últimas décadas que comprometen el Estado de Derecho, la calidad de la democracia y de la protección de los derechos humanos. Así por ejemplo, ocurrió con las advertencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente al deterioro del Estado de Derecho en el Perú durante el gobierno de Fujimori, el informe de la CIDH sobre la situación de derechos humanos en Argentina durante la dictadura militar de los setenta, la anulación de la ley de amnistía peruana con ocasión de la sentencia de Barrios Altos proferida por la Corte Interamericana, o la solicitud de intervención de la OEA frente a los golpes de Estado y las crisis institucionales de los noventa.

Es notable cómo en la última década la Comisión y la Corte Interamericanas han estado cada vez más involucradas en la determinación del contenido de los derechos consagrados en los diferentes instrumentos interamericanos y en el desarrollo de pautas para la protección de derechos humanos en la región a través de la emisión de decisiones y pareceres sobre temas capitales para América, como la igualdad y no discriminación, los derechos de los niños y niñas, de los pueblos indígenas, de las mujeres, la libertad de expresión, la pena de muerte, entre otros. A través de su labor han afectado positivamente la política y la historia de la región así como la vida de miles de ciudadanos y ciudadanas del hemisferio. A este papel de los órganos de protección de derechos humanos, se suma la expectativa de una participación más activa de la OEA, y en particular de su Secretario General, en las crisis democráticas de la región a partir de la resolución de Santiago y la Carta Democrática Interamericana.

En el 2005, José Miguel Insulza asumió como Secretario General de la OEA y fueron escogidos tres nuevos comisionados para la CIDH. También se ha iniciado el período electoral para una renovación sustancial de la Corte Interamericana. Ello ocurre en el marco de un proceso de reflexión sobre el Sistema Interamericano impulsado por la OEA, que va de la mano de un creciente interés de los Estados y de la sociedad civil en el papel del derecho interamericano y los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en la resolución de temas en el ámbito local y su impacto en el ámbito legislativo, judicial y de las políticas de Estado.



Los cambios de composición en la CIDH como de liderazgo en la Secretaría General de la OEA posiblemente vayan acompañados de una revisión de diagnósticos, prioridades y estrategias. Las respuestas de estos actores a los dilemas de la región en derechos humanos y democracia, aunadas a las de los actores a nivel nacional y regional, los poderes judiciales, la clase política, el movimiento de derechos humanos, los movimientos sociales, el movimiento de mujeres y los sindicatos, entre otros, influirán —y en algunos casos definirán— la carta de navegación en estos temas en los próximos años. Su creatividad, relevancia, oportunidad, prudencia y firmeza pueden aportar al debate para garantizar sociedades más justas, en las que impere el Estado de Derecho y se hagan realidad las agendas amplias de derechos humanos adoptadas en los convenios internacionales y las constituciones nacionales.

Las realidades y debates que enfrentamos exigen nuevas respuestas que den cuenta de la pluralidad y diversidad de las naciones que conviven en la región, de los pueblos e individuos con proyectos disímiles, de la variedad de códigos culturales y especificidades, así como de la imperiosa necesidad de resolver las diferencias de manera tal que respete los derechos de cada persona y cada pueblo. Más aún, en la medida que la sociedad civil y los Estados de la región han hecho uso de las herramientas que provee la OEA para la protección de los derechos humanos y la democracia, los debates deben incluir asimismo el papel del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿por qué lanzar una revista?

Pese al incremento sustancial de actividades, sentencias y desarrollo de estándares del Sistema Interamericano y su relevancia para el fortalecimiento del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos en América, aquél aún no cuenta con un espacio de discusión especializado que combine las características de rigurosidad, actualidad y diversidad de voces. Es por eso que, en un espíritu de pluralidad, de debate abierto y creativo, CEJIL quiere, desde su acotado espacio, proveer un lugar para informar, analizar y discutir algunos de los temas centrales del ámbito de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, entendido de manera amplia —que incluya no sólo a los órganos del Sistema Interamericano sino también a aquellos otros actores locales e internacionales que permiten hacer realidad la agenda de protección establecida por la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. En este contexto, la Revista CEJIL —Debates sobre Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, busca incentivar el debate y servir de foro de temas actuales, privilegiando la profundidad y oportunidad en su contenido. Asimismo, se pretende brindar herramientas para la educación y el litigio, así como rescatar las historias humanas de quienes han sufrido, luchado, o encontrado esperanzas en la construcción de sociedades más justas.

CEJIL desea que su revista llegue a un abanico heterogéneo de lectores y lectoras. Está dirigida a aquellas personas que desde la sociedad civil o los espacios estatales utilizan activamente el Sistema Interamericano, así como a quienes, sin participar de este modo, tienen un papel importante en la protección efectiva de los derechos a nivel local e internacional, y cuya visión e inquietudes, sin duda, alimentarán los temas en debate. Esperamos que la Revista CEJIL permita que participen y conozcan el espacio regional de protección aún más defensores y defensoras de derechos humanos, miembros de la administración de justicia, funcionarios y funcionarias de los ejecutivos, legisladores y legisladora, centros de estudio, defensorías del pueblo, entre otros.



El primer número de la Revista CEJIL está dedicado a Margaret Popkin —defensora de derechos humanos, jurista, madre y amiga—, quien marcó la vida de muchos y muchas de quienes tuvieron el privilegio de conocerla. Quienes la acompañaron en su vida personal y profesional han destacado su generosidad, inteligencia y compromiso en la lucha por la verdad y la justicia, y su luminosa presencia. Para nuestra institución es un honor haber trabajado en varias iniciativas comunes con ella y, en particular, en la lucha para la justicia en El Salvador. Su espíritu sigue presente en su familia, sus amigos y amigas, el trabajo de la institución que dirigió —la Fundación para el Debido Proceso Legal—, y en un importante número de defensores y defensoras de derechos humanos que se inspiraron en su vida. En una de sus secciones, la Revista CEJIL presenta una selección de reflexiones y cartas sobre Maggi de algunos y algunas de sus colegas, familiares, amigos y amigas.

Este primer número cuenta con artículos y notas que reflejan estas inquietudes y debates actuales sobre la temática de los derechos humanos y el Sistema Interamericano. A continuación destacaremos algunos de estos trabajos.

En la sección Política, uno de los aportes centrales es la reflexión que el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez Sergio García Ramírez, realiza sobre los desafíos del Sistema Interamericano. En su artículo, presenta de manera llana algunos de los temas capitales para la protección de derechos humanos en la región, así como el análisis del rol de los actores principales del sistema y los desafíos que actualmente enfrentan sus órganos de protección, particularmente la Corte. Su visión es complementaria con la del juez de la Corte Interamericana, Manuel Ventura Robles quien explica detalladamente las limitaciones presupuestarias por las que atraviesa la Corte y el impacto sobre su trabajo. Por su parte, Hugo Rodríguez Brignardello realiza un análisis crítico del desempeño de la OEA en el fortalecimiento de la institucionalidad en la región, y destaca la importancia de la participación de la sociedad civil en el seno de la organización.

La sección Jurídica se estructura bajo dos ejes de debate. El primero está relacionado con decisiones del Sistema Interamericano y el otro, con el análisis de la incorporación de los estándares interamericanos en el derecho interno de varios países de la región. Sobre el primer eje, desde la sociedad civil, la jurista y defensora de derechos humanos Margaret Popkin reflexiona sobre un caso salvadoreño relativo a la desaparición forzada de dos niñas durante el conflicto armado, presentando una visión alternativa a la de la Corte sobre su competencia en razón del tiempo. Por su parte, la profesora Tara Melish analiza el concepto de progresividad adoptado por la Corte en el caso de Cinco Pensionistas. Sobre el segundo eje de esta sección, el nuevo integrante de la Comisión Interamericana, Víctor Abramovich, analiza cuál fue la influencia de los órganos del Sistema Interamericano a través de sus decisiones en la práctica constitucional, y más en general en el proceso de reforma institucional de Argentina. Por su parte, el jurista Carlos Lusverti presenta una lectura crítica de la tendencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en relación con la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La sección de Información provee elementos educativos, de capacitación e información. Ésta permite difundir información útil en un formato accesible para eventos de capacitación y formación. Quisiera destacar la colaboración del Relator Especial sobre Libertad de Expresión, Eduardo Bertoni, en la que reseña los principales desafíos que actualmente enfrenta



la región para garantizar plenamente el derecho a la libertad de expresión de todas y todos.

En Historias de América, el médico y psicólogo social Carlos Beristain nos acerca a su experiencia de trabajo con víctimas de violaciones de derechos humanos, la riqueza del abordaje desde una perspectiva social y los desafíos que éste supone.

La Revista CEJIL no hubiera sido posible sin el aliento y el apoyo de muchas personas y organizaciones. Quisiera destacar especialmente el generoso aporte de la Comisión Europea, que fue indispensable para hacer realidad esta iniciativa editorial. Asimismo, deseo agradecer de manera particular el apoyo que han brindando a nuestra organización en esta línea de trabajo la Fundación Ford, The John Merck Fund, HIVOS y el Open Society Institute.

Anhelamos que los lectores y lectoras encuentren un espacio estimulante de reflexión e información en la Revista CEJIL.

Viviana Krsticevic
Directora Ejecutiva



Una reflexión “pragmática” sobre el Sistema Interamericano

**Sergio García
Ramírez***

Presenta un análisis del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, considerando cada uno de los elementos que lo integran: Estados, organización regional americana, Comisión y Corte Interamericanas, instituciones de la sociedad civil y actores emergentes (por ejemplo, ombudsman). Asimismo, examina diversos puntos específicos, de carácter práctico, en el procedimiento que se sigue ante la Corte y en el financiamiento de la operación de ésta. Finalmente, menciona el desarrollo alcanzado en la recepción legislativa del derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de las resoluciones y los criterios adoptados por la Corte Interamericana. En cada caso se formula algunas sugerencias para la reflexión y la acción por parte de los actores del Sistema.

El Centro para la Justicia Internacional (CEJIL) ha iniciado otra ardua tarea: difundir, a través de una publicación periódica, los problemas y las acciones en torno a la promoción y la tutela de los derechos humanos en el continente Americano. Feliz iniciativa, que merece aplauso y compañía. Ya he tenido la oportunidad de referirme, en diversos foros, al trabajo que cumple CEJIL. Soy testigo del notable esfuerzo que despliegan los colaboradores del Centro —mujeres, en su mayoría— en el ámbito de su dedicación. Por eso, y mucho más, me satisface corresponder con estas líneas a la invitación que me hizo CEJIL para sumar mis reflexiones a las que han comenzado a fluir hacia esta revista.

25 años de la Corte Interamericana: itinerario de un aniversario

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha cumplido 25 años desde la fecha de su instalación, el 3 de septiembre de 1979. En ese cuarto de siglo ha servido

bien a la causa de los derechos humanos. Las opiniones consultivas y las sentencias que emitió en la primera etapa son bien conocidas y frecuentemente citadas por tribunales y tratadistas y han influido, con las resoluciones de fecha posterior, en un nuevo capítulo de la legislación y la jurisprudencia. Díganlo, si no, las sentencias de los *Casos Velásquez Rodríguez*¹ y *Aloeboetoe*,² por ejemplo, y las opiniones consultivas acerca de *La colegiación obligatoria de periodistas* (OC-5/85),³ *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (OC-6/86),⁴ *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (OC-8/87)⁵ y *Garantías judiciales en estados de emergencia* (OC-9/87),⁶ que menciono solamente a título de ejemplos y a sabiendas de que otras decisiones memorables pudieran sumarse, con buenos títulos, a esta relación necesariamente breve. Quienes integraron la generación de jueces fundadora de la Corte y quienes se integraron más tarde al desempeño jurisdiccional tienen mi aprecio y reconocimiento por el valor de su desempeño.

En el marco de la conmemoración —que la Corte celebró sin ceremonias ni festejos: sólo incrementando su trabajo y emitiendo un creciente número de sentencias— me permití plantear en nombre de nuestro tribunal a la Comisión de

* Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sgr@servidor.unam.mx

1 Corte IDH. *Caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.”* Sentencia de 29 de julio de 1988.

2 Corte IDH. *Caso “Aloeboetoe y otros Vs. Suriname.”* Sentencia de 4 de diciembre de 1991.

3 Corte IDH. *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.

4 Corte IDH. *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.

5 Corte IDH. *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.

6 Corte IDH. *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.



Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos, el 11 de marzo del 2004, la conveniencia de,

emprender un proceso de reflexión compartida, en el que concurrieran —cada quien desde su propia perspectiva— los órganos de la OEA, la Corte y la Comisión, los Estados, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, instituciones y grupos de la sociedad civil, observadores externos y académicos. De este proceso, cumplido en la forma que más convenga y mejor sirva a los objetivos propuestos, podríamos desprender sugerencias útiles para rectificar, reformar, avanzar y consolidar. Un examen amplio, serio y sereno, practicado con buena voluntad, pudiera ser un excelente paso dentro de la nueva etapa que ahora estamos iniciando.

Reiteraré esa sugerencia un año después, el 14 de abril de 2005. Existía ya una instrucción coincidente de la Asamblea General al Consejo Permanente y se había producido una valiosa iniciativa con este mismo designio en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, que formuló la correspondiente convocatoria el 16 de diciembre de 2004. En los últimos meses hemos aprovechado diversas oportunidades para llevar adelante, con los medios a nuestro alcance, la reflexión a la que me he referido. No se pretende, claro está, agotar el análisis en la revisión de puntos doctrinales —que es, por supuesto, necesaria y pertinente—, sino llevarlo al terreno de la práctica y examinar la situación que guarda el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los problemas que enfrenta, los medios de que dispone para resolverlos, los requerimientos que plantea el crecimiento de sus tareas y el perfeccionamiento de sus expectativas, los avances y los rezagos que muestra. En suma: las necesidades y la forma de atenderlas, para honrar las esperanzas cifradas en el Sistema y redefinir —o insistir en la definición, si se prefiere decirlo de este modo— su ser y su quehacer en esta etapa y en las que vendrán muy pronto.

En 1969 las condiciones prevalecientes en buena parte del continente no parecían ser las más propicias para la marcha de una jurisdicción internacional eficaz en materia de derechos humanos. Sin embargo, se suscribió la Convención, se afianzó la Comisión Interamericana, se instaló la Corte, comenzó a funcionar —de manera paulatina, es cierto— la jurisdicción interamericana. Y el conjunto comenzó a rendir

frutos. A varios lustros de entonces, aquellas condiciones se han modificado y éstos han crecido. Las circunstancias de hoy parecen ser, en general, más favorables para la causa de los derechos humanos, que guarda una relación íntima y mutuamente condicionante con la causa de la democracia.

Empero, ningún avance se halla seguro en definitiva. El terreno ganado debe ser preservado cotidianamente, con perspicacia, decisión y constancia. A veces —más de las que muchos suponen— soplan vientos desfavorables. Los apremios de la seguridad individual y colectiva proponen ciertos desafíos que ejercen presión sobre los derechos humanos. En ocasiones se pone en circulación un dilema engañoso: derechos humanos o seguridad ciudadana, e incluso seguridad pública y seguridad nacional. En esta falsa encrucijada es preciso afirmar sin vacilaciones la necesidad —que es exigencia— de sostener y perfeccionar el ejercicio de los derechos y al mismo tiempo garantizar por este medio —no contra él— las condiciones de seguridad indispensables en una sociedad democrática. Los intereses, principios y valores de ésta, que son los supremos intereses, principios y valores del ser humano, deben mantenerse a la cabeza de las preocupaciones colectivas e individuales y de las ocupaciones consecuentes.

He sostenido la necesidad de reconsiderar el contenido y el alcance que asignamos a lo que hemos denominado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Me parece conveniente insistir en ello. No se trata de una reconsideración conceptual, con fines académicos, sino de una revisión —*re-visión*— con sentido práctico, que lleve a resultados importantes para el desarrollo de los derechos humanos en la práctica de nuestras sociedades. ¿Acaso no es éste el *desideratum* que nos hemos fijado? De ahí el título que he puesto a esta nota: una reflexión “pragmática”.

Una re-visión del Sistema y sus actores

Con frecuencia reducimos el Sistema a dos componentes: la Comisión y la Corte. Creo que esta versión estrecha no corresponde a la realidad, no sirve a los fines del Sistema y no milita en favor de los resultados que deseamos alcanzar. Es muy relevante, por supuesto, la misión específica de la Comisión y de la Corte: indispensable y



bienhechora. Yo sería el último en insinuar siquiera otra cosa. Pero la misión institucional de esos órganos no cubre la misión genérica del Sistema. En éste hay que abrazar y destacar la presencia de los Estados, de la organización regional, de la sociedad civil y sus instituciones, de los protagonistas emergentes —los nuevos actores del Sistema—, entre ellos los centros universitarios, las expresiones nacionales del *ombudsman*, etcétera. Ese conjunto integra el verdadero Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que debiera ser abarcado por una idea integradora y trabajar en una misma línea de esfuerzos.

Los Estados y las instancias internas

La batalla por los derechos humanos comienza dentro de los países americanos y culmina en ellos. Las instancias internas son el primer frente, tomando en cuenta la función subsidiaria o complementaria que compete a las instancias internacionales. Los Estados han generado el marco jurídico del Sistema —la Convención Americana y otros instrumentos—, han determinado el nacimiento y funcionamiento de la Comisión y de la Corte, adoptan las decisiones que asumirá la organización internacional, proveen recursos, están llamados a asumir en su legislación, en su jurisprudencia, en sus programas y prácticas los avances que surgen en diversos ámbitos del Sistema, particularmente la jurisdicción interamericana. De ahí el gran interés que reviste atraer la atención de los Estados hacia la función protagónica que les incumbe y alentar la comprensión y el desarrollo en el frente interno. Esta batalla es indispensable. De sus resultados depende, en buena medida, la respuesta general del Sistema. El desenvolvimiento de los derechos humanos no puede ser una tarea “a pesar” de los Estados, sino “con” los Estados. Este es, por lo menos, el objetivo. Obviamente, asumirlo así no implica, de ninguna manera, retraer los progresos o moderar las pretensiones. Todo lo contrario.

La OEA

También la Organización de los Estados Americanos constituye un elemento central del Sistema. Es el espacio político-institucional en el que se desenvuelve la acción internacional en materia de derechos humanos, el enlace natural entre la estruc-

tura regional americana y otras estructuras regionales, y entre aquella y el orden mundial. Hace un par de siglos se afirmó, en los documentos germinales de la libertad y la democracia —una democracia entendida, obviamente, en el sentido más pleno y generoso: integral—, que la sociedad política tenía la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos. Si este es el elevado designio de las sociedades políticas nacionales, no podría haber un designio diferente a cargo de la sociedad política internacional —la Organización de los Estados Americanos, como sociedad regional— en la que aquellas coinciden. Naturalmente, la evolución de las circunstancias en el mundo entero trae consigo la aparición de nuevas tareas a cargo de los organismos internacionales, pero éstas deben encaminarse, en definitiva, a la satisfacción de aquellos fines de la sociedad política. Es indispensable que el

El desenvolvimiento de los derechos humanos no puede ser una tarea “a pesar” de los Estados, sino “con” los Estados.

discurso político de la Organización de los Estados Americanos, sus programas, sus acciones —y, desde luego, sus normas, como ya ocurre en los instrumentos principales— acojan con resolución y predilección el tema de los derechos humanos. Y también es indispensable que esa recepción política se traduzca en acciones efectivas y constantes en todos los órdenes, inclusive el financiero.

La sociedad civil

La sociedad civil, que actúa a través de diversos agentes —individuales y colectivos—, ha sido un factor descollante en el desarrollo del Sistema, como lo fuera en el progreso de los derechos humanos en el plano nacional. Antes de que hubiese OEA, Comisión y Corte, diversas organizaciones del pueblo —la sociedad civil— tomaron a su cargo la defensa y promoción de los derechos naturales, fundamentales o básicos de los individuos. Sobra ponderar los trabajos realizados en este sentido. Son ampliamente conocidos y deben ser destacados. Las organizaciones no gubernamentales, que han sido y son el cauce natural de estas gestiones —lo reconoce claramente



el artículo 44 de la Convención Americana—, constituyen con frecuencia el medio para que las personas tengan verdadero acceso a las instancias internacionales.

Como se sabe, los problemas profundos que enfrenta la justicia —nacional e internacional— no derivan tanto de insuficiencias normativas o debates doctrinales, sino de los obstáculos, a veces insalvables, que enfrenta el individuo para acceder a la justicia. Si no existieran esas manos solidarias y esas gestiones empeñosas muchas violaciones quedarían en la sombra, desconocidas o desatendidas, y se carecería de las reparaciones correspondientes. Esto detendría el desarrollo efectivo de los derechos: no digo la reflexión científica y filosófica, la especulación jurídica, la investigación o la docencia, sino específicamente el goce y el disfrute de los derechos por parte de esa amplia multitud de justiciables potenciales que no hallan el camino para alcanzar los estrados donde se les pudiera escuchar y satisfacer. Es importante, pues, la concurrencia de las organizaciones del pueblo o de la sociedad civil al Sistema Interamericano. En rigor, son parte de él. Así se observa todos los días tanto ante los gobiernos nacionales como ante la Comisión y la Corte. Además de ser agentes de la defensa de los derechos, actúan como “conciencia crítica” sobre la observancia de éstos.

El *ombudsman*

Mencioné también algunos protagonistas emergentes: son actores en ciernes, cuya participación podría crecer y adquirir mayor eficacia, en beneficio de la causa compartida. Es el caso de la academia —individuos y centros, cada vez más activos en este campo—, de los comunicadores sociales y del *ombudsman*, previsto en buen número de constituciones y difundido con diversas características en los países americanos. Vale preguntarse por la función que el *ombudsman* puede realizar en el campo que ahora nos interesa. Es, por definición, un órgano del Estado, no una institución privada. Pero también es, por definición, un defensor de los derechos humanos frente a los agentes del Estado —el mismo Estado en el que se halla integrado— que incurrir en violaciones.

En mi concepto, el *ombudsman* no se hallaría aquí ante una labor imposible o frente a una contradicción insalvable. Las tensiones se deben resolver bajo la misma lógica que permite a la jurisdicción estatal contener, en el juego clásico de

frenos y contrapesos, el desbordamiento de otros órganos del Estado. No es imposible, pues, aunque no siempre sea fácil. En esta tarea puede trascender la frontera de un país y acompañar las gestiones internacionales que tengan por objeto la tutela de los derechos humanos. También podría recoger las recomendaciones y resoluciones internacionales y poner su fuerza y su influencia al servicio del mejor cumplimiento de aquellas. Esto traería consigo nuevos progresos en materia de derechos humanos, con proyección individual y general. Hay que explorar las posibilidades que se hallan a la vista.

Este conjunto de protagonistas, que integran el Sistema Interamericano en el más amplio, fecundo y eficaz sentido de la expresión, debiera adquirir conciencia del trabajo que le compete y de la necesidad de que cada pieza del conjunto opere en forma consecuente con las convicciones filosófico-políticas compartidas y dentro del *corpus juris* establecido. La falta de armonía produciría el mismo resultado que arroja una “salida desafortunada” en una orquesta. Me percató, claro está, de que este concepto acerca del Sistema y su operación tropieza con diversos obstáculos, tradicionales o actuales, conceptuales o prácticos, pero considero que es, a pesar de todo, el que sirve mejor a la causa de los derechos humanos. Por lo tanto, creo que quienes militamos bajo estas banderas haríamos bien en repensar el Sistema y urgir a sus integrantes a concebirlo de nueva cuenta, en la etapa que ahora vivimos, como espacio para la coincidencia, la participación y el compromiso común de todos esos protagonistas, no apenas de algunos. La visión parcial conduce a resultados parciales. No podemos conformarnos con éstos.

La Corte Interamericana: estado de situación

Cuando se habla de la Comisión o de la Corte —y ahora me refiero sobre todo a ésta, por obvias razones—, los observadores lejanos, y a veces también los cercanos, piensan en estructuras muy complejas y bien dotadas, que atienden con holgura las exigencias inherentes a sus atribuciones. Basta con leer la Convención Americana para saber cuáles son éstas, en cantidad y calidad. Ciertamente no se trata de un pequeño número irrelevante de sencillos deberes. Con frecuen-



cia se pasa por alto la realidad de estos organismos a la hora de analizar su trabajo, proponerles nuevos requerimientos, valorar sus resultados. Quien reflexiona en el sosiego de su estudio, e incluso quien lo hace al calor de otras tareas, no siempre conoce las circunstancias que prevalecen y que condicionan, en muy amplia medida, el desempeño de los organismos.

Para despejar el paisaje, recordemos que tanto la Comisión como la Corte se hallan integradas, cada una, por siete miembros. Aclaremos que ambas son órganos permanentes, contrariamente a la afirmación de que no lo son o de que debieran reconstituirse de esa manera. Y son permanentes porque su Secretaría trabaja de manera constante y sus integrantes están atentos, también ininterrumpidamente, a los requerimientos que plantea el despacho de los asuntos que llegan a ellos. Pero el “colegio” no se halla constantemente reunido, como lo está un tribunal supremo nacional. La Corte sesiona varias veces al año, para lo cual es preciso que los jueces se trasladen a la sede en San José desde los países en los que viven y trabajan regularmente. Hace años los períodos de sesiones duraban una o dos semanas y se realizaban un par de veces al año. Ahora los períodos de sesiones abarcan varias semanas, en cada caso, cuatro o cinco veces al año. Al lado de los períodos ordinarios en la sede de la Corte, se ha iniciado el programa de períodos extraordinarios —que se añaden a aquéllos, no se restan— en otros lugares de América. Es mucho más que antes, pero todavía no es suficiente. Esta es la realidad. Hay que conocerla.

En el informe del año 2004 ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, que antes mencioné, la Corte hizo ver que había “preparado algunas propuestas para ampliar la duración de los períodos de sesiones, reprogramar los trabajos del Pleno de la Corte y de sus integrantes, utilizar más tiempo, antes de las reuniones en San José, para el estudio y la preparación de casos, buscar nuevas fuentes de financiamiento de algunas actividades y redistribuir, en la medida de lo posible, los recursos disponibles”. En el informe ofrecido en 2005 fue posible señalar que esos proyectos se habían cumplido sin salvedad.

El presupuesto anual de la Corte Interamericana, con cargo al presupuesto general de la Organización de los Estados Americanos —los datos son públicos; se pueden consultar en la página *web*—, ha permanecido invariable durante varios años. No hay que ser experto para advertir que la eco-

nomía no ha permanecido estática en el mismo período. Ese presupuesto institucional es de un millón trescientos noventa mil dólares, en números cerrados. Hay aportaciones especiales, generalmente ocasionales, de algunos Estados. Las hay de instituciones del área americana, e inclusive de instancias externas, como la Unión Europea. Se agradecen, desde luego. Sin embargo, no es posible considerarlas sistemáticamente porque no corresponden a compromisos duraderos, de vigencia indefinida. En ocasiones se nos pregunta por la percepción económica de los jueces que integran la Corte. Respondemos que no se compara, ni remotamente, con la que reciben otros magistrados de jurisdicciones internacionales. Además, se cu-

Evidentemente, todos deseamos ampliar la capacidad de despacho de los órganos del Sistema. Ahora bien, no es menos evidente que esta ampliación pasa por un crecimiento razonable del presupuesto institucional.



bre solamente durante el tiempo de sesiones, ni un día más. Todo esto forma parte de la realidad. Y hay que conocerlo.

Evidentemente, todos deseamos ampliar la capacidad de despacho de los órganos del Sistema. Ahora bien, no es menos evidente que esta ampliación pasa por un crecimiento razonable del presupuesto institucional. Vale la pena tomar en cuenta la compleja situación que se presenta si se separan cada vez más las curvas que manifiestan, cada una por su parte, el volumen de trabajo y la dotación de recursos para atenderlo. Consta en la información oficial de la Corte Interamericana —que figura, asimismo, en la página *web* y está al alcance de cualquier persona— cuál ha sido la evolución en el número de asuntos sometidos al conocimiento de la Corte. Me parece interesante y orientador recordar algunas cifras, que tomo del informe presentado por la Corte acerca del año 2004.

Se ha incrementado apreciablemente el número de litigios. En aquel año llegaron a la Corte doce nuevas demandas. En los dos primeros meses del año 2005 se presentaron seis nuevos casos. Si esta última cifra anticipara lo que ocurriría a lo largo del año —sin considerar, por supuesto, eventuales



opiniones consultivas y medidas provisionales—, este ejercicio cerraría con 30 nuevos casos. Hay, desde luego, estimaciones más conservadoras: 18 demandas. Independientemente de esto, que se halla en el futuro —con todo, un futuro inmediato—, resulta muy orientador recordar que fueron 25 los litigios planteados ante la Corte en 2003 y 2004, en contraste son los 23 que corresponden a la suma de seis años anteriores: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002. Quizás se pueda decir que ha “crecido exponencialmente” la carga de trabajo. Como antes señalé, no es posible manifestar lo mismo en lo que respecta a los recursos disponibles.



La Corte revisó, en efecto, su regulación interna y sus métodos de trabajo y ha logrado reducir de cuarenta meses en promedio a veinte meses, también en promedio, el tiempo que se invierte en la resolución de un caso, desde la demanda hasta la emisión de sentencia.

Líneas de acción

Quiero agregar algunas reflexiones, que a mi modo de ver contribuyen a establecer líneas de acción para el futuro inmediato. Los órganos del Sistema pueden y deben hacer su propia revisión interna para establecer la mejor manera de cubrir sus obligaciones con los medios disponibles, entre ellos el más escaso de todos, que debemos administrar con especial cuidado: el tiempo. La Corte revisó, en efecto, su regulación interna y sus métodos de trabajo y ha logrado reducir de cuarenta meses en promedio a veinte meses, también en promedio, el tiempo que se invierte en la resolución de un caso, desde la demanda hasta la emisión de sentencia.

Para obtener lo anterior, ha sido preciso rediseñar el desarrollo de las audiencias. Esto implica un esfuerzo de la Corte, pero también de las partes. Creo que hemos avanzado en la comprensión de esta necesidad y en la acción para atenderla. Debo confesar que cuando participo en una deliberación judicial o en la celebración de una audiencia procurso, como es natural,

concentrarme en el caso que se tramita en ese momento, pero no puedo evitar pensar en los otros casos —muy numerosos, quizás decenas— que se hallan en la fila de espera, aguardando la atención de la Corte, y que, para recibirla, necesitan parte del tiempo que el tribunal dedicaría, de otra suerte, a un solo caso.

Este hecho invita a meditar sobre lo que todavía podríamos lograr a través de medidas internas: no digo sólo de la Corte, sino de todos los participantes en los procesos. ¿Qué hacer, con la conciencia de una misma responsabilidad compartida, a título de componentes de un solo Sistema, para lograr que la jurisdicción funcione con creciente eficiencia y atienda a un número cada vez mayor de demandas? ¿Qué modalidades útiles para el despacho de los procesos implica o puede implicar la novedosa participación amplia —legitimación, en el sentido procesal de la palabra— de la presunta víctima en el enjuiciamiento internacional?

Quiero referirme, finalmente, a un fenómeno sumamente alentador desde la perspectiva de la jurisdicción internacional y de los fines a los que ésta atiende. Se sabe bien que la Corte no es una última instancia para la solución de los litigios originados en cada Estado, y se conoce que sólo llegan a ella unos cuantos casos contenciosos, unas pocas solicitudes de medidas provisionales, un número reducido de peticiones de opinión consultiva. El tribunal internacional no puede abarcar, ni por asomo —y tampoco lo pretende—, un sector numéricamente significativo de las contiendas sobre derechos humanos que efectivamente se presentan, pero puede y debe abordar en sus resoluciones asuntos cuya solución adecuada, a la luz de la Convención Americana y de otros instrumentos aplicables, puede orientar las decisiones y las tareas de las instancias nacionales. Esta es la forma de proyectar sobre un gran número de litigios, más allá del caso concreto y de las fronteras de un país, las relativamente escasas resoluciones de la Corte. Por lo demás, esta proyección es el objetivo que puede alcanzar, si examinamos las cosas con realismo, cualquier tribunal internacional gobernado por el principio de subsidiariedad o complementariedad. Y si verdaderamente lo alcanza, acredita su utilidad y justifica su existencia.

Los altos tribunales nacionales acogen cada vez más los criterios de la Corte Interamericana en su calidad de intérprete oficial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que constituye, a su vez, parte de la normativa que los Estados se han comprometido a observar



gracias a decisiones soberanas estampadas en las constituciones nacionales. Esta extensa y frecuente recepción nacional de la jurisprudencia internacional constituye una contribución de la mayor importancia para el imperio de los derechos humanos y pone de manifiesto el progreso que es posible conseguir cuando efectivamente opera la idea de un Sistema Interamericano en el que actúan, dentro de sus respectivas encomiendas, tanto las instancias nacionales como las internacionales: ni distanciadas ni enfrentadas, sino en armonía, conforme al ordenamiento que ambas deben aplicar. Creo que los actores del Sistema deben conocer y analizar este hecho y aportar su mejor esfuerzo para consolidarlo en por lo menos dos expresiones: la "colocación del puente constitucional" entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos y la recepción de las resoluciones y los criterios de la Corte Interamericana en el orden nacional.

Concluyo aquí mi modesta contribución a la nueva revista de CEJIL, a la que deseo gran éxito y larga vida. Cuando las diligentes abogadas del Centro me indicaron que podría optar por un tema teórico, doctrinal, o por uno de ca-

rácter práctico, elegí inmediatamente esta segunda posibilidad. Como académico, me interesa sobremanera aquélla; como juez, no puedo ignorar la necesidad de abordar ésta. Ojalá que las sentencias y las opiniones sean cada vez mejores. Creo que mis colegas han conseguido, a lo largo de veinticinco años, que los pronunciamientos de la Corte tengan la calidad que generalmente se les reconoce. Esto no excluye, desde luego, la pertinencia de la crítica externa, que es siempre bienvenida y contribuye a la reflexión y al perfeccionamiento. Pero también hay que colocar aquí otros "ojalá": ojalá que haya sentencias y opiniones y, para ello, ojalá que exista y se fortalezca la instancia encargada de producir las. Verdades de Perogrullo.

En la reflexión a la que se ha convocado debe tener un primer lugar, en mi concepto, el análisis de un caso: el caso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Es indispensable congregarse toda la energía, la sabiduría, la experiencia que seamos capaces de reunir en la reflexión sobre el ser y el quehacer del Sistema. Necesitamos diagnósticos objetivos, colaboraciones fecundas, soluciones puntuales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004*, San José de Costa Rica 2005.

<http://www.corteidh.or.cr>



La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente

Efectos de la aplicación del cuarto Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de junio de 2001 a junio de 2004, en relación con el artículo 44.1 del reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Manuel E. Ventura Robles**

En este trabajo se brindan argumentos a favor del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal permanente. En este sentido, el autor sostiene que al aumento de la carga de trabajo que ha experimentado en los últimos años la Corte, en gran medida debido a sus modificaciones reglamentarias, no le ha seguido el consecuente aumento en su presupuesto. Esto pone al descubierto una serie de dificultades por las que actualmente atraviesa el tribunal en el desempeño de sus tareas. Frente a esta situación se hace necesario idear respuestas de carácter estructural. Así, el autor exhorta a los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos —particularmente, a la Asamblea General y al Secretario General de la Organización— a que cumplan con los compromisos asumidos en este sentido.

Introducción

En una conferencia que dicté en el mes de agosto del año 2001, titulada *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal Permanente*,¹ en el curso anual que sobre derecho internacional ofrece el Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro, Brasil, me permití opinar que la razón primordial de ese trabajo era fundamental, mediante un análisis del desarrollo progresivo de las actividades del tribunal, el imperativo que en poco tiempo tendría que enfrentar la Organización de los Estados Americanos (en adelante, la OEA o la Organización), para que el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, la Corte Interamericana o el tribunal), se convirtiera en un tribunal permanente, en el que sus jueces titulares tuvieran impedimento estatutario de ejercer otros trabajos y consecuentemente se les pague un salario acorde con las altas responsabilidades que conlleva el cargo, único camino viable para que un tribunal internacional de derechos humanos pueda atender satisfactoriamente sus obligaciones. Ya entonces era evidente la falacia de que el tribunal trabajaba, y trabaja actualmente, únicamente durante sus períodos de sesiones, de ocho a diez semanas por año. Hoy más que nunca cabe reiterar que los jueces, durante los períodos de sesiones, deliberan, reciben prueba testimonial y pericial y emiten opiniones consultivas o dictan sentencias y medidas provisionales. Pero la verdad es que trabajan todo el año porque fuera de los pe-

* Para los efectos de este artículo se incluyen las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de la OEA correspondientes al año 2004, pero no así los casos contenciosos, solicitudes de medidas provisionales y de opiniones consultivas que hayan ingresado o que ingresen al tribunal a partir del 1 de junio de 2004.

** Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. manuelventura@cortheidh.or.cr

1 Comité Jurídico Interamericano, Curso de Derecho Internacional XXVIII, OEA, Washington, D.C., 2001. Véase, Corte IDH – ACNUR, 2003.



riodos de sesiones deben leer los casos, generalmente voluminosos, y preparar los proyectos de sentencias y resoluciones en contacto permanente con la Secretaría.

Esa necesidad a futuro, que señalaba en el 2001, de tomar las providencias necesarias para convertir a la Corte Interamericana en un tribunal permanente, es ya una realidad imperativa que de no solventarse prontamente, junto con el fortalecimiento de la Secretaría de la Corte pagando salarios adecuados a sus abogados al mismo nivel que los que devengan los funcionarios de la OEA, especialmente los de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la Comisión Interamericana), amenaza con hacer colapsar el tribunal y, en vez de fortalecer y mejorar sus sistemas de trabajo, hacerlos todavía más precarios. Esta realidad, que también perjudica a las víctimas y a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o la Convención Americana), como partes sustanciales en los procesos, y a la Comisión Interamericana como parte procesal, nunca ha sido cabalmente comprendida y, aún menos, aceptada, por los Estados miembros de la OEA.

Este artículo busca hacer patente esa realidad al lector a través de cifras que me permitirán, también, referirme a los efectos que ha traído la aplicación del Reglamento de la Corte de 2001, así como en lo pertinente, el de la Comisión del mismo año en su artículo 44.1.

En la conferencia antes mencionada, expliqué lo siguiente:

Posteriormente, se desarrollará lo que en la historia de la Corte se pueden denominar las etapas primera, segunda, tercera y cuarta de su historia. La primera abarcaría de septiembre de 1979, fecha de su instalación en San José de Costa Rica, hasta principios del año 1986 en que ingresan los primeros casos contenciosos. La segunda iría de 1986 hasta 1993, en que llegan unos pocos casos y opiniones consultivas más a la Corte y se empiezan a someter las primeras solicitudes de medidas provisionales, época en que la escasez de recursos obliga a la Corte a reformar su Reglamento y a no poder publicar las sentencias y opiniones consultivas.

La tercera etapa sería el período de tiempo que se inicia en el año 1994, en que se intensifica el envío de casos a la Corte por la Comisión y empiezan a laborar los primeros abogados en el Tribunal, y que termina el pasado mes de junio de 2001 con la entrada en vigor del cuarto Reglamento de la

Corte que da *locus standi* a las víctimas o sus representantes durante todo el proceso ante ella. A partir de junio de 2001 se inicia una cuarta etapa en la historia de la Corte, en la cual nos encontramos actualmente, y para ilustrar lo que podrían ser sus rasgos más sobresalientes, se señalarán los cambios más importantes del nuevo Reglamento de la Corte, que serán las características que la distinguirán. Lo lógico sería que en el futuro, en los próximos años, se inicie una quinta etapa, una vez que se dé *jus standi* a las víctimas y éstas puedan acceder directamente al Tribunal, luego de agotado el proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH – ACNUR, 2003, pp. 111-2).

Consecuentemente, me referiré entonces a lo que he denominado cuarta etapa en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que abarca el período que va de junio de 2001 a junio de 2004.

La cuarta etapa en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

junio de 2001 – junio de 2004

El análisis de la cuarta etapa en la historia de la Corte Interamericana debe hacerse en relación no únicamente al cuarto Reglamento del tribunal sino, también, al Reglamento de la Comisión que entró en vigor un mes antes del de la Corte, el 1 de mayo de 2001. Esto es así porque el actual reglamento de la Comisión introdujo dos cambios fundamentales: estableció una etapa de admisibilidad en la tramitación de los casos presentados ante ella y, lo que es más importante para efectos de este artículo, dispuso en su artículo 44.1 que si ella considera que un Estado no ha cumplido con las recomendaciones del informe del artículo 50 de la Convención aprobado por ella, someterá siempre el caso a consideración de la Corte, salvo por decisión fundada en contra de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, con lo que varió radicalmente su práctica que era en sentido contrario, porque la Comisión anteriormente decidía cuáles casos únicamente sometía a consideración de la Corte y cuáles no. Ahora, salvo acuerdo en contrario, todos los casos se someterán a consideración del tribunal. Esta disposición trajo como consecuencia un aumento en el número de casos sometidos anualmente al tribunal, cifras



La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente

que seguirán aumentando durante los próximos años. En el caso de la Corte, me referiré únicamente a la decisión de darle *locus standi in iudicio* a la presunta víctima en los procesos, o sea, darle participación autónoma a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados durante todo el proceso ante ella, una vez que la Comisión Interamericana le somete un caso (artículos 2.23 y 23 del Reglamento de la Corte). Esto elevó a tres las partes que comparecen ante el tribunal en los procesos: dos partes sustantivas, la presunta víctima y el Estado, y una parte procesal, la Comisión Interamericana, lo que ha hecho más complejo y costosa la tramitación y el fallo de los casos.

Las cifras que se recogen en los párrafos que siguen a continuación, hablan por sí solas:

Número de casos sometidos a consideración de la Corte

Pese a que la implementación de la reforma del Reglamento de la Comisión que entró en vigor el 1 de mayo de 2001, según la cual todos los casos que alcancen el informe a que se refiere el artículo 50 de la Convención se deben someter a consideración de la Corte salvo que una mayoría de los comisionados disponga lo contrario, no ha alcanzado todavía plenos efectos, por lo que las cifras que se indicarán a continuación se incrementarían, y posiblemente mucho, en un futuro próximo. Cabe resaltar que la Corte recibió de junio del 2001 a junio del 2004, 29 casos contenciosos. Durante sus siete primeros años de actividades 1979-1986, la Corte no recibió ningún caso contencioso; durante los siguientes siete años, 1986-1993, recibió ocho casos y, durante los siguientes siete años, 1994-2001, recibió 32 casos.

De mantenerse el ritmo actual de sometimiento de casos contenciosos por la Comisión a la Corte, durante los primeros siete años de vigencia del actual Reglamento de la Corte se recibirían aproximadamente 68 casos contenciosos, más del doble de los recibidos en los siete años anteriores. Pero se estima, por conversaciones de los personeros de la Secretaría de la Corte con los de la Comisión, que estas cifras, por lo menos, podrían duplicarse progresivamente en el futuro.

¿Cómo puede atender la Corte, que tiene presupuesto para celebrar sesiones de ocho a diez semanas por año, un volumen de casos que se incrementaría anualmente con 20 ó 25 casos nuevos?

Número de sentencias emitidas

En sus primeros siete años, 1979-1986, la Corte no emitió ninguna sentencia contenciosa; durante los siguientes siete años, 1986-1993, emitió quince sentencias; durante los siguientes siete años, 1994-2001, emitió 56 sentencias y, durante los siguientes tres años, junio de 2001 a junio de 2004, emitió 28 sentencias contenciosas.

De mantenerse el ritmo actual de emisión de sentencias por la Corte, durante los primeros siete años de aplicación del reglamento vigente, se dictarían aproximadamente 66 sentencias, doce más que en el período de siete años anterior.

Pero aun si la Corte incrementa el número de sentencias que emite por año por hacer más eficiente sus métodos de trabajo, para lo cual reformó su reglamento en noviembre de 2003 y ha contratado más personal en las condiciones lamentables que se indicarán más adelante, tendrá que sesionar más del doble de lo que sesiona actualmente, entre ocho y diez semanas por año, aproximadamente entre 16 y 20 semanas por año, medio año, para recibir prueba testimonial y pericial, deliberar y dictar sentencias, ¿y cuándo estudiarían los casos los jueces, si la OEA no les paga salario y solamente les reconoce 150 dólares estadounidenses diarios durante los días de sesiones?

Número de medidas provisionales solicitadas

Durante sus primeros siete años de funcionamiento, 1979-1986, la Corte no recibió ninguna solicitud de medidas provisionales; durante los siguientes siete años, 1986-1993, recibió ocho; durante los siguientes siete años, 1993-2001, recibió 23 y, durante los últimos tres años, 2001-2004, trece.

De mantenerse el ritmo actual de ingreso de medidas provisionales se recibirían durante los primeros siete años de vigencia del reglamento actual 28 medidas provisionales, cuatro menos que en el período anterior. Aquí el problema radica en que por las precarias condiciones de seguridad en muchos de los Estados partes, las medidas provisionales se extienden por períodos largos y se hace difícil levantarlas, por lo que el número de éstas en consideración de la Corte se mantiene alto y en constante incremento. Actualmente hay 24 medidas provisionales en tramitación permanente ante la Corte.

¿En qué momento, dentro de las ocho o diez semanas de sesiones, pretende la OEA que se analicen los informes



que presentan los Estados, así como las observaciones que presentan los beneficiarios de las medidas provisionales o sus representantes y la Comisión Interamericana? Hoy en día, por falta de recursos y tiempo, los jueces deciden lo pertinente dentro de agendas muy ajustadas y trabajando por las noches y los fines de semana.

Opiniones consultivas

La Corte recibió durante sus primeros siete años de funcionamiento, 1979-1986, siete solicitudes de opinión consultiva y emitió igual número de opiniones consultivas; durante los siguientes siete años, 1986-1993, recibió seis solicitudes y emitió igual número de opiniones consultivas; durante los siguientes siete años, 1994-2001, la Corte recibió cuatro solicitudes y emitió tres opiniones consultivas y, durante los últimos tres años 2001-2003 recibió tres más y emitió dos, por lo que actualmente se va a iniciar la tramitación de dos, OC-19 y OC-20, pendientes todavía, que aún no tienen nombre.

Como se ve, durante los años 1994-2001, se recibieron menos solicitudes de opiniones consultivas que en las primera y segunda etapas, cuatro en vez de seis y siete, respectivamente, pero de mantenerse la tendencia de los últimos tres años, durante la vigencia de los primeros siete años del actual reglamento, se subiría a seis o siete el número de nuevo, y se igualaría las recibidas en los períodos 1979-1986 y 1986-1993.

¿Otro argumento a favor de que la Corte sesione más tiempo?

Casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia

Los casos no se cierran automáticamente unos meses después de dictadas las sentencias. Éstas obligan a los Estados no sólo a pagar daños materiales o morales sino también a adoptar o garantizar reparaciones no pecuniarias, tales como: investigar los hechos motivo de las violaciones y a enjuiciar y sancionar a los responsables, por lo que normalmente los Estados presentan con cierta regularidad informes a la Corte sobre el avance del cumplimiento de las sentencias hasta que es posible cerrar el caso, cuando éste ha cumplido en su totalidad lo dispuesto por el tribunal en su sentencia.

A finales del año 2003, la Corte tuvo 31 casos en estado de supervisión de cumplimiento de sentencia y, por la

carencia de recursos y falta de tiempo, solamente analiza el estado de estos casos una vez al año, durante la última sesión del año, para determinar si es necesario aplicar el artículo 65 de la Convención para informar a la Asamblea General de la OEA sobre si un Estado parte no ha cumplido con una sentencia, pese a las numerosas reiteraciones y pedidos de información que el tribunal hace. En aras de poder analizar el referido cumplimiento durante el resto del año el tribunal solicita al Estado la presentación de informes, y a la víctima o sus representantes, así como a la Comisión Interamericana, la presentación de observaciones al informe estatal.

¿Otro argumento para incrementar el presupuesto de la Corte?

¿En qué momento, dentro de las ocho o diez semanas de sesiones, pretende la OEA que se analicen los informes que presentan los Estados, así como las observaciones que presentan los beneficiarios de las medidas provisionales o sus representantes y la Comisión Interamericana? Hoy en día, por falta de recursos y tiempo, los jueces deciden lo pertinente dentro de agendas muy ajustadas y trabajando por las noches y los fines de semana.



Presupuesto de la Corte

El presupuesto de la Corte subió alrededor de 100 mil dólares en los últimos cuatro años. De casi un millón trescientos mil dólares a casi un millón cuatrocientos mil dólares. De un 1.52% del presupuesto regular de la OEA a 1.65 % del mismo, suma y porcentaje ínfimo si se tiene en cuenta el incremento de trabajo del tribunal, el aumento del número de jueces *ad hoc*, la intervención de tres partes en los procesos —ordenado por la propia Asamblea General de la OEA— y el aumento en los costos del litigio para la Corte como consecuencia de lo anterior.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente

Las consecuencias de esta situación en el personal profesional de la Corte, en el número de sesiones o semanas que sesiona el tribunal cada año y en el Reglamento de la Corte, se verán a continuación.

Personal de la Corte, año 2004

En lo referente al personal de la Corte me referiré, por razones de extensión de este artículo, únicamente al área legal de la Corte, que es la que impacta directamente el trabajo jurídico del tribunal.

En el año 2001 la Corte tenía laborando como funcionarios profesionales al secretario, al secretario adjunto y a cuatro abogadas, todos ellos contratados con los beneficios laborales que otorga la OEA a sus funcionarios, incluyendo desde luego el nivel salarial. En el año 2004, además del secretario y de la secretaria adjunta, se tienen cinco abogados(as) y cinco abogados(as) asistentes, pero solamente el secretario, la secretaria adjunta y una abogada tienen "beneficios laborales equivalentes a los de los funcionarios de la OEA", pese a que la secretaria adjunta no tiene el nivel salarial que corresponde a su rango, lo mismo que la abogada. Los demás abogados tienen contratos laborales, hechos de acuerdo a la legislación laboral costarricense, con salarios totalmente fuera de mercado para funcionarios internacionales, pese a contar con una especialidad y ser por lo menos bilingües. Además, no se les pagan los boletos aéreos de traslado a Costa Rica al momento de su contratación.

En lo que respecta a la búsqueda de fondos en el extranjero, la Corte, al explicar que sus necesidades de recursos deben destinarse a contratar más abogados y aumentar el número de días de sesiones, se encuentra con la respuesta por parte de los donantes que fondos para esos rubros deberían ser sufragados por el fondo regular de la OEA.

Esta es la razón por la que históricamente muchos

de los abogados de la Corte han sido costarricenses y todos ellos muy jóvenes, recién graduados y solteros. Si tuvieran más obligaciones que atender no les alcanzaría el salario, por lo que muchos de ellos, una vez capacitados, apenas reciben mejores ofertas, dejan la secretaría del tribunal, donde se trabajan largas y agotadoras jornadas en temas delicados y jurídicamente complejos y difíciles, que conllevan una gran responsabilidad.

Muchos de los expertos en derechos humanos o profesionales en el campo que visitan la Corte se preguntan: ¿cómo en esas condiciones se producen tantas sentencias, extensos trabajos jurídicos de gran calidad, citados hoy día por la Corte Europea de Derechos Humanos y por las cortes supremas y los tribunales constitucionales de América?

Sólo quien ha trabajado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se percata de la mística que por la causa de los derechos humanos han tenido y tienen los jueces del tribunal y el personal de la Secretaría de la Corte, la cual explica este milagro. Pero eso no justifica que se mantengan las cosas como están. Por el contrario, debería provocar una reacción inmediata en los órganos políticos de la OEA y en los Estados partes en la Convención Americana para solventar esta penosa e inexplicable situación, porque hasta el momento la solución ha sido "repartir el mismo pastel entre más personas".

Reglamento de 2000, reformado en noviembre de 2003

El 1 de junio de 2001 entró en vigor el cuarto Reglamento de la Corte, que tiene como aspectos innovadores más importantes el darle el *locus standi in iudicio* a la presunta víctima en los procesos ante el tribunal; o sea, la participación autónoma de la presunta víctima en todo el proceso ante la Corte una vez que la Comisión Interamericana somete un caso a su consideración, y el disponer que las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente siempre y cuando hubieran sido re-

Presupuesto de la Corte IDH

Año 2001	US\$1.284.700	equivalente al 1.52% del presupuesto de la OEA
Año 2002	US\$1.354.700	equivalente al 1.61% del presupuesto de la OEA
Año 2003	US\$1.395.036	equivalente al 1.65% del presupuesto de la OEA
Año 2004	US\$1.391.300	equivalente al 1.65% del presupuesto de la OEA



cibidas en procedimientos contradictorios. Este reglamento se reformó en noviembre del año 2003, reformas que entraron en vigor el 1 de enero de 2004, con medidas tendientes a hacer más expedito el procedimiento y bajar los costos del mismo.

Como la Corte no tiene presupuesto para pagar regularmente un salario a sus jueces, éstos deben realizar todo el trabajo posible durante las ocho o diez semanas de sesiones que celebren al año. Por esto, el tribunal ha tenido que reducir el tiempo que debe dedicar a recibir testimonios y peritazgos en los casos que se le someten y ordenar que se presenten *affidávits* o “declaraciones juradas” de los testigos o peritos que no se citen a declarar; a deliberar durante las noches y los fines de semana y a trasladar algunos de los costos del litigio a las partes. Como ejemplo de esta situación podemos citar la reforma del artículo 26.2 del Reglamento que ordena presentar el escrito original de demanda, de contestación a la demanda, de solicitudes, argumentos y pruebas, contestación de excepciones preliminares, así como los anexos respectivos, acompañados con tres copias idénticas al original, los que en algunos casos suman miles de folios, para ahorrarle al tribunal el costo de reproducción. Se puede citar también la reforma al artículo 43.2, que dispone que las audiencias públicas se grabarán y que se entregaría una copia de la misma a las partes, en lugar de hacer la transcripción literal de las mismas, como se hacía antes. O el caso del artículo 47.3 que autoriza la presentación de *affidávits*, anteriormente comentada.

Los efectos del cuarto Reglamento de la Corte han sido inmediatos: se redujo considerablemente el promedio del tiempo de duración del proceso ante la Corte, ya que el anterior promedio de 38 meses (contado a partir de la notificación de la demanda hasta la sentencia de reparaciones) es ahora de 20 meses.

Si no se solventa de una manera global la situación de la Corte Interamericana, este promedio, sin duda alguna, volverá a subir.

Cooperación internacional durante el período

Como se ve en el cuadro relativo a la cooperación internacional, la mayoría de las donaciones se hicieron con el objeto de ayudar a la Corte a hacer sus publicaciones, ya que su presupuesto en aquella época y en la actualidad tampoco le alcanza para esto. Y si no se publican las sentencias no se conoce la labor del tribunal, y la jurisprudencia de éste no tendría el impacto positivo que ha tenido en muchos Estados partes.

Cabe resaltar que, como consecuencia del pago de cuotas atrasadas por el gobierno de los Estados Unidos de América a la OEA en octubre de 2002, la Corte recibió, al igual que otros organismos y entidades de la OEA, una suma de dinero para ser empleada de una sola vez y no para cubrir gastos operacionales normales. En el caso de la Corte recibió 600 mil dólares estadounidenses que utilizó para ampliar su sede con el fin de tener una sala de audiencias públicas y una de deliberaciones apropiadas, así como oficinas para jueces y abogados.

Donante	Objeto de la Donación	Fecha	Monto US\$
Ministerio de Relaciones Exteriores de Finlandia	Apoyo al área de publicaciones de la Corte IDH	abril 2002	97.763.50
Universitá Católica del Saccro Cuore – Michangela Escalabrino	Programa de pasantías a estudiantes de derecho	diciembre 2002 enero 2003	20.000.00
Organización de los Estados Americanos	Proyecto de Ampliación de la Sede de la Corte IDH	enero 2003	600.000.00
Misión Permanente de México ante la OEA	Fortalecimiento del área de publicaciones de la Corte IDH	septiembre 2002	50.000.00
ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados)	Apoyo al área de publicaciones de la Corte IDH	octubre 2002 diciembre 2003	23.480.14
Misión Permanente de México ante la OEA	Fortalecimiento a la Corte IDH	octubre 2002	100.000.00
Misión Permanente de México ante la OEA	Apoyo a las actividades de la Corte IDH	mayo 2003	91.964.28
Gobierno de Brasil	Apoyo a las actividades de la Corte IDH	abril 2004	40.000.00



Las resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre el financiamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las últimas cuatro asambleas generales de la OEA han reiterado la necesidad de financiar adecuadamente a la Corte Interamericana. Este tema, entre otros muchos en relación con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se encuentra en resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

Asamblea General del año 2001

La Resolución AG/RES.1827 (XXXI-O-01) de 5 de junio de 2001, denominada "Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", dispuso en el punto resolutivo 6:

Encomendar al Consejo Permanente que en los próximos ejercicios financieros promueva un adecuado incremento de los recursos asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base del reconocimiento de que la promoción y protección de los derechos humanos constituye una prioridad fundamental de la Organización (OEA, 2001, p. 160).

La Resolución AG/RES.1828 (XXXI-O-01) de 5 de junio de 2001, denominada "Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento", dispuso el punto resolutivo 1.d y e:

Encomendar al Consejo Permanente que inicie acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de los Jefes de Estado y de Gobierno seleccionados con el fortalecimiento y perfeccionamiento del Sistema Interamericano de protección y promoción de los derechos humanos contenidos en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, concentrándose en:

[...]

d. El incremento sustancial del presupuesto de la Corte y de la Comisión, elaborando un plan para que en un

tiempo razonable los órganos del sistema puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades, así como asegurar la eficiencia del sistema y del uso de los recursos asignados; y el establecimiento de un fondo específico para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de protección y promoción de los derechos humanos destinado a fomentar las contribuciones voluntarias en beneficio de los órganos del sistema e incrementar sus esfuerzos relacionados con la promoción y universalización del sistema.

e. el examen de la posibilidad de que la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos funcionen de manera permanente, teniendo en cuenta, entre otros, los criterios de dichos órganos (OEA, 2001, p. 162).

Asamblea General del año 2002

La Resolución AG/RES.1850 (XXXII-O-02) del 4 de junio de 2002, denominada "Observaciones y Recomendaciones de los Estados Miembros al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", dispuso en el punto resolutivo 3, lo siguiente:

Encomendar al Consejo Permanente que presente al trigésimo tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la O.E.A. un proyecto de presupuesto para el año 2004 en el que se realice un efectivo y adecuado incremento de los recursos económicos originados a la Corte a la luz de las necesidades y metas descritas en el documento presentado por su Presidente (CP/CA5P-1921/02 con 1) (OEA, 2002, p. 42).

La Resolución AG/RES.1890 (XXXII-O-02) del 4 de junio de 2002, denominada "Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento", dispuso en su punto resolutivo 1.d y e, lo siguiente:

Reafirmar la voluntad de la Organización de los Estados Americanos de continuar las acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de los Jefes de Estado y de Gobierno relacionados con el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contenidos en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas:

[...]

d. el incremento sustancial del presupuesto de la Corte y de la Comisión, a fin de que en un plazo razonable los órganos del sistema puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades; y



e. el examen de la posibilidad de que la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos funcionen de manera permanente, teniendo en cuenta, entre otros elementos, los criterios de dichos órganos (OEA, 2002, p. 178).

Adicionalmente, en el punto resolutivo 3.e dispuso:

Instar a los Estados Miembros de la Organización a que, de conformidad con el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas:

e. Contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, destinado a fomentar contribuciones voluntarias a los órganos del sistema.

Asamblea General del año 2003

La Resolución AG/RES. 1918 (XXXIII-O-03) del 10 de junio de 2003, denominada "Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", dispuso en su punto resolutivo 5, lo siguiente:

Encomendar al Consejo Permanente que continúe analizando los medios para lograr un incremento efectivo y adecuado de los recursos económicos asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el programa-presupuesto de la Organización.

Y en el número 6 agregó:

Instar, adicionalmente, a los Estados Miembros de la Organización a que contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (OEA, 2003, p. 26).

La Resolución AG/RES.1925 (XXXIII-O-03) del 10 de junio de 2003, denominada "Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas", dispuso en su punto resolutivo 2.d y e, lo siguiente:

Reafirmar la voluntad de la Organización de los Estados Americanos de continuar las acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de los Jefes de Estado y de Gobierno relacionados con el fortalecimiento y perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contenidos en

el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas:

d. El incremento sustancial de los presupuestos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que en un plazo razonable los órganos del sistema puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades; y

e. El examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos funcionen de manera permanente teniendo en cuenta, entre otros elementos, los criterios de dichos órganos (OEA, 2003, p. 41).

Adicionalmente, en el punto resolutivo 3.b agregó:

Destacar los recientes avances en las áreas específicas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos identificados en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, a saber:

[...]

b) El incremento de los recursos del Fondo Regular asignado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los aportes voluntarios de Argentina, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, México, así como de España y Finlandia para facilitar la labor de dichos órganos.

La Asamblea General del año 2004

La Resolución AG/RES. 2043 (XXXIV-O-04) del 8 de junio de 2004, denominada "Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", dispuso en sus puntos resolutivos 7 y 8, lo siguiente:

Instruir al Consejo Permanente que continúe analizando los medios para lograr un incremento efectivo y adecuado de los recursos económicos asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el programa-presupuesto de la Organización.

8. Instar, adicionalmente, a los Estados Miembros de la Organización a que contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (OEA, 2004).

La Resolución AG/RES. 2030 (XXXIV-O-04) del 8 de junio de 2004, denominada "Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas", dispuso en su punto



La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente

resolutivo 2.d y e, lo siguiente:

- d) El incremento sustancial de los presupuestos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que en un plazo razonable puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades; y
- e) El examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos funcionen de manera permanente teniendo en cuenta, entre otros elementos, los criterios de dichos órganos.

Y en el punto resolutivo 3.b agregó:

- b) Los aportes voluntarios que para facilitar a labor de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han hecho Brasil, Costa Rica y México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, en el punto resolutivo 4.a, b, c y e, agregó:

- a) Continúe analizando los medios para lograr un incremento efectivo y adecuado de los recursos económicos asignados a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el programa-presupuesto de la Organización.
- b) Apoyen las iniciativas que para la solicitud de financiamiento, presentan la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos ante organismos internacionales y regionales en beneficio de las actividades de los órganos del Sistema Interamericano de protección y promoción de los derechos humanos.
- c) Inste, adicionalmente, a los Estados Miembros de la Organización a que contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de protección y promoción de los derechos humanos.

[...]

- e) Continúe el análisis de las prioridades para el perfeccionamiento del mismo, incluyendo el examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puedan llegar a funcionar de manera permanente, teniendo en cuenta la información suministrada por los Presidentes de ambos órganos sobre el particular.

Como conclusión de este capítulo es oportuno citar al

entonces secretario general de la OEA, César Gaviria Trujillo, que en el documento titulado *La OEA 1994-2004, Una Década de Transformación*, afirmó sobre el problema en cuestión:

Igualmente, debemos avanzar también hacia un funcionamiento más permanente de la Corte y de la Comisión. Soy un convencido de que el sistema actual exige demasiado a los comisionados y los jueces.

Recursos y el Sistema

En relación estrecha con estas ideas, es esencial resaltar lo que ha sido mi posición sobre el crucial tema de recursos: cada día que pasa es más urgente que los Estados miembros de la Organización aumenten los recursos humanos y financieros a disposición de la Comisión y la Corte. Y en un ámbito financiero sumamente adverso a través de estos años, en el cual el fondo regular ha disminuido de manera significativa en términos reales y se han hecho recortes drásticos en casi todas las áreas de la Organización, hemos logrado dotar a la Comisión y la Corte de más recursos humanos y materiales. Pero al mirar hacia el futuro, este tema merece una reflexión más profunda.

[...]

Debe ser motivo de reflexión el hecho de que la cumbre presidencial del año siguiente a la publicación de este documento haya resaltado el tema presupuestal para el Sistema, exhortando a la OEA a que 'considere un adecuado incremento de los recursos para las actividades de la Comisión y de la Corte para perfeccionar los mecanismos de derechos humanos'. En un sentido claro, la atención presidencial al tema le brinda una indiscutida importancia. En otro sentido, la continua vigencia del tema significa que el problema está lejos de ser resuelto. Sigue existiendo, como lo señalamos a fines de 1996 en el mencionado documento acerca de la Nueva Visión de los Derechos Humanos, un vacío entre la prioridad articulada del Sistema de Derechos Humanos en nuestro temario hemisférico y la relativa escasez de fondos que los Estados miembros han podido orientar a esa labor. Y aún la inclusión de mandatos formales en varias resoluciones y declaraciones para conceder prioridad presupuestaria a una esfera específica, como la de los derechos humanos, no siempre ha dado los resultados esperados. Creo que se requiere una reestructuración de las prioridades del presupuesto regular dentro de un proceso bastante estricto dirigido y acordado por los propios Estados miembros. El producto crítico e indispensable debe ser una decisión fundada, por ejemplo, en una resolución, que establezca detalladamente las prioridades y los cambios presupuestarios. De esta for-



ma, y acorde con la posición que ocupa este tema en nuestra agenda política, empezaríamos a encontrar mecanismos para atender las necesidades presupuestarias del Sistema, a efectos de mantener su eficacia y su protagonismo en nuestra arquitectura hemisférica.

[...]

El Sistema Interamericano está más activo que nunca. Sin duda, contamos con un mayor consenso entre los Estados miembros, con mejores reglamentos y mayor admisibilidad, con mayor participación de la sociedad civil, con un uso más amplio y efectivo de las funciones del relator, en particular con respecto a la libertad de expresión. Contamos además con una Corte y una Comisión con la mayor autonomía institucional posible, lo que las fortalece en el plano jurídico y político. Creo que el Sistema de Derechos Humanos está ahora preparado para un salto cualitativo, pero, para que ellos sea posible, es preciso dotarlo de más recursos; resolver la cuestión de la universalización; brindar a los ciudadanos un mayor acceso al Sistema; y determinar si nuestros órganos de derechos humanos pueden actuar con un carácter más permanente. Nuestra Organización, por medio de la Comisión y la Corte, tiene la capacidad y la experiencia, como ninguna otra institución de nuestra región, para escribir el próximo capítulo en la historia de los derechos humanos de las Américas (Gaviria, 2004, pp. 160-6).

Como corolario de las cifras presentadas, y de las citas destacadas del documento *La OEA 1994-2004, Una Década de Transformación* presentado por el entonces secretario general de la Organización, César Gaviria Trujillo, así como de tantas resoluciones aprobadas y de lo que se dice en la Resolución AG/RES.1925 (XXXIII-O-03) del 10 de junio de 2003, en el punto resolutive 3.b, en el sentido de destacar el incremento de los recursos del Fondo Regular de la OEA asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste creció de 1.52%, en el año 2001, al 1.65 % en el 2004, por lo que sobran comentarios al respecto.

Conclusiones

Son muchos los temas que deben analizar los Estados miembros de la OEA, así como los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuya consideración trasciende el propósito de este artículo que simple y sencillamente pretende mostrar la necesidad urgente de allegar fondos a la Corte Interamericana para que pueda cumplir satisfactoriamente con sus altas funciones convencionales, en razón del demostrado incremento del número de casos sometidos al tribunal.

Cabe citar, entre otros, algunos de esos grandes temas: el acceso directo del individuo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, consecuentemente, el papel que debe jugar la Comisión Interamericana una vez que ha sido sometido el caso a la Corte como parte procesal que es, ya que las partes sustanciales son las presuntas víctimas, sus familiares o representantes legales y los Estados, de acuerdo con lo que dispone el Reglamento de la Corte; el incremento inmanejable en el número de jueces *ad hoc*, que duplican el número de jueces titulares y que, en corto tiempo, pueden llegar a triplicarlos o cuadruplicarlos, lo que en términos económicos significa que la Corte está casi todo el tiempo integrada con ocho jueces, con la salvedad de que los titulares hacen un solo viaje de ida y de regreso durante la sesión a la sede de la Corte, mientras que hay un juez *ad hoc* llegando y saliendo cada dos o tres días durante la sesión; y la necesidad de establecer un órgano de la propia OEA para supervisar el cumplimiento de las sentencias que dicta la Corte.

Pero la mejor ilustración que puede tener este artículo, y mostrar la grave crisis que en un corto período de tiempo puede enfrentar el tribunal en razón del incremento de casos y de la escasez de recursos económicos, es la carta (Anexo I) que el mes de noviembre de 2003 todos los jueces de la Corte, los secretarios y el administrador enviaron al secretario general de la OEA, César Gaviria Trujillo, la cual se explica por sí sola. Se incluye también copia de la respuesta del secretario general de la OEA a la Corte Interamericana (Anexo II).

Cabe, finalmente, reafirmar la necesidad de que se den fondos adicionales a la Corte Interamericana, no sólo para que se tomen las provisiones para una futura corte permanente,



La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente

sino para que la Corte se transforme de inmediato en un tribunal permanente. En caso contrario, aunque es penoso decirlo, las listas de casos esperando ser considerados por la Corte se harán cada vez más extensas, así como el tiempo que duran

los casos en ser resueltos por la Corte se hará cada vez mayor, en el alto tribunal, que vela jurisdiccionalmente por la protección de los derechos humanos en las Américas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corte IDH – ACNUR, *Corte Interamericana de Derechos Humanos: El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2a. edición, San José, 2003.

Gaviria, César, *La OEA 1994-2004, Una Década de Transformación*, OEA, Washington, D.C., 2004.

OEA, *Actas y Documentos Volumen I*, Trigésimo Primer Período Ordinario de Sesiones, San José, 2001.

———, *Actas y Documentos Volumen I*, Trigésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones, Bridgetown, 2002.

———, *Actas y Documentos Volumen I*, Trigésimo Tercero Período Ordinario de Sesiones, Santiago de Chile, 2003.

———, *Actas y Documentos Volumen I*, Trigésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones, Quito, 2004.



ANEXO I

20 de noviembre de 2003

Señor Secretario General:

Excelentísimo señor
César Gaviria Trujillo, Secretario General
Organización de los Estados Americanos
Washington, D. C.

Los suscritos, Jueces, Secretarios y Administrador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tenemos el honor de dirigirnos a Vuestra Excelencia, con el propósito de salvar la responsabilidad institucional de la Corte y, la personal de cada uno de nosotros, ante el inminente colapso que se presentará a partir del año 2004 en las labores que lleva a cabo la Corte Interamericana, producto de las reducciones presupuestarias que sufre el Tribunal.

El 17 de octubre de 2002 el señor Presidente de la Corte Interamericana, Juez Antônio A. Cançado Trindade, hizo una extensa exposición ante el Consejo Permanente (OEA/SER.G CP/doc.2654/02), y en numerosas ocasiones ante diversas instancias de la OEA durante los últimos cuatro años, en que transmitió a los señores Embajadores la preocupación del Tribunal ante el inminente aumento en el número de casos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometería a la consideración de la Corte a partir del año 2003, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de ese órgano de la OEA, el 1 de mayo de 2001.

La reacción de la Secretaría General ante esta exposición y ante las resoluciones de la Asamblea General número 1827, 1828, 1850 y 1890, que ordenaron aumentar sustancialmente el presupuesto de la Corte con el fin de fortalecer su trabajo, reiterado por la Asamblea General de ese año mediante las resoluciones números 1918 y 1925, fue anunciar al Consejo Permanente, en una exposición que ante el mismo hizo el Subsecretario de Administración, señor James R. Harding, en marzo de este año, que había presupuestado US\$1.000.000.00 (un millón de dólares) para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de los cuales US\$400.000.00 (cuatrocientos mil dólares) corresponderían a la Corte, para incrementar el presupuesto ordinario del Tribunal para el año 2004.

Pero finalmente, en el proyecto de presupuesto para el año 2004 que la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios sometió a la Asamblea General celebrada en Santiago de Chile en junio del presente año, no solamente no se aumentó el presupuesto de la Corte, sino que se le hizo un recorte por la suma de US\$25.364.00 (veinticinco mil trescientos sesenta y cuatro dólares), con el objeto de solventar el aumento de los salarios del personal de la Secretaría General en Washington, D.C. por concepto de ajuste por lugar de destino, recorte que además, se hizo inclusive efectivo desde el año 2003. La Secretaría General informó de este recorte al Tribunal el 13 de mayo del presente año.

El Presidente de la Corte entregó una nota personalmente en su despacho el 22 de mayo de 2003, en la que le manifiesta su más profunda preocupación por la decisión tomada y le solicitó el reintegro de la suma recortada. La misma solicitud hizo la Corte mediante nota de 9 de junio de 2003, que le fuera entregada personalmente a usted por los señores Jueces del Tribunal en Santiago de Chile. La respuesta de la Secretaría General a las comunicaciones de la Corte se hizo a través de la nota de 5 de agosto de 2003, mediante la cual el Subsecretario de Administración, señor James R. Harding, hace referencia a la resolución del Consejo Permanente CP/RES.845 del 23 de abril de 2003, que autorizó efectuar modificaciones en el programa-presupuesto aprobado por la Asamblea General para el 2003, en razón de "una crisis de tipo presupuestario inflexible que le impide al Secretario General satisfacer la solicitud que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado".

Ante los reiterados mandatos de la Asamblea General de que se aumente sustancialmente el presupuesto de la Corte,



La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente

decisiones del máximo órgano político de la Organización, siguiendo a su vez las directrices de la Cumbre de las Américas celebrada en Canadá en el año 2001, a este Tribunal no le parece apropiada la respuesta que ha recibido, de carácter meramente técnico de un alto funcionario de la Secretaría General, pero no de la persona que tiene la responsabilidad de tomar las iniciativas y las decisiones políticas dentro de la Secretaría General, quien es propiamente el Secretario General. Y menos que no se atienda su requerimiento de aumento de fondos, después de que fue la propia Asamblea General en el año 2000 la que ordenó la reforma de los Reglamentos de la Corte y la Comisión lo que, como consecuencia, aumentó el número de casos que serían sometidos a consideración de la Corte. Los referidos cambios reglamentarios fueron efectuados en el entendimiento común que serían debidamente acompañados de un necesario aumento sustancial en el presupuesto de la Corte y la Comisión Interamericanas.

Ese momento crítico ya llegó, señor Secretario General. Como usted bien comprenderá, un Tribunal que sesiona únicamente ocho semanas al año, que no tiene personal suficiente para atender ese volumen de trabajo y que debe dedicar la mitad de su tiempo útil a recabar pruebas (audiencias públicas), está en condiciones muy adversas para afrontar el número de casos que se le han encomendado, por lo que debe ser serio y decir con toda claridad, para salvar su responsabilidad, que el sistema está en vías de colapsar. El viejo adagio "*justice delayed is justice denied*" está a punto de ser una realidad en el propio Sistema Interamericano.

Por todo lo anterior, hacemos un llamado al señor Secretario General y, a través suyo, a los Estados Miembros de la OEA, para que el compromiso político manifestado reiteradamente se transforme en realidad, y eviten que ese sistema que le ha dado tanto prestigio y credibilidad a la Organización que usted dirige, pierda credibilidad ante los hombres y mujeres de nuestro Hemisferio.

Enviaremos copia de esta carta al señor Presidente del Consejo Permanente así como a todos los Embajadores, Representantes Permanentes de los Estados Miembros ante el citado órgano de la OEA.

Aprovechamos la oportunidad para reiterar a su Excelencia las seguridades de nuestra más alta y distinguida consideración.

(f)

Antônio A. Cançado Trindade

(f)

Sergio García Ramírez

(f)

Máximo Pacheco Gómez

(f)

Oliver Jackman

(f)

Hernán Salgado Pesantes

(f)

Alirio Abreu Burelli

(f)

Carlos Vicente de Roux Rengifo

(f)

Pablo Saavedra Alessandri

(f)

Manuel E. Ventura Robles

(f)

Arturo Herrera Porras



ANEXO II

Organización de los Estados Americanos
Washington, D.C.

EL SECRETARIO GENERAL

16 de enero de 2004

Señores Jueces,

Tengo el honor de dirigirme a vuestras excelencias para acusar recibo de su carta del 20 de noviembre y hacer algunas aclaraciones respecto a su contenido. En dicha carta dicen salvar la responsabilidad por lo que ustedes consideran el inminente colapso de la Corte como resultado de los presupuestos adoptados por el Consejo Permanente y la Asamblea General de la organización, señalan a la Secretaría General como responsable de la situación presupuestal de la Corte, y hacen una serie de quejas que me veo en la necesidad de contestar.

La primera queja es que la Secretaría General no ha reaccionado adecuadamente a las resoluciones de la Asamblea General apoyando el aumento de recursos para la Corte. Esto no es cierto. La Secretaría General ha sido incansable promotora y defensora del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y ha sido en buena parte gracias a sus esfuerzos que se han aumentado los recursos del mismo, que aunque insuficientes, son muy superiores a lo que eran hace unos años. No se debe olvidar que a pesar que el presupuesto del Fondo Regular no ha aumentado, y que se han hecho recortes drásticos en casi todas las áreas de la Organización, los montos presupuestales asignados a la Corte se han más que duplicado en los últimos diez años.

La segunda queja es que el Subsecretario de Administración no cumplió la promesa que hizo a la Corte de aumentar el presupuesto de la misma para el año 2004. Esto tampoco es cierto. El Sr. Harding hizo grandes recortes en diversas áreas de la Organización, lo cual permitió incluir aumentos sustanciales para la Corte en el presupuesto que se presentó a los cuerpos políticos. Estos y no la Secretaría General son lo que toman la decisión final respecto al presupuesto. Con respecto a la apropiación adicional de \$600,000 dólares que se hizo en el 2003, el Subsecretario de Administración señaló claramente que se trataba de una partida única y que por lo tanto no podía contarse con ella para futuros presupuestos. Las condiciones de esa partida adicional fueron estipuladas claramente por escrito y ante las diferentes instancias presupuestales, y por eso es difícil entender cómo se llegó a la interpretación que el presupuesto de la Corte se vería aumentado en una suma similar todos los años.

La tercera queja es que la Secretaría General no solo incumplió la promesa de aumentar el presupuesto de la Corte sino que lo redujo en aproximadamente 25,000 dólares para solventar el aumento de salarios del personal de la Secretaría General. En 1995 la Asamblea General mediante AG/RES. 1319 (XXV-0/95) declaró que el sistema de salarios de la Secretaría General sería el de las Naciones Unidas y que todos los aumentos o modificaciones tendrían aplicación automática en la Secretaría General. Subsecuentemente, por CP/RES.652 las Normas Generales fueron actualizadas con el fin de reflejar el cambio en las escalas de salarios de acuerdo con la paridad con Naciones Unidas. Al producirse un cambio en la escala de salarios de las Naciones Unidas, la Secretaría General, ante decisión tomada por los Estados miembros, no tenía otra alternativa que hacer recortes en todas las áreas, no solo en la Corte, para atender los gastos ordenados.

La cuarta queja es que la Secretaría General no respondió adecuadamente a las solicitudes que hizo la Corte de reintegrar las sumas recortadas. La verdad es que salvo que los estados miembros hubieran asignado nuevos recursos y los hubieran destinado a la Corte, la Secretaría General no tenía los recursos financieros ni la autorización de los cuerpos políticos para restituir, como lo llama la Corte, las sumas recortadas.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente

La quinta queja es que la Corte considera que sus reclamos deben ser respondidos por el Secretario General y no por el Subsecretario de Administración. El Secretario General ha sido siempre respetuoso en grado extremo de la autonomía, independencia, y dignidad de la Corte. En consecuencia sus contactos con ella se han hecho con el respeto y la deferencia que le merecen la institución y sus miembros. El pedirle al Subsecretario de Administración que atendiera los reclamos de la Corte en materia presupuestal no debe interpretarse como una evasión de responsabilidades ni un irrespeto a la Corte sino como un esfuerzo del Secretario General por dar a las inquietudes del Tribunal la respuesta más exacta y rápida.

La sexta y última queja de la carta es que la Corte considera que existía un entendimiento común según el cual los cambios reglamentarios que adoptó serían acompañados de un aumento sustancial en su presupuesto. El Secretario General está seguro que los estados miembros están más comprometidos que nunca con la idea de fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que en la medida en que puedan hacerlo, aumentarán los recursos del mismo, pero no creo que los mandatos de la Asamblea General de hacer las instituciones del sistema más efectivas y ágiles vayan acompañados de un mutuo entendimiento por aumentar los recursos de las mismas. Si así fuera todos los problemas presupuestales estarían resueltos porque bastaría cambiar los reglamentos para tener mayores presupuestos.

Señores Jueces, como lo han demostrado siempre mis palabras y mis acciones como Secretario General considero que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es uno de los elementos más importantes del mismo, sobre todo en una etapa de nuestro desarrollo político en el que es fundamental profundizar y defender ciertos derechos de las minorías. Siempre han tenido en mí un aliado en su incansable y noble labor, y así seguirá siendo, pero considero que el tono de las quejas es equivocado y que las reivindicaciones que ustedes defienden deben ser dirigidas no a mí sino a quienes tengan el poder y la autoridad para otorgarlas.

Por todo esto considero de especial valor las comunicaciones que la Corte ha dirigido a los cuerpos políticos de la Organización, ya que son éstos, como lo he dicho, los únicos que pueden traducir las resoluciones de la Asamblea General en un aumento real de los recursos de la Corte. Cuenten conmigo para las acciones que tengan que emprender en procura de ese objetivo.

Les deseo la mejor suerte en estas tareas y aprovecho para reiterar a sus Excelencias las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

(f)

César Gaviria



OEA y participación de la sociedad civil

Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida

**J. Hugo
Rodríguez
Brignardello***

Este artículo analiza el papel de las organizaciones de la sociedad civil, especialmente las dedicadas al trabajo de derechos humanos, en el ámbito de la Organización de Estados Americanos. A partir de señalar las diferencias y similitudes entre la ONU y la OEA, evalúa de manera crítica el desempeño de la organización regional en el apoyo a la institucionalidad pública en diversos países de la región y resalta la importancia que los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tienen en su consolidación. Por último, señala los obstáculos que las organizaciones de la sociedad civil deben sortear para consolidar su participación en la OEA —con los casos del “MESEVIC” y el monitoreo sobre el cumplimiento de los DESC del Protocolo de San Salvador— para hacer algunas propuestas iniciales que fortalezcan dicha participación.

En lo que viene propongo algunas ideas, en parte reflexivas y en parte testimoniales, sobre la que estimo es una opción aún no cerrada del todo para la Organización de los Estados Americanos (OEA): la participación e involucramiento de las organizaciones de la sociedad civil (OSC), especialmente de aquellas dedicadas al trabajo por los derechos humanos, como instrumento importante al servicio de las personas y los pueblos de nuestra región. Es mi deseo y el propósito de este texto contribuir a que la atención en dicho tema, permita superar las dificultades que en torno a él actualmente existen.

Algunas diferencias y similitudes

Una primera evocación que quiero plantear es la de las diferencias, varias de ellas obvias, entre la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la OEA. Además de la cobertura internacional y virtualmente mundial de la primera y el alcance regional interamericano de la segunda, sus

orígenes difieren marcadamente y no sólo debido al momento en que cada entidad surgió, sino a los propósitos que cada cual se propuso acometer. La ONU fue imaginada en medio de los convulsos y trágicos años de la segunda guerra mundial, que dejaron cerca de 50 millones de muertos y la potenciación, a escala jamás antes vista, de la capacidad autodestructiva del género humano. Aunque no suele enfatizarse suficientemente este aspecto, las finalidades que en enero de 1942 inspiraron a lo que casi tres años después se convertiría en la naciente ONU, fueron primordialmente militares. Churchill, uno de los autores de la iniciativa, recuerda cómo él mismo, representando a la Gran Bretaña, junto con el embajador soviético Litvinov y el Presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, suscribieron y promovieron una *Declaración de las Naciones Unidas* donde claramente se expresa el propósito de emplear todos los recursos “militares o económicos” contra Alemania, Italia y Japón, y el no suscribir un armisticio o paz por separado con dichos “enemigos” (Churchill 2003, 56).¹

La *Declaración* propuso como justificante ético de esa concertación política y militar, la necesidad de una “victoria absoluta sobre [los] enemigos” como forma de defender la

* Asesor Legal para América de Amnistía Internacional (Secretariado Internacional). Las opiniones que aquí se vierten no expresan ni comprometen necesariamente a dicha entidad. HBrignar@amnesty.org.

1 Cf. En este mismo volumen Churchill, hablando del futuro ataque a Italia indicaba que “[s]i caía [...] las Naciones Unidas ocuparían los puertos y aeropuertos necesarios para continuar las operaciones en los Balcanes y en el Sur de Europa”, p. 213 (el resaltado aquí es mío).



vida, independencia y libertades, y “para conservar los derechos humanos y la justicia,” (Churchill 2003, 56) logrando la adhesión, por entonces, de 26 Estados, once de ellos americanos y entre éstos nueve latinoamericanos.² El 26 de junio de 1945 era firmada la Carta de la ONU por 50 países, y el 24 de octubre del mismo año la organización empezaba a existir oficialmente. En lo que vino, la ONU se convirtió en un escenario que bajo el propósito comúnmente aceptado de lograr la paz y seguridad mundiales, mostró la confrontación de posturas e intereses económicos e ideológicos, y por supuesto políticos,

Simón Bolívar, se ubican en una etapa en que ya empieza a percibirse claramente la emergencia de Estados Unidos de América como potencia mundial. En concreto, mediante resolución de la I Conferencia Internacional de las Repúblicas Americanas de 14 de abril de 1890 se crea en Washington D.C. la “Unión Internacional de las Repúblicas Americanas” con propósitos bastante diferentes a los bélicos: compilar y distribuir información comercial. Dos décadas después, la entidad ya es conocida con el nombre de “Unión Panamericana”, el cual conservará hasta la inmediata segunda posguerra mundial, al suscribirse en abril de 1948 la Carta de creación de la OEA que empieza a regir en 1951 y ha tenido, desde entonces, algunas modificaciones.³



Al menos en lo declarativo, la OEA está avocada a cumplir una multitud de objetivos que son de suyo, cada cual, especialmente amplios y complejos, y no es exagerado sostener que su desempeño dista en mucho de ser satisfactorio.

No es forzado sostener que, al menos en un aspecto importante, hay una suerte de similitud entre la ONU y la OEA. La organización mundial está sujeta no sólo sustancial sino formal y oficialmente al control, en los temas de suma importancia (referidos como de paz y seguridad) de las potencias mundiales. Clara expresión de ello es que las decisiones de la Asamblea General del organismo, donde el conjunto de naciones está representado, *no* tienen fuerza vinculante (jurídicamente obligatoria), como sí la tienen las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU,⁴ donde cinco de esas potencias (Estados Unidos de América, la República Popular China, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido), además de ser miembros permanentes sobre un total de 15, tienen, como es sabido, la facultad de vetar las propuestas de decisión contrarias a sus intereses y posiciones.⁵

de las grandes potencias del planeta (referida, según es bien sabido, como Guerra Fría) y de los países que en torno a aquellas se alinearon. Concurrentemente, se produjo en el marco de la ONU un desarrollo, por decir así, a niveles exponenciales, del Derecho Internacional y, muy importante, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Distinto fue el surgimiento de la OEA. Sus antecedentes más inmediatos, dejando de lado las, en mi opinión, forzadas y cuasi míticas referencias al panamericanismo de

Desde un punto de vista legal y formal sería aparentemente distinto el caso de la OEA, ya que su Carta proclama enfáticamente la entera igualdad de derechos de todos los Estados

- 2 Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, China, Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, India, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Sudáfrica, Yugoslavia, Estados Unidos de América, Canadá, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua y Panamá.
- 3 La Carta ha sido reformada mediante el Protocolo de Buenos Aires de 1967, el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985, el Protocolo de Washington de 1992 y el Protocolo de Managua de 1993.
- 4 Señala el artículo 25 de la Carta de la ONU: “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”. No hay similar norma para la Asamblea General, salvo para la aprobación del presupuesto de la propia ONU. La Asamblea se considera en lo fundamental un cuerpo deliberativo. Puede verse al respecto a Abdullah El Erian (1994; 117 a 132).
- 5 Esta situación de privilegio deriva de los momentos fundacionales de la ONU. La “necesidad” del predominio de las grandes potencias por sobre los demás Estados, es argumentada con transparencia indudable por uno de los gestores de la organización que ya he mencionado. En efecto, Churchill, adoptando una postura crítica ante lo que devino como Naciones Unidas sostenía: “A medida que nos acercábamos al final de la guerra, tenía la idea de que debían gobernar el mundo las mejores mentes y las mejores ideas, lo cual suponía que, si tenían que estar representados todos los países, tanto grandes como pequeños, tenía que haber una clasificación. [...] el voto de un país de uno o dos millones de habitantes no puede decidir, o ni siquiera influir en las acciones de los Estados poderosos. [...] Los Estados pequeños no tienen derecho a hablar en nombre de toda la humanidad” (Churchill 2003, 515 y 516).



miembros.⁶ No obstante, es del todo evidente la enorme influencia que los gobiernos de los Estados Unidos de América ha venido ejerciendo sobre la organización y, asimismo, es de señalar que salvo circunstancias harto excepcionales, los órganos de la OEA, incluido el más alto en jerarquía como es la Asamblea General, adoptan sus decisiones por consenso. Ambos elementos, junto con el apoyo financiero, hacen en los hechos que el predominio de la potencia norteamericana resulte ser una característica de la organización que, me parece, entre otros factores, ha marcado significativamente el decurso de su existencia.

En efecto, si bien por razones de espacio no haré un recuento de las ocasiones en que la OEA pudiendo haber desempeñado un importante papel histórico no lo hizo, y de aquellas otras en que considero que cometió crasos errores y adoptó inaceptables decisiones, es una opinión generalizada que dicha organización no constituye hasta ahora un foro de importantes confrontaciones de posturas políticas ni de decisiones que, en coyunturas precisas, hayan resultado determinantes. Incluso lo que considero el aporte de mayor trascendencia de la organización, como es la creación y puesta en marcha del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no surgió de confrontaciones de gran relevancia ni supuso una opción vehemente hacia los derechos fundamentales.⁷ Cabe reconocer que los gobiernos del continente no han buscado eliminar dicho sistema, pero a la vez debe admitirse que el notable desarrollo del mismo ha sido ante todo obra paciente, elogiada y ciertamente valiosa de algunos juristas, y del despliegue impresionante de lo que se ha dado en denominar movimiento de derechos humanos a lo largo

y ancho del continente. Lo mismo puede decirse de la adopción de importantes tratados internacionales de derechos humanos de alcance regional.

Debe tenerse en cuenta que al menos en lo declarativo, la OEA está avocada a cumplir una multitud de objetivos que son de suyo, cada cual, especialmente amplios y complejos,⁸ y no es exagerado sostener que su desempeño dista en mucho de ser satisfactorio. Considero un indicio de ello el surgimiento, a través de los años, de otras organizaciones que al margen de cumplir tareas específicas, formal y sustancialmente llenan vacíos dejados por la organización hemisférica (piénsese en el Pacto Andino, surgido en 1969 y ahora referido como Comunidad Andina de Naciones, la novel Comunidad Sudamericana de Naciones, el MERCOSUR, CARICOM, el Grupo de Río y la últimamente conformada Secretaría General Iberoamericana que va a representar a 22 naciones iberoamericanas "como vocería internacional en Naciones Unidas, la Unión Europea y la OEA").⁹

Una apuesta por la institucionalidad

De las muchas esferas donde busca actuar la OEA, sin lograr muchas veces, como dije, éxitos significativos ni, en ocasiones, siquiera suficientes, la tendencia predominante en los últimos años ha sido apoyar la institucionalidad pública en diversos países¹⁰ que ya muestra un inminente

- 6 Dispone su artículo 10 que "[l]os estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igualdad para ejercerlos", su artículo 12 que "[l]os derechos fundamentales de los Estados no son susceptibles de menoscabo en forma alguna", y finalmente su artículo 54 que "[c]ada Estado tiene derecho a un voto".
- 7 Hay a estas alturas suficientes evidencias documentales de que por ejemplo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, hubo de avanzar muy progresiva y laboriosamente, durante muchos años, en su misión protectora de aquellos derechos. Por otra parte, no deja de ser un interesante indicio el que durante los debates para la elaboración de la Convención Americana de Derechos Humanos, representaciones de relevantes países del continente remarcaran como cuestión de principio la necesidad de que se respetase ante todo la soberanía de los Estados. Ver Conferencia Especializada (1973). Incluso la adopción de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre en 1948, aun cuando precedió en varios meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no expresó una conciencia vasta y arraigada de los gobiernos de la época ni incidió, por esos años de manera importante en la vida de los países de la región.
- 8 Entre otros el afianzar la paz y la seguridad del continente, promover y consolidar la democracia representativa, erradicar la pobreza crítica, promover mediante la acción cooperativa el desarrollo económico, social y cultural (cfr. artículo 2 de la Carta de la OEA).
- 9 Cfr. en la edición de 15/10/05 de BBC. Mundo, "Se fortalece unión iberoamericana".
- 10 Me refiero con esto a estructuras básicas como los poderes del Estado y las entidades públicas en general, cuyo funcionamiento debe ser acorde con las normas constitucionales y legales establecidas, y atender a las necesidades y requerimientos de la población. La preocupación por la institucionalidad es enfatizada por José Miguel Insulza, nuevo Secretario General de la OEA, quien ha venido señalando como muestra de los problemas de gobernabilidad en Latinoamérica el que desde 1990 a la fecha, 15 presidentes se hayan visto obligados a dejar el cargo entre otras razones por ineficiencia, corrupción y falta de transparencia, añadiendo que debe admitirse que "hay insatisfacción por la forma en que se gestionan las cosas públicas" (cf. La Jornada; edición de 28/9/05; México). Igualmente ha sostenido que "[l]a falta de voluntad política en Latinoamérica se refleja en el pobre desempeño de sus instituciones de cómo, por ejemplo, atajar la corrupción que se puede combatir con mucho más facilidad que el controlar la inflación o las tasas de interés" (sic., diario El Comercio; edición de 10/8/05; Lima)



OEA y participación de la sociedad civil Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida

colapso o se desploma con ostensible evidencia. No se cuentan tampoco demasiados éxitos en esos intentos; recuérdese la timidez y virtual parálisis de la OEA frente al autogolpe de estado de Fujimori y Montesinos en el Perú en 1992, la carencia de previsiones y respuestas eficaces frente al drama haitiano ya entrado el nuevo siglo y que persiste hasta la fecha, o la hostilidad que hacia la organización mostraban tanto “chavistas” como también “antichavistas” en relación al referéndum revocatorio venezolano de agosto de 2004.

Sin embargo, la apuesta por el apoyo a la institucionalidad persiste conforme se expresa en una de las más claras evidencias formales al respecto, como es la Carta Democrática Interamericana. Según es sabido, a la vez de postular la importancia del respeto a los Derechos Fundamentales en varios artículos, entre otros varios aspectos, la Carta Democrática establece formas de actuación ante el peligro o ulterior quebrantamiento de la institucionalidad en un Estado miembro; ellas pueden suponer desde gestiones y visitas diplomáticas, hasta la suspensión del respectivo Estado en su derecho de participación en la OEA mientras la ruptura del “orden democrático” no sea superado.¹¹

La aplicación de este instrumento, empero, no deja de ser problemática. Da cuenta de ello, como ejemplo significativo, el intento estadounidense durante la Asamblea General de la OEA efectuada en Fort Lauderdale (Florida, EEUU) entre el 5 y 7 de junio de 2005, relativo, en resumidas cuentas, a establecer una suerte de proceso evaluativo de la calidad democrática de los países de la región. Tal suscitó un intensísimo debate que terminó en el pedido de la Asamblea al Secretario General de la organización, de que proponga en breve plazo “un informe que dé cuenta de la manera en que se ha aplicado la Carta Democrática Interamericana desde su entrada en vigencia en 2001”, e igualmente que “elabore propuestas de iniciativas [...] para abordar situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder”.¹²

Con esto, en mi opinión, sólo se ha desplazado el debate hacia una ocasión posterior, manteniéndose irresuel-

tos dos problemas estructurales para legitimar (en el sentido de hacer aceptable) la injerencia en la vida de los Estados por parte de la OEA a través de la Carta Democrática y/u otras disposiciones que la modifiquen o complementen: el carácter eminentemente político, y por tanto discrecional de las decisiones que colectivamente se adopten y, de otro lado, el que las eventuales medidas que se pretenda aplicar serán *post factum*, luego del desplome de la institucionalidad, o ante claros e inminentes riesgos de que así ocurra; esto es, cuando la institucionalidad en el respectivo país se encuentre significativa y quizá irremisiblemente dañada.

Considero que con esto la OEA reitera una visión en extremo formalista y perdiendo posibilidades históricas de incidir proactiva y constructivamente en los países de la región. Adviértase que el objetivo de las medidas que pudieran adoptarse sería la restauración —permítase la redundancia— formal del funcionamiento de las instituciones públicas y políticas en el país respectivo, reencauzándose la conflictividad interna en el país afectado dentro de los parámetros de la legalidad oficialmente establecida. Ello parte de una visión en el fondo devaluada o muy restringida de lo que es la institucionalidad.

Participo de una visión distinta. Recordando algunos criterios del Premio Nobel de 1993 en Economía Douglas C. North (1990), cabe decir que las instituciones poseen un componente formal en que está presente la normatividad formal propiamente dicha (llámense preceptos constitucionales, leyes, reglamentos y normas similares), así como el componente de la ejecutabilidad y eficacia (o no) de las regulaciones formales. Pero también está presente una dimensión clave que podría denominarse informal, constituida por elementos de cultura, valores, ideologías —implícitas o explícitas—, y sobre todo actitudes de parte no sólo de los detentadores del poder público sino de los destinatarios del mismo.

Al margen de la concepción económica global de North —que no comparto—, entiendo a la institucionalidad como un conjunto de procesos cuyo resultado son las “reglas de juego” social y real que pueden coincidir o no con la legalidad y los diseños formales y oficiales. Los códigos de

11 Cf. en este sentido los artículos 18 a 22 de la Carta.

12 Así figura en los puntos dispositivos 2 y 3 de la Declaración de Florida: “Hacer Realidad los Beneficios de la Democracia”, aprobada el 7/6/05 (AG/EC.41 (XXXV-O/05)).



conducta y normas concretas de comportamiento, insistía North, son determinantes para la vida concreta —y no sólo enunciada— de las instituciones.¹³ Dicho de otro modo, las instituciones están configuradas por prácticas sociales derivadas no sólo de fuentes formales, sino del grado de aceptación y funcionamiento de las reglas oficiales, conforme a pautas de cultura, valores y/o intereses económicos, ideológicos y políticos, tanto del lado de las autoridades como de quienes son destinatarios de las funciones de éstas y que no ejercen poder, como son los ciudadanos en general. En esta perspectiva, la disociación y distancia —y hasta a veces contraposición— entre lo formal y las reglas de juego reales, de ser muy grandes, darán cuenta de una institucionalidad muy baja y en creciente cuestionamiento.

Bajo este criterio, estimo que la intervención de la OEA merced a la Carta Democrática y/u otros instrumentos similares, podrá lograr a veces reparar fachadas formales pero no incidir de manera importante en los procesos reales que estén a la base de la desinstitucionalización de un país. La injerencia *post* colapso, o ante la inminencia que éste se produzca, podrá quizá lograr reencauzamientos oficiales pero poco contribuirá, aun así, a superar los problemas de institucionalidad que reaparecerán luego con diversas expresiones.

Se mantiene abierto empero, el interrogante de cómo lograr que la injerencia resulte sustancialmente legítima (en el sentido, repito, de aceptable) sin arraigarse ni depender en lo fundamental de las visiones, prioridades y conveniencias puramente políticas de los Estados que colectivamente deciden medidas, y de las influencias, también, de los intereses de unos Estados sobre los de otros. Creo que ello tiene que ver, por un lado, con una estrategia lúcida que permita actuar con la antelación apropiada, y por otro lado tiene que ver con la hasta ahora infrautilizada posibilidad de recurrir en forma importante a las informaciones y evaluaciones, que en el marco de las Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos concordantes, podrían brindar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

(CIDH), así como la información sobre el cumplimiento o no de sus decisiones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH). Tiene en verdad especial y muy grande importancia la "injerencia" antelada a través de la exigencia colectiva del cumplimiento de los derechos fundamentales según las informaciones, opiniones y evaluaciones de dichos órganos.

De producirse una crisis repentina, los aportes de éstos también deberían ser claves para determinar las medidas a adoptar, ya que correspondería que ellas se encaminasen a lograr el respeto y cumplimiento efectivos de los derechos humanos de los pobladores de las sociedades

La intervención de la OEA merced a la Carta Democrática y/u otros instrumentos similares, podrá lograr a veces reparar fachadas formales pero no incidir de manera importante en los procesos reales que estén a la base de la desinstitucionalización de un país.



afectadas, propiciando que las reglas de juego reales sean consistentes con las proclamas formales y oficiales de los Estados al respecto. Para esto, por cierto, es indispensable garantizar la independencia de dichos órganos de modo que actúen, repito, con sujeción a los instrumentos de derechos humanos que les conciernen; y además, tan importante como lo anterior, que se brinde a la Comisión y Corte los medios materiales y los recursos humanos apropiados cambiándose el sentido actual de las cosas, donde se intercalan el encomio retórico a dichos órganos, con el paralelo descuido y abierta desatención a apremiantes apoyos financieros de los mismos.¹⁴

13 Pueden verse tanto estos comentarios de dicho autor como los de otros abordando tópicos similares en AAV (1996).

14 Muestra de las falencias de la OEA es la carta que, el 27 de noviembre de 2003, el conjunto de jueces y funcionarios de la CtIDH enviaron al Secretario General de entonces llamando la atención por la rebaja del presupuesto de ese alto tribunal, y pidiendo el incremento sustancial del mismo ante el riesgo de una involuntaria pero irremediable paralización de actividades (ver al respecto el trabajo del juez Ventura Robles y sus anexos, en esta publicación).

A su vez, en 2004 la CIDH sufrió un recorte equivalente al 10% de su presupuesto regular (véase como ejemplos y referencias las Resoluciones AG/RES



Participación de las OSC: Una importante iniciativa en continua situación de frustración y truncamiento

Otra vía sinérgica para la consolidación (y en buena medida, a veces, construcción) de una institucionalidad respetuosa y eficaz en relación a los derechos fundamentales, es lo que andando el tiempo se ha dado en denominar “participación de las OSC en las actividades de la OEA”. De partida ésta, bien concebida y debidamente promovida, puede constituirse en un instrumento crucial para contribuir al paso de las puras formalidades a lo concreto de los hechos, especialmente en una subregión como la latinoamericana donde más de un quinto de la población piensa que la democracia “no” es el mejor sistema de gobierno, el 45% “no está satisfecho con la democracia” y el 61% considera que las elecciones “no son suficientemente libres ni justas”.¹⁵

Una actividad significativa y constante que abrió camino hacia el reconocimiento de la participación de las OSC ha sido la realizada, a partir de 1997, por la hoy denominada Coalición Internacional para los Derechos Humanos en las Américas.¹⁶ Indica ahora un último *Manual* de la OEA que

se han establecido estrategias para legitimar los espacios de participación de la sociedad civil, entre las que se encuentran el lograr “una participación organizada, legítima y fuerte por parte de las OSC en la región y el Sistema Interamericano”; igualmente la formulación de “propuestas para el diseño y ejecución de políticas públicas en beneficio de la comunidad de las Américas”; asimismo el

[i]nstitucionalizar un diálogo directo con los gobiernos y las diferentes organizaciones y organismos del Sistema Interamericano e internacional, en un espacio amplio de opiniones y aportes de todos los actores en el Sistema Interamericano, y el [p]articipar en consultas virtuales, a través de Internet con las entidades gubernamentales y las OSC, para identificar los desafíos y las iniciativas en los diferentes ámbitos de la OEA (*Manual* 2005, 17 y 18)

Y en cuanto a las Cumbres de las Américas (reuniones por lo general cuatrienales de presidentes de América para adoptar decisiones de mediano y largo plazo), el *Manual* señala que la participación de las OSC es

un elemento valioso e importante de inclusión de los actores sociales en los esfuerzos destinados a alcanzar el desarrollo económico y social, de fortalecimiento de las instituciones democráticas y del buen ejercicio de la gobernabilidad[y

2059 (XXIV-O/04) y AG/RES 1974 (XXXIII-O/03); ya en 2005, mediante Comunicado de Prensa No. 35/05 este órgano manifiesta:

El problema fundamental que enfrenta la CIDH es el de la insuficiencia de recursos humanos y presupuestarios, que se agudiza ante el creciente aumento de peticiones y mandatos adicionales. Nuevamente este año, la CIDH se vio en la situación de no contar con fondos suficientes para celebrar su segundo período de sesiones. Con tal motivo, debió solicitar a los órganos políticos de la OEA, por intermedio de la Secretaría General, una asignación extraordinaria de recursos, que fue decidida a último momento. La Comisión Interamericana es plenamente consciente de la crisis financiera que atraviesa la OEA. Sin embargo, el porcentaje del presupuesto regular de la Organización asignado a la CIDH es de 3.8%.

Los montos previstos en el programa-presupuesto anual de la Organización no corresponden a las necesidades reales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ante esta situación, la Comisión Interamericana apeló a una solución pronta a la situación insostenible que la afecta. En este contexto, la Comisión Interamericana destaca y agradece nuevamente los importantes aportes financieros efectuado por los gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Estados Unidos, Finlandia, Italia, México y Suecia; igualmente, los recursos aportados por el Banco Interamericano de Desarrollo, la Comisión Europea, la Fundación Ford, la Fundación Mc Cormick y la Universidad de Notre Dame. Estos aportes contribuyen de manera concreta al fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el hemisferio americano (El resaltado aquí, es mío).

Por lo demás, es útil recordar el intento de afectación de los espacios de autonomía e independencia de la CIDH (y por ende —dado su vínculo funcional— amenazando la eficacia de la CIDH) a través de la Orden Ejecutiva No. 04-0, emitida por un Secretario General de la OEA que se vio obligado a renunciar tras severas acusaciones de corrupción. Conforme a dicho texto (felizmente dejado sin efecto por una Secretaría General interina), resultaban afectados no sólo aspectos de manejo presupuestario y de personal, sino que se colocaba a la Secretaría Ejecutiva de la CIDH en subordinación respecto a instancias propiamente políticas de la organización —y a fin de cuentas, de la Secretaría General—, así como también, tanto o más importante, se colocaba en riesgo la debida confidencialidad y objetividad en el tratamiento de los casos de violación a derechos humanos que se presentasen ante el Sistema Interamericano.

15 Cf. Gallup Internacional (2005; 2- 3 y 5). Otro referente indicativo, proporcionado por Corporación Latinbarómetro en relación al Perú, es que la satisfacción con el desempeño de la democracia sólo llega al 13% y únicamente el 10% confía en que el dinero de los impuestos será bien gastado (cf. versión informática del diario El Comercio; Lima; edición de 29 de octubre de 2005).

16 Una referencia formal importante es la Resolución del Consejo Permanente de la OEA CP/RES. 840 (1361/03), titulada “Estrategias para Incrementar la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA”.



que] [p]or ello, se han creado espacios de intercambio entre la sociedad civil y los gobiernos de los países miembros, [re-marcando que] [l]as OSC son cruciales para el monitoreo e implementación de las iniciativas establecidas en el Proceso de Cumbres (Manual 2005, 18).

Bajo criterios y lineamientos como los referidos era de esperar que todos los organismos no gubernamentales interesados —que son millares en la región—, y especialmente aquellos que trabajan en pro de los derechos humanos (que por definición cumplen tareas transversales e implicadas con las políticas y actos de los gobiernos y organizaciones intergubernamentales), verían promovida su presencia e involucramiento en las actividades de la OEA, actuando crecientemente como interlocutores no solamente críticos sino propositivos de alternativas frente a los enormes problemas y desafíos de nuestros pueblos.

Puedo afirmar, sin embargo, que al menos en lo tocante a las OSC de derechos humanos esto no ha sido así. En la Asamblea General de la OEA en Santiago de Chile (2003), por ejemplo, hubimos de plantear nuestro retiro en bloque ante la inconsulta instauración de un sistema de “representación” a través de una entidad —a la sazón designada por el Estado anfitrión—, para “traducir” lo que dicha entidad —y casi seguramente el Estado que le designó— estimaban que eran los consensos valiosos a efectos de mostrar la posición de, supuestamente, todas las OSC. A la postre, no se produjo el retiro de las OSC de derechos humanos merced a que se logró cambiar la metodología que se venía aplicando, pasándose a debates horizontales y prescindiendo del intento de aceptación acrítica de posturas y documentos elaborados previamente a las reuniones de trabajo; aun así, lo estrecho del tiempo impidió que los debates y las propuestas fueran más ricas. Algo si bien no idéntico sí relativamente similar se produjo para la Asamblea General de la OEA de Quito (2004), como quedó en evidencia con la pública ruptura de una OSC integrante de un núcleo de organizaciones designado por el gobierno para “conducir” la participación, la misma que resultó a fin de cuentas limitadísima e insuficientemente consensuada. No se ha

producido un cambio cualitativo de esta situación con respecto a la Asamblea General en Fort Lauderdale, Florida (2005).

En relación a las Cumbres de las Américas resulta imprecisa —y al parecer nugatoria— la aplicación de las disposiciones sobre participación de las OSC, a la luz del caso de la muy cercana IV Cumbre, cuya agenda tiene un escasísimo espacio para la intervención de dichas organizaciones, a las que se les niega, además, la posibilidad de estar presentes durante el desarrollo de la Cumbre misma para presenciar la conducta de los representantes estatales.¹⁷

Aparte de lo dicho, que se refiere al desarrollo de eventos propiamente tales, la participación de las OSC en el curso de las actividades regulares u ordinarias de la OEA sigue siendo algo inusual y virtualmente inexistente. A continuación menciono dos casos en que dicha participación pudo concretarse de manera significativa, sin lograrse.

El “MESECVI” como entidad de monitoreo de la Convención de Belém do Pará, sobre violencia contra la mujer

No obstante los lineamientos formales sobre participación indicados anteriormente, un caso de “desencuentro” entre éstas y la realidad aparece con una iniciativa del gobierno mexicano, adoptada y promovida desde la Comisión Interamericana de Mujeres —organismo especializado de la OEA— para establecer un mecanismo de seguimiento a la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará. Tal mecanismo, referido oficialmente también con las siglas MESECVI, fue creado mediante un estatuto y regulado en una de sus dos instancias, el Comité de Expertas(os), por un reglamento específico, siguiéndose así vías distintas a las previstas en la Convención.¹⁸

17 Valga anotar que se viene proponiendo la reunión de las OSC presentes en la ciudad sede de la IV Cumbre, en las 24 horas previas al diálogo con los ministros de los Estados miembros de la OEA, para “acordar propuestas concretas sobre el formato de las futuras [destacado en el original] reuniones ente la sociedad civil y los gobiernos en los procesos interamericanos” (cf. la invitación informática de una entidad denominada “Partners of the Americas” difundida hacia el 26 de octubre de 2005). Temo, por las experiencias habidas que los acuerdos de “formato” no se podrán adoptar razonada y democráticamente en un solo día y me resulta obvio, de otra parte, que ello no cambiará en nada la negativa al acceso de las OSC a las deliberaciones de la Cumbre propiamente dicha.

18 Así se desprende claramente del texto de CEJIL (2005: 22 y 23).



Que se proponga al MESECVI como entidad de monitoreo no la convierte en tal, como lamentablemente ocurre en este caso. Porque tanto el estatuto como el reglamento del Comité de Expertas(os), lo diseñan en lo fundamental como un ente intergubernamental que antes que técnico y evaluativo tendrá una naturaleza predominantemente política, en el sentido de expresar las visiones, prioridades y criterios de gobiernos.

MESECVI como entidad de monitoreo no la convierte en tal, como lamentablemente ocurre en este caso. Sostengo esto porque tanto el estatuto como el reglamento del Comité de Expertas(os),¹⁹ lo diseñan en lo fundamental como un ente intergubernamental que antes que técnico y evaluativo tendrá una naturaleza predominantemente política, en el sentido de expresar las visiones, prioridades y criterios de gobiernos.

En efecto, la instancia superior del MESECVI, denominada "Conferencia de los Estados Parte" y que se reconoce expresamente como "órgano político" estará integrada, como es fácil imaginar, sólo por representantes estatales, y tendrá

OEA y participación de la sociedad civil Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida

entre sus cometidos el "analizar y evaluar los informes" que produzca el Comité de Expertas(os) como instancia inferior, estableciendo (aprobando) el informe "final" del mecanismo (arts. 5(2) y 6(1)(b) y (c) del Estatuto). A su vez, en cuanto al primer nivel o instancia, constituido por el indicado Comité, se ha dispuesto que sus integrantes "ejercerán sus funciones de manera independiente y a título personal" (artículo 5(3) del Estatuto y artículo 2 del Proyecto de Reglamento), lo cual no ha impedido que la gran mayoría de dichas integrantes muestre ostensibles vínculos con los gobiernos que le designaron.²⁰ Además, se ha dispuesto que el MESECVI actúe bajo un criterio "consensual" y sobre la "base del principio de cooperación entre los Estados Parte", y que deberá lograrse un "adecuado equilibrio entre la **confidencialidad** (el resaltado aquí es mío) de la evaluación y la transparencia del proceso" (artículo 3(d) y (e) del Estatuto. Sumando estos elementos aparece claro que resultará extremadamente difícil y hasta virtualmente imposible, que en efecto se evalúe a profundidad y se señalen con la precisión necesaria a aquellos Estados objeto de monitoreo, que no cumplen con la Convención en alguno, varios o numerosos aspectos.

Es en este contexto que resulta de especial significación focalizar el tema de la participación de las OSC en las actividades de la OEA. Salvo contadas excepciones, no hubo una difusión amplia y suficientemente antelada de los proyectos normativos que terminaron regulando el MESECVI, a pesar, repito, de lineamientos participativos como los antes mencionados, y de que el involucramiento de numerosísimas OSC dedicadas a la problemática de la mujer y al trabajo de derechos humanos en general, resulta decisivo para lograr un mejor conocimiento y pugnar para la erradicación de las distintas expresiones de violencia contra la mujer. A ello se agrega que los planteamientos de algunas pocas las OSC, con frecuencia formulados contra el tiempo y en medio de la poca transparencia en el proceso de diseño del mecanismo, han sido, en su casi totalidad, dejados de lado sin que se conozca apropiadamente los fundamentos de ello.

19 Corresponde hablar más propiamente de Proyecto de reglamento porque a pesar de haber sido aprobado hacia fines de agosto de 2005, a la fecha de redacción del presente texto dos meses después, no aparecía aún difundida públicamente la versión oficial y definitiva del mismo. No obstante, según las indagaciones efectuadas esta última, cuando aparezca, mantendrá en lo esencial las características que aquí se comentan.

20 Tal se advierte con suma claridad del sitio informático <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&Link=.../documents/spa/structure.asp>. Visita del 21/10/05.



En efecto, a guisa de ejemplo, casi *ad portas* de la adopción del Estatuto, Amnistía Internacional (2004) logró llamar la atención sobre problemas como los arriba mencionados. También en una fecha cercana a la presentación de la postura de Amnistía Internacional, 16 organizaciones que trabajan en el ámbito de los derechos humanos remitieron una carta a los representantes gubernamentales ante la OEA, con similar acento crítico. Producida la adopción del Estatuto por la Comisión Interamericana de Mujeres, con las inconveniencias ya anotadas —entre otras—, CEJIL (2005) aportó otro análisis crítico. Con posterioridad, al conocerse, siempre con muy reducida difusión, que se conformaría el Comité de Expertas(os) del MESECVI, 25 organizaciones de la sociedad civil —varias de éstas representando a entidades miembros de sus respectivas redes— enviaron otra comunicación conjunta a ministros y secretarios de Relaciones Exteriores de los Estados partes en la Convención, así como a los representantes gubernamentales ante la OEA, requiriéndoles promover con celeridad en cada país procedimientos públicos, transparentes y abiertos hacia la sociedad civil, que permitiesen la identificación y designación de expertas(os) con trayectoria en la lucha contra el fenómeno de violencia contra la mujer y, sobre todo, con una clara ejecutoria de independencia e imparcialidad a fin de evitar que el mecanismo careciese de eficacia. El resultado, sin embargo y como ya se tiene dicho, fue la designación de una significativa mayoría de expertas articuladas a las esferas gubernamentales.²¹

Ulteriormente, cuando el Comité de Expertas(os) se proponía aprobar su reglamento, luego de acceder al texto del proyecto respectivo —que tampoco fue objeto de mayor difusión—, Amnistía Internacional y CEJIL remitieron una última comunicación haciendo una evaluación integral de los problemas que mostraba el conjunto del mecanismo e instaban a que, sin perjuicio de las modificaciones estatutarias

que más adelante correspondía emprender, se urgiera a la adopción de medidas que no reforzasen los rasgos de falta de independencia y la carencia de difusión o publicidad de instrumentos tan importantes como los que se venían adoptando.²² Además, se hizo especial hincapié en las severas restricciones a la participación de las OSC en el funcionamiento del MESECVI, las cuales me temo han prevalecido y aparecerán cuando se conozca la versión oficial y definitiva del Reglamento, y que consisten, por ejemplo, en que las OSC no podrían presentar observaciones ni al informe preliminar ni al informe de país que apruebe el Comité de Expertas(os) ya que dichos documentos se enviarían solamente a los Estados objeto del monitoreo (arts. 20 y 22 del Proyecto reglamentario).

Agrégase que el acceso de las OSC al contenido de los informes de país que hubiere aprobado el Comité, sólo podría producirse en tanto el respectivo Estado autorice su difusión a través de internet (artículo 22(e) del Proyecto reglamentario). Asimismo, se exige que la presentación de informaciones y propuestas por las OSC, aun frente a estas condiciones y limitaciones, se atenga a la “legislación interna del Estado Parte respectivo” (artículo 26 del Proyecto reglamentario), con lo cual no solamente se tornaría precaria o imposible la aplicabilidad de las disposiciones sobre participación de las OSC aprobadas por la OEA, si la “legislación interna” se contrapusiera a ellas, sino que dicha legislación podría resultar de irremediable aplicación aun cuando fuese abiertamente arbitraria y aún más restrictiva.

Como se puntualizó en la referida comunicación, este tipo de disposiciones ciertamente no garantiza que las OSC

puedan aportar informaciones y observaciones de manera oportuna y que éstas sean tenidas en cuenta con anterioridad a la adopción, por el Comité, de los informes de país. Adicionalmente la reglamentación propuesta afecta[ría] la

21 Valga recordar que lejos de toda influencia de las OSC, desde el lado una representación gubernamental llegó a plantear que “[e]l problema que presenta [el mecanismo propuesto] es que la Conferencia de los Estados puede devenir en un ocultamiento de las omisiones y violaciones que realizan los estados parte de la Convención”, añadiéndose que “[e]l Comité de expertos, puede superar lo anterior, pero para ello se requiere que los miembros de dicho Comité sean elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros, o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De lo contrario una Conferencia o un Comité integrado por representantes del Estado podría terminar en una política de ocultamiento y complicidad mutua de los Estados”. Cf. la posición del Perú en el Anexo al Documento de Trabajo, citado en el documento de Amnistía Internacional (2004, 5 y 3).

22 La comunicación está fechada 18/8/05 y se dirigió tanto a los ministros y secretarios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros activos de la OEA y a los representantes gubernamentales ante la misma, como también a la Presidencia y Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Mujeres, y a las ya designadas expertas del Comité.



imparcialidad de los informes, dado que éstos se basarían solo en las informaciones y observaciones de los Estados, privándose al Comité de contar con otras visiones y elementos de juicio.

Quepa añadir ahora, que no resulta exagerado asumir que un “monitoreo” con problemas como los referidos, en una materia tan seria como la de la violencia contra la mujer, tiene rasgos suficientes como para resultar retórico e ineficaz.

El monitoreo sobre el cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Protocolo de San Salvador

El otro caso que me parece significativo es el del mecanismo de monitoreo a los derechos señalados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador.²³ Éste aborda los derechos al trabajo; a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; los relativos a la actividad sindical; a la seguridad social; a la salud; a un medio ambiente sano; a la alimentación; a la educación; a los beneficios de la cultura; a la constitución y protección de la familia; y a la protección de la niñez, y los ancianos y de los minusválidos (arts. 6 a 17).

La importancia del tema es casi innecesaria de resaltar, considerando que entre otros aspectos la región, y en particular en América Latina, es conocida como una de las áreas del planeta con mayor desigualdad social.²⁴ Se advierte lo dicho tomando en cuenta, por ejemplo, que el ingreso promedio en Brasil es tres veces mayor que en Vietnam, pero el ingreso del 10% más pobre del Brasil es inferior al 10% más pobre vietnamita (PNUD 2005, 24). A su vez, en México las

OEA y participación de la sociedad civil Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida

tasas de alfabetización en algunos Estados son comparables con las de los países de ingresos altos, mientras en los municipios predominantemente indígenas y rurales de los estados del sur que conforman el “cinturón de pobreza”, como Guerrero, las tasas de alfabetización son similares a las de Mali (PNUD 2005, 27). Asimismo, la región forma parte en su gran mayoría, del grupo de países que exportan hacia los países ricos y que por tanto enfrentan barreras comerciales “tres veces mayores que aquellas que enfrentan los países ricos en sus relaciones comerciales recíprocas” (PNUD 2005, 33). Todo ello habla de una región donde la pobreza es una característica,²⁵ y por tanto constituye un área del mundo donde se presenta con dureza la carencia y hasta denegación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, retomando el hilo respecto al Protocolo es de indicar que su artículo 19(6) plantea que aquellos derechos relativos a la educación y a la esfera de lo sindical pueden ser objeto, si se alegase su violación, de reclamo interamericano a través del sistema de peticiones ante la CIDH y de demandas ante la CtIDH (en este último supuesto, si el respectivo Estado presunto infractor hubiese aceptado la competencia contenciosa de la Corte).²⁶ Sin perjuicio de ello y en forma paralela, el acotado artículo 19 establece que el íntegro de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Protocolo deben ser materia de “informes periódicos” estatales donde se señalen las “medidas progresivas” que los Estados hubiesen adoptado para “asegurar el debido respeto” a dichos derechos, precisando que la OEA, a través de su Asamblea General, deberá elaborar las normas para la implementación del sistema.

En este marco y a modo de reglamentación y desarrollo de tal sistema, la Asamblea General de la OEA efectuada en Fort Lauderdale, Florida (EEUU) en junio de 2005, dictó la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), la que además de dar pautas de tipo genérico y sobre plazos, aprobó las “Normas para la Confección de Informes Periódicos previstos

23 Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 y hasta el 25 de octubre de 2005 había recibido las ratificaciones de trece Estados americanos: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay.

24 Cf. el estudio del Banco Mundial “Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿Ruptura con la Historia?”, citado por BBC.Mundo en su edición de 5/6/05, en el artículo “A. Latina y la desigualdad”.

25 Valga recordar que el ya mencionado Secretario General Insulza señaló que diversos organismos internacionales calculan que el 40% de la población latinoamericana vive en la pobreza, y que sobre un total de 222 millones de personas unos 20 millones vive en la total indigencia (cf. diario El Comercio; edición de 10/8/05; Lima).

26 Hasta la fecha, los trece Estados partes en el Protocolo han aceptado dicha competencia.



en el Protocolo de San Salvador”.²⁷ Ellas, en efecto, regulan la presentación de los informes periódicos estatales señalando como herramienta central a los denominados “indicadores de progreso” relativos a los correspondientes derechos, entendiendo a dichos indicadores como elementos que “con un grado de razonable objetividad [deben dar cuenta de] la distancia entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada” (norma 5 y su nota explicativa). Los indicadores, que servirán tanto para la elaboración como para la evaluación de los informes periódicos estatales, serán aprobados por el Consejo Permanente de la organización a partir de la propuesta que formule la CIDH considerando los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (norma 7 y punto dispositivo 4 de la Resolución), y deberán tomar en cuenta, como criterios, a la equidad de género, la presencia de grupos especiales de personas como los niños, adultos mayores y discapacitados, la diversidad étnica y cultural — particularmente la relativa a pueblos indígenas y afrodescendientes—, y la incidencia de la sociedad civil en la formulación de avances legislativos y políticas públicas (norma 6). Se plantea también que cada Estado, a los fines de la elaboración de sus informes, “podrá” efectuar “consulta[s] con las organizaciones de la sociedad civil nacional” (norma 8).

El mecanismo de monitoreo supondrá la conformación de un grupo de trabajo “dentro de la órbita del CIDI”²⁸ que, aparte de elaborar su propio reglamento, tendrá como principales cometidos analizar los informes nacionales y formular las conclusiones y recomendaciones pertinentes. A tales propósitos el Grupo de Trabajo recabará las opiniones del CIDI, la CIDH y demás “órganos u organismos del Sistema Interamericano”,²⁹ quedando asimismo autorizado el que los miembros del Grupo puedan “tener en cuenta toda otra información respecto a los in-

dicadores empleados” (norma 10). Las conclusiones definitivas del Grupo deberán adoptarse por consenso y comunicarse a los Estados respectivos (normas 12 y 13), sin perjuicio de formular también un informe anual ante el CIDI a fin de que sea presentado ante la Asamblea General de la OEA (norma 13 *in fine*).

No oculto mi impresión de que el mecanismo descrito me parece, cuando menos, interesante. A la vez, empero, resulta una verdadera lástima que las OSC del continente no hayan podido conocer, comentar y aportar al proceso de diseño del mecanismo, no obstante el enorme número de aquellas organizaciones involucradas de un modo u otro en el ámbito de los DES Culturales, y/o de los derechos humanos en general. La omisión es tanto más seria cuanto que se trata del monitoreo de temas —como arriba se ha indicado— clamorosamente vitales para la región y muy especialmente para América Latina (y por cierto también para el Caribe).

Con todo, al menos en lo que aparece como inmediato no necesariamente aparecen cerradas las posibilidades de una participación seria y medianamente efectiva de las OSC, de una manera transparente y pública. Ciertamente, el CIDI está integrado por representantes gubernamentales solamente (uno por cada Estado con rango ministerial o equivalente) y a la vez las normas comentadas hablan de un grupo de trabajo —con un papel medular en el monitoreo— que operará “dentro de la órbita del CIDI”; sin embargo, también se indica que su composición y funcionamiento están todavía sujetas a ulteriores determinaciones,³⁰ lo cual deja abierta la posibilidad de que se insista en un “monitoreo” sólo o esencialmente intergubernamental, pero también la posibilidad —aún no excluida— de que personas individuales y/o provenientes de OSC intervengan conformando y participando en dicho Grupo en calidad de expertos independientes.

27 Esta Resolución tiene como precedente a otra dictada el año inmediato anterior, designada como AG/RES. 2030 (XXXV-O/05) y titulada “Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos humanos en Seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas”. El punto resolutivo 4 de ésta encomienda al Consejo Permanente de la OEA que “[p]roponga las normas para la elaboración de los informes periódicos de las medidas progresivas que hayan adoptado los Estados Parte del [...] ‘Protocolo de San Salvador’ [...]”.

28 El CIDI, Consejo Interamericano de Desarrollo Integral, no está referido originalmente en la letra del Protocolo de San Salvador, que menciona expresamente al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Sin embargo la indicación en las normas bajo comentario es correcta, dado que a través del Protocolo de reformas a la Carta constitutiva de la OEA adoptado en Managua el 10/6/93, y en vigencia desde el 29/1/96, las entidades últimamente mencionadas fueron sustituidas por el CIDI.

29 Se alude con ello a la CIDH y al CIDI, y a los “organismos especializados” como la Organización Panamericana de Salud, el Instituto Interamericano del Niño, la Comisión Interamericana de Mujeres, e Instituto Indigenista Interamericano y, aun cuando no resulta del todo claro, probablemente también al Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura y al Instituto Panamericano de Geografía e Historia.

30 Plantea expresamente el punto resolutivo 2 de la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), que se encomienda al “Consejo Permanente que, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y políticos, proponga a la brevedad posible la composición y el funcionamiento del Grupo de Trabajo establecido para el análisis de los informes nacionales, que suponga un avance cualitativo en esta materia”.



Hasta ahora resulta del todo insuficiente e irrelevante que se restrinja tal participación a eventuales consultas que, sólo si desean, pueden realizar los gobiernos de los Estados concernidos para elaborar sus informes nacionales. Los meses que vienen nos mostrarán si termina prevaleciendo esta tendencia.

Consideraciones finales

Desde un punto de vista general, mantengo la opinión de que “mecanismos” como los antes referidos así como las “prácticas” limitativas al involucramiento de las OSC siguen una tónica formalista, que hacen en esencia ritual y —parece apropiado enfatizarlo— retóricos los lineamientos, normas y el discurso sobre la participación de dichas entidades. Probablemente en la OEA se va produciendo una deliberada opción por lo que en ciertos ámbitos especializados se denomina *peer review*, es decir la revisión y examen (monitoreo) de unos Estados por sus pares, otros Estados, para llegar —esto pienso— a conclusiones complacientes en tanto supeditadas a visiones e intereses políticos de los Estados, o más propiamente sus gobiernos de turno. Si ello se confirma como tendencia y se consolida, no pasará mucho tiempo para que se prefiera este tipo de “vías” a las del examen, en lo fundamental objetivo y por lo tanto no reluctante a la transparencia, de órganos independientes de evaluación especialmente en materia de derechos humanos.

Una opción como ésta no tiene sentido en un mundo como el actual, en que no sólo la economía sino la información y el conocimiento se globalizan cada vez con mayor fluidez, y donde prédicas formalistas sobre, por ejemplo, la “libertad”, la “democracia”, el “bien” y el “mal” son a la par que irrelevantes también dañinas si no tienen verificación en la realidad. El ideal de la democracia no se cumplirá —a pesar de la importancia de que se cumpla— allí donde la formalidad sirva para recubrir al secretismo y a la exclusión de interlocutores legítimos; esto es válido tanto para los Estados en particular como para las organizaciones intergubernamentales en general. Siguen siendo pertinentes y con especial vigor las admoniciones de Bobbio

OEA y participación de la sociedad civil Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida

(1994, 8) que sostiene que “[l]a democracia se puede definir de muchas maneras, pero no hay definición que pueda excluir de sus connotados a la visibilidad o transparencia del poder”. A ello puede y debe contribuir una genuina participación de las OSC, apropiadamente diseñada en los marcos de la OEA y también en el seno de los respectivos Estados.

Con lo hasta aquí expuesto no he pretendido formular una visión integral de la problemática, aunque sí relevar que ésta tiene singular importancia y que debe ser objeto de un debate serio, amplio y, dado que se trata de participación y no de secreto, también abierto a todos(as) los(as) interesados(as), personas naturales y entidades de nuestra región. Con ese ánimo, avanzo algunas propuestas iniciales:

- La difusión pública y con antelación apropiada, a través del portal informático de la OEA, de las informaciones estatales así como de los criterios análisis, conclusiones y recomendaciones de los órganos de monitoreo del cumplimiento de las obligaciones jurídicas de los Estados, de conformidad con los instrumentos interamericanos respectivos, en especial los relativos a derechos humanos. Igual criterio debería seguirse en relación a los proyectos, propuestas y posturas estatales que se formulen oficialmente ante el Consejo Permanente y demás instancias deliberativas de la OEA.
- El registro y difusión públicas, igualmente a través del portal informático referido, de las opiniones, informaciones, análisis y propuestas que formulen las OSC así como también personas individuales de la sociedad civil.³¹
- En cuanto a las presentaciones públicas y oficiales de las OSC ante instancias de la organización, dada la vastedad y multiplicidad de entidades que se verían involucradas es apropiado establecer regulaciones que permitan la intervención de representantes democráticamente designados de las respectivas entidades, y no de los discrecionalmente (me temo que selectivamente) designados por los gobiernos. Dichos representantes deberán a la vez de expresar tanto las opiniones mayoritarias como minoritarias de las OSC relacionadas con los temas de convocatoria de los respectivos eventos, recoger las posturas

31 Las reglas éticas y exigencias formales mínimas a que tal ejercicio correspondería sujetar, podrían (deberían) ser materia de consulta, debate y acuerdo de la OEA con todas las entidades y personas interesadas de la sociedad civil en el continente.



de las OSC con cometidos “transversales” u holísticos, como las organizaciones de derechos humanos que, por definición, buscan promover el efectivo cumplimiento de la totalidad de derechos humanos, los cuales se asumen interrelacionados e interdependientes unos con otros.³²

- Establecer disposiciones, previa consulta y aquiescencia de la CIDH y de la CtIDH, que permitan a éstas recabar directa y rápidamente información y evaluaciones sobre el cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de dichos órganos por parte de las OSC de derechos humanos, en la perspectiva de constituir a éstas en una referencia necesaria e importante de un futuro mecanismo veraz y objetivo de monitoreo sobre dicho cumplimiento.
- Formalizar, esto sí de manera oficial y además pública, oportunidades de diálogo directo de las OSC con el Secretario General y miembros de los órganos deliberativos de la OEA en base a agendas previamente concertadas, sin perjuicio de que aquellas entidades que no puedan concurrir hagan llegar sus opiniones, informaciones y posiciones respecto a dichas agendas por la vía informática, de modo que sean de público conocimiento.

Quisiera concluir recordando que al inicio de este texto mencioné los orígenes de la ONU comparándolos rápidamente con los de la OEA. Es ahora de conocimiento público que

aquella, la ONU, ha tenido en septiembre de 2005 una casi frustrada iniciativa de alcanzar reformas y medidas para hacer factible cumplir una seria atención a las demandas de las grandes mayorías, a las que dicha organización no puede cerrar oídos, a riesgo de su real inoperancia. El resultado ha sido magro, a pesar de que repetidas veces se ha sostenido que la presente generación o los actores actuales tienen, por primera vez en la historia, la posibilidad de superar los azotes de la pobreza, el hambre y la muerte por falta de una adecuada atención de salud.

Han terminado por imponerse, al menos por ahora, los intereses políticos y económicos de las grandes potencias que quizá enerven y nulifiquen los avances que debiéramos conseguir. Quizá de ese modo la ONU se empiece a parecer a lo que ha venido siendo —con excepción de su sistema de supervisión y promoción de derechos humanos— la Organización de los Estados Americanos, agobiada por un formalismo a fin de cuentas irrelevante para los seres humanos verdaderos. Ojalá que ello no termine prevaleciendo, y asimismo que la OEA supere sus muy graves limitaciones para convertirse en escenario de consensos, con las OSC presentes y actuantes, contruidos quizá entre intensos debates y controversias, pero con vocación de servicio real y no solamente declarativo a nuestros pueblos e individuos. Como es obvio, dependerá en mucho de la propia OEA, y, claro, también de nosotros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abdullah El Erian, “Organización Jurídica de la Sociedad Internacional”, en: Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*. FCE; México; 1994.

AAVV, *Importancia de las Instituciones en el Desarrollo de la Economía de Mercado*. APOYO e INDECOPÍ; Lima; febrero de 1996 (2da. publicación).

Amnistía Internacional, *Organización de los Estados Americanos. Implementación efectiva de la convención de Belém do Pará: Una tarea pendiente*; Índice AI: IOR 62/003/2004, Londres; octubre de 2004.

Bobbio, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, FCE; México; 1994 (traducción de José F. Fernández Santilán).

CEJIL, *Evaluación del Estatuto del mecanismo de seguimiento a la implementación de la Convención de Belém do Pará. Documentos de Coyuntura No. 2*; Washington, D.C.; 2005

32 Similar al caso anterior una vía que considero se justificaría por sí misma para establecer las regulaciones sobre ello, sería la consulta, debate y acuerdo entre la OEA y las OSC interesadas del continente.



Churchill, Winston S., *La Segunda Guerra Mundial*, vol. II. Círculo de Lectores SA; Barcelona; 2003.

Douglas C. Norton, *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. FCE; México; 1990.

Gallup Internacional, *Trends in Democracy, Voice of the People 2005*. Global Summary, Septiembre, 2005

Organización de los Estados Americanos, *Manual para la Participación de la Sociedad Civil en la Organización de los Estados Americanos y en el Proceso de Cumbres de las Américas*. Secretaría de Cumbres de las Américas; Washington D.C.; junio de 2005.

———, *Propuesta de Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, Convención de Belém do Pará, OEA/Ser.L/II.7.10, CIM/MESECVI/doc. 3/04.

———, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos*, San José de Costa Rica 7 – 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2 Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos; Washington D.C.; 1973.

Programa de Naciones Unidas para e Desarrollo: *Informe sobre Desarrollo Humano 2005, La Cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual. Resumen*. PNUD; Nueva York; 2005.

El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *rationae temporis*

Margaret Popkin*

Este artículo analiza el primer caso que contra El Salvador se adelantó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y la falta de investigación y reparación. A partir del recuento de los hechos y la búsqueda de verdad y justicia ante los tribunales nacionales y el Sistema Interamericano, se presenta la discusión en torno a la responsabilidad del Estado salvadoreño por la violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos bajo la excepción *ratione temporis*. Concluye que aceptar la limitación impuesta por El Salvador sobre la competencia de la Corte implica dejar desprotegidas a las víctimas de violaciones continuadas de derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado, en particular la práctica de desaparición forzada de niños y niñas y la sustracción de nombre e identidad. Señala, por último, los argumentos que sustentan la responsabilidad del Estado por las violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del tribunal.

Cuando El Salvador reconoció la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1995 —tres años después de firmar los Acuerdos de Paz con la guerrilla del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN)— el gobierno hizo lo posible por asegurar que los miles de casos de violaciones de derechos humanos ocurridos durante el conflicto armado quedaran fuera de su competencia.

Unos años antes, después de la publicación del informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador en marzo de 1993, el ejecutivo impulsó y la Asamblea Legislativa aprobó una amplia amnistía para proteger a los responsables de los graves actos de violencia documentados en el informe de la Comisión de la Verdad y miles de casos más que la Comisión no alcanzó a investigar en su limitado período de existencia.

Apoyándose en una supuesta necesidad de olvido y perdón, la amnistía buscó cerrar el capítulo del pasado para

construir la paz. Con este mismo fin, el Estado salvadoreño, al momento de aceptar la competencia obligatoria de la Corte Interamericana, impuso un límite *ratione temporis* compuesto de dos partes. La primera restringió de manera expresa la competencia de la Corte a hechos o actos jurídicos posteriores a la fecha de depósito de la declaración de aceptación, que fue el 6 de junio de 1995. Esta limitación es inobjetable para los casos en que la violación se inició y terminó antes de la fecha señalada, y es simplemente una reiteración de lo estipulado en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹

La segunda parte restringió aún más la competencia de la Corte al señalar que ésta se extendía a “hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha de depósito de esta Declaración de Aceptación”.² Esta limitación buscó proteger al Estado salvadoreño de cualquier demanda por violaciones permanentes de derechos humanos iniciadas antes de la fecha de aceptación de la competencia

* Directora Ejecutiva, Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF por sus siglas en inglés), Washington D.C. Cuando se encontraba redactando la versión final de este documento, Margaret (Maggi) Popkin falleció de manera inesperada. Katya Salazar, Directora de Programas de DPLF, revisó y editó el texto final para su publicación.

1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 28: “Irretroactividad de los tratados: Las disposiciones de un tratado no obligan a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

2 El texto completo de reconocimiento de competencia de El Salvador se encuentra en: www.cidh.org/Basicos/Basicos3.htm



El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *rationae temporis*

de la Corte. En el presente caso, el primero contra El Salvador ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le tocó a la Corte decidir sobre la aplicación de esta última restricción.

El caso de las hermanas Serrano Cruz en El Salvador

Entre 1980 y 1992 El Salvador vivió un conflicto armado interno que dejó como saldo un número aproximado de 75 mil muertos y miles de desaparecidos. Durante los primeros años del conflicto, la Fuerza Armada de El Salvador llevó a cabo frecuentes campañas militares dirigidas a destruir las bases de apoyo civil a la guerrilla, ubicadas en las zonas del país donde ésta tenía una presencia constante. En el marco de estas operaciones, muchos niños y niñas desaparecieron. Una parte de las desapariciones fue secuela de las masacres y desplazamientos de civiles mientras que otra fue "consecuencia de una estrategia deliberada de contrainsurgencia [...] y en algunos casos las desapariciones parecen haber sido motivadas por las ganancias económicas que se obtenían por la apropiación del niño o la niña" (Asociación Pro-Búsqueda y Save the Children, 2003).

Los hechos que se sometieron a la jurisdicción contenciosa de la Corte se iniciaron con el secuestro de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, a quienes efectivos militares se llevaron durante un enorme operativo conocido por la población como la "guinda de mayo", realizado en el departamento de Chalatenango en junio de 1982.

Durante este operativo militar, los soldados se llevaron a decenas de niñas y niños que encontraron en la zona y en lugar de buscar la reunificación de los menores con sus familias, se los llevaron a cuarteles militares para ser posteriormente entregados al Comité Internacional de la Cruz Roja o a la Cruz Roja Salvadoreña. Orfanatos u hogares salvadoreños recibieron a muchos de estos niños y niñas, pero no hicieron ningún esfuerzo para reunirlos con sus familias. En los años ochenta, era muy sencillo conseguir certificados de nacimiento falsos en El Salvador. A muchos bebés y niños les asignaron nuevas identidades antes de ofrecerlos en adopción, frecuentemente con un pago sustancial de por medio.

Después de finalizar la guerra por medio de los Acuerdos de Paz firmados en Chapultepec en 1992, familiares de niñas y niños desaparecidos se dedicaron a buscarlos, empezando con la presentación de sus casos ante la Comisión de la Verdad para El Salvador que realizó sus investigaciones en los últimos meses de 1992. Entre otras, la madre de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz presentó el caso de sus hijas ante la Comisión de la Verdad. Con un tiempo limitado para la investigación y dando prioridad a algunos de los casos más notorios, la Comisión no logró realizar las investigaciones necesarias o llegar a conclusiones acerca del destino de las niñas y niños desaparecidos en el contexto de los operativos militares.

Un mes después de la publicación del informe de la Comisión de la Verdad, en marzo de 1993, la señora María Victoria Cruz Franco presentó su denuncia por el secuestro de sus hijas Ernestina y Erlinda por militares salvadoreños ante el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango. Sin haber avanzado en la investigación, el juzgado archivó la denuncia el 22 de septiembre de 1993, por estar "suficientemente depurado el [...] informativo y [por no haberse] establecido qu[ié]nes secuestraron a las menores".

Ante la realidad de que muchas familias habían sufrido la desaparición de niñas y niños en el contexto de operativos militares durante el conflicto armado, el padre jesuita Jon Cortina fundó en 1994 la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos. Esta asociación empezó a aglutinar a familias afectadas para promover la búsqueda, el establecimiento del paradero y el reencuentro de los niños desaparecidos con sus familiares. Al momento de conocerse la sentencia de la Corte, en marzo de 2005, Pro-Búsqueda había recibido 743 denuncias de niñas y niños desaparecidos, de las cuales había logrado establecer el paradero de 293. El trabajo de Pro-Búsqueda se ha venido realizando sin la colaboración de las instituciones del Estado, con la excepción de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH).

En el año 1999 Pro-Búsqueda promueve la creación de una Comisión Nacional de Búsqueda con la presentación de un anteproyecto de ley a la Asamblea Legislativa cuyo propósito fundamental consistía en establecer un ente para buscar, localizar y lograr el reencuentro de las niñas y los niños desaparecidos a consecuencia del conflicto armado en El Salvador. Según esta propuesta, la comisión estaría integrada por instituciones del Estado y por instituciones no gu-

bernamentales, entre ellas Pro-Búsqueda. Las investigaciones de esta organización ya habían demostrado que era bastante probable que la mayoría de estos jóvenes siguieran vivos y se suponía que, con la colaboración de las distintas instituciones del Estado, sería posible localizar a muchos de ellos.

Durante cinco años, ni el poder Legislativo ni el poder Ejecutivo asumieron la propuesta. Fue hasta el 7 de octubre de 2004 —después de la audiencia en el caso de las hermanas Serrano Cruz ante la Corte Interamericana y un día antes del vencimiento del plazo para la presentación de los alegatos escritos— que el Ejecutivo decretó la creación de una Comisión de Búsqueda, la cual tendría un mandato limitado y no incluiría formalmente a instituciones no gubernamentales.

Con la finalidad de localizar a los menores desaparecidos, Pro-Búsqueda y familiares de los menores acudieron a distintas instancias judiciales en El Salvador. Fue así que el 13 de noviembre de 1995 la señora María Victoria Cruz Franco solicitó a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia un auto de exhibición personal a favor de sus hijas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, indicando los nombres de algunos militares que podrían tener información sobre el paradero de las niñas y mencionando a la Cruz Roja salvadoreña como otra probable fuente de información.

El 31 de mayo de 1996 Pro-Búsqueda interpuso una denuncia ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) por la desaparición de 145 niñas y niños durante el conflicto armado de El Salvador, entre ellos, las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz. La PDDH realizó diversas investigaciones sobre los casos presentados y el 6 de febrero de 1998 solicitó información al Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango sobre el estado actual de la causa de las hermanas Serrano. El Juzgado contestó a la PDDH que la causa instruida contra miembros del Batallón Atlacatl por el secuestro de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz estaba “totalmente depurada, y no se ha[bía] logrado establecer los extremos del delito así como el paradero de las mismas”.

En marzo de 1998 el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos en funciones emitió una resolución en la que “dio por establecida las violaciones a la vida y a la libertad” de las niñas y niños, incluyendo a Ernestina y Erlinda “en tanto son víctimas de desapariciones forzadas”. La PDDH también dio por establecida la violación al debido proceso legal, por las “inexcusables negligencias judiciales y fiscales en la

determinación de la verdad acerca de las desapariciones forzadas, especialmente al no impulsar las autoridades judiciales y fiscales, diligencias de investigación adecuadas y suficientes al interior de la Fuerza Armada de El Salvador” (Informe de la Procuraduría 2004, 7). A pesar de las conclusiones tan contundentes a las que llegó la PDDH, el 27 de mayo de 1998 el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango archivó nuevamente el proceso penal.

El caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 16 de febrero de 1999 la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando violaciones a los artículos 5, 7, 8, 17, 18, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, como consecuencia de la desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y la falta de investigación y reparación de estos hechos. Después de la presentación del caso ante la Comisión Interamericana, se reabrió el proceso penal en el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango, sin registrarse ningún avance en la investigación. En una serie de reuniones con Pro-Búsqueda, los representantes del Estado no mostraron voluntad política para resolver el caso por la vía de una solución amistosa.

El 4 de marzo de 2003 la CIDH aprobó el informe que señala el artículo 50 de la Convención Americana, concluyendo que las niñas fueron privadas ilegalmente de su libertad en junio de 1982 por miembros del ejército salvadoreño. Asimismo, la CIDH concluyó que no se habían respetado las garantías del debido proceso de las hermanas Serrano ni la de sus familiares, en la medida que las denuncias no fueron investigadas debidamente y que hasta la fecha no se han esclarecido los hechos ni el paradero de las víctimas. La CIDH concluyó también que los hechos constituían violaciones de los artículos 5 (integridad personal), 8 (garantías judiciales), 17 (protección de la familia), 25 (protección judicial) así como del deber de respeto y garantía establecido en el artículo 1.1, en perjuicio de





El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *rationae temporis*

los familiares de las dos niñas. La CIDH recomendó al Estado salvadoreño investigar de manera completa, imparcial y efectiva para establecer el paradero de Ernestina y Erlinda y, en caso de ser halladas, repararlas adecuadamente por las violaciones a sus derechos humanos. Además, recomendó una reparación adecuada a los familiares de las dos niñas por las violaciones de sus derechos humanos establecidas en el caso.

La CIDH notificó su informe al Estado y le otorgó un plazo de dos meses para que informara sobre las medidas que adoptara para su cumplimiento. El Estado salvadoreño no respondió a la CIDH, la cual decidió presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe notar que el Estado salvadoreño tampoco había tomado medidas para implementar las recomendaciones de la CIDH en casos anteriores sobre hechos ocurridos durante el período del conflicto armado.³

El 14 de junio de 2003 la CIDH presentó la demanda ante la Corte Interamericana. La Asociación Pro-Búsqueda y CEJIL participaron en el proceso como representantes de las víctimas y sus familiares.

La Corte Interamericana limita su jurisdicción con base en la excepción *rationae temporis*

El Estado salvadoreño presentó cuatro excepciones preliminares ante la Corte Interamericana, alegando incompetencia *rationae temporis*, *rationae materiae*, no agotamiento de los recursos internos y no admisibilidad de la demanda por oscuridad e incongruencia de la misma. La Corte desestimó las tres últimas pero admitió parte de la excepción *ratione temporis* basándose en la limitación establecida por El Salvador al momento de aceptar la competencia obligatoria de la Corte, la que señala expresamente que la misma “comprende sola y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de

ejecución sean posteriores a la fecha de depósito de esta Declaración de Aceptación”.⁴ El punto de discusión consistió en precisar si esta limitación podía excluir de la competencia de la Corte una violación a la Convención porque su principio de ejecución tuvo lugar en fecha anterior a la de la aceptación de la competencia de la Corte, pero cuyas consecuencias se han mantenido en el tiempo —como es el caso de la desaparición forzada—; así como las violaciones a la Convención Americana relacionadas o como resultado del delito inicial, incluyendo las violaciones al debido proceso y acceso a la justicia alegadas por la CIDH y los representantes de las víctimas.

Para apoyar los argumentos de los peticionarios, CEJIL y Pro-Búsqueda pidieron a la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) que preparara un *amicus curiae* sobre la competencia *rationae temporis* de la Corte en el presente caso. El *amicus curiae* que DPLF elaboró tuvo como finalidad dejar claramente establecido que el caso de las hermanas Serrano Cruz era admisible en su totalidad, no obstante los esfuerzos del Estado de El Salvador por utilizar las restricciones temporales que estableció al momento de aceptar la competencia de la Corte. Nuestro argumento principal fue que las violaciones que se presentan aquí son delitos permanentes, entre ellos la desaparición forzada de personas y la sustracción de identidad de menores, ambas violaciones complejas que involucran varios artículos de la Convención, y que la pretensión del Estado de sustraerse permanentemente de la competencia de la Corte para el juzgamiento de estos delitos, o por lo menos dividirlos de manera artificial y arbitraria en sus etapas pre y post 1995 (fecha de aceptación por el Estado de la competencia de la Corte) es violatoria del objeto y propósito de la Convención y por tanto debía ser rechazada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

La Corte ha indicado en decisiones anteriores que la interpretación de la Convención, incluyendo las limitaciones a la competencia de la Corte, debe basarse en un cabal entendimiento del propósito de la Convención misma.⁶ Uno de los

3 CIDH. Caso 11.481. *Monseñor Oscar Romero. El Salvador*. Informe de fondo No. 37/00 de 13 de abril de 2000; CIDH. Caso 10.488. *Ignacio Ellacuría et al., El Salvador*. Informe de fondo No. 136/99 de 22 de diciembre de 1999.; CIDH. Caso 10.480. *Lucio Parada et al.*, Informe de fondo No. 1/99 de 27 de enero de 1999. En estos casos, entre otras cosas, la CIDH recomendó al Estado realizar una investigación exhaustiva, rápida, completa e imparcial judicial de los graves hechos denunciados, y juzgar y sancionar a todas las personas responsables, a pesar de la ley de amnistía. También recomendó al Estado otorgar reparaciones e indemnizaciones.

4 Supra nota 2.

5 El *amicus curiae* se realizó de manera conjunta con la profesora Naomi Roht-Arriaza, de la escuela de Derecho “Hastings” de la Universidad de California.

6 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 84, párr. 37.

critérios para esto es dado por el artículo 29 de la Convención, que 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”. De esta manera, no tendría sentido suponer que un Estado que decidió libremente su aceptación a la competencia contenciosa de la Corte, haya pretendido en ese mismo momento evitar que ésta ejerza sus funciones según lo previsto en la Convención.⁷

En particular, cualquier limitación que alcance derechos no-derogables debe ser justificada por el Estado y sujeta a un escrutinio severo. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado que reservas que afecten normas *ius cogens* serían incompatibles con el objeto y fin del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Las reservas que afecten derechos no-derogables tienen que ser fundamentadas por los Estados, quienes deberán demostrar la necesidad apremiante de tales limitaciones. Asimismo son inaceptables aquellas reservas diseñadas para remover las garantías importantes que proveen el marco necesario para asegurar los derechos a nivel nacional o internacional.⁸

En este caso, aceptar el límite temporal de la competencia de la Corte hecho por El Salvador significaría evitar que la Corte conozca de violaciones continuadas o permanentes como lo son la desaparición forzada de personas o la sustracción del nombre e identidad de un menor. Está claramente establecido que las desapariciones forzadas violan varios derechos no-derogables de la Convención, como lo estableció la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez*⁹ y como ha sido reafirmado con bastante claridad por la jurisprudencia interamericana desde entonces. El límite *rationae temporis* pretendido, también removería las garantías que proveen el marco para la adecuada investigación, la imposición de las sanciones correspondientes, y la reparación a los familiares de las víctimas. Por lo tanto, la pretendida limitación a la competencia de la Corte es contraria al objeto y fin de la Convención.

Por otro lado, la noción de “violación continuada” o “permanente” no afecta el principio de irretroactividad de los tratados, sino que constituye una excepción al mismo. El

artículo 28 de la Convención de Viena señala expresamente que: “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha de entrada haya dejado de existir salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. De acuerdo a esta norma, el principio de irretroactividad de los tratados es aplicable cuando “el acto o hecho ha tenido lugar con anterioridad” a la ratificación, y cuando la “situación [...] haya dejado de existir” para la fecha de entrada en vigor del tratado.

De esta misma norma se desprenden también las dos

El punto de discusión consistió en precisar si esta limitación podía excluir de la competencia de la Corte una violación a la Convención porque su principio de ejecución tuvo lugar en fecha anterior a la de la aceptación de la competencia de la Corte, pero cuyas consecuencias se han mantenido en el tiempo —como es el caso de la desaparición forzada—.

excepciones al principio de irretroactividad: la primera está señalada expresamente en el texto y opera cuando “una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo” y la segunda se encuentra implícita en el texto del mismo precepto convencional al prever que las normas de un tratado no pueden aplicarse retroactivamente cuando una “situación [...] haya dejado de existir”, lenguaje del cual se puede inferir que un tratado sí resulta vinculante en relación con aquellas conductas que se iniciaron con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado, pero que continúan bajo el imperio del mismo.

La Corte ha dejado claramente establecido que tiene competencia sobre aquellos aspectos de las violaciones a la Convención que se iniciaron antes de la aceptación de competencia pero que continuaron luego de ésta. En el caso *Blake*¹⁰

7 Corte IDH. *Caso “Hilaire Vs. Trinidad y Tobago”*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párr. 90.

8 Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 24, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994).

9 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

10 Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27, párr. 34, 36.






por ejemplo, la Corte determinó que las consecuencias de una desaparición forzada que continuaran más allá de la fecha de aceptación de competencia estaban dentro de la competencia de la Corte. Si bien en este caso la desaparición y muerte de la víctima estaban fuera de su competencia, esto fue únicamente porque ya se había encontrado el cadáver de Nicholas Blake y se había establecido la fecha exacta de su fallecimiento: en ese momento la violación dejó de ser permanente.

En su voto razonado en este mismo caso (Excepciones Preliminares), el juez Cançado Trindade señaló con mu-

la gravedad del crimen de desaparición forzada y la necesidad de tratarlo como una unidad por encima de otras consideraciones y cuestiona cualquier limitación a la competencia de la Corte tratándose de un delito tan grave. Es este carácter de violación grave, que afecta derechos no derogables, que constituye crimen bajo el derecho humanitario y que afecta normas *jus cogens*, que diferencia este caso de otros donde el Estado ha intentado limitar la competencia de la Corte y ésta lo ha aceptado.

De otro lado, y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el concepto de desaparición forzada ha tenido una evolución acelerada durante las últimas décadas, siendo considerado como un delito continuado, de lesa humanidad, imprescriptible y no amnistiable. Esta definición ha sido recogida y confirmada por la práctica de los Estados americanos, quienes a través de tipificaciones en sus legislaciones nacionales o de sentencias emitidas por tribunales domésticos han resaltado estas características.¹¹ La Corte Europea de Derechos Humanos también ha reconocido la gravedad del delito de desaparición forzada¹² y ha planteado que una violación continua de la Convención Europea vuelve inoperantes las limitaciones temporales sobre la competencia de los órganos convencionales.¹³

Lamentablemente, la Corte admitió en parte la excepción *rationae temporis* presentada por El Salvador, determinando que no tenía competencia sobre el delito de desaparición forzada ni de otras violaciones cuyas principio de ejecución fueran anteriores a la fecha de depósito de la declaración de aceptación por El Salvador de la competencia obligatoria de

 **Lamentablemente, la Corte admitió en parte la excepción *rationae temporis* presentada por El Salvador, determinando que no tenía competencia sobre el delito de desaparición forzada ni de otras violaciones cuyas principio de ejecución fueran anteriores a la fecha de depósito de la declaración de aceptación por El Salvador de la competencia obligatoria de la Corte.**

cha claridad las inconsistencias y los problemas suscitados al tener que dividir una sola secuencia de hechos en partes arbitrariamente definidas por los límites *ratione temporis* impuestos por el Estado. En su voto razonado en la sentencia de fondo del mismo caso, Cançado retomó la necesidad de privilegiar

-
- 11 El 5 de noviembre de 2003, la Suprema Corte de Justicia mexicana decidió, en el caso de Jesús Piedra de Ibarra, que las desapariciones forzadas son delitos continuados, y que por tanto la prescripción empieza a calcularse una vez que se encuentre a la persona desaparecida. En Chile, la Corte Suprema ha afirmado en reiteradas oportunidades que las desapariciones forzadas son delitos continuados y de lesa humanidad, y que por tanto, su investigación no está sujeta ni a amnistía ni prescripción (entre otros, Caso Caravana, Sala Penal de la Corte Suprema, sentencia del 20 de julio de 1999. Caso desafiado de Pinochet, Pleno de la Corte Suprema, sentencia del 8 de agosto del 2000. Caso Sandoval, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 4 de enero del 2004). En Argentina, varias cortes de apelación han señalado en distintas sentencias que las desapariciones forzadas son delitos continuados y de lesa humanidad (entre otros, Caso Vitela y otros, Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Recursos de Apelación y Nulidad, sentencia del 9 de septiembre de 1999. Incidente de Apelación de Simón, Julio, Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sentencia del 9 de noviembre del 2001). En Bolivia, el Tribunal Constitucional en sentencia del 12 de noviembre del 2001, señaló que la desaparición forzada es un delito permanente, y que por lo tanto el plazo de prescripción sólo comienza a computarse desde que cesa la violación. En Perú, el Tribunal Constitucional ha señalado, en sentencia del 18 de marzo del 2004, que la desaparición forzada es un delito permanente hasta que no se establezca el destino o paradero de la víctima. Igual posición han tomado los tribunales de Uruguay (Caso Juan Carlos Blanco, Sentencia del 18 de octubre del 2002. Caso Gavasso y otros, Sentencia del 17 de abril del 2002) y de otros países americanos.
 - 12 ECHR. Case of Kurt v. Turkey, Reports of Judgments and Decisions 1998-III; ECHR. Case of Cakici v. Turkey, Judgement of 8 July, 1999 ; Case of Ertak v. Turkey, Judgement 9 May 2000; ECHR. Case of Timurtas v. Turkey, Judgement 13 June 2000; y ECHR. Case of Tas v. Turkey, Judgement 14 November 2000.
 - 13 ECHR. Case of Papamichalopoulos and others v. Greece, judgment of 24 June 1993, Series A no. 260-B, pp. 69-70, párr. 40 and 46; ECHR. Case of Agrotexim and others v. Greece, judgment of 24 October 1995, Series A no. 330-A, p. 22, para. 58; ECHR. Case of Loizidou v. Turkey (App. no. 15318/89), judgment of 18 December 1996, 23 EHRR 513, (1997).

la Corte. Sin embargo, en su voto disidente, el Juez Cançado Trindade mostró su fuerte desacuerdo con la decisión de sus colegas recalcando la necesidad de superar “los excesos del voluntarismo estatal” y señalando que:

La primera excepción preliminar interpuesta por el Estado demandado e integralmente admitida por la Corte en su anterior sentencia del 23.11.2004 (puntos resolutivos 1 y 2) conllevó no a la fragmentación, sino a la total desconsideración, por parte de la Corte, del delito continuado de desaparición forzada de personas, y de todo lo que resulte de dicha desaparición, la cual persiste hasta nuestros días.¹⁴

Según el juez Cançado Trindade, la limitación impuesta por el Estado salvadoreño no encuadra en ninguna de las condiciones de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte (bajo el artículo 62 de la Convención Americana), y tampoco es de carácter tan sólo *ratione temporis* pues el Estado demandado dejó claro en sus argumentos que su propósito fue excluir de la competencia de la Corte toda violación de derechos humanos ocurrida durante el conflicto armado interno que vivió El Salvador.

En ese sentido, al aceptar la excepción presentada por el Estado salvadoreño y así “privilegiar el voluntarismo estatal”, auto-limitándose indebidamente y de modo regresivo, la Corte dejó desprotegidas a las víctimas de violaciones continuadas de derechos humanos de particular gravedad ocurridas durante el conflicto armado salvadoreño, en particular las resultantes de la práctica documentada de desaparición forzada de niños y niñas y de la sustracción de su identidad y nombre durante dicho conflicto armado.

Cabe resaltar que la Corte no aceptó la totalidad de los argumentos del Estado respecto a su competencia *ratione temporis* al encontrar que las violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana podrían estar dentro de su competencia en la medida que se tratan de hechos independientes cuyo principio de ejecución es posterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador, y que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del tribunal.

La sentencia de fondo

Respecto a las violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, la sentencia de la Corte fue contundente al señalar claramente varios de los mecanismos utilizados por el poder Judicial y la Fiscalía para asegurar que la investigación no llegara a establecer la verdad, mucho menos el paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz. La Corte también dio algunas pautas a las autoridades salvadoreñas para la realización de una investigación eficiente que podría eventualmente dar resultados.

En su sentencia la Corte analizó el proceso de *habeas corpus* (ante la Corte Suprema de Justicia y las diligencias realizadas por la Jueza ejecutora) y el proceso penal en el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango. Además, analizó las acciones de la Fiscalía y el Juez de Chalatenango, cuando dedicaron esfuerzos a la investigación del caso de Ernestina y Erlinda Serrano en el marco del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando cómo el trabajo de la Fiscalía se dirigió a tratar de probar que las niñas nunca existieron, en lugar de investigar los hechos denunciados.

La Corte consideró que: “Una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales previstas [en la Convención Americana]”.¹⁵ Reconociendo la complejidad del caso, la Corte determinó que:

[...] las demoras en el proceso penal que se examina en este caso no se han producido por la complejidad del caso, sino por una inacción del órgano judicial que no tiene explicación. En diversas oportunidades durante la instrucción han transcurrido largos períodos de tiempo sin que el fiscal solicitara al juez que se practicara alguna diligencia y sin que el juez lo ordenara de oficio. Asimismo, tanto el fiscal como el juez han dejado transcurrir meses y hasta más de un año, antes de solicitar y ordenar que se practique una diligencia que no se realizó en la primera oportunidad señalada para evacuarse.¹⁶

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ante un recurso de exhibición personal



14 Corte IDH. “Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Vs. El Salvador”. Sentencia de fondo de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120. Voto disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 8

15 “Caso de las Hermanas Serrano Cruz”, *supra* nota 14, párr. 69.

16 “Caso de las Hermanas Serrano Cruz”, *supra* nota 14, párr. 71.



El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *rationae temporis*

presentado por la señora María Victoria Cruz Franco, madre de las hermanas desaparecidas, finalmente sobreescribió el proceso de exhibición personal por “no haber establecido los extremos procesales para establecer la infracción constitucional”, diciendo que el *hábeas corpus* no era el medio adecuado para investigar el paradero de una persona detenida ilegalmente hace trece años por miembros del Batallón Atlacatl, y recalando la imposibilidad de intimarse a los jefes militares de dicho batallón porque había sido eliminado a raíz de los Acuerdos de Paz.¹⁷ La Corte rechazó esta conclusión e insistió en que:



La Corte destacó “la actitud pasiva en la investigación por parte de la fiscalía y la jueza, y el hecho de que no se tomó en cuenta la situación de conflicto armado que vivía El Salvador cuando ocurrieron los hechos, ni las distintas situaciones en las cuales se ha reencontrado a personas que desaparecieron durante el conflicto armado cuando eran niños o niñas”.

el *hábeas corpus* puede ser un recurso eficaz para localizar el paradero de una persona o esclarecer si se ha configurado una situación lesiva a la libertad personal, a pesar de que la persona a favor de quien se interpone ya no se encuentre bajo la custodia del Estado, sino que haya sido entregada a la custodia de un particular o a pesar de que haya transcurrido un tiempo largo desde la desaparición de una persona.¹⁸

El tribunal precisó que la ley salvadoreña confería las facultades necesarias para que el tribunal pudiera “avanzar en la tarea de descubrir el paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz”. Además indicó pistas que la Jueza ejecutora de la petición de *habeas corpus* para la investigación no había aprovechado. Por ejemplo, el Jefe de la Oficina de Búsqueda de la Cruz Roja Salvadoreña mostró a la Jueza ejecutora un

documento en el cual constaba importante información sobre los lugares a los que la Cruz Roja llevó a 52 niños, entre recién nacidos y doce años, encontrados en Chalatenango en junio de 1982. La Jueza ejecutora, sin embargo, no se dirigió a los centros señalados en este documento, a los cuales podrían haber sido llevadas Ernestina y Erlinda.

Pro-Búsqueda había logrado encontrar varios niñas y niños que fueron llevados por los militares durante el mismo operativo. Tal como señaló la Corte, las autoridades judiciales en El Salvador no tomaron en cuenta esta información, aunque el juez tiene el deber de encauzar el proceso “de manera que tome en cuenta los hechos denunciados y su contexto para conducir el proceso de la forma más diligente para lograr determinar lo sucedido y establecer las responsabilidades y reparaciones del caso, evitando las dilaciones y omisiones en el requerimiento de la prueba”.¹⁹ Al igual que la Jueza ejecutora, el juzgado tampoco utilizó la información sobre los lugares donde la Cruz Roja habría llevado a los 52 niños encontrados en Chalatenango en el mes de los hechos del caso y no intentó citar a los militares señalados por la madre de las niñas.

En general, la Corte destacó “la actitud pasiva en la investigación por parte de la Fiscalía y la Jueza, y el hecho de que no se tomó en cuenta la situación de conflicto armado que vivía El Salvador cuando ocurrieron los hechos, ni las distintas situaciones en las cuales se ha reencontrado a personas que desaparecieron durante el conflicto armado cuando eran niños o niñas”. Señaló que a pesar del hecho de que inscribían con nuevos nombres y apellidos a muchos de los niños y niñas que ingresaron a hogares u orfanatos durante el conflicto armado sin documentos que los identificaran, los jueces y la Fiscalía no tomaron en cuenta esta práctica en la investigación del paradero de las presuntas víctimas cuando solicitaron información al Comité Internacional de la Cruz Roja, a la Cruz Roja salvadoreña, a un hospital, a la Fuerza Armada y a la Procuraduría General de la República. En cambio, los operadores de justicia en El Salvador basaron sus indagaciones y solicitudes únicamente en los nombres y apellidos de las presuntas víctimas y no en su descripción, procedencia u otros datos relevantes. También criticó al Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango por no insistir cuando la información brindada en respuesta a sus

17 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 48.

18 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 79.

19 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 88.

requerimientos fue inadecuada o tomó un tiempo excesivo.

Los niños desaparecidos en la “guinda de mayo” de 1982 que la Asociación Pro-Búsqueda ubicó, fueron localizados con vida, por lo que existen muchas probabilidades que Ernestina y Erlinda se encuentren con vida también. De ahí la importancia de estas diligencias que los operadores de justicia en El Salvador nunca realizaron.

A partir de la notificación al Estado de la demanda ante la Corte, el Fiscal y la Jueza de Chalatenango orientaron la investigación a la determinación de la existencia de las presuntas víctimas y no al delito que era objeto del proceso. Según la Corte, la declaración rendida por el Fiscal en la audiencia pública ante la Corte hizo claro que él “no mantuvo su imparcialidad en la investigación y que la línea de investigación del proceso penal no fue independiente de la defensa del Estado ante la Corte Interamericana”.²⁰ El Fiscal no entrevistó a miembros de la familia Serrano Cruz, sino a otros testigos, logrando que uno de ellos, que había declarado en el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango sobre la desaparición de las niñas, cambiara su testimonio, diciendo que había mentado anteriormente a petición de la madre de las supuestas víctimas y que éstas nunca existieron. Además, buscó comprobar que el libro de bautismo en el cual aparecía inscrita una de las hermanas fue falsificado, pidiendo que se adelantara un peritaje para tener los resultados antes de la audiencia pública en la Corte.

La Corte concluyó que ni el proceso de *hábeas corpus* ni el proceso penal habían cumplido con los estándares de acceso a la justicia y debido proceso establecidos en la Convención Americana. Según la sentencia “ninguno de los dos procesos han sido tramitados de manera diligente que permita su efectividad para determinar lo sucedido a Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, ubicar su paradero, e investigar y sancionar a los responsables”.²¹

También encontró que se había violado la integridad personal de los familiares quienes habían sufrido por la falta de seriedad y diligencia en las investigaciones para determinar el paradero de las jóvenes. Siguiendo su práctica reciente, la Corte ordenó una serie de medidas de reparación tanto para Ernestina y Erlinda, en el caso de que fueran encontradas con

vida, así como para sus familiares. Primero, resaltó el hecho que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación. La Corte encontró que las deficiencias en la investigación por parte de las autoridades estatales y la falta de adopción de medidas idóneas que coadyuvaran a la determinación del paradero de las hermanas, la identificación y sanción a los responsables, causaron un daño inmaterial a sus familiares al impedir su recuperación emocional.²²

La Corte advirtió al Estado la necesidad de garantizar que el proceso interno para investigar lo sucedido a Ernestina y Erlinda y sancionar a los responsables tuviera “sus debidos efectos”. En concreto, señaló que “el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria”.²³ Destacó que en el proceso en el juzgado de Chalatenango los familiares de las niñas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, de acuerdo con la ley salvadoreña y la Convención Americana. Finalmente, enfatizó que la sociedad salvadoreña debe conocer la verdad de lo ocurrido por medio de la divulgación pública del resultado del proceso penal.²⁴

Después de la audiencia pública del caso, el gobierno de El Salvador decretó la creación de una Comisión Nacional de Búsqueda, pero la conformación y las facultades de esta Comisión fueron cuestionadas. La Corte retomó este tema y en su sentencia, insistió en que ésta Comisión tendrá que hacer algo más que “colaborar” en la búsqueda, tomando la iniciativa de adoptar “las medidas necesarias para investigar y recabar pruebas sobre el posible paradero de los jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado, y facilitar con ello la determinación de lo sucedido y el reencuentro con sus familiares”.²⁵

Asimismo, enfatizó la necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad de los miembros de esta Comisión Nacional, y de asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos y de otras índoles necesarias para que pueda



20 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 103.

21 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 106.

22 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 158.

23 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 172.

24 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 175.

25 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 185.



El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *rationae temporis*

investigar y determinar el paradero de los niños desaparecidos en el contexto del conflicto armado. Con respecto a la composición de la Comisión de Búsqueda, señaló la necesidad de incluir a “las instituciones estatales que han mostrado interés en la solución de este problema y a otras que correspondiere por las funciones que desempeñan, así como que se de participación a la sociedad civil a través de organizaciones no gubernamentales que se han dedicado a dicha búsqueda o que están especializadas en el trabajo con jóvenes desaparecidos, como por ejemplo la Asociación Pro-Búsqueda”.²⁶

Otras medidas ordenadas por la Corte al Estado salvadoreño incluyen la creación de una página *web* de búsqueda de desaparecidos en la cual se debe difundir información relativa a las hermanas Serrano Cruz, así como la adopción por parte del Estado de todas las medidas necesarias para crear un sistema de información genética que permita obtener y conservar datos genéticos que coadyuven a la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y sus familiares así como su identificación.

Siguiendo su práctica en otros casos recientes, la Corte ordenó al Estado realizar un acto público de reconoci-

miento de responsabilidad y de desagravio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y sus familiares. El acto debe ser realizado en una ceremonia pública en la ciudad de Chalatenango, con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de la familia Serrano Cruz. También resolvió que el Estado debe designar un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno.

Ahora el desafío es el cumplimiento de la sentencia por parte del Estado salvadoreño, el mismo que ha ignorado tantas recomendaciones de la Comisión Interamericana y que ha hecho todo lo posible para no investigar los casos de violaciones de derechos humanos ocurridos durante el conflicto armado, reparar a las víctimas y sancionar a los responsables. La sentencia de la Corte le da pautas claras sobre lo que se debe hacer para realizar una investigación adecuada, tanto por el sistema de justicia como por otros medios. Para un país que se ha resistido a reconocer los derechos de las víctimas y el derecho a la verdad, esta sentencia abre la posibilidad de una nueva oportunidad para la verdad, la justicia y la reconciliación en El Salvador, siempre y cuando el gobierno salvadoreño tenga la voluntad para aprovecharla.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asociación Pro-Búsqueda y Save the Children, *La Paz en construcción. Un estudio sobre la problemática de la niñez desaparecida por el conflicto armado en El Salvador*, San Salvador, El Salvador, enero 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica”, <<http://cidh.org/Basicos/Basicos3.htm>>

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, “Informe Caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz”, San Salvador, 2 de septiembre 2004, <<http://pddh.gob.sv/docs/doc00002.pdf>>

26 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 14, párr. 188.

A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

**Tara J.
Melish***

This Article critically analyzes the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the “Five Pensioners” v. Peru Case, which it characterizes as “the most significant obstacle to economic, social and cultural rights enforcement in the inter-American human rights system.” It argues that the Court erred both in its application of a “progressivity-nonregressivity” standard to the alleged violation of the right to social security under Article 26 of the American Convention, a standard the author argues is “non-justiciable” and erroneously imported from monitoring into adjudicatory contexts, and in its failure to apply to the facts of the case conventional law under Article 21 on legitimate restrictions on the right to property. In so doing, the Court appears to accept two radically different standards for human rights protection under the American Convention—one absolute and undiscerning of larger social policy and subsidiarity goals, the other subordinated entirely to the “sum of the population.” These standards depend not on the substantive nature of the particular claim at issue but rather only on its technical vestment, easily finessed, as a Chapter II “civil and political right” or a Chapter III “economic, social and cultural right.” The author argues that rational supranational litigation of the full family of human rights requires that these dichotomous standards—one individually-oriented and conduct-based (justiciable), the other collectively-oriented and results-based (non-justiciable)—be replaced by a common standard based on the general obligations in Articles 1 and 2, taking into account the legitimate restrictions recognized in Articles 30 and 32.2 and the substantive principle of subsidiarity.

On February 28, 2003, the Inter-American Court of Human Rights unanimously ruled in favor of five Peruvian pensioners, whose monthly pension entitlements had been reduced to almost one-fifth their previous values by the Peruvian State, pursuant to a 1992 decree law aimed at rationalizing distortions in the Peruvian pension regime. Relying on domestic law and internal judicial rulings in favor of the petitioners, the Court unanimously declared—in an otherwise classically moot case¹—that such recalculations infringed the pensioners’ “ac-

quired right to a pension,” finding the State responsible for violating their rights to property and to judicial protection under Articles 21 and 25 of the American Convention on Human Rights. It declined to rule on their Article 26 right to social security, framed as a right to “progressive development” of that right. It ordered the Peruvian State to pay the pensioners non-pecuniary damages as well as costs and expenses, to investigate and sanction those responsible for the violation of their rights, and to establish the patrimonial consequences of the violation of their right to property in accordance with domestic legislation.²

* Human rights attorney and consultant, specialist in the area of economic, social and cultural rights. Brown University (B.A. 1996), Yale Law School (J.D. 2000). The author thanks the John D. and Catherine T. MacArthur Foundation for their generous assistance in making this work possible. All views expressed herein are those of the author alone. tmelish@aya.yale.edu.

1 In March 2002, three months after the application had been submitted to the Court, but almost a year prior to the issuance of the Court’s final judgment, full payment (without interest) of the recalculated amounts withheld from the alleged victims—totaling several million U.S. dollars—was made and the impugned section of the 1992 Peruvian law on which the pension recalculation was based was annulled. See “Five Pensioners” Case v. Peru, Judgment of Feb. 28, 2003, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 98 (2003), para. 119. Under classic mootness doctrine, the concrete controversy on which the application was based was therefore effectively resolved, removing the Court’s jurisdiction over it. While recognizing in its reparations judgment that the victims’ major claims no longer formed part of the dispute in the case, the Court nonetheless (without explanation) chose not to address these circumstances as a jurisdictional issue related to its competence over the matter as a whole.


2 Id. para. 187. Each alleged victim was accorded non-pecuniary damages of US\$3,000, while their representatives were found entitled to US\$16,500 in costs and expenses.



A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

Unfortunately, the Court went still further. It proceeded to issue an unnecessary and plainly-erroneous *obiter dictum* on the scope and meaning of Convention Article 26, extensive not only to the right at issue in the case *sub judice* but more broadly to all autonomously-conceived economic, social and cultural rights. That *obiter dictum*³—replicated, with disastrous results, in the more expansive jurisprudence of the Inter-American Commission—has proved devastating for socio-economic rights protection efforts in the inter-American system, effectively divesting such rights of their inherent justiciability in the

the Court made two interrelated analytical errors—one relating to the nature of the rights at issue, the other to the nature of the obligations that attach to them in judicial contexts. Significantly, the Court's errors can be traced directly to the arguments urged upon it by the litigants to the action and *amicus curiae*, each of which relied on the concept of “progressive development of economic, social and cultural rights” and a correlative “prohibition on regressivity” with respect to the right to social security in general and the right to a pension in particular.⁵ These concepts, as measures of results-based achievement over the sum of the population, are inappropriate as juridical standards in individual contentious processes, particularly at the supranational level, where justiciability requirements such as causation and demonstrable injury to duly-identified persons are key.

 This Article argues that the main threat to rational supranational litigation of economic, social and cultural rights has nothing to do with the inherent nature of those rights, the correlative obligations that attach to them, or their normative formulation in the region's human rights instruments.

This Article argues that the main threat to rational supranational litigation of economic, social and cultural rights has nothing to do with the inherent nature of those rights, the correlative obligations that attach to them, or their normative formulation in the region's human rights instruments.⁶ Rather, it originates in the recurring effort of litigators and jurists—on active display in the *Five Pensioners Case*—to transfer uncritically standards and indicators developed in monitoring and promotional contexts to non-congruent judicial ones, where considerations of justiciability take center stage. It argues that, where litigation of economic, social and cultural rights is concerned, collectively-oriented “results-based” standards once held sacred, befitting as they are in political and promotional contexts, must be abandoned and replaced by appropriate individual-oriented “conduct-based” standards to avoid further, potentially irreversible harm. The consequences of failure to do so are nowhere better displayed than in the *Five Pensioners Case*.

regional system. As a result, the *Five Pensioners Case* currently stands as the most significant obstacle to economic, social and cultural rights enforcement in the inter-American human rights system. The Court's approach to Article 26 is in radical need of reversal if economic, social and cultural rights, as autonomous rights, are not to be jurisprudentially read out of the inter-American organs' contentious jurisdiction, and improperly limited to the political field of monitoring progressive achievement and back-sliding over the sum of the population.⁴

This Article discusses the *Five Pensioners Case* and its implications for the litigation of economic, social and cultural rights in the inter-American human rights system. It argues that

While the *Five Pensioners Case* may be a genuine victory for the five individual pensioners whose full vested pension rights at the domestic level were vindicated by the Inter-

3 *Obiter dictum* is defined as “[w]ords of an opinion that are entirely unnecessary for the decision of the case.” As such, they are “not binding as precedent.” Black's Law Dictionary (6th ed. 1990), at 1072.

4 This possibility is even more worrisome in light of the OAS General Assembly's recent but long overdue call for the establishment of a Working Group under the Protocol of San Salvador to monitor State Parties' progressive realization of the economic, social and cultural rights enshrined therein, and the decision that this Working Group will function within the Inter-American Commission on Integral Development, rather than the Inter-American Commission on Human Rights. See AG/Res. 2074 (XXXV-O/05).

5 See “Five Pensioners” Case, *supra* note 1, para. 146 (“The Inter-American Commission and the representatives of the alleged victims and their next of kin alleged that Article 26 of the American Convention had been violated because, by reducing the amount of the pensions of the alleged victims, the State failed to comply with its obligation to progressively develop their economic, social and cultural rights and, in particular, did not ensure the progressive development of their right to a pension.”).

6 For more detailed arguments to this effect, see Melish, forthcoming 2006a (responding to contrary arguments in Cavallaro & Schaffer, 2005).

American Court of Human Rights, it is largely pyrrhic for the millions who rely on the inter-American human rights organs for the effective protection of the full battery of their human rights, particularly those consecrated in Article 26 of the American Convention. The Article concludes with an assessment of the impacts of the Court's decision and with suggestions for how litigants, practitioners and the jurisdictional bodies themselves can reverse the dangerous course on which the system's organs appear to be traveling.

The Five Pensioners Case

Facts and Context

The facts of the Five Pensioners Case, while complicated, can be presented in a straightforward manner. In 1992, the Peruvian State, like many Latin American States in the 1990s, initiated a controversial process of market-based pension reform.⁷ That reform entailed a substantial reduction in the specialized pension benefits enjoyed since at least 1990 by the five alleged victims, each having retired as high-level civil servants in the Peruvian Superintendancy of Banks and Insurance (SBI). Each had duly fulfilled the applicable contribution and service requirements in force under the specialized pension regime applicable to them at retirement.⁸ Under that special benefit system, each was entitled to what is known in Peru as the "cédula viva" or "equalized pension." That is, rather than receive a pension calculated proportionately on the basis of the contributions made to the pension regime over the course of their employment ("defined-contribution" system), each received a monthly pension

payment progressively pegged to the current salary of persons occupying the same post or fulfilling the same functions that they had upon retirement (a type of "defined-benefit" system). Under this specialized regime, their current monthly pensions value US\$3,500 — in a country where the average monthly income stands at US\$175 and does not exceed US\$60 for forty-one percent of the population.

On October 23, 1992, Decree Law 25792 was promulgated, article 5 of which aimed to remove some of the special privileges of the SBI employees and to integrate them into the general system.⁹ The immediate effect of the law was to reduce the pensions of the affected pensioners by approximately 78%, to a legislated cap of S/504. In response, the five alleged victims—and the approximately one hundred other affected pensioners—filed legal actions in the domestic courts to recover the sums of their recalculated pension awards, arguing that their pensions, as "acquired rights," could never lawfully be reduced.

They based their claims on the First Transitory Final Provision of the 1993 Peruvian Constitution, successfully incorporated by pension advocates into the new Constitution to neutralize, for public-sector employees, the impending effects of the politically-unpopular pension reform.¹⁰ That provision established that: "The new obligatory social regimes established for the pensions of public sector employees do not affect legally acquired rights, particularly the rights corresponding to the regimes of Decree Laws 19990 and 20530 and their modifying provisions." These specifically-mentioned laws are precisely those that governed the pensions of the five alleged victims.

Largely on the basis of this skillfully-inserted provision, which constitutionalized the five pensioners' right to an equalized pension in the terms established under the previ-

7 Following the early lead of Chile in 1981, Peru was Latin America's second country to engage in a systemic reform of its pension system. Throughout the 1990s, many Latin American countries, under pressure from the economic/debt crises of the 1980s and from international financial institutions, undertook substantial experimentation in the highly-controversial area of pension reform. Such reforms have been attempted in Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Mexico, and Uruguay, although each with different outcomes due to varying political balances of power. For a comparative review of Latin America country experiences with pension reform, see Huber & Stephens, 2000.

8 The five pensioners began working in the Public Administration between 1940 and 1964, and stopped working for the Superintendancy of Banks and Insurance between 1975 and 1990. "Five Pensioners" Case, *supra* note 1, para. 88(b).

9 Article 5 of said law stipulated that the specialized pension regime applicable to pensioners of the SBI who had opted to remain in the public-sector regime (including all five alleged victims) would come under the budget envelope of the Ministry of Economy and Finance and would be regulated in accordance with the Legislative Decree applicable to that Ministry's workers. In no case would such public-sector pensions be equalized with remunerations paid by the SBI to personnel subject to the private sector regime.

10 Initially rejected by the Peruvian legislature, Fujimori's market-based reform had to be pushed through by presidential decree in 1992. The new pension system took effect in 1993. The 1979 Constitution, in force until 1993, permitted the periodic adjustment of pensions "taking into consideration the cost of living and the possibilities of the national economy" and "in accordance with law."





A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

ous regime, the five were ultimately successful in each of their *amparo* actions filed domestically. Both the Supreme Court of Justice, in 1994, and the Constitutional Court of Peru, between 1998 and 2000, found in their favor, ordering the State to restore to the five pensioners their right to enjoy a progressively equalized pension—totaling several million U.S. dollars—in accordance with the pre-reform regime. Despite these final decisions in the pensioners' favor, the State of Peru stubbornly refused to comply with the domestic judicial orders.

Following five years of unsuccessful legal and political attempts to force execution of the internal judicial rulings, the five alleged victims, represented initially by CEDAL and APRODEH, presented their case to the Inter-American Commission on Human Rights in 1998. In March 2001, the Commission adopted Report No. 23/01 in which, siding with the petitioners, it commended a series of measures to the Peruvian State, including full payment of the recalculated and withheld pension sums. When Peru failed to comply with these measures, including after several requested extensions, the Commission submitted the case to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights on December 3, 2001, alleging violations of the rights to “progressive development of social security,”¹¹ to judicial protection, and to property, under

Convention Articles 26, 25 and 21, respectively.

The representatives of the victims, now with CEJIL added as co-petitioner, submitted independent arguments on Convention Articles 26, 25 and 21, as well as a new due process allegation under Article 8.¹² Prominent regional NGOs and academics filed two *amicus curiae* briefs also alleging violation of the rights to “progressive development of social security,” property, judicial protection and due process.¹³ All parties characterized the alleged Article 26 violation as breach of the right to “progressive development of economic, social and cultural rights.”

The Court's Judgment

Despite the arguably moot nature of the controversy,¹⁴ the Honorable Court found the Peruvian State internationally responsible for violating the victims' rights to judicial protection and to property under Articles 25 and 21 of the American Convention. It declined to rule on the litigants' allegations with respect to Articles 8 (due process) and 26 (social security)—the former for insufficient evidence,¹⁵ the latter because the victims' circumstances did “not necessarily represent the prevailing situation” of pensioners in Peru.¹⁶ The remarkably inappropriate nature of this latter ruling, particularly for a human rights tribunal, will be returned to below.

11 This characterization of the relevant Article 26 right at issue, replicated in the interventions of all parties, was in many ways determinative of the Court's erroneous analysis of the provision in paragraphs 147-48 of the judgment. In this author's view, the characterization is in discord with the plain text of the Convention, envisions a non-justiciable standard, and subordinates the right at issue—i.e., the individually-held “right to social security”—to a general obligation of the State with respect to the entire population.

12 The Commission did not allege an independent violation of article 8; only the victims' representatives and amici curiae did. The Five Pensioners Case was the first in which the Court's new Rules of Procedure were in effect, allowing the representatives of the victims to make independent arguments on the merits of the case.

13 Two *amicus curiae* briefs were submitted by interested attorneys—one from the Center for Legal and Social Studies (CELS), the other from Human Rights in the Americas.

14 Given that the State directly raised the mootness issue in its arguments before the Court, the Court should have addressed the jurisdictional issue as a matter of preliminary objections. Jurisdictional issues can typically be raised at any stage of contentious proceedings, as contrasted with parties' procedural rights which may be waived if not properly invoked in early stages of litigation. While exceptions to the mootness doctrine could conceivably have been invoked under the facts of the case, the Court's failure to do so diminished to some extent the credibility of its holding. Potential mootness was raised only in the concurring opinion of Judge Sergio García Ramírez, who nonetheless effectively side-stepped it: he affirmed that potential mootness issues arose only after the formal filing of the application with the Court, at which time its jurisdiction was properly invoked.

15 “Five Pensioners” Case, *supra* note 1, para. 157 (“[T]he Court considers that it is not necessary to deliver a ruling on the alleged violation of Article 8 of the Convention, because the file contain[s] insufficient evidence in this respect.”). It may be noted, however, that the Court did address what might have been characterized as an Article 8 due process violation in its analysis of Article 21. There, the Court went on to ask a second question: whether—given constitutional entrenchment of the five pensioners' right to an “equalized pension”—the State could nonetheless permissibly “modify the parameters for determining the amount of the equalized pension.” That is, whether, in faithfully applying the textual terms of the pre-1992 law in accordance with the 1993 Constitution, it could nonetheless equalize the pensions with the salaries of a lesser-paid sector of workers, thereby permitting a reduction “in accordance with” the constitutionally-entrenched pre-1992 pension regime. The Court concluded that such a reinterpretation could only take place subsequent to “an administrative procedure with full respect for the appropriate guarantees” and which was not contradicted by decisions of the courts of justice. “Five Pensioners” Case, *supra* note 1, para. 117.

16 *Id.* paras. 147-48 (“It is evident that this is what is occurring in the instant case; therefore, the Court considers that it is in order to reject the request to rule on the progressive development of economic, social and cultural rights in Peru, in the context of this case.”).

Right to Judicial Protection (Article 25)

The “easy” question facing the Court—guaranteeing victims’ recovery, regardless of the Court’s substantive finding on the pension recalculations themselves—was whether Peru had violated the right to judicial protection under Convention Article 25 by failing to enforce the final judicial orders, in petitioners’ favor, of the Peruvian Supreme Court of Justice and Constitutional Court. Both sets of orders vindicated rights recognized by the 1993 Peruvian Constitution, which textually entrenched the pre-reform pension-benefit regime for the five alleged victims.¹⁷ As such, the plain terms of Convention Article 25(2)(c) disposed easily of the issue.

States Parties undertake: . . . to ensure that the competent authorities shall enforce [judicial] remedies when granted [for protection against acts that violate [...] fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention].

Indeed, while Peru did faithfully execute the judgments of domestic courts for sums withheld between April and October 1992 (i.e., the date Decree-Law 25792 was promulgated), it did not execute the 1994, 1998 and 2000 judgments until March 2002 and onward. On this basis, the Court found the Peruvian State internationally responsible for violating Convention Article 25, to the alleged victims’ detriment, “by not executing the judgments of the [...] Supreme Court of Justice of Peru until almost eight years after they had been delivered.”¹⁸

As correctly noted by Judge de Roux, this holding was the “surest part of the terrain on which the [Court’s] judgment is grounded.”¹⁹ The judgment’s remaining landscape is craggy and precipitous. Litigants would do better to build around, not upon it,²⁰ searching for surer ground on which to

construct a viable jurisprudence on the rights of pensioners and economic, social and cultural rights more generally.

Right to Property (Article 21)

The heart of the parties’ dispute—the difficult, consequential issue—went well beyond the Article 25 violation. Indeed, it dealt with a wholly preliminary question: What margin of discretion is available to the State, *under the American Convention on Human Rights*, to modify the parameters for determining a retiree’s pension benefits *after* his or her right to a pension has vested under a previous, more-favorable pension regime?²¹ Does the State have any discretion? If so, under what conditions? Or, does the vesting of a right to a pension under a given legal regime freeze that benefit package in place, preventing modification—at least in a downward direction—as legal, political, economic, social or cultural factors change?

In dealing with these questions, the Court had the choice of addressing them in terms of Article 26 (the right to social security) or Article 21 (the right to property). Both norms, interpreted under common standards, would have provided a solid conventional basis for protecting the “right to a pension,” which all parties agreed the pensioners’ enjoyed.²² Alternatively, had the Court decided not to enter the controversial field of pension policy in the context of this case, it could have legitimately declined, as a matter of judicial discretion and economy, to address either norm—limiting its intervention to supranational protection of the pensioners’ right to enforcement of favorable domestic judicial decisions in the context of Article 25.

Had the Court adopted this latter approach, a solid though narrow decision on pension rights would have been added to the small, though growing jurisprudence of the Court



17 There did seem to be a retroactivity issue here: Whether the 1993 Constitution could appropriately be applied to retroactively replace Decree-Law 25792 (October 23, 1992) with the law it had lawfully superceded, under the pre-1993 Constitution (of 1979), which expressly permitted the periodic adjustment of pensions “taking into consideration the cost of living and the possibilities of the national economy” and “in accordance with law.” Clearly, however, this issue—material as it was to the domestic judicial rulings, which this author has not reviewed in their entirety—was irrelevant to the Court’s Article 25 analysis.

18 “Five Pensioners” Case, *supra* note 1, para. 141.

19 Reasoned Opinion of Judge de Roux Rengifo, “Five Pensioners” Case, *supra* note 1.

20 One commentator has urged an accommodationist strategy with respect to the Court’s new standing rule for Article 26 claims. See Courtis, 2005. This author believes that, given its jurisdictional defects and inherent contradictions, the Court’s approach to economic social and cultural rights under Article 26 cannot be accommodated; it must be rejected and replaced by one that treats all protected Convention rights, regardless of their substantive characterization, under common standards.

21 The Court recognizes this is the central question while limiting its consideration of it to the alleged violation of the right to property. Indeed, noting that “there is no dispute between the parties about whether the alleged victims have the right to a pension”, the Court observes that “[t]he dispute between the parties relates to whether the parameters used by the State to reduce or recalculate the amounts of the pensions of the alleged victims as of 1992 represented a violation of their right to property.” “Five Pensioners” Case, *supra* note 1, para. 94.

22 *Id.*



A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

on economic, social and cultural rights.²³ It would have been one which strongly emphasized the Court's subsidiary role in the protection of human rights and the primary responsibility of States to guarantee them, fully and effectively, at the domestic level. Furthermore, it would have sent a clear message that the right to judicial protection of domestically-guaranteed socio-economic rights will be enforced by the inter-American human rights organs, whether or not those supranational organs enter into the thorny and politically-charged details of domestic-level pension reform, and irrespective of the minimum floor of protection afforded the right to a pension, or to social security more broadly, by the regional human rights instruments themselves.

The Court, however, chose to address the substantive issue of recalculation. In doing so, it limited its analysis to the property-right basis of the right to a pension under Article 21. Thus, the question for decision was framed as whether the reduction or recalculation of the pension amounts as of 1992 violated the pensioners' right to property.²⁴ The Court unanimously declared that it did, although its justifying rationale was not consistent and often contradictory. Three distinct readings of the judgment are possible. None establish the clear and useful parameters for permissible affectation, in the context of social reform, of individual property rights that would have been desirable in a case of this sort. Indeed, the Court didn't even address the issue on the facts.

The first, broadest reading of the Court's judgment is that where a State has put in place a "defined-benefit" pension system, Convention Article 21 guarantees, as a property right, the full enjoyment of that defined benefit level, once the specified requirements for the pension's vesting have been satisfied under the domestic legal regime in force at the date of retirement. That is, once an individual satisfies the temporal requirement for contributing specified amounts periodically to a

pension fund, the "benefit," as defined at the date of retirement, becomes an "acquired right to property" under Convention Article 21, which cannot be altered or modified by the State. Under this interpretation, a State that had at one time adopted a "defined-benefit" system—including one that was grotesquely inequitable, or that became economically unsustainable as a factual matter—could never reduce the previously-promised benefit or change its pension regime to a "defined-contribution" or non-contribution system, unless all retirees whose pensions had already vested were excepted.

This interpretation, urged by victims' representatives and *amici* as the necessary consequence of the "prohibition of regressivity," is reflected in paragraph 103 of the Court's judgment, which ties the effective acquisition of the "right to property related to the patrimonial effects of the right to a pension" under Article 21 to the date of retirement and full payment of the required periodic contributions to a pension fund.²⁵ Judge Antonio Cançado Trindade, too, characterizes the Court's holding in broad terms, as "affirm[ing] the character of acquired right of the right to a pension, subsumed in the right to private property under Article 21 of the American Convention [. . .], and linked to the perennial, ineluctable and irreducible social function of the State."²⁶ That is, in this view, the vesting of a pension under a particular regime imbues that pension with patrimonial effects that are protectable, in an absolute sense, under Article 21 of the American Convention, read in conjunction with Article 29.b.

The broadness of this interpretation, however, appears to disregard not only the nature and social function of a pension, but the very text of Article 21—as well as Articles 30 and 32.2—which make plain that the right to property is not absolute and can legitimately be restricted by the State, in accordance with law, under defined conditions, particularly for purposes of social reform.²⁷ It also, on a practical level, appears

23 For a fuller analysis of the Court's growing socio-economic rights jurisprudence, see Melish, forthcoming 2006b.

24 "Five Pensioners" Case, *supra* note 1, para. 94.

25 *Id.* para. 103 ("[T]his Court considers that, from the time [the alleged victims] paid their contributions to the pension fund regulated by Decree Law No. 20530, ceased to work for the SBS, and opted for the retirement regime set forth in this decree law, they acquired the right to their pensions being regulated by the terms and conditions established in this decree law and its related norms.") (emphasis added). Since the 1979 Constitution in force at the date of the five victims' retirements (all before 1992) permitted periodic adjustments to pensions in light of changes in the cost of living and available resources in the national economy, the Court's understanding of the Article 21 effects of vesting appear not to be constitutionally-based, but rather relate to the very nature of pensions themselves.

26 Concurring Opinion of Judge Antonio Cançado Trindade, "Five Pensioners" Case, *supra* note 1.

27 The Court did formally recognize, in paragraph 116, that property rights under Article 21 may be restricted for reasons of public utility or social interest. It, however, then failed to apply the law on Article 21 to the particular facts of this case. Had it done so, it likely would have come to a different result. It is also perplexing that rather than refer directly to Convention Article 21 for permissible restrictions on the right to the patrimonial effects of a pension, the Court referred to Article 5 of the Protocol of San Salvador. "Five Pensioners" Case, *supra* note 1, para. 116.

to unduly constrain the discretion of States, irreversibly freezing in place irrational and inequitable regimes established under different social and political conditions, where different balances of power prevailed. The implications of such a view, particularly in light of the principle of subsidiarity, will be returned to below.

A second, narrower reading of the case limits it to its peculiar facts. That is, the Article 21 violation is inextricably linked to the constitutionalization in 1993 of the pre-1992 pension regime for the five alleged victims. Under this view, the 1992 reform—including the reduction in benefit levels—would not necessarily have constituted a violation of the right to property absent constitutional entrenchment of the pre-1992 regime for the particular pensioners at issue. Thus, the Constitution (immune from legislative modification)—and not the independent vesting of the pension under the prior legislative regime—created the property right.

This more limited interpretation is nonetheless also problematic, for several reasons. First, it effectively provides no guidance for future pension cases given the peculiarity of the constitutional entrenchment in the particular case. Second, the Court's Article 21 analysis—relying heavily on Article 29.b—appears to equilibrate the Convention's protections with those of domestic law, making domestic law the determinant of the scope and content of the Convention's independent guarantees. Such a broad interpretation of Article 29.b is unwarranted and can only lead to mischief.²⁸ Third, and perhaps most fundamentally, constitutional entrenchment does not, in itself, immunize a right from lawful restrictions *under the American Convention*. Thus, by not applying to the peculiar facts of the case the permissible Article 21 bases for lawfully restricting property under the Convention, the Court omitted a critical piece of the analysis which would likely have led it to a different result: no violation, in this case, of the pensioners' Article 21 property rights.

In light of these plainly-evident problems, the Court throws in a third basis for the finding of an Article 21 property right violation: non-compliance with the domestic *amparo* de-

isions. According to the Court, these protective orders constituted a right to the pensioners' benefit "which, when it was disregarded by the State, affected their patrimony, violating Article 21 of the Convention."²⁹ While such a finding may, under certain circumstances, be appropriate at the domestic level, it appears non-economical and lacking in value-added at the supranational level. Indeed, it appears to conflate needlessly violations of Article 25 with a violation of Article 21. Drawn to its logical extremes, it would imply that every violation of Article 25 for noncompliance with a domestic judicial order would, given the litigants' patrimonial interests in its execution, bring with it a violation of Article 21.³⁰ That does not appear to be a general rule the Court would happily accept.

In sum, the Court's vacillating analysis under Article 21 leaves regional treaty law on "the acquired right to a pension" as cloudy or cloudier than before. It provides little if any guidance for States, pension advocates and social reformers as they negotiate the volatile terrain of pension reform and social security policy more broadly. Most importantly, it potentially locks States into the forced maintenance of inequitable policies in the name of "human rights" and, more specifically, the "right to property." In the absence of a more nuanced and flexible approach—one that recognizes the imperative of striking a fair balance between an individual's rights and those of other members of society—the Court would have been far better off limiting its decision to the Article 25 violation.

Right to Social Security (Article 26)

If the Court's analysis of Article 21 was normatively deficient in being insufficiently attentive to larger social policy concerns that States may legitimately take into account in limiting or restricting a particular individual's rights, its treatment of Article 26 discounted any role for the individual in rights-enjoyment vis-à-vis broader society. Indeed, it subordinated the individual, as rights *titulaire*, entirely to the "sum of the population."

In two terse paragraphs of *obiter dictum*, the Court



28 Indeed, the risk created is either to create a common inter-American standard ratched-up to the highest level of protection available in domestic law or, just as dangerously, to create a system where different rules apply under the Convention to different States, depending on their domestic laws.

29 *Id.* para. 115.

30 This is particularly true given the Court's broad understanding of "property." See *Mayagna (Sumo) Awajitj Community v. Nicaragua*, Judgment of August 21, 2001, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 79 (2001), para. 144 ("Property" can be defined as . . . any right which may be part of a person's patrimony; that concept includes all movables and immovables, corporeal and incorporeal elements and any other intangible object capable of having value.").



A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

effectively obliterated Article 26 as a repository for individually-protectable rights under the contentious jurisdiction of the inter-American human rights organs. Asked to determine whether the State of Peru violated the five pensioners' right to social security by recalculating and reducing their pensions—as, notably, the Court had found with regard to their Article 21 “right to the patrimonial effects of their pension”—the Court responded with the following statement:

Economic, social and cultural rights have both an individual and a collective dimension. This Court considers that their progressive development, about which the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights has already ruled, *should be measured in function of the growing coverage of economic, social and cultural rights in general, and of the right to social security and to a pension in particular, o[ver] the entire population, bearing in mind the imperatives of social equity, and not in function of the circumstances of a very limited group of pensioners, who do not necessarily represent the prevailing situation.*

It is evident that this is what is occurring in the instant case; therefore, the Court considers that it is in order to reject the request to rule on the progressive development of economic, social and cultural rights in Peru, in the context of this case.³¹

The jurisdictional (and moral) implications of this statement are truly alarming. Indeed, by suggesting that autonomously-conceived economic, social and cultural rights, protected under Article 26, can be measured only as a “function of [their] growing coverage over the entire population . . . and not in function of the circumstances of a very limited number of [victims]” (i.e., the duly-identified victims named and individualized in the application), the Court appears to separate and remove Article 26, and the fundamental rights it protects, from the boundaries of its own contentious jurisdiction. Indeed, it appears to reimagine its limited Article 62.3 “case-based”

jurisdiction as a broad “monitoring” role of general achievement of rights over the sum of the population, without reference to individual victims, concrete harm, or causal responsibility of the State, the classic hallmarks of a justiciable case. This *ultra vires* interpretation was recognized by only one Judge, who lucidly noted in a concurring opinion that:

[T]he reasoning according to which only State actions that affect the entire population could be submitted to the test of Article 26 does not appear to have a basis in the Convention, among other reasons because, contrary to the Commission, *the Inter-American Court cannot monitor the general situation of human rights*, whether they be civil and political, or economic, social and cultural. *The Court can only act when the human rights of specific persons are violated*, and the Convention does not require that there should be a specific number of such persons.³²

Indeed, Convention Article 62.3 establishes the Court's contentious jurisdiction, expressly limiting it to “cases” involving interpretation or application of the Convention's provisions, such as Article 26. Distinguishing such “cases” from “abstract questions,” which the Court may consider only under its Article 64 advisory jurisdiction, the Court has made clear that its contentious jurisdiction is limited to concrete controversies between a State Party and duly-identified individuals subject to their jurisdiction who have suffered concrete, demonstrable harm as a result of conduct imputable to the State Party.³³ That is, for the Court to take judicial cognizance of a case submitted to its contentious jurisdiction three requirements must be met: (1) the alleged victims must be *duly identified by name and individualized*; (2) there must be *prima facie* evidence that the named victims suffered *concrete injury* themselves (as distinct from statistical, speculative or implied harm to them as members of the population); and (3) the cause of that demonstrable injury must be *prima facie imputable to State conduct*.

31 “Five Pensioners” Case, *supra* note 1, paras. 147-48 (emphasis added).

32 Reasoned Opinion of Judge de Roux Rengifo, “Five Pensioners” Case, *supra* note 1 (emphasis added).

33 As the Court has affirmed:

The contentious jurisdiction of the Court is intended to protect the rights and freedoms of specific individuals, not to resolve abstract questions. There is no provision in the Convention authorizing the Court, under its contentious jurisdiction, to determine whether a law [or other conduct imputable to the State] that has not yet affected the guaranteed rights and freedoms of specific individuals is in violation of the Convention. As has already been noted, the Commission has that power and, in exercising it, would fulfill its main function of promoting respect for and defense of human rights. The Court also could do so in the exercise of its advisory jurisdiction, pursuant to Article 64(2).

Inter-Am. Ct. H.R., International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (Arts. 1 and 2, American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-14/94 of Dec. 9, 1994 (Ser. A) No. 14, para. 49 (emphasis added).

The existence of these elements—individualization, concrete injury, and causal conduct—is what distinguishes the Court’s contentious jurisdiction under Article 62.3 from both the Commission’s more expansive “promotional” and “monitoring” mandate and the Court’s own “advisory” jurisdiction, for which questions of justiciability are not decisive, or even relevant.³⁴ Only under these latter functions—analogue to the current competence of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, which *lacks* any contentious function—can generalized injury over the sum of the population or sectors within it, without reference to specific victims or causal agents and without individualized proof of harm, be considered.³⁵

The result of the Court’s dictum, therefore, is to effectively preclude individuals from alleging, in contentious processes of the inter-American human rights system, direct violations of their autonomously-defined economic, social and cultural rights (e.g., rights to health, social security, education, housing, etc.). Indeed, by requiring victims to prove, as a condition for “Article 26-standing,” harm not only to themselves as individual rights-holders but to some measure of the “*entire population*,” the Court imposes an unfair, and likely impossible, evidentiary burden on petitioners. That burden is made even more onerous—indeed, fanciful—by requiring some measure of proof of “growing coverage . . . over the entire population” not only of the particular right at issue but of “*economic, social and cultural rights in general*.” While such a standard is appropriate in non-contentious monitoring and promotional activities, where “results-based” indicators and benchmarks can replace specific proof of individual injury and causation, it is plainly inappropriate for a judicial case.³⁶

The Court’s approach to Article 26 is unsupported for yet another reason, one related to the very nature of human rights. It in effect creates a *heightened standing rule* for Article 26 litigants, one that discriminates on the basis of

social status: the named victims must be shown to be “*representative of the prevailing situation*” of economic, social and cultural rights realization before the Court will take cognizance of their claim. Thus, the five pensioners were deemed to lack standing because they were “not necessarily representative” of pensioners in Peru—i.e., they were wealthy men receiving disproportionately high pensions.

While this consideration was surely relevant to the *merits* of their Article 26 claim, it was wholly immaterial to their *standing* to allege the violation in the first place. Indeed, the right to social security belongs as fully and unequivocally to the highest-paid pensioners in Peru as it does to the millions of Peruvians who perceive no pension benefits at all. The crucial question—the one the Court failed to answer, or even ask—is how to calibrate permissible State conduct as it affects the right to social security of *individual titulares* of that right, in their own case-by-case factual situations and within the context of the just demands of the general welfare, in a democratic society. The Court’s approach to Article 26 makes this crucial question—the only properly *justiciable* one—immaterial to its analysis of rights under Article 26.

The Court’s approach to Article 26 has larger conceptual implications as well. By adding “representativity” as a heightened standing requirement limited to Article 26 violations, the Court gives a decisive nod of approval to the unhelpful and erroneous, but persistent view that “civil and political rights” and “economic, social and cultural rights” are qualitatively different and, specifically, that the former are the realm of the isolated individual, whereas the latter are the reserve of “the poor,” “the disadvantaged,” and “the collective.” The Court put this view in practice by finding in favor of the “unrepresentative” victims’ with respect to “property,” a denominated “civil and political” right, but finding them lacking in legitimacy to make a “social security” claim, one they adjudged “economic, social



34 For a fuller discussion of this issue, see Melish, 2002, pp. 113-17.

35 That this is how the Court saw its role in this case is evidenced by its understanding of the request made of it: “to rule on the progressive development of economic, social and cultural rights in Peru.” Fulfillment of such a request would have been *ultra vires* as an advisory opinion. There was only one question the Court could jurisdictionally rule on in the context of this case: whether the Peruvian State violated the named victims’ right to social security.

36 Of course, statistical information over the sum of the population or particularly vulnerable sectors within it is highly appropriate and useful in judicial contexts to the extent it is offered to prove the context or framework in which a particular individual violation takes place—for example, to establish a “policy” or “practice” on the part of the State of which directly-challenged State conduct is part. It may also be useful in establishing a necessary scienter requirement for purposes of establishing state responsibility. Generalized harm over sectors of the population may also be useful in judicial contexts to the extent it relates to “class-actions” in which a group or groups of similarly-situated persons are specifically defined for purposes of establishing injury and causation.



A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

and cultural.” Given that the property and social security claims were but two sides of the same coin, the Court’s lopsided standard lacks a principled basis.³⁷ It finds no basis in the Convention and should be rejected as a matter of law.³⁸

The only ray of light in the Court’s brief analysis of Article 26—its first foray into the terrain—is its implicit acceptance that Article 26 is a repository of a variety of autonomously-conceived economic, social and cultural rights, including the right to social security, and that each of these autonomous rights has an “individual” dimension. It is this dimension, and only this dimension, that, in the words of Judge Sergio García-Ramírez, supports their “justiciable nature.”³⁹ While the Court—distracted by the “progressivity/regressivity” arguments of litigants—was unable to recognize this individual justiciable nature in the context of the *Five Pensioners* case, its express recognition of its existence lays the basis for moving forward in future litigation efforts.⁴⁰

“Progressive Development” as Non-Justiciable Standard: Refocusing on Individual Titulaires & State Conduct

The Court’s improper analysis of Article 26 can, in many ways, be traced to the arguments urged upon it by litigants to the action and *amicus curiae*. All intervening parties submitted that, in reducing the pensioners’ benefits, the State had violated Article 26 by failing to ensure “the progressive development of their right to a pension.”⁴¹ That is, while recognizing that Article 26 protects the right to a pension as an

autonomous right, they urged that the corresponding obligation incumbent upon the State to ensure the right is to “progressively develop” it, moving continuously forward in its level of coverage over the population as a whole and, as a corollary, not engaging in “retrogressions” that reduce the level of enjoyment of it. In sum, the litigants advocated direct incorporation into the American Convention of the “progressivity/non-regressivity” monitoring standards developed by experts under the periodic reporting system of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). Indeed, they were very explicit about doing so.

It is submitted that these standards are non-justiciable in the inter-American human rights system and must be abandoned as a juridical indicator. There are two reasons. The first has to do with the nature of prevailing international doctrine on “progressive achievement,” which focuses, by necessity, on the statistical collective, and not on individual *titulaires* of rights. The second has to do with the difference between the “conduct-based” and “results-based” elements of human rights obligations, only the former being capable of establishing international responsibility under the American Convention on Human Rights for breach, to the detriment of individuals, of the equally protected civil, social, economic, political and cultural rights enshrined therein.

“Progressivity” as Monitoring Standard over the Collective, not for Individuals

The *Five Pensioners Case* was the Court’s first opportunity to directly interpret and apply Article 26 to the facts of a concrete case. Because the provision had not yet benefited from authoritative interpretation, the litigants urged the Court to look

37 Rather, it serves only to further division the two “categories” of rights, reifying—rather than rejecting—the view that they are qualitatively distinct and separable, subject to different standards of adjudication, and hierarchically ordered.

38 In this sense, this author does not support proposals to accommodate the Court’s heightened standing requirement for Article 26 claims; it should be rejected outright. Cf. *Couris*, 2005, at 57 (recommending that litigants, when alleging a violation under Article 26, meet an additional burden of “demonstrating the collective relevance of the claim”—that is “demonstrating that the violation has a collective dimension, and that it does not deal with an isolated fact or question.”).

39 Reasoned Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez, “Five Pensioners” Case, *supra* note 1 (“The Convention is a body of rules on human rights precisely, and not just on general State obligations. The existence of an individual dimension to the rights supports the so-called ‘justiciable nature’ of the latter, which has advanced at the national level and has a broad horizon at the international level.”).

40 The Court has since, however, declined without explanation to address Article 26 claims even where the individual justiciable nature of the right at issue was stressed and “progressivity” arguments disdained in favor of the general duties to “respect” and “ensure” protected Convention rights of individuals under Articles 1 and 2. See *Yean and Bosico Case v. Dominican Republic*, Judgment of September 8, 2005, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) (failing to address Article 26 right to education claim on the merits despite extensive briefing on issue).

41 “Five Pensioners” Case, *supra* note 1, para. 146.

to and rely upon the “international doctrine and jurisprudence” developed in the area, particularly under the ICESCR, whose general obligation clause (Article 2.1) is drafted in similar terms to Article 26. Significantly, the parties focused not on the “international doctrine and jurisprudence” developed in relation to the “right to social security”—the relevant Article 26 *right* at issue⁴²—but rather only that developed in the context of general *obligations* under the Covenant.

With respect to State obligations, litigants urged incorporation into Article 26 of the American Convention of the “progressivity/regressivity” standards developed through the work of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, a request to which the Court acceded.⁴³ United Nations experts, scholars, and advocates have spent considerable time over the last two decades clarifying the scope of obligations assumed by States Parties under the ICESCR. This work has led to adoption of several authoritative documents,⁴⁴ each of which was relied on extensively by the petitioner-litigants and *amicus curiae*. Unfortunately, however, in making their “progressivity/regressivity” arguments, litigants and *amici* only partially represented the content of these interpretations. The critical piece omitted from their arguments is that international doctrine on State obligations under the ICESCR has tended to proceed along two distinct, though often conflated, tracks. One focuses on a tripartite set of obligations that extends to all human rights: the duties to “respect,” “protect” and “fulfill” rights.⁴⁵ The other focuses on the concept of “progressive realization.” Only the former is adjudicable in *individual* complaints procedures; the latter is the reserve of reporting, monitoring

and promotional activities of advocates, States, and human rights organs, without reference to specific individuals.

Indeed, these two distinct approaches to measuring breaches of the human rights obligations of States reflect the jurisdictional boundaries of the two primary types of enforcement mechanisms at the international (and national) level: *individual complaints procedures* and *periodic State reporting processes*. They have thus been developed and refined, doctrinally, bearing in mind the requisites and parameters of these two distinct types of supervisory processes—one focusing on individual violations, the other on the collective.

The tri-partite obligations of “respect, protect and fulfill” are applicable to protected rights in their *individual* dimension, i.e., as held by individual *titulaires* thereof, and hence are the primary domain of adjudicatory processes, where justiciability concerns take center stage. Thus, a State Party violates a Covenant right to the detriment of an individual rights-holder where it fails, through the taking of appropriate measures, to “respect” a given right, to “protect” it from third-party violation, or to “fulfill” it where an individual cannot fulfill the right on her own—taking into account the rights of others, the principle of non-discrimination, and the just demands of a democratic society. Though not raised by the *Five Pensioner* litigants, these duties, as legal concepts, have been addressed *ad nauseum* in the extensive literature on economic, social and cultural rights, including by the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Significantly, they correspond directly and seamlessly to the general duties, under Convention Articles 1 and 2, to “respect” and “ensure” all recognized rights in the Convention, including the “right to social



42 Perhaps the most disturbing aspect of the *Five Pensioners Case*—and Article 26 commentaries more generally—is the persistent view that it protects a supposed right to “progressive development,” rather than a set of autonomous rights derived from Article 26. This conceptualization is plainly erroneous for three interrelated reasons: (1) it confuses the nature of a right with that of an obligation, effectively converting Article 26 from a “rights-based” provision—as its text and placement suggest—into an “obligations-based” provision lacking an explicit subject; (2) it contradicts and undermines the plain text of the provision, which does not itself refer to “progressive development”; and (3) it is based exclusively on the provision’s formal title, which refers not to any protected right at all but to the treaty source of the protected rights consecrated therein, i.e., the chapter title of the 1969 amended OAS Charter from which Article 26’s “protected rights” are derived (“Integral Development”). These issues will be addressed in depth elsewhere.

43 “*Five Pensioners Case*,” supra note 1, para. 147 (citing General Comment No. 3 of the U.N. Committee on Economic Social and Cultural Rights).

44 Notable amongst this vast literature are General Comments No. 3 and 9 of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights; The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, U.N. GAOR, Hum. Rts. Comm., 43rd Sess., Annex, U.N. Doc. E/CN.4/1987/17 (1987); The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Jan. 26, 1997, reprinted in 20 Hum. Rts. Q. 691 (1998); and the Quito Declaration on the Enforcement and Realization of Economic, Social, and Cultural Rights in Latin America and the Caribbean, adopted July 24, 1998, in 2 Yale Hum. Rt. & Dev. L.J. 215 (1999).

45 These obligations have been “read into” the ICESCR’s general obligation clause as inherent to the nature of rights and implicit in the duty to “take steps . . . by all appropriate means” for the “full realization” of rights.



A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

security” consecrated in Article 26.⁴⁶

The concept of “progressive realization,” by contrast, has been developed in a wholly different, non-parallel context. When the ICESCR was adopted in 1966, the drafters decided not to create an individual complaints mechanism to enforce the *individual* dimension of the rights therein, as they had with the ICCPR. Rather, they decided to focus on the *collective* dimension of supervision, without reference to individuals. As such, the sole enforcement mechanism under the ICESCR was to be a periodic reporting process, whereby States Parties would submit periodic reports on

“Progressive realization” should thus be viewed as corresponding to the “social” or “collective” dimension of human rights. It is designed to measure not individual enjoyment of rights, but rather statistical achievement of rights over the entire population or vulnerable subgroups within it, usually through the use of indicators and benchmarks, the nomenclature of “progress” and “backsliding” (or retrogressions), and the collection and analysis of relevant demographic, legal, educational, health, and other statistical data.

the measures they had taken, and obstacles encountered, in fulfilling their duty to progressively achieve, *over the collective*, the full realization of the rights in the Covenant. The U.N. Committee on ESCR was thus tasked not with monitoring individual violations, but

rather with the macro-level impacts of State policies on the enjoyment of rights over the sum of the population. It is in this context that the Committee and advocates developed guidelines for what has doctrinally come to be known as the duty of “progressive realization” and a correlative “prohibition on regressivity.”

“Progressive realization” should thus be viewed as corresponding to the “social” or “collective” dimension of human rights. It is designed to measure not *individual* enjoyment of rights, but rather statistical achievement of rights over the *entire population* or vulnerable subgroups within it, usually through the use of indicators and benchmarks, the nomenclature of “progress” and “backsliding” (or retrogressions), and the collection and analysis of relevant demographic, legal, educational, health, and other statistical data. The process, aimed at highlighting “best practices” and drawing States’ attention to potential problem areas, is a “friendly,” “constructive,” “non-adversarial” one, aimed at encouraging States to take voluntary positive action in the common good based on self-analysis and self-reform.⁴⁷ Thus, when statistical “backsliding” occurs, the Committee notes the setback as a subject of concern and makes friendly suggestions and recommendations on how such trends may be reversed. The Inter-American Commission does the same under its promotional competence, being specifically tasked with making recommendations to governments for the adoption of *progressive measures* in favor of human rights.⁴⁸

In sum, all rights bear corresponding State obligations of two types—one corresponds to the individual dimension of rights, the other to the collective dimension.⁴⁹ Thus, beyond respecting and ensuring the rights of *specific individuals*, States also have the obligation to ensure that their policies and practices are designed in a way to ensure that general progress in rights enjoyment is being made *over the sum of the*

46 It is submitted that these duties, not those of “progressive development,” were the duties applicable to the Article 26 “right to social security” enjoyed by the five individual petitioners in the Five Pensioners Case—that is, the Peruvian State failed to “respect” their acquired right to a pension by arbitrarily reducing their pensions by eighty percent, rather than having failed to “progressively develop” it.

47 The monitoring procedure established under the ICESCR is “based on the assumption that a constructive dialogue between the Committee and the state party, in a non-adversarial, cooperative spirit, is the most productive means of prompting the government concerned to take the requisite action.” Alston, 1990, at 370.

Where a State reports, without providing a reasonable justification, that infant mortality rates have increased or the number of girl children in elementary classrooms has declined, the Committee will note the setbacks as a subject of concern and make recommendations on how such trends may be reversed. The Commission follows the same procedure in its monitoring and promotion activities, such as its annual and special country reports; based on statistical and other indicators of ESCR achievement, it assesses States’ fulfillment of international ESCR obligations, notes progress and problem areas, and offers recommendations to the State.

48 American Convention, art. 41.b.

49 The Inter-American Court has repeatedly referred in dicta to the “individual” and “social” dimensions of rights, although it has not drawn the necessary analytical conclusions attendant to the distinction from the standpoint of justiciability. See, e.g., *Huilca Tecse v. Perú*, Judgment of March 3, 2005, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 121, paras. 77-78.

population and that unjustified regressions in that enjoyment do not take place.

The folly of the *Five Pensioner* litigants' arguments was in trying to uncritically transfer the doctrinal standards developed with respect to "progressivity/regressivity" into the non-congruent context of adjudication of individual rights. Such standards are not intended to measure *individual injury* caused by State conduct, and hence cannot be used in adjudicatory, as distinct from promotional, contexts. To try to do so, perverts the very concept of progressive realization—transforming it from a necessary big-picture "flexibility device" into a rigid gambit for entrenching the status quo, irrespective of the accompanying balance of equities or need for broad social reform.

This "perversion of progressivity" is the natural, though unintended, consequence of the *Five Pensioner* litigants' arguments. In effect, by applying the international doctrine on "progressivity/regressivity" to an individual contentious case, they denaturalize it, turning it on its head. That is, they argue that any "regression" (i.e., limitation, restriction, decrease) in the enjoyment *by an individual* of a particular right, violates a State's obligations under international law to "progressively achieve" that right. This is true even when the "regression" occurs as a necessary consequence of achieving general "progress" in the enjoyment of the right over the sum of the population or with respect to particularly vulnerable groups within it—i.e., in the context of social reform or redistributive policy. Thus, according to petitioners' and *amici* arguments, the State of Peru violated its "obligation of progressivity" or "non-regressivity" with respect to the right to a pension by diminishing the benefit level of a small group of highly-privileged pensioners, even though that action was undertaken in the context of increasing coverage and reducing inequalities in the pension system as a whole. Clearly, as a matter of principle, the Court should not have accepted this argument.

Indeed, taken to its logical extremes in a world of finite resources, the arguments of petitioners and *amici* in the

Five Pensioners Case would effectively prevent a State—as a matter of human rights law—from undertaking redistributive policies at all in the field of economic, social and cultural rights. Any such redistribution would necessarily alter current entitlement levels of the most privileged and hence would be "regressive" with respect to them as individuals. Despite the existence of Articles 30 and 32.2, such "regression," under litigants' logic, would violate the American Convention under Article 26. Perversely, this would be true even where both the intent and effect of the policy was to increase overall enjoyment of the right over the sum of the population.⁵⁰

The concrete, real-world danger inherent in the approach is to permit "human rights" to be used as a tool to entrench the status quo and prevent necessary redistributive policies from taking effect. While this is particularly a problem in the area of national pension policy in the region, which has developed historically in uneven and inequitable patterns, it would also threaten critically-needed reform in the fundamental areas of land distribution, health-care policy, housing, and education. Under litigants' and *amici* arguments, presently privileged groups, invoking the so-called "prohibition on regressivity," could effectively block such reforms from proceeding. The consequences of such an approach are indeed numbing from a human rights vantage. Foresight and logic demand that the concepts of "progressivity" and "non-regressivity" be abandoned as the primary measurement tools for violations of economic, social and cultural rights under individual complaints procedures.

Rather, litigants must focus on the State obligations that correspond to the *individual* dimension of human rights. In the inter-American system, these obligations are found in Articles 1 and 2 of the American Convention, which apply to "every person" subject to a State Party's jurisdiction. They include the duties to "respect" all rights and to "ensure" them through the adoption of all measures necessary to give them effect. These obligations apply decidedly to the right to social security under Article 26, as well as the many other critical rights enshrined



50 While the Court's newly-constructed standing requirement for Article 26 claims—i.e., "representativity"—is perhaps designed to circumvent this problem, the resulting jurisdictional bar on the lodging of economic, social and cultural rights claims by "non-representative" sectors of the population is anathema to human rights law and to the principle of non-discrimination.

It should also be noted that petitioners and amici did formally leave room for the State to prove that its actions were "not regressive" or otherwise "justified" by reference to the "totality of protected rights" in the Convention. The lack of any judicially-cognizable standard for determining this "defense" and the high (though undefined) threshold for proving it urged by petitioner litigants, however, renders its formal recognition largely meaningless from a juridical standpoint. This is in contradistinction to its important role in the area of political monitoring and in the periodic State reporting process.



therein, e.g., the rights to education, to health, to housing, and to just labor conditions.

Justiciability: Differentiating Obligations of “Conduct” and Result”

The second reason “progressive development” must be abandoned as a juridical indicator lies in the conceptual distinction between “results-based” and “conduct-based” obligations. Both dimensions of State obligations apply to all human rights and are closely interrelated. Yet only the latter are directly adjudicable in individual contentious processes. This follows from the requirement of proving *causation* as a necessary element of “justiciability.” Indeed, judicial resolution of a “case” between adversary parties requires proof not only of “concrete injury” to one party, but that such injury was in fact *caused* by the acts or omissions of the other. In the absence of proof of a causal link between injury to one party and the *conduct* of another, a case can not be properly adjudicated under contentious process.⁵¹

As the U.N. Committee has noted, “progressive realization” describes the “*principal obligation of result*” under the ICESCR, distinguished from its “obligations of conduct.”⁵² Such obligations refer to the results or outcomes that must be achieved, irrespective of the measures taken, for a State to be in compliance with the treaty. It is these results-based obligations that are often the focus of monitoring efforts under periodic reporting procedures, particularly as measured and monitored through the use of indicators and benchmarks. Importantly, a State Party may be in breach of its “results-based” obligations, without being in breach of its “conduct based” obligations. That is, the fact that an individual’s protected right is not fully “ensured” or “realized,” does not in itself indicate that a State can be held responsible through adjudicatory process under international law. For that to occur, it must be shown that the State in fact caused the harm to the individual through breach of an obligation of conduct.

“Conduct-based” obligations are framed in similar

A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

terms under virtually every human rights treaty. They refer to the measures a State must adopt in pursuit of a given result. Thus, States Parties commit under the ICESCR to “*take steps . . . by all appropriate means*” for the “full realization” of the rights recognized in the treaty; under the ICCPR, “to take the necessary steps . . . to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized” in the Covenant; and under the American Convention to “adopt . . . [all] measures as may be necessary to give effect to [protected rights and freedoms]” or to “ensure” them. Under the constant jurisprudence of the Commission and Court it is only when these obligations are breached by a State, causing harm to an individual’s protected rights, that State responsibility can be established in the individual petitions process. Such breaches are established by a State’s failure to take “all appropriate measures” to respect or ensure protected rights or, congruently, to use “due diligence” to prevent or respond to violations thereof.

While *results-based* obligations—such as progressivity and the correlative prohibition on regressivity—are necessary for establishing context, and, importantly, for helping to define precisely the *nature* and *scope* of the “appropriate measures” that the State must take in determined situations, they are not in themselves justiciable standards useful in adjudicatory contexts.⁵³ As such, they should be abandoned as the principal focus of litigant arguments in individual petitions processes before the inter-American human rights organs.

The Road Ahead: Taking Rights Interdependence Seriously

The principal errors in the Court’s *Five Pensioners* analysis can be boiled down to two, both reflections of broader issues arising in much of the Court’s jurisprudence. The first is the tendency of the system’s organs (and users) to apply qualitatively *different State obligations* to rights, regardless of their

51 Indeed, inter-American human rights law has not developed a “strict liability” doctrine, whereby a State may be held internationally responsible through contentious processes for violating an individual’s rights in the absence of proof that the State’s conduct, whether by act or omission, was a proximate cause of the injury suffered. Such a strict liability system would largely remove the incentives for States to make their best efforts to ensure all human rights, as they could be held internationally responsible even where they took every reasonable and appropriate measure to prevent the violation. Without the link between State conduct and individual injury, judicial decisions would be little more than advisory opinions.

52 The Nature of States Parties Obligations, General Comment No. 3, U.N. ESCOR, Comm. on Econ., Soc. and Cultural Rts., 5th Sess., Supp. No. 3, at 83, para. 9, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

53 See *supra* note 36.

substantive content, solely on the basis of their formal placement in Chapter II (Articles 3-25) or Chapter III (Article 26) of the Convention. As was the case in *Five Pensioners*, an obligation of “progressivity” or “progressive development” is applied to a right if framed under Chapter III, while the general Chapter I obligations of “respect” and “ensure,” *by taking “all appropriate measures,”* are applied to a right if framed under Chapter II. These obligations lead to radically different consequences, because they are designed to measure different things. The former measures results-based achievement over the sum of the population; the latter is conduct-based and attends to the individual. Only conduct-based obligations, measured with respect to individual rights-holders, are justiciable in the inter-American system.

The second principal error lies in the attempts by the system’s organs and users to avoid the conundrums engendered by “progressive development” by framing socio-economic rights claims exclusively in terms of their Chapter II “civil and political” elements. Thus, the Court in *Five Pensioners*, anxious to avoid the Article 26 progressivity question urged by petitioners, bypassed a case-specific analysis of the pensioners’ right to social security, and instead relied entirely on property arguments under Article 21. The problem is that this incomplete view of pension rights distorted the central question at play. While this distortion is not inevitable—as evidenced by the more extensive jurisprudence of the European human rights system on pension rights under the European Convention Protocol No. 1—it inevitably results from a system like the inter-American where “civil and political” rights tend to be framed as absolutes and permissible-restriction clauses are insufficiently attended.

This tendency may be traced to the system’s early development in a context of military dictatorship, atrocity and repression, where massacres, disappearances and extrajudicial killings dominated the system’s case-docket. The system’s jurisprudence thus developed in a climate of immediacy and absoluteness that precluded consideration of “legitimate restrictions” on rights. Consequently, in sharp contrast to the European human rights system, there is no “margin of appreciation” doctrine in the inter-American system. Neither is there a developed jurisprudence on Articles 30 and 32.2 of the Convention, which

expressly permit restrictions or limitations on Convention rights, including all those in Chapter II. In this context, the substantive implications of “subsidiarity” have been insufficiently attended by the inter-American human rights organs.⁵⁴

In *Five Pensioners*, these problems infected the Court’s analysis under both Articles 21 and 26. Indeed, the Court found a violation of Article 21, albeit without applying to the concrete facts of the case the legitimate bases for restriction, in the context of social reform, of the right to property. Under Article 26, by contrast, the Court refused to consider any violation, having subordinated the individual right entirely to the collective. In doing so, the Court’s unstated motivation was clear. The five alleged victims were comparatively well-off men receiving disproportionately high pension benefits, presumably at the expense of the right to social security of the broader population. In this context, their arguments that the reduction in their benefits “deprived them of their means of support, which—as pensioners and elderly adults—was essential to enable them to lead a dignified and decorous life”⁵⁵ rang slightly hollow. Indeed, in many ways, by insisting on the maintenance of an inequitable, outdated, and exclusionary pension regime, they appeared to be veritable obstacles to the full realization of the right to social security in Peru.

Given these circumstances, the Court would have been fully justified in finding, on the merits, that no violation of the right to social security, and to a pension more particularly, had in fact been committed to the alleged victims’ detriment when the Peruvian State recalculated and reduced their pension benefits in the context of national pension reform. This result would have been fully supported by the text of the Convention—reading the substance of Article 26, in conjunction with Articles 1, 2, 30 and 32.2—and fully in accordance with international jurisprudence on the right to a pension in other supranational human rights instances. It also would have befitted the subsidiary role of the inter-American human rights organs and the margin of discretion due local level authorities in crafting social policy for the general good.⁵⁶

At the same time, given that the arguments related to the right to property and the right to a pension in this case were substantively identical—merely two sides of the same coin—the



54 This is in contrast to the procedural implications of “subsidiarity,” which are regularly addressed by the system’s organs in the context of prior-exhaustion doctrine.

55 “Five Pensioners” Case, *supra* note 5, para. 143(e).

56 In the original version of this Article, an additional section was included, entitled “Striking a Fair Balance: ‘Individual Rights’ vs. the ‘Rights of Others,’” which addressed the issues of subsidiarity and the margin of appreciation due to local decisionmakers. It was omitted due to space constraints.



A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity

Court should have dealt with them together, not separately using different standards and corresponding obligations, and found no substantive violation under the American Convention on Human Rights of the right to a pension under either norm.

Emphatically, such a holding would not have meant that the right to a pension was not violated at the national level—it most clearly was, as held by the Supreme and Constitutional Courts of that country; it would only have meant that the right to a pension, *as a regional human rights norm*, had not to date developed sufficiently in the inter-American region to justify a finding that a regional human rights norm had been violated in the context of the particular facts of the case at issue. Such a ruling would have gone far in affirming the judicially-protectable nature of economic, social and cultural rights in general and the right to a pension in particular, while not unduly constraining rational State policy decision-making and necessary reform and experimentation at the local level.

Both of these highlighted problem areas must be overcome by the users and adjudicators of the system. Indeed, to achieve material advance in the protection of economic, social

and cultural rights in the inter-American system, two fundamental conceptual shifts must take place. First, legal arguments based on alleged breach of State obligations of “progressivity/non-regressivity” to the detriment of individual rights-holders must be abandoned; they must be replaced by a concerted focus on Convention-derived conduct-based obligations—i.e., to take appropriate measures to respect and to ensure rights of individual persons, bearing in mind the imperatives of social equity.

Second, a far more complex and nuanced view of the intrinsic interaction between the “individual” and “social” function of rights must be cultivated, one which recognizes not only the “individual dimension” of economic, social and cultural rights, but also, and just as importantly, the “social dimension” of civil and political rights. This in turn requires a reappraisal of several key Convention norms that are often overlooked in the zeal to protect the individual *qua* individual: Article 30, Article 32, and the substantive principle of subsidiarity.⁵⁷ Only by doing so may we evolve the system to the point where rights hierarchies are rejected not just in rhetoric, but in practice.⁵⁸

REFERENCES

- Alston, P., *U.S. Ratification of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: The Need for an Entirely New Strategy*, 84 Am. J. Int'l L. 365 (1990).
- Cavallaro, J.L. & E.J. Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, in 56(2) *Hastings L.J.* (2005).
- Courtis, C., “La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a Través del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, in *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos* 57 (2005).
- Huber, E. & J.D. Stephens, *The Political Economy of Pension Reform: Latin America in Comparative Perspective*, Geneva 2000 Occasional Paper No. 7, United Nations Research Institute for Social Development, May (2000).
- Melish, T., “Rethinking the ‘Less as More’ Thesis: Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, in 57(2) *Hastings L.J.* 1 (forthcoming 2006a).
- *The Inter-American Court of Human Rights, in Socio-Economic Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law* (Cambridge Univ. Press, forthcoming 2006b).
 - *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims* (2002).

⁵⁷ The author is presently working on justiciability standards in this regard.

⁵⁸ In his concurring opinion, Judge Sergio García Ramírez takes the time to underscore the lack of any cognizable hierarchy between so-called economic, social and cultural rights and civil and political rights. In his very next sentence, however, he repeats the fallacy that has for so long ensured that a hierarchy remains between “categories” of rights: “immediate/unconditional implementation” vs. “progressive realization, within available resources,” attributing the former to civil and political rights and the latter to economic, social and cultural rights.

Caso Martín del Campo Dodd: un desafío para los actores del Sistema Interamericano

Alejandra Nuño*

La sentencia de excepciones preliminares de *Alfonso Martín del Campo Dodd* es una pauta importante dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y plantea ciertos desafíos para el Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. La cuestión de admisibilidad por *rationae temporis* marca un nuevo camino dentro de los parámetros establecidos por la Corte en sentencias anteriores. Esta ruptura ha sido consistente puesto que se ha mantenido en sentencias posteriores a la de *Martín del Campo*. Sin embargo, es importante señalar que si bien los hechos en el presente caso ocurrieron con anterioridad a la fecha de ratificación de la competencia de la Corte por parte del Estado mexicano, éste había ratificado la Convención Americana mucho antes de la ocurrencia de los mismos, lo que genera una responsabilidad internacional para el Estado de México, que es difícil desconocer. La decisión de la Corte no sólo ha dejado a Martín del Campo en una especie de desprotección jurídica sino que ha replanteado el papel de la Comisión en este tipo de casos y la importancia de la participación de las víctimas en el proceso.

Introducción

El 3 de septiembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("la Corte") emitió la sentencia de excepciones preliminares sobre el caso de *Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México*. Esta sentencia ha marcado un precedente importante en el trámite ante este tribunal y ha tenido importantes repercusiones en otros casos que se encuentran pendientes de obtener justicia internacional.

Hechos del caso

Los hechos del caso se remontan al año de 1992, cuando Alfonso Martín del Campo Dodd fue detenido arbitrariamente y sometido a torturas a fin de que declarara su culpabilidad en el asesinato de su hermana y su cuñado. Alfonso cumple actualmente una condena de 50 años de prisión (pena máxima) por ambos delitos. Los procesos de primera instancia, apelación y amparo se dieron entre los años de 1992 y 1997.

Posteriormente, Alfonso presentó un recurso de reconocimiento de inocencia a fin de que se valoraran dos documentos de los que él tuvo conocimiento después de que fue confirmada la sentencia de amparo, los cuales estimaba que podrían ser suficientes para lograr su liberación. El recurso —presentado el 7 de abril de 1999— fue desestimado el 19 de abril de 1999.

Paralelamente al proceso penal seguido en contra de Alfonso Martín del Campo se inició, a raíz de la denuncia interpuesta en el año de 1995 por su madre (Bessie Dodd Burke), una averiguación previa en contra de más de diez funcionarios públicos involucrados en la investigación contra Alfonso, por delitos contra la administración de justicia, cohecho, abuso de autoridad, tortura, concusión, encubrimiento y peculado. Tal investigación se encuentra abierta, aun cuando se ha intentado archivar en cuatro oportunidades.

Trámite internacional

La ausencia de justicia interna llevó a Alfonso Martín del Campo a presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("la Comisión") una denuncia por la violación a va-

* Abogada del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). anuno@cejil.org.



rios derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("la Convención Americana"), así como en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ("Convención Interamericana contra la Tortura").

Fue así como, después de un trámite de varios años, la Comisión concluyó que México había violado, en perjuicio de Alfonso Martín del Campo Dodd, los derechos consagrados en los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, y había incumplido las obligaciones contenidas en el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana. La Comisión también estableció que el Estado mexicano había incumplido las obligaciones previstas en los artículos 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana contra la Tortura. En virtud de ello, la Comisión recomendó al Estado lo siguiente:

1. Impulsar las medidas conducentes para anular la confesión obtenida bajo tortura en las instalaciones de la [Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal] el 30 de mayo de 1992 y de todas las actuaciones derivadas de ella; revisar la totalidad del proceso judicial contra la víctima en el presente caso; y disponer de inmediato la liberación de Alfonso Martín del Campo Dodd mientras se sustancian tales medidas.
2. Investigar de manera completa, imparcial y efectiva para determinar la responsabilidad de todos los autores de las violaciones de derechos humanos en perjuicio de Alfonso Martín del Campo Dodd.
3. Reparar adecuadamente a Alfonso Martín del Campo Dodd por las violaciones de los derechos humanos [...] establecidas.

En virtud de que el Estado mexicano no cumplió a cabalidad con todas las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana en el plazo que le fue otorgado, ésta decidió someter el caso ante la Corte Interamericana.

La controversia del caso y la aceptación de competencia de la jurisdicción contenciosa de la Corte

Una vez que la Corte notificó al Estado mexicano la demanda interpuesta en su contra, éste presentó dos excepciones preliminares, tendientes a restringir el análisis del caso por parte de la Corte:

1. Falta de competencia de la Corte Interamericana "para conocer de los hechos y actos anteriores al 16 de diciembre de 1998 en el caso No. 12.228; e
2. Inobservancia de la Comisión Interamericana a las reglas básicas de tramitación de peticiones individuales previstas en la Convención Americana y en los reglamentos aplicables; falta de objetividad y neutralidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la tramitación, admisibilidad, decisión de fondo y presentación de la petición ante la Corte, y afectación por parte de la Comisión Interamericana al equilibrio procesal que derivó en la situación de indefensión que afectó al Estado mexicano durante la tramitación de la queja.¹

En su sentencia, la Corte únicamente analizó la primera excepción interpuesta por el Estado. La misma se basaba en que, a pesar que México firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 3 abril 1982, éste aceptó la competencia de la Corte Interamericana hasta el 16 de diciembre de 1998. De acuerdo con los argumentos vertidos por el Estado mexicano a la Corte, éste reconoció su competencia con ciertas limitaciones temporales, las cuales impedían que el caso *Martín del Campo* fuera conocido por el tribunal.

El texto de aceptación restringe a este tribunal a conocer de hechos o actos jurídicos anteriores a la fecha antes señalada:

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a **los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración**, por lo que no tendrá efectos retroactivos.
3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.²

1 Corte IDH. *Caso "Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México"*. Sentencia de excepciones preliminares de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113, párr. 41.
 2 Resaltado no pertenece al original.

La sentencia sobre excepciones preliminares

La resolución emitida por la Corte Interamericana ha marcado la posición de ésta en un tema recurrente en varios casos que le han sido sometidos en los últimos años: el de *ratione temporis*. Al respecto, la Corte decidió aceptar los argumentos vertidos por el Estado y consideró que no tenía competencia para analizar casos y pronunciarse sobre hechos anteriores a la aceptación voluntaria del Estado mexicano de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.

Es necesario señalar que el caso *Martín del Campo* no es el primero en el cual la Corte analizó su competencia *ratione temporis*: en dos casos anteriores la Corte consideró que tenía competencia para pronunciarse parcialmente por los hechos sometidos a su conocimiento; por lo que condenó tanto a Guatemala (caso *Blake*) como a Argentina (caso *Cantos*) por el incumplimiento de diversas disposiciones de la Convención Americana. También es importante señalar que, después del caso *Martín del Campo*, la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el tema de *ratione temporis* y ha adoptado una posición similar a la sostenida en aquél.³

En cuanto a la decisión de la Corte en el caso que nos ocupa es necesario analizar dos posiciones de la Corte, que necesariamente deberán ser objeto de debate en futuros casos: (i) la continuidad de ciertas violaciones de derechos humanos y la competencia de la Corte para pronunciarse sobre éstas; y (ii) la irretroactividad de los tratados interamericanos que imposibilitan que la Corte analice hechos anteriores a la firma y ratificación de aquéllos.

Violaciones posteriores y violaciones continuadas

En el trámite ante la Corte, los representantes de Alfonso y su familia formularon dos argumentos, tendientes a lograr que el tribunal se pronunciara sobre las violaciones cometidas. En particular, se alegó: (i) que existían violaciones cometidas

en perjuicio de Alfonso Martín del Campo y su familia posteriores a la aceptación de competencia de la Corte; y (ii) que había violaciones que, aun cuando iniciaron antes del 16 de diciembre de 1998, éstas seguían teniendo efectos (es decir, eran continuadas).

Violaciones posteriores

Tanto la Comisión Interamericana como los representantes de las víctimas y sus familiares alegaron, *inter alia*, violaciones al debido proceso y a las garantías judiciales, derivadas del recurso de reconocimiento de inocencia resuelto en abril de 1999. No obstante ello, la sentencia de excepciones preliminares estimó que, aun cuando se alegaron hechos posteriores a la aceptación de competencia por parte de México, de éstos no se desprendían violaciones a la Convención Americana.

La Corte en su sentencia consideró que el mencionado recurso era “de naturaleza extraordinaria, por lo que al reconocer México la competencia obligatoria del Tribunal, el proceso penal ordinario había finalizado”⁴ y sostuvo que no tenía competencia para pronunciarse sobre tal recurso en tanto que ni la Comisión Interamericana (en su carácter de demandante original) ni los representantes de Alfonso Martín del Campo aportaron alegatos sobre violaciones a la Convención Americana en tal proceso.⁵

En la audiencia oral se hizo referencia al reconocimiento de inocencia en diversas oportunidades. La representación de las víctimas y sus familiares enfatizaron dos puntos: en primer lugar, que no se podía culpar a la víctima por intentar agotar instancias internas adicionales a las ordinarias (de hecho, la penalización debería surgir cuando no se hayan agotado las instancias internas mínimas, de acuerdo a lo establecido por el artículo 46 de la Convención Americana). En segundo lugar, se señaló que de este recurso “extraordinario” pueden surgir violaciones a la Convención Americana, lo cual genera responsabilidad internacional para el Estado.

Independientemente de las apreciaciones anteriores, lo cierto es que el examen de las características del recurso, así como de las posibles violaciones ocurridas durante



3 Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso de las "Hermanas Serrano Vs El Salvador"*. Excepciones Preliminares de 23 de noviembre de 2004. Serie C No 118; *Caso "Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala"*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No 105; y *Caso de la "Comunidad Moiwana Vs Suriname"*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No 124.

4 *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs México*, *supra* nota 1, párr. 81.

5 *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs México*, *supra* nota 1, párr. 82, *in fine*.



el trámite de éste, entrarían dentro de la etapa de fondo del caso. Sin embargo, la Corte se refirió a ellas en su sentencia de excepciones preliminares.

La continuidad de las violaciones

Otro tema que se deriva de la sentencia, es el relativo a la continuidad de ciertas violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana, que fueron alegados en el proceso contencioso. Ello, con independencia de que alegáramos violaciones que se dieron posteriormente a la fecha de aceptación de la competencia de la Corte.

Respecto de las violaciones continuadas, se estimó que aún persistían tanto los efectos derivados de la tortura como el sufrimiento por la impunidad del caso y la angustia de Alfonso Martín del Campo de verse privado de libertad de manera arbitraria; que la legislación mexicana continuaba sin apearse a los parámetros de la Convención Americana; y que había una evidente negación de justicia respecto de la denuncia interpuesta por los delitos cometidos en contra de Alfonso Martín del Campo Dodd. Finalmente, señalamos que la detención (iniciada en 1992), en tanto que se basó en un proceso irregular donde se ponderó la declaración bajo tortura de Alfonso, también constituía una violación continuada.

Empero, la Corte desechó tales argumentos y, específicamente, hizo referencia a la tortura sufrida por Alfonso Martín del Campo Dodd:

[E]n un caso como el presente, el supuesto delito causa de la violación alegada (tortura) fue de ejecución instantánea, ocurrió y se consumó antes del reconocimiento de la competencia contenciosa. En lo que atañe a la investigación de dicho delito, la misma se produjo y se reabrió en varias ocasiones. Ello ocurrió con posterioridad al reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte, pero ni la Comisión ni los representantes de la presunta víctima han aportado elementos sobre afectaciones ocurridas que permitan identificar violaciones específicas al debido proceso sobre las cuales la Corte hubiera podido conocer.⁶

Es importante señalar que, no obstante que la Corte reconoce expresamente que existe una investigación abierta por diversos delitos (entre los que se encuentra el de tortura) denunciados por Alfonso Martín del Campo y su madre, la Sra. Bessie

Dodd, la Corte considera que no se presentaron argumentos sobre las presuntas violaciones a la Convención Americana.

De la cita transcrita pareciera que la Corte entró a analizar parte del fondo del caso en tanto que decidió que ni la Comisión ni los representantes habían presentado alegatos respecto de las violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana acerca de la averiguación previa por tortura (al igual que lo hace respecto del reconocimiento de inocencia). Igualmente, como se ha señalado anteriormente, la Corte se pronunció sobre la naturaleza jurídica extraordinaria del recurso de reconocimiento de inocencia, lo cual debió haber necesitado una valoración no sólo formal sino sustanciosa de éste.

Finalmente, cabe hacer una aclaración de carácter procesal. En el caso analizado, la Corte convocó a las partes a una audiencia en la cual únicamente escucharía argumentos sobre excepciones preliminares y no solicitó, con posterioridad, alegatos escritos finales, tal y como lo hace en las audiencias conjuntas sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Esa situación fue, sin duda, desventajosa para las partes demandantes y, sobre todo, para la víctima del caso.

El argumento de la irretroactividad

Otro punto que vale la pena analizar es el relativo a la irretroactividad del tratado, utilizado por la Corte como uno de los principales motivos para el archivo del caso. En sus palabras,

debe aplicarse el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general, y de acuerdo con los términos en que México reconoció la competencia contenciosa de la Corte [no conocerá de las] supuestas violaciones a la Convención Americana ni a la Convención Interamericana contra la Tortura, ocurridas antes del 16 de diciembre de 1998.⁷

Es indiscutible que los Estados tienen el derecho de reconocer unilateralmente la competencia de la Corte y hacer las limitaciones que consideren convenientes, siempre y cuando respeten lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana (que la declaración sea incondicional, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos).

6 *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs México*, supra nota 1, párr. 78.

7 *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs México*, supra nota 1, párr. 85.



También es cierto que, por seguridad jurídica, y en atención a la limitación introducida por el Estado mexicano a la competencia de la Corte, en este caso, ella no podía tener competencia sobre hechos ocurridos con antelación a la aceptación de su competencia. Empero, la Corte motivó su sentencia en la irretroactividad *del tratado*, no así de su *competencia*, lo cual no es acorde al artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad **a la fecha de entrada en vigor del tratado**⁸ para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.⁹

Existe, pues, una diferenciación entre la ratificación de la Convención Americana y la competencia de la Corte para pronunciarse sobre violaciones a aquella. Esta postura coincide con la sostenida por el juez Antônio A. Cançado Trindade, quien en su voto disidente en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* señaló:

No hay que confundir la cuestión de la invocación de la *responsabilidad* por el cumplimiento de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado parte con la cuestión de la *sumisión* de éste (aún más en términos a mi juicio inaceptables) a la *jurisdicción* de la Corte. Una y otra se tornan posibles en momentos distintos: la primera, de orden sustantivo o material, a partir de la ratificación de la Convención por el Estado (o su adhesión a ésta), y la segunda, de orden jurisdiccional, a partir de la aceptación de la competencia de la Corte en materia contenciosa. Todo y cualquier Estado Parte en la Convención, aunque no haya reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte, o la haya reconocido con limitaciones *ratione temporis*, permanece obligado por las disposiciones de la Convención desde el momento de su ratificación de esta última, o de su adhesión a la misma.¹⁰

Esto es un punto que la Corte deberá analizar más detenidamente en casos similares que le sean sometidos, lo que resulta fundamental en casos en los que un Estado firmó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en una fecha diferente a la que aceptó la competencia contenciosa de la Corte, lo cual es más la regla que la excepción en el Sistema Interamericano.¹¹

En el caso de México, transcurrieron 16 años entre la ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la competencia de la Corte. Los hechos del caso se dieron cuando México ya era parte de la Convención Americana, lo cual dio plena competencia a la Comisión para pronunciarse *in toto* sobre las violaciones alegadas y le hubiera dado plena competencia a la Corte al respecto de no existir la limitación mencionada.

La desprotección en que se encuentra Alfonso Martín del Campo Dodd

El caso *Martín del Campo* no fue el primero que fue archivado por la Corte. Once años atrás, el tribunal llegó a la misma conclusión de archivar el caso (con diferentes valoraciones) en el caso *Cayara vs. Perú*. No obstante, una de las diferencias entre ambas sentencias (especialmente en los puntos resolutivos) fue la valoración sobre la necesidad de que alguna instancia diera seguimiento al caso. En tal oportunidad, la Corte declaró “que la Comisión mantiene las demás facultades que le confiere el artículo 51 de la Convención”.¹²

En este caso, el hecho de que la Corte no haya establecido que era necesario dar seguimiento a las recomendaciones emitidas por la Comisión ha dejado a Alfonso Martín del Campo en el total desamparo: por una parte, la Corte archiva su caso y, por el otro, la Comisión no lo podrá retomar en tanto que ésta renunció a mantener su competencia sobre el caso

8 Resaltado no pertenece al original.

9 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Firmada el 23 de mayo de 1969 y entrada en vigor 27 de enero de 1980. Doc. ONU AV CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

10 Corte IDH. *Caso de las “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120. Voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 49.

11 De los 22 Estados que han aceptado la competencia de la Corte, sólo cinco de ellos reconocieron la competencia de la Corte en la misma fecha en que ratificaron la Convención Americana y uno de ellos ha denunciado la Convención (Trinidad y Tobago). Todos los demás Estados firmaron la Convención y en un acto posterior ratificaron la competencia de la Corte. Para más información, véase: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos3.htm>.

12 Corte IDH. *Caso “Cayara”*. Sentencia de excepciones preliminares de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14. Resolutivo No. 2.



una vez que lo sometió a la Corte Interamericana. Esta posición se deriva de lo establecido en el primero párrafo del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que:

Si en el 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 por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

No obstante, los órganos del Sistema Interamericano están llamados a aplicar las normas y la práctica más favorable a la persona humana (principio *pro homine*). Por ello, es necesario pensar en un mecanismo en el cual la Comisión pueda retomar su competencia para dar seguimiento al caso, especialmente cuando éste fue desestimado en la etapa de excepciones preliminares, lo cual implica que la Corte no decidió si hubo o no violaciones de derechos humanos (y, por ende, subsistirán las conclusiones a las que llegó la Comisión Interamericana).

Los temas de la responsabilidad internacional del Estado y de la subsistencia de las recomendaciones de la Comisión han sido retomados por el juez Antonio A. Cançado Trindade en el caso de las *Hermanas Serrano vs. El Salvador*. En esa ocasión, el juez Cançado manifestó que

[a]unque la Corte sólo pueda pronunciarse sobre el caso a partir de dicha aceptación de su competencia por el Estado, en los términos del artículo 62 de la Convención, éste no exime el Estado de su responsabilidad por violaciones de los derechos consagrados en la Convención, a partir del momento en que se tornó parte en ésta. Aunque la Corte no pueda pronunciarse sobre un caso antes de la aceptación de su competencia contenciosa (una cuestión de *jurisdicción*), subsisten sin embargo las obligaciones convencionales del Estado parte, por él contraídas desde el momento de su ratificación de la Convención, o adhesión a ella (una cuestión de *responsabilidad internacional*).¹³

En virtud de lo anterior, el juez Cançado llegó a la siguiente conclusión en su voto disidente:

51. A pesar del silencio de la Corte sobre, por ejemplo, los derechos a la vida, al nombre, a la protección de la familia, y los derechos del niño, —subsisten, sobre todos éstos derechos, las consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe* n. 37/03 de 04.03.2003 acerca del presente caso [...]. Siendo la Comisión un órgano competente junto con la Corte para “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes” (artículo 33 de la Convención Americana), éstos últimos se comprometen a atender lo aprobado en sus informes. Siendo así, El Salvador, como Estado parte en la Convención, sabrá ciertamente no sólo dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia de la Corte, sino también tener presentes *bona fide* las consideraciones del otro órgano de supervisión de la Convención Americana y auxiliar de la Corte, y las demás obligaciones convencionales referentes a los derechos protegidos por la Convención Americana, que advienen de su ratificación de ésta última.

No cabe duda de que la Comisión debe discutir el rol que deberá tener en casos parecidos a éste. En principio, y de acuerdo con el artículo 51.1, no tendría competencia para *publicar* un caso que fue remitido a la Corte; no obstante, como se ha señalado en párrafos anteriores, en este caso la Corte no llegó a emitir una sentencia sobre el fondo del caso, con lo que se mantienen intactas las conclusiones y recomendaciones que la Comisión realizó en el informe referido en el artículo 50 de la Convención Americana. Incluso, la Comisión podría prever en la posibilidad de dar seguimiento al caso sin necesidad de publicar el informe, sino con el legítimo interés de mantener su competencia para asegurar la protección internacional de la víctima que acudió a ella en primera instancia.

13 Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *supra* nota 10. Voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 46.

DESAFÍOS

Existen diversos retos para los actores del Sistema Interamericano. En primer lugar, no se puede obviar el impacto que la sentencia tendrá en los casos que son tramitados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello significa que probablemente, en lo sucesivo, los casos que sean sometidos a la Corte tengan cada vez menos puntos de controversia *ratione temporis*. Esto, sobre todo, porque la Comisión Interamericana será muy selectiva de los casos que va a someter a la competencia del tribunal. Lo anterior implica que las decisiones que la Comisión tome respecto de no someter casos ante la Corte, en más de una ocasión podrían chocar con el interés de las víctimas.

Aunado a ello, algunas de las interrogantes que el caso ha traído son: ¿cuál es el papel de la CIDH cuando el caso ha sido desestimado? ¿hasta qué punto contará la opinión de las víctimas en la decisión de la CIDH para someter o no el caso ante la Corte (especialmente, cuando la CIDH no ha retomado todos los argumentos de los peticionarios)? O ¿qué pasa cuando las víctimas dan buenos argumentos para el sometimiento del caso a la Corte y, no obstante tal situación, la Comisión los desestima por razones jurídicas, políticas o incluso presupuestarias? ¿cómo va a presionar la Comisión Interamericana a un Estado que se niega a cumplir con sus recomendaciones y que se siente seguro de que su caso no llegará a la Corte?

Por otra parte, este caso ha evidenciado la necesidad de preparación del caso por parte de las partes demandantes (Comisión Interamericana y representantes de las víctimas y sus familiares). Pero también ha reflejado la importancia de que la Corte tenga un rol activo y garantista dentro del marco del respeto a la igualdad de las partes: por ejemplo, la Corte tiene que seguir supliendo la deficiencia de la queja, a través del principio de *iura novit curia* (de acuerdo al cual "el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposicio-

nes jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente"¹⁴); y es deseable que también siga buscando salidas creativas para garantizar la protección internacional que las víctimas tanto han buscado y por la cual se ha ganado el prestigio del que actualmente goza.

Pero este caso también es un llamado al respeto de la Convención Americana por parte de los Estados parte. El caso *Martín del Campo* ha reflejado un olvido por parte de México para cumplir con las recomendaciones de la Comisión en tanto que entiende que la Corte dio por terminada la controversia al archivar el caso. Al respecto, cabe recordar la obligación que tienen los Estados partes de la Convención Americana de cumplir de buena fe con ésta, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda*, reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Este caso no debería ser la excepción, máxime cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha sido el único órgano internacional que se ha pronunciado respecto de la arbitrariedad de la detención de Alfonso Martín del Campo Dodd: en fechas recientes, el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas adoptó una resolución en la cual decidió que la detención a la que se encuentra sometido Alfonso Martín del Campo Dodd es arbitraria. En palabras de esta instancia colegiada:

La privación de libertad del Sr. Alfonso Martín del Campo Dodd es arbitraria¹⁵, ya que contraviene a los artículos 5, 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y corresponde a la categoría III de las categorías aplicables al examen de los casos presentados al Grupo de Trabajo.¹⁶

En virtud de lo anterior, el Grupo de Trabajo concluyó que "habiendo emitido esta opinión, el Grupo de Trabajo pide al Gobierno que adopte las medidas necesarias para remediar la situación, conforme a las normas y principios enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto



14 Corte IDH. *Caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras"*. Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 163.

15 Resaltado no pertenece al original.

16 Naciones Unidas. Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias. Opinión No. 9/2005 (México), aprobada el 25 de mayo de 2005, párr. 11.

El Grupo de Trabajo define los casos contenidos en la categoría III de la siguiente manera: "Cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad, en cualquier forma que fuere, carácter arbitrario". Véase párr. 3, III.



Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Sobra mencionar que, como se señaló anteriormente, Alfonso Martín del Campo se encuentra purgando una pena de 50 años de prisión, de la cual ya ha purgado trece años.

Finalmente, casos como el analizado tienen que significar una reflexión para los demás Estados de la región. En este sentido, se podría pensar que una de las tantas formas de fortalecer el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no sólo es la firma y ratificación de los tratados interamericanos en la materia, sino que sería ideal que los Estados de la región retirasen todas las barreras o limitaciones a la competencia de la Corte, a fin de lograr un mayor escrutinio de los casos de violaciones de derechos humanos ocurridos con posterioridad a la firma y ratificación de, al menos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

La Corte ha sido muy cuidadosa respecto al análisis casuístico que hace sobre su competencia, sobre todo en casos que tienen que ver con hechos ocurridos con antelación a la aceptación de su jurisdicción contenciosa (independientemente de si los hechos denunciados ocurrieron con posterioridad a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El criterio empleado por la Corte a partir del caso *Martín del Campo* ha sido utilizado y reiterado en casos posteriores.

A partir del caso en comento debe haber una seria reflexión respecto del rol de la Comisión, la Corte, los representantes de las víctimas y sus familiares y, por supuesto, el Estado demandado en el proceso internacional. El derecho internacional de los derechos humanos se ha venido perfeccionando cada vez más y los Estados ponen más atención a los casos en los que son demandados. También es cierto que la profesionalización de esta área del derecho y el cambio en el contexto latinoamericano ha significado que, en ocasiones, el escrutinio de los casos por parte de los órganos competentes sea más severo de lo que era antes. Empero, nunca se debe subestimar la importancia y la necesidad de la protección internacional para las personas que han sufrido violaciones de derechos humanos y que, no obstante haber buscado justicia a lo interno de sus países, no la han obtenido.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido credibilidad, en gran medida, gracias a las víctimas que lo han utilizado. La Comisión y la Corte Interamericanas tienen un desafío importante para seguir manteniendo el prestigio que tanto las ha caracterizado; y los peticionarios o representantes de las víctimas también tenemos la enorme responsabilidad de actuar profesionalmente, tomando en cuenta la opinión de las víctimas a quienes representamos. Si actuamos así, existe garantía de que un sinnúmero de personas que han sufrido vejámenes y violaciones a sus derechos en este continente encontrarán la protección internacional que mucho han buscado y que tanto se merecen.

Los aportes del Sistema Interamericano en materia de prohibición de la censura previa

**Damian M.
Loreti***

El presente análisis está destinado a comparar las resoluciones más relevantes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos con las del Tribunal Europeo en materia de admisibilidad o no de mecanismos de censura o prohibición previa de publicaciones o películas. Dicho relevamiento permite constatar que la redacción del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más generosa y amplia que la del artículo 10 del Convenio Europeo, así como es notorio el mayor margen de discrecionalidad que el régimen europeo otorga a los Estados miembros.

El objeto del presente trabajo está vinculado a verificar cómo la aplicación por parte de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectivamente se corresponde con la histórica afirmación expuesta en la Opinión Consultiva 5/85 en la que la Corte ha señalado:

la comparación hecha entre el artículo 13¹ y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art.10) demuestra claramente que las garantías de libertad de expresión

contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas... [y que] ...es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Ni la Convención Europea ni el Pacto de Derechos Civiles contienen una disposición comparable.^{2,3,4}

Para ello tomaremos bajo análisis algunos casos resueltos por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, y tratados por la Comisión.

* Abogado y Director de la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. dloret@sinectis.com.ar. El autor agradece la colaboración de la Dra. Analía Elíades en la preparación de este texto.

- 1 "Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".
- 2 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts.13 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 47.
- 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966: "Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".
- 4 Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma en 1950: "Libertad de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda



Algunos casos del Tribunal Europeo

En primer lugar abordaremos, por su relevancia, el caso de los *Niños de la Taliomida* o asunto *Sunday Times*,⁵ que se inicia con la publicación en el periódico británico mencionado de informaciones sobre las condiciones del acuerdo propuesto por la empresa Distillers a varias familias que habían utilizado medicamentos con taliomida durante el embarazo. El efecto de su uso fue la producción de daños irreparables en los niños que nacieron.

El diario criticaba las condiciones del acuerdo, incluso mencionaba que la oferta indemnizatoria debía ser más elevada, al mismo tiempo que cuestionaba la excesiva duración del pleito (más de seis años) sin que se hubiera llegado a una conciliación de intereses responsabilizando por ello a la empresa. En el mismo artículo se anunciaba una próxima publicación referida al asunto. Como consecuencia de la nota, los tribunales ingleses prohibieron la difusión del periódico y sometieron por infracción al régimen de desacato al tribunal al *Sunday Times*.

El tribunal inferior analizó el texto proyectado para ser divulgado y entendió que, de acuerdo al mismo, no podía eliminarse la impresión de que la afirmación de la tesis de responsabilidad de la Distillers era manifiesta, por lo que declaró la existencia de desacato al tribunal, ya que del artículo surgía que una de las partes estaría sujeta a presiones que la exponen al peligro real de no tener una justicia imparcial. En base a estas consideraciones, se prohibió al periódico publicar la nota en tanto se planteaba una tentativa deliberada de influir en el proceso.

Posteriormente, la instancia de apelación levantó la prohibición de publicar impuesta al *Sunday Times* en virtud de la improcedencia alegada de la tentación de evitar la publicación de algo que estaba en dominio del conjunto de la sociedad por la repercusión del caso. Esta decisión fue recurrida ante la Cámara de los Lores y la prohibición fue confirmada. En la Cámara de los Lores se mantuvo el orden de no publicar,

entendiendo al respecto Rosa Rodríguez Bahamonde que:

el derecho del Contempt [o "desacato"] no tiene como finalidad proteger los derechos de las partes en litigio, sino impedir las negligencias en la administración de justicia [...] No se debía restringir la libertad de expresión en otra medida que no fuera ésta, pero tampoco se podía dejar que perjudicase a la administración de justicia... el derecho del Contempt estaba destinado a preservar la autoridad de los Tribunales y a impedir las injerencias injustificadas, teniendo en cuenta el interés público en la libertad de expresión y no estableciendo otras restricciones que las absolutamente necesarias [...] Un Tribunal no constataría el Contempt más que ante un riesgo serio, real o importante de perjuicio [...] (Rodríguez Bahamonde 1999, 144-5).

La demanda ante el sistema europeo fue presentada por el editor, el redactor jefe y un grupo de periodistas del *Sunday Times* contra el Reino Unido. Dicha presentación ante las instancias supranacionales se apoyaba en solicitar la declaración de violación al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH) a causa de la prohibición de publicar, además de cuestionar la compatibilidad del régimen del *contempt* con el citado artículo 10. La petición ante el tribunal fue promovida previamente ante la Comisión Europea en enero de 1974, reclamando además la necesidad de reformar la legislación interna para asegurar la concordancia del derecho del *contempt* con el Convenio.

Posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) indica que el *corpus* en debate era el examen de la decisión que pone fin al juicio en los tribunales nacionales, es decir, si de la decisión de la Cámara de los Lores se deriva violación del Convenio, sin entrar a estudiar la indeterminación del derecho del *contempt*. Por lo tanto, el tribunal centró su análisis en determinar si la injerencia de los poderes públicos en la libertad de expresión supone o no una violación del artículo 10.1 del CEDH.

El marco contextual para estos análisis es el listado de excepciones que prevé el artículo 10.2 del CEDH, vale decir:

haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. EL presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial".

5 Eur. Court H.R., Case of Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 26 April 1979.

- a) si responde a las finalidades establecidas como legítimas en el propio convenio;
- b) si está prevista en la ley;
- c) si cumple con el principio de necesidad de la medida en una sociedad democrática.

En este contexto, ni siquiera los peticionantes cuestionaron que el derecho del *contempt* estuviera destinado a proteger la administración de justicia. Antes bien, todas las partes reconocían —al menos en teoría— que está destinado también a proteger a quienes intervienen en el juicio, con excepción de la posición mayoritaria de la Comisión que le daba la primera interpretación. El tribunal compartió esta postura diciendo que en tanto se garantice la autoridad e imparcialidad del poder judicial, el respeto a los derechos de las partes viene implícitamente reconocido. Razón por la cual estimó que la prohibición de publicación del proyecto de artículo respondía a una de las legítimas razones previstas en el 10.2 del CEDH.

Ahora bien, en cuanto a la discusión sobre si era una restricción necesaria para garantizar la autoridad del poder judicial, el tribunal ponderó los extremos de la palabra “necesaria”. No se considera la “necesidad” como admisible, indispensable, imprescindible, conveniente o útil, sino aquella que garantiza los fines para los cuales ha sido prevista la restricción, responde a una necesidad social imperiosa e implica la menor afectación posible a la libertad de expresión. Y, por supuesto, este análisis se hace de acuerdo a los patrones del Convenio Europeo, y no de las legislaciones nacionales ni en los motivos en los que se hubieran fundado su sanción.

Analizando el fallo, dice Aurora Romero Coloma:

Tras afirmar las posibilidades del tribunal nacional de fundar en tales principios una decisión tendiente a resguardar la autoridad del poder judicial, el TEDH resuelve que en el caso concreto, tras analizar el proyecto de artículo en sí, que las medidas adoptadas no se corresponden con una necesidad social imperiosa como para que sea preferido frente al interés público. Según el tribunal, el artículo hubiera tenido efectos distintos en los lectores si se hubiera publicado. Por tanto, incluso si hubiera podido conducir a ciertas personas a formarse una opinión sobre el problema de la negligencia, ésta no hubiera tenido consecuencias adversas para la autoridad del poder judicial, ya que una campaña a nivel nacional

se estaba llevando a cabo durante todo este tiempo, como ya se había señalado (Romero Coloma, 2000, 59-61).

En particular, determina el Tribunal Europeo que la medida no fue proporcionada al fin legítimo alegado, por una mayoría estricta de 11 a 9 votos, admitiendo la demanda contra el Reino Unido por violación al artículo 10 del Convenio. A los efectos de nuestro estudio comparado, notamos particularmente que el Tribunal Europeo admitió que la prohibición previa de la publicación era admisible en virtud del fin legítimo alegado en el marco del artículo 10.2 del Convenio Europeo, aun cuando no hubiera una necesidad social imperiosa que permitiera ratificar la medida. Más adelante contrastaremos esta posibilidad versus la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana que da nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El tribunal ponderó los extremos de la palabra “necesaria”. No se considera la “necesidad” como admisible, indispensable, imprescindible, conveniente o útil, sino aquella que garantiza los fines para los cuales ha sido prevista la restricción, responde a una necesidad social imperiosa e implica la menor afectación posible a la libertad de expresión.



El segundo de los casos a los efectos de este breve estudio comparativo es el caso *Wingrove v. Reino Unido*,⁶ en el que el Tribunal Europeo recibió incluso —por su propio pedido— presentaciones de las organizaciones Interights y Artículo 19, las que abundaron sobre el mérito de la cuestión en debate. Las circunstancias fácticas se basan en la redacción de un guión y dirección de un trabajo audiovisual denominado *Visiones de Éxtasis*, de aproximadamente 18 minutos de duración y sin diálogos en su contenido. Sólo música e imágenes. De acuerdo al autor, Nigel Wingrove, la idea del film se deriva de la vida y escritos de Santa Teresa de Ávila, la religiosa de la orden de Las Carmelitas que experimentó poderosas visiones extáticas de Jesucristo.



6 Eur. Court H.R., Case of *Wingrove v. United Kingdom*, Judgment of 25 November 1996.



El desarrollo del film se centra en una joven actriz vestida como religiosa que representa a Santa Teresa, haciéndose sangrar la mano y esparciendo la sangre sobre sus senos desnudos y los hábitos, además de beber vino del cáliz desde el suelo. En todo momento aparenta estar conciente. Pasada la mitad del video, se muestra a Santa Teresa vestida en hábitos blancos con sus brazos atados por las muñecas por sobre la cabeza. Se aprecia una segunda figura de mujer desnuda que representa la psiquis de Santa Teresa que comienza a acariciarla. En secuencias siguientes Santa Teresa aparenta estar en una sensación erótica exquisita. Luego hay otras escenas con imágenes de quien representa a Cristo y con tomas de la actriz que representa a Santa Teresa realizando movimientos sensuales y desnudez bajo los hábitos. Finalmente toma la mano de Cristo y entrelaza sus dedos, tomándose con fuerza. Allí finaliza el video.

El Tribunal Europeo indica que con excepción del listado de los créditos finales, nada indica en las imágenes que se trata de Santa Teresa o de otra persona o de su psiquis.⁷

Visiones de Extasis fue presentada al *British Board of Film Classification* a los efectos de la calificación correspondiente para su exhibición. Este organismo que rechazó la solicitud el 18 de setiembre de 1989 señalando que bajo la ley de *Video Recordings* de 1994 el *Board* debe, previo a todo, determinar si la obra es apta para obtener un certificado de exhibición, teniendo especialmente en cuenta la calidad del trabajo visto en los hogares. En ese entendimiento se le manifestó que la obra era obscena en el sentido dispuesto en las *Obscene Publications Acts* de 1959 y 1964, y que se evitaría su clasificación por infringir las previsiones de la ley penal. Además de otras consideraciones, se le indicó la infracción a la legislación sobre blasfemia en la interpretación del *common law*. Por último, se agrega que no puede calificarse el conjunto de imágenes sexuales en los parámetros de una película sólo apta para mayores de 18 años, puesto que las mismas están enfocadas en la figura de Cristo.⁸ Wingrove apeló en la instancia administrativa respectiva donde se confirmó la decisión por tres votos a dos, tomando como base

argumental las siguientes:

Desde los escritos de la propia Santa Teresa y los subsiguientes escritos de otros, no se ve razón para dudar de que algunas de sus visiones eran de visualización del cuerpo glorificado de Cristo y sus heridas, pero, aún así, aparece claro que Wingrove se ha tomado una considerable licencia artística en este tema [...] Aparte de la discrepancia respecto a la edad (en términos comparativos un problema menor), tenemos entendido que nada permitiría sugerir que Santa Teresa nunca hizo nada para lastimar su mano hasta sangrarla, u otro elemento de lesbianismo nunca entró en sus visiones. Más importante, nada permite sugerir que Teresa en sus visiones, se ha visto a sí misma teniendo contacto temporal con el cuerpo del Cristo glorificado.⁹

Más adelante el tribunal destaca un párrafo de la instancia resolutoria de la apelación. En tal sentido, se indica que el video no explora respecto de la devoción de Santa Teresa, sino que explota una devoción a Cristo puramente carnal.¹⁰ Por tales circunstancias, se resuelve en voto dividido que el video es blasfemo y que un jurado razonable podría determinar una condena. Así dispuesto, Wingrove recibe asistencia legal indicando que el caso no es susceptible de revisión judicial en los términos de la ley sobre blasfemia, salvo que se demostrara que cabe en las excepciones basadas en la irrazonabilidad de la decisión, o que se sustenta en la falta de tratamiento de puntos legales planteados por el requirente de la calificación, pero no en ella misma.

Agotados los recursos internos, Wingrove recurre a la Comisión Europea en 1990 reclamando que la denegatoria del certificado de calificación se produce violando su libertad de expresión en el marco del artículo 10 del Convenio. La Comisión decide por catorce votos a diez que sí hay violación al artículo 10, por lo que el caso es remitido al Tribunal Europeo. Wingrove reclama que las leyes sobre blasfemia del Reino Unido no son ni en la teoría ni en la práctica "necesarias" en una democracia multicultural. En el tratamiento del fondo del tema y poniendo bajo análisis la presencia en el caso de los tres requisitos de legalidad,

7 Eur. Court H.R., Case of Wingrove v. United Kingdom, supra nota 6, para. 15.

8 Eur. Court H.R., Case of Wingrove v. United Kingdom, supra nota 6, para. 16.

9 Eur. Court H.R., Case of Wingrove v. United Kingdom, supra nota 6, para. 19. Traducción no oficial.

10 Eur. Court H.R., Case of Wingrove v. United Kingdom, supra nota 6, para. 19.

legítima finalidad y necesidad en la sociedad democrática, el tribunal encuentra que:

- a) la interferencia del Estado está previamente determinada por la ley ya que el rechazo por el *British Board of Film Classification* está legalmente sustentado, pues el organismo actuó dentro de los límites fijados por la *1984 Act*, y que en el derecho inglés el concepto de blasfemia está suficientemente explicitado por la ley y el *common law*.
- b) fue discutido si la interferencia del Estado persiguió en este caso un fin legítimo. El Estado de Reino Unido señaló que se denegaba la certificación para proteger el derecho de los ciudadanos a no ser ofendidos en sus sentimientos religiosos. Aquí el Tribunal Europeo entiende que el derecho de los otros, tal como indica el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio, se corresponde con el fin legítimo que dice defender la ley de blasfemia, así como es consistente con el derecho a la libertad religiosa prevista en el artículo 9.

En cuanto a si la interferencia fue necesaria en una sociedad democrática evaluamos que el tribunal señaló que entre las responsabilidades y deberes del artículo 10.2 legítimamente pueden incluirse los referidos a la obligación de evitar expresiones relativas a los objetos de veneración gratuitamente ofensivas a otros, así como las profanas.¹¹ En el mismo sentido recalamos que observa que la denegación del certificado fue decidida con la intención de proteger el derecho de los demás y, más específicamente, la de proteger contra ataques seriamente ofensivos en cuestiones reconocidas como sagradas por los cristianos.¹²

Lo dicho se apoya en que aún en varios de los Estados europeos se mantienen leyes de blasfemia, por lo que el tribunal concluye que no hay bases comunes para concluir que un sistema que impone restricciones a la propagación de material blasfemo por su condición de tal es innecesario en una sociedad democrática e incompatible con el Convenio.¹³

Aun cuando aparece claro que el debate político no

debe tener cortapisas por los Estados, el tribunal indica que existe un margen más amplio de apreciación para regular las cuestiones de libertad de expresión en aquellas temáticas que ofenden convicciones personales íntimas en las esferas de la moral y de la religión. Más aún, para los Estados europeos no pareciera, según el tribunal, existir consenso respecto al alcance del concepto "la protección del derecho de otros" en relación a ataques a las convicciones religiosas. Luego, formula una consideración de suma importancia en lo que a la verificación de situaciones cabe: las autoridades estatales están en mejor posición que los jueces internacionales para determinar la necesidad de una restricción en atención al directo y continuo contacto con las fuerzas vitales de sus países.

Aún en varios de los Estados europeos se mantienen leyes de blasfemia, por lo que el tribunal concluye que no hay bases comunes para concluir que un sistema que impone restricciones a la propagación de material blasfemo por su condición de tal es innecesario en una sociedad democrática e incompatible con el Convenio.

Aparece claro entonces que el tribunal flexibiliza la aplicación de principios —en este caso— guiándose por la opinión del Estado demandado, aunque advierte que esta posición no excluye la supervisión europea posterior; en este caso, respecto a la noción de blasfemia o a los riesgos de una excesiva interferencia por parte de las autoridades. El tribunal asume que su tarea en el caso concreto es determinar si las razones en las que descansa la autoridad nacional para justificar las medidas de interferencia con el derecho de libertad de expresión de *Wingrove* son relevantes y suficientes para los propósitos del artículo 10 del Convenio Europeo. Dice entonces que las autoridades nacionales hicieron uso de facultades que de por sí no son incompatibles con el Convenio. Teniendo

11 Eur. Court H.R., Case of *Wingrove v. United Kingdom*, supra nota 6, para. 37.

12 Eur. Court H.R., Case of *Wingrove v. United Kingdom*, supra nota 6, para. 41.

13 Eur. Court H.R., Case of *Wingrove v. United Kingdom*, supra nota 10, para. 57.





en cuenta que la gravedad de la profanación está prevista en la ley de blasfemia, así como el *common law* también determina el margen de apreciación del Estado que no ha sido desbordado en el caso, las razones dadas para justificar las medidas de la autoridad son consideradas tanto relevantes como suficientes para los postulados del artículo 10.2. Agrega que, habiendo visto el video, el tribunal reconoce que la decisión de las autoridades inglesas no puede ser referida como arbitraria o excesiva. Por tanto, define que la medida impugnada estaba justificada como necesaria en una sociedad democrática en el marco del artículo 10.2 del Convenio.

Otro caso del TEDH que consideraremos para verificar los aportes de la Corte Interamericana es el caso *Campbell y Fell v. Reino Unido*.¹⁴ Si bien aquí se ratificó el principio general de la publicidad de los juicios, también terció la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 10 del Convenio Europeo. En el caso, y dadas las condiciones, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta que se juzgaba las infracciones cometidas en el penal en que estaban encarcelados los peticionantes (supuestamente vinculados al IRA). El tribunal sostiene que no puede dejar de tener en cuenta los factores indicados por el Gobierno del Reino Unido, en particular por las consideraciones de orden público y problemas de seguridad que podrían estar envueltos en un proceso de disciplina carcelaria si fuera realizado en público.

Este curso de acción indudablemente ocasionaría dificultades de las mayores magnitudes que podría enfrentar un proceso ordinario. Dado el carácter de los procesos disciplinarios de este tipo, habitualmente desarrollados en el ámbito de las prisiones, las dificultades respecto de la admisión del público aparecen obvias así como la eventual televisación de la audiencia a desarrollarse. Si fueran desarrollados fuera de la prisión, problemas similares importaría el transporte del prisionero para atender a la audiencia. "Requerir que los procedimientos disciplinarios vinculados a los prisioneros convictos deban ser realizados en público impondría a las autoridades una carga desproporcionada".¹⁵ Por lo tanto, el TEDH acepta que existieron razones suficientes para justificar la exclusión de la prensa y del público en el proceso seguido contra Campbell, y que no hubo violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo

por parte de las autoridades.

Si bien pareciera que sólo se trata de una cuestión de publicidad judicial, en verdad, la participación de la televisión o no implica también una decisión sobre la vigencia de las excepciones del párrafo segundo del artículo 10 del Convenio, y la posibilidad o no de parte de las autoridades de establecer prohibiciones a la circulación de informaciones u opiniones por razones distintas al discurso del odio.

En el caso *Plon (Société) v. Francia*¹⁶ se puso en consideración la compatibilidad con el artículo 10 del Convenio de la prohibición de la distribución del libro *El gran secreto*. El libro relata las dolencias del presidente Mitterrand y fue escrito por su médico apellidado Gubler. El libro fue objeto de una medida cautelar y otra de fondo. Ambas llegaron a la Corte Europea. El objeto de la petición se apoyaba en la ruptura de la confidencialidad que debe existir entre médico y paciente. Los tribunales franceses entendieron que la distribución del libro era manifiestamente ilegal y afectaba los derechos del presidente Mitterrand a tenor del artículo 809 del nuevo Código de Procedimientos Civiles. Al concederse la medida, se ponía énfasis en que se trataba de una medida excepcional limitada en el tiempo y que las razones eran suficientes y relevantes dada la muerte de Mitterrand pocos días antes de la puesta en distribución.

Entendiendo que en este caso la interferencia era proporcionada dada su limitación en el tiempo y el deceso reciente, la Corte Europea resolvió que no había habido violación al artículo 10 del Convenio, y que la medida podía ser vista como necesaria en una sociedad democrática.

A distinta conclusión arriba la Corte cuando revisa la resolución de fondo que en la justicia francesa mantuvo el orden de no distribución. En esta oportunidad entiende que la decisión no es acertada en la medida que habían pasado ya largos años desde la muerte de Mitterrand, y por lo tanto el contexto era notoriamente distinto, ya que cuanto más tiempo transcurre es mayor el interés público en conocer la historia de Mitterrand, prevaleciendo ello sobre los requerimientos de proteger la información reservada bajo confidencialidad médica que ya había sido violentada.

Agrega la Corte que al momento de resolver se encontraba la información en Internet y había 40.000 copias

14 Eur. Court H.R., Case of Campbell and Fell v. United Kingdom Judgment of 28 June, 1984.

15 Eur. Court H.R., Case of Campbell and Fell v. United Kingdom, supra nota 14, para. 87. Traducción no oficial.

16 Eur. Court H.R., Case of Plon (Société) v. France, Judgment of 18 May, 2004.

ventas, por lo que la preservación de la confidencialidad no era un requisito a considerarse.

Finalmente, destaca que así planteada, la resolución de la justicia francesa debe ser revocada por ser desproporcionada respecto del fin legítimo que intenta proteger y por no existir una necesidad social imperiosa que la justifique.

Los casos del Sistema Interamericano

Veamos entonces como la Corte y la Comisión Interamericana han resuelto impugnaciones que se hicieron a decisiones de autoridades públicas gubernamentales o judiciales que ordenaron prohibiciones previas a la difusión de materiales fílmicos o periodísticos.

En el caso *La Última Tentación de Cristo*,¹⁷ se llevó la demanda a la Corte Interamericana como resultado de “la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película por la Corte Suprema de Chile con fecha 17 de junio de 1997”.¹⁸ Los hechos del caso se apoyan en la decisión judicial por la que se dejó sin efecto la resolución del Consejo de Calificación Cinematográfica que admitió la exhibición de la película, no sin reconsideración administrativa previa. Dicha medida fue ratificada tanto por la Corte de Apelaciones de Santiago como por la Corte Suprema de Chile.

Cabe recordar que el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establece un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica que el presidente Frei intentó cambiar por un sistema de calificación promoviendo una reforma constitucional a dicho articulado. Este proyecto se trató, pero a la fecha de la resolución de la Corte Interamericana aún no se había aprobado.

Llegado el reclamo a la Comisión Interamericana, ésta concluyó que la decisión recaída en el sistema judicial chileno es incompatible con la Convención Americana y viola lo dispuesto en los artículos 1(1) y 2 de la misma. Seguidamente, la Comisión recomendó a Chile el levan-

tamiento de la censura, y la adopción de las medidas de legislación interna para reformarla a fin de adecuarla a la Convención. Resumidamente, en sus alegatos, la Comisión planteó que la prohibición de la película viola el artículo 13 de la Convención y que:

d. hay tres mecanismos alternativos mediante los cuales se pueden imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión: las responsabilidades ulteriores, la regulación del acceso de los menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso. Estas restricciones no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas, tal y como lo establece el artículo 30 de la Convención; [...]

f. los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a calificación con el objeto de regular el acceso de los menores de edad, tal y como lo señala el artículo 13.4 de la Convención. En el presente caso el Consejo de Calificación Cinematográfica permitió el acceso de la película a los mayores de 18 años. Sin embargo, con posterioridad a esta calificación, los tribunales internos procedieron a prohibir de plano su exhibición.¹⁹

Al resolver la cuestión, la Corte Interamericana señaló sobre el fondo de la aplicación de la medida judicial que:

el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.²⁰

En este contexto, indica que el sistema de censura previa para la exhibición y publicidad prohibió en principio la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo* y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996, siendo esta



17 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de fondo de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

18 Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 17, parr. 2.

19 Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 17, parr. 61.

20 Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 17, parr. 70.



decisión confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. La Corte Interamericana afirma que “la prohibición de la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo» constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención”.²¹

Consideraremos seguidamente el informe de la Comisión Interamericana No. 11/96, correspondiente al caso 11.230 de Francisco Martorell contra el Estado de Chile adoptado el 3 de mayo de 1996. Los hechos del caso comienzan con la publicación del libro *Impunidad Diplomática* de autoría de Francisco Martorell y editado por la Editorial Planeta. En el libro se relatan las circunstancias por las que el ex embajador

no sobre la interpretación jurídica de los mismos respecto a la compatibilidad de las decisiones con la Convención Americana, la Comisión produjo su informe.²² En el mismo se destacan consideraciones sobre la factibilidad de las interferencias y restricciones de los Estados sobre la libertad de expresión e información.

Tras considerar —recordando lo dicho por la Corte Interamericana en la OC 5/85— que el derecho a la información tiene una faz individual y otra social, y que garantiza tanto el derecho a difundir como a recibir, la Comisión señala que el principio estipulado en el artículo 13 es claro en el sentido de que “la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo”.²³ Destaca que la excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los “espectáculos públicos” para la protección de la moralidad de los menores y que la única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior.

Posteriormente la Comisión indica que:

la interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma.²⁴

En particular, respecto a las vías de protección de los derechos a la intimidad y la honra, la Comisión entendió que las previsiones del artículo 11 de la Convención de ningún modo pueden sostener la procedencia de la violación del artículo 13 que prohíbe la censura previa.

Más aún, inequívocamente la Comisión indica que:

la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima [porque] aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del señor Martorell



La Corte Interamericana afirma que “la prohibición de la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo» constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención”.

argentino debió dejar su cargo en Santiago de Chile. Al día siguiente de la publicación, Andrónico Luksic Craig promovió una medida cautelar pidiendo que se prohibiese la circulación del libro alegando que se violaba su derecho a la privacidad. La Corte de Apelaciones de Santiago dictó una “orden de no innovar” que prohibió temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre el caso. La Corte Suprema de la República de Chile confirmó la medida en sentencia recaída el 15 de junio de 1993.

Posteriormente se iniciaron querrelas penales contra Martorell por diversas personas por supuesta comisión de calumnias e injurias. Prescindiremos de la consideración de ellas en este tratamiento. Tras fracasar las iniciativas para llegar a la apertura de un procedimiento de solución amistosa, y encontrándose las partes peticionaria y Estado de acuerdo en los hechos sobre los cuales se resolvería, aunque obviamente

21 Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 17, parr. 71.

22 CIDH. Caso 11.230. Francisco Martorell. Chile. Informe de fondo No. 11/96 de 3 de mayo de 1996.

23 CIDH. Caso 11.230, supra nota 22, párr. 55.

24 CIDH. Caso 11.230, supra nota 22, párr. 56.

implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.²⁵

Elo teniendo en cuenta que los únicos modos de proteger la honra y la intimidad deben ser aquellos que surgen del artículo 13.2 de la Convención, es decir, por medio de las responsabilidades ulteriores.²⁶

Conclusiones preliminares

Si bien de la comparación de ambas cartas de derechos humanos surgen diferencias en la consideración y alcance de los derechos de recibir, difundir e investigar informaciones por cualquier medio, notamos que las apreciaciones del Sistema Europeo de derechos humanos y del Sistema Interamericano han admitido opuestas soluciones a la aplicación de medidas preventivas y de censura por razones bien diferentes.

La principal es que si bien efectivamente la Convención Americana consigna claramente que no habrá censura previa ni restricciones indirectas, sino responsabilidades ulteriores, el Convenio Europeo sí permite actitudes diferentes por parte de los Estados ante ciertas circunstancias, de modo explícito.

Bajo los estándares del inciso segundo del artículo 10 del Convenio Europeo, vemos cómo el principio de generalidad de los mensajes se ve ceñido por la posibilidad de sujeción a "formalidades, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática". Vale decir, es el propio Convenio Europeo el que permite esas tres soluciones (formalidades, restricciones o sanciones) en pos de la preservación de otros bienes jurídicos consignados en el inciso 2 en la medida en que se satisfagan los principios o requisitos de legalidad, fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática.

En el caso de la Convención Americana, la presencia de estos requisitos será menester sólo para el caso de la aplicación de responsabilidades ulteriores. O sea que de las

tres soluciones que permite el Convenio Europeo, sólo una fue tomada como posible para nuestro continente:²⁷ la aplicación de responsabilidades *post facto*. Dicho ello, vemos cómo en los distintos casos que hemos considerado de la Corte Europea se resuelve puntualmente en base a la existencia del supuesto en el inciso 2 del artículo 10. En *Sunday Times* el fin legítimo es la preservación de la actuación de la justicia y su autoridad e imparcialidad, al igual que en *Campbell y Fell* incluyendo en este caso la defensa del orden. En *Plon* fue para impedir la revelación de informaciones confidenciales y en *Wingrove*, los derechos de los demás. En todos los casos, por supuesto, los tres principios o requisitos se consideraron debidamente cumplidos, aun con señalamientos del margen de actuación o interpretación que le caben a los Estados.

En nuestro Sistema Interamericano estos supuestos no podrían darse ni por la inexistencia de los supuestos fácticos que avala el 10.2 del Convenio Europeo ni por permitir márgenes de discrecionalidad. Es tan contundente el inicio del inciso 2 del artículo 13 de la Convención Americana cuando determina que no habrá censura, que tanto en *La Última Tentación de Cristo* como en *Martorell* las respuestas fueron de rechazo pleno a las cortapisas previas.

Pero además es importante enfatizar que en *Martorell* cuando se pone en crisis la interpretación sistémica del artículo 13 de la Convención por eventual conflicto con el artículo 11, dado el planteo del Estado de Chile, en orden a que el derecho al honor tendría una jerarquía mayor a la libertad de expresión, la Comisión refuta tal argumento de modo concluyente diciendo que no hay tal conflicto de bienes jurídicos entre los que haya que escoger, y que no se puede dejar al arbitrio de los Estados limitar el ejercicio de la libertad de expresión. Lo propio ocurre con *La Última Tentación de Cristo*: la Corte dispone directamente la modificación de la normativa interna que permite la censura. No admite ni el más estrecho margen de interpretación por parte de los Estados.

Vemos así cómo, entonces, los cánones del artículo 13.2, CADH, aparecen claramente distanciados de toda posibilidad de censura o prohibición previas.



25 CIDH. Caso 11.230, supra nota 22, párr. 73.

26 CIDH. Caso 11.230, supra nota 22, párr. 73.

27 En tanto la Corte IDH aún no ha resuelto casos sobre la interpretación del inciso 5 del artículo 13 no nos detendremos a considerar las implicancias de la frase "estará prohibida", con que se hace referencia al discurso del odio.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Rodríguez Bahamonde, Rosa, *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Dickinson, España, 1999.

Romero Coloma, Aurelia María, *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Cuadernos Civitas, España, 2000.

Las normas internacionales en la práctica constitucional argentina

El impacto legal y político de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución nacional en la reforma de 1994

**Víctor E.
Abramovich***

El autor se refiere a la incorporación de los tratados de derechos humanos al orden constitucional argentino y sus efectos en la cultura del sistema legal nacional, que coincide con la voluntad política de insertar al país en la comunidad internacional. A lo largo de este proceso, el Sistema Interamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han jugado un papel fundamental, logrando no sólo una gran incidencia en el ámbito legal sino una profunda repercusión en el marco político, que conlleva a importantes reformas de orden institucional.

Cuando han transcurrido apenas diez años de la última reforma constitucional argentina, es difícil contar con elementos suficientes para realizar un balance sobre su impacto en la dinámica institucional del país. Tras un decenio definido por el gradual deterioro de las instituciones democráticas, una mirada apresurada podría arrojar conclusiones sólo negativas. Así, la década ha sido marcada entre otras cuestiones, por la manipulación política de la Corte Suprema y de importantes sectores de la justicia federal; por el desmantelamiento de los órganos de control administrativo, que favoreció prácticas generalizadas de corrupción; y por el predominio de la lógica de la "emergencia económica", impuesta como una suerte de estado de excepción permanente, que justificó la limitación arbitraria y abusiva de los derechos. Estos descalabros institucionales, perpetrados en desmedro y a pesar de la renovada Constitución, contribuyeron a agudizar la crisis de los espacios de mediación social y política, y a consolidar un proceso inédito de exclusión social. Sin embargo, en un sentido inverso, es posible identificar algunas tendencias positivas que favoreció aquella reforma, tales como la ampliación de los derechos fun-

damentales y la integración del país en un orden internacional de protección de los derechos humanos.

La incorporación de los principales tratados de derechos humanos al régimen constitucional modificó sustancialmente el reconocimiento de derechos fundamentales en el sistema legal. Fue clave en ese sentido la jurisprudencia de la Corte que asignó a los tratados carácter operativo, permitiendo que los derechos que consagran fueran directamente exigibles ante los tribunales, aun en ausencia de leyes que los reglamentaran. También el principio de que la jurisprudencia de los órganos internacionales que aplican esos tratados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultaba una guía importante para los tribunales nacionales al momento de su aplicación doméstica.

Estos principios influyeron directamente numerosas decisiones judiciales. En algunos casos se declararon inconstitucionales leyes del Congreso por su contradicción con los tratados. En otras ocasiones, los tribunales basaron directamente en los tratados la existencia y el alcance de determinados derechos. Así, por ejemplo, los tribunales declararon inconstitucionales algunas normas del código procesal

* Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. vabramovich@cels.org.ar



penal por limitar el derecho a apelar condenas, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹ También establecieron que era inválida la prohibición de votar de los detenidos sin condena firme, por restringir indebidamente el alcance de los derechos políticos establecidos en la Convención, y facultaron a votar a todos los presos sin condena detenidos en cárceles federales.² También basaron en la Convención Americana la existencia de un derecho de los ciudadanos a acceder a información pública, no consagrado

te el tratado.⁵ Esta pauta la repitió después de la enmienda constitucional.⁶ Este lineamiento de la Corte estuvo en concordancia con la voluntad política de insertar al país en la comunidad internacional, que fue uno de los ejes de las políticas comerciales y económicas en la década. En materia de derechos humanos, esta posición condujo a un proceso de "globalización de estándares y principios", que transformaron el marco conceptual de interpretación de la Constitución, e incidieron en la producción científica y en la cultura jurídica.

El proceso de inserción del país en el escenario internacional de los derechos humanos favorecido por la enmienda de la Constitución no se limita al sistema judicial, sino que tiene importantes efectos sobre la acción de las demás instancias políticas del Estado.

Así, las opiniones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, y aun del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se convirtieron en muchos casos, en argumentos de los abogados y los juristas y en guía ineludible para la creación de la jurisprudencia local en materias diversas, tales como el alcance de la libertad de expresión, el acceso a la justicia y las garantías procesales entre otras cuestiones. Este proceso de circulación internacional de reglas de derecho ha sido importante en términos políticos: la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos* contra el Perú acerca de la invalidez de las leyes de amnistía de crímenes de lesa humanidad, es un elemento central en el debate judicial sobre las leyes de impunidad y el juzgamiento de esos crímenes en el país.⁷

en ninguna norma legal o constitucional de manera expresa³ y fundaron en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la obligación del Estado de proveer asistencia frente a enfermedades endémicas y epidémicas, en un caso en el que se lo obligó a fabricar una vacuna contra el mal de los rastros.⁴

Paradójicamente, aquellos principios también impusieron ciertos límites a la magistratura, pues el sistema de justicia nacional se integró en un sistema internacional de protección de derechos humanos. En efecto, la jurisprudencia de la Corte, aun antes de la reforma del 94, se impuso el seguimiento de la jurisprudencia internacional en la aplicación local de los tratados de derechos humanos, argumentando la necesidad de evitar que el Estado incurriera en responsabilidad internacional por no aplicar debidamen-

Lamentablemente, la inserción del Estado en un sistema internacional de protección no se limitó a este juego positivo de circulación de estándares jurídicos. Nuestro país es el que tiene mayores demandas en el Sistema Interamericano y ello debido no sólo a la existencia de graves violaciones de derechos humanos, sino fundamentalmente al deficiente funcionamiento de muchas de sus instancias judiciales. Sólo por el "corralito" se presentaron ante la Comisión más de cuatro mil peticiones contra nuestro país. El Sistema Interamericano actúa en ocasiones, no como una instancia superior de los tribunales locales, pero sí como una caja de resonancia de las falencias de nuestra administración de justicia.

1 "Giroldi, Horacio D. y otro", Corte Suprema de Justicia, 07/04/995. (Fallos: 318:514).

2 "Mignone, Emilio Fermín s/acción de amparo", Corte Suprema de Justicia, 09/04/2002.

3 "Tiscornia, Sofía y otros c/Estado Nacional (Ministerio del Interior)", CNCCont. Adm, Sala III, 17/12/97.

4 "Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16.986", CNCCont. Adm., Sala V, 02/09/1998.

5 "Miguel Angel Ekmekdjian c/ Gerardo Sofovich", Corte Suprema de Justicia, 07/07/992. (Fallos 315:1492)

6 "Giroldi, Horacio D. y otro", Corte Suprema de Justicia, 07/04/995. (Fallos: 318:514).

7 "Incidente de apelación de Simón, Julio" (causa n° 17.889), Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala 2; "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada", Corte Suprema de Justicia, 21/08/2003; "Hagelin, Ragnar Erland s/ recurso art. 445 bis C.J.M", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV.

El proceso de inserción del país en el escenario internacional de los derechos humanos favorecido por la enmienda de la Constitución no se limita al sistema judicial, sino que tiene importantes efectos sobre la acción de las demás instancias políticas del Estado. En efecto en muchos casos, las definiciones de políticas públicas debieron ser articuladas con la lógica y los objetivos de la política exterior, a fin de evitar que el país incurriera en responsabilidad internacional por la violación de los tratados y compromisos asumidos. Ello obligó incluso en ocasiones a una mayor articulación de las políticas nacionales con las provincias en temas de derechos humanos.

En tal sentido, la plena participación del país en el Sistema Interamericano, por ejemplo, obligó en el marco de los procesos contenciosos a diseñar e implementar políticas y reformas institucionales. Así, el país se obligó a derogar las normas sobre desacato que afectaban la libertad de expresión y de prensa,⁸ procedió a conmutar penas a los condenados por la toma del cuartel de La Tablada porque no se respetaron sus garantías procesales,⁹ asumió el compromiso de apoyar la tramitación de causas por derecho a la verdad de las víctimas del terrorismo de Estado en los tribunales federales,¹⁰

autorizó la presencia de un veedor internacional en el juicio oral de la causa AMIA,¹¹ creó un mecanismo de acceso de las víctimas a los sumarios administrativos instruidos contra los policías bonaerenses implicados en casos de violencia y abusos.¹² También asumió el compromiso de derogar la ley de migraciones de la dictadura y agilizar los trámites de radicación de extranjeros,¹³ de mejorar el sistema de pagos de deudas previsionales atrasadas;¹⁴ de reformar el código de justicia militar garantizando el derecho de defensa;¹⁵ de adecuar la legislación sobre detención de menores de edad a estándares internacionales¹⁶ entre otros temas.

De tal manera, la incorporación de los tratados al ámbito constitucional en la enmienda del 94, no sólo incidió en la cultura jurídica y en las decisiones de los tribunales, sino que apuntaló la integración del país en el orden internacional. Esos avances sin embargo no lograron equilibrar el profundo deterioro institucional de la última década. En tal sentido, la tarea pendiente es convertir el programa de derechos de la Constitución y los tratados en políticas que aseguren su ejercicio, y reconstruir las instituciones democráticas, en especial la justicia, que son su mejor garantía.



8 CIDH. Caso 12.128. Horacio Verbitsky. Argentina. Informe No. 3/04 de 2004

9 CIDH. Caso 11.137. Juan Carlos Abella y Otros. Argentina. Informe de fondo No. 55/97 de 18 de noviembre de 1997.

10 CIDH. Caso 12.059. Carmen Aguiar de Lapazo. Argentina. Informe de fondo No. 70/99 de 4 de mayo de 1999.

11 CIDH. Caso 12.204. Asociación Mutual Israelita — AMIA. Argentina, Petición 16 de junio de 1999.

12 CIDH. Caso 12.080. Sergio Andrés Schiavini y María T. Schrack de Schiavino. Argentina. Informe No. 5/02 de 27 de febrero de 2002.

13 CIDH. Caso 12.306. Juan Carlos De La Torre. Argentina.

14 CIDH. Caso 11.670. Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros. Argentina. Informe No. 03/01 de 19 de enero de 2001.

15 CIDH. Caso 11.758,670. Rodolfo Correa Belisle. Argentina. Informe No. 2/04 de 2004

16 Corte IDH. *Caso "Walter D. Bulacio"*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100



El derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales nacionales: el caso de Venezuela

Carlos F. Lusverti*

Este artículo aborda las tendencias restrictivo-regresivas de la jurisprudencia constitucional venezolana en relación con la interpretación de los tratados sobre derechos humanos. A partir del análisis de sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señala que la reciente jurisprudencia se sitúa entre el rechazo más enérgico a las decisiones de los órganos de supervisión internacional, especialmente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y una tendencia a restringir en su interpretación el alcance de algunos derechos consagrados en los tratados, desconociendo o interpretando, de modo regresivo o restrictivo la doctrina y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano. Esta situación coloca a la jurisprudencia constitucional venezolana en una delicada posición respecto de la correcta observancia de los compromisos internacionales asumidos por el Estado venezolano.

Preliminar

La jurisprudencia constitucional venezolana tradicionalmente ha sido proclive a la recepción armónica de las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en los tratados de derechos humanos y demás instrumentos internacionales. En varias decisiones de la antigua Corte Suprema de Justicia (CSJ) se reconoce la jurisprudencia internacional de los órganos convencionales (Calcaño, 1999; Ayala, 2000) del Sistema Interamericano,¹ en cuanto a interpretaciones más favorables que permitan ensanchar el catálogo de los derechos enumerados en la Constitución de 1961, por la vía del antiguo artículo 50.²

Adicionalmente, el constituyente de 1999 dotó de herramientas mucho más expeditas a la Constitución de

1999 para incorporar el contenido de los instrumentos internacionales al ordenamiento jurídico venezolano (art. 23); mantuvo el mecanismo tradicional en el constitucionalismo venezolano de la cláusula abierta de derechos (art. 22); estableció como un principio rector del desarrollo de los derechos humanos, bajo el amparo del texto constitucional en el artículo 19, el calificativo de *obligatorio respeto y garantía para los órganos del poder público*, que en los términos de los tratados implica a nuestro juicio el sistema de supervisión y protección internacional, consustancial con los compromisos adquiridos a través de los tratados sobre derechos humanos.

En la misma línea, el constituyente de 1999 al reconocer la existencia y obligatoriedad de un sistema de control supra nacional para el Estado,³ recogió el derecho de petición internacional o amparo internacional (Ayala, 1996), al mismo

* Abogado. Profesor Universidad Católica Andrés Bello. clusvert@ucab.edu.ve

- 1 Como apunta Calcaño (1999) no solamente la jurisprudencia de los órganos tradicionales sino de los órganos de protección para derechos específicos, vg. art. 3 del Convenio 103 de la O.I.T.; art. 11 de la ley aprobatoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (G.O. 3074 Ext. 16-12-82), es el fallo recaído en el asunto: Mariela Morales Sent. Nº 661, S.P-A, 04/12/90.
- 2 El art. 50 de la derogada constitución venezolana de 1961 disponía que: "La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella." Actual art. 22 de la Constitución de 1999.
- 3 Como afirman dos ex-constituyentes y profesores de derecho constitucional los artículos 23 y 31 consagran la inserción y reconocimiento de Venezuela en el sistema internacional de protección de derechos humanos. cf. Brewer (2000) y Combillas (2000).

tiempo que reafirmó la obligatoriedad de las decisiones de los referidos órganos cuando dispone que:

Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo (art. 31).

No obstante, pese a estos dispositivos, el panorama en vigencia de la Constitución de 1999 ha sido muy diferente. La jurisprudencia, especialmente la constitucional, ha devaneado entre el extremo del rechazo más enérgico a la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional —especialmente en contra de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— y una tendencia nada favorable a restringir en su interpretación el alcance de algunos derechos consagrados en los tratados, vg. la libertad de expresión e información, desconociendo o interpretando, a nuestro juicio, en modo regresivo o restrictivo especialmente la doctrina y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano.

De otra parte, aunque la reciente jurisprudencia constitucional venezolana también ha dictado algunos fallos que ahondan en tendencias progresivas en cuanto a otros derechos como participación política⁴ y debido proceso de la víctima,⁵ es importante acotar que simultáneamente produce decisiones altamente restrictivas, por ejemplo al asomar la posibilidad de desconocer la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales⁶ y que las políticas públicas están exentas del control jurisdiccional.

Con el objetivo de desarrollar la tesis que plantea la tendencia restrictivo-regresivas de la jurisprudencia constitucional venezolana, se ha seleccionado para el análisis una

La jurisprudencia, especialmente la constitucional, ha devaneado entre el extremo del rechazo más enérgico a la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional —especialmente en contra de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— y una tendencia nada favorable a restringir en su interpretación el alcance de algunos derechos consagrados en los tratados.

serie de sentencias emblemáticas de acuerdo a los siguientes criterios: primero, el desarrollo regresivo en derechos humanos, en particular el caso de la libertad de expresión; segundo, el análisis innecesario que realiza el tribunal (Sala Constitucional) en relación con algunos aspectos del derecho internacional de los derechos humanos y especialmente al tratamiento de la doctrina y jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en particular de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; tercero, se trata de sentencias producidas en diversos momentos dentro de la crisis venezolana, tomadas por mayorías calificadas o por la totalidad de los magistrados. Todo ello conduce a pensar que no se trata de una tendencia casual sino que más bien se trata de una línea jurisprudencial constitucional pacífica y constante en el foro venezolano, que tiende a endurecerse conforme debilita la supervisión de los sistemas internacionales de protección.

4 TSJ-SC Caso: Esteban Gerbasi "Interpretación del derecho a participar del presidente de la República cuando ha sido removido de la Presidencia en los nuevos comicios para cubrir la vacancia". Sentencia 15 de junio de 2004.
5 TSJ-SC sentencia 2442-00 que interpreta en sentido amplio el alcance del artículo 8.1 de la Convención Americana para ampliar los derechos de la víctima en los procesos penales. Sentencias del 15 de marzo de 2000 y 25 de octubre de 2002.
6 A pesar de haber corregido en la sentencia definitiva la distinción entre generaciones de derechos y su exigibilidad, durante la audiencia pública constitucional de este amparo se llegó a afirmar la imposibilidad de justiciabilizar estos derechos por la vía del amparo constitucional: "Así, se debe precisar que tales derechos, por sí mismos, no están en la esfera subjetiva del ciudadano ya que, *ad initio*, constituyen principios orientadores de la actividad administrativa". Cf. TSJ-SC Acta de audiencia Constitucional. Federación Médica de Venezuela contra Ministra de Salud.





La subordinación de los tratados internacionales a los principios del ordenamiento jurídico venezolano

La tendencia jurisprudencial a interpretar arbitrariamente el contenido de los tratados internacionales de manera acomodaticia, restringiendo o ampliando el alcance de la protección consagrada en los instrumentos internacionales, comienza a configurarse en 1999, vigente aún la derogada Constitución de 1961, con miras a legitimar el proceso político constituyente de ese año.⁷ En esa oportunidad la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia estableció que:

La invocación de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado venezolano no es plausible sólo conforme a los principios del Derecho Internacional y el tópico *pacta sunt servanda*, sino también de acuerdo con la tradición de cultura del pueblo venezolano (Base Comicial Octava y la Pregunta N° 1 del Referendo del 25 de abril de 1999), que fundamenta la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Así: "...con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa". Una interpretación correcta de las Bases del Referendo admite el acatamiento de los "tratados internacionales, acuerdos o compromisos válidamente suscritos por la República" no sólo en virtud del *principio pacta sunt servanda* sino cuando además éstos satisfagan las exigencias de Democracia Participativa y Justicia Social para los cuales la Asamblea Nacional Constituyente ha sido convocada y elegida.⁸

Dicha doctrina comienza por subordinar el derecho internacional de los derechos humanos a criterios de orden político interno en los términos expuestos de admitir el acatamiento de los tratados "cuando además éstos satisfagan las

El derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales nacionales: el caso de Venezuela

exigencias de Democracia Participativa y Justicia Social para los cuales la Asamblea Nacional Constituyente ha sido convocada y elegida".⁹

El desconocimiento de las instancias interamericanas de protección: el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En un caso relacionado con una acción penal intentada contra dos periodistas de la revista *Exceso* durante el trámite de un amparo a favor de los referidos periodistas la Sala Constitucional observó que:

Igualmente considera [esta Sala Constitucional] inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que "se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos", lo cual fue pretermitido en el caso de autos, por no haber ocurrido retardo judicial imputable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo.¹⁰

7 Coincidimos plenamente con las apreciaciones de Vargas Alvarez (2004) cuando señala que "en ella se inspiran las subsiguientes aplicaciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos" en tanto que dicha doctrina como hemos visto desconoce el camino andado por la jurisprudencia anterior.

8 Cf. CSJ-SP sentencia de la Corte en Pleno, Enrique Capriles Radonski (Presidente Cámara de Diputados del Congreso de la República), Expediente N° 1110 contra el Decreto de fecha 25 de agosto de 1999, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que contiene la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo de fecha 14 de octubre de 1999.

9 Ídem.

10 TSJ-SC Sentencia 386 Faitha Marina Nahmens Larrazábal y Ben Ami Fihman Z. 17 de mayo de 2000.

La interpretación restrictiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina de la Comisión

Caso Nulidad de la Ley de Ejercicio

del Periodismo 27 de julio de 2004

En la resolución de una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Ejercicio del Periodismo, que establece la colegiación obligatoria de los periodistas, la Sala Constitucional estableció la constitucionalidad de la referida ley indicando que:

Esta Sala, en todo caso, basará su decisión en la Constitución venezolana, sin necesidad de extenderse más en lo relacionado con los criterios de la Comisión y la Corte, por cuanto en realidad el problema se centra no en las normas contenidas en tratados internacionales —que por ser sobre derechos humanos tienen también rango constitucional entre nosotros—, sino en la norma constitucional venezolana que permite la colegiación.¹¹

Sentencia No. 1942 del 15 de julio de 2003

En este caso el accionante impugnó una serie de artículos del Código Penal venezolano que sancionaban las expresiones u opiniones basado entre otros argumentos en el contenido del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre compatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Informe Anual, 1994). La Sala Constitucional sentenció respecto de la constitucionalidad y alcance de las recomendaciones de la Comisión y de las consecuencias internacionales de tal conducta internacionalmente evaluada:

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa,

se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza. Al fin y al cabo, el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, siempre que éstos cuerpos normativos no colindan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución. La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara. [...] Ello podría dar lugar a una reclamación internacional contra el Estado, pero la decisión se haría inejecutable en el país, en este caso, en Venezuela. [...] Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía. [...] es forzoso concluir que las recomendaciones de ésta, [La Comisión Interamericana] no tienen el carácter de los dictámenes de aquella y, por ello, la Sala, para el derecho interno, declara que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias. Una interpretación diferente es otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros, y que —como ya lo apuntó la Sala— lo prohíbe la Constitución vigente.¹²

Respecto de la doctrina sobre la libertad de expresión y las leyes de desacato, la Sala indicó que:

Dichas instituciones [del Poder Público] no pueden quedar inermes ante este abuso de la libertad de expresión,



11 TSJ-SC Nulidad de la Ley de Ejercicio del Periodismo 27 de julio de 2004.

12 TSJ-SC Sentencia No. 1942-03 Rafael Chavero. Demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra algunos artículos del Código Penal. 15 de julio de 2003.



[la reciente jurisprudencia constitucional venezolana] desconoce el alcance de la jurisprudencia y doctrina del Sistema Interamericano en cuanto a la protección de la libertad de expresión e información, así como del derecho de rectificación y respuesta, tendencia que no parece ser aislada.

y ello hace -al menos para el caso venezolano- que la realidad impida una derogatoria de las "leyes de desacato" que, en alguna forma, sirven de valla ante el abuso e irrespeto de la libertad de expresión y ante esa situación que pone en peligro al propio Estado, y hasta podría incidir sobre la independencia del país las recomendaciones que produzcan esos efectos no pueden ser vinculantes para Venezuela.¹³

Consideraciones finales

Pasada revista a las decisiones expuestas anteriormente, resultan evidentes dos tendencias en la reciente jurisprudencia constitucional venezolana. En primer

El derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales nacionales: el caso de Venezuela

lugar, desconoce la supervisión de la comunidad internacional en cuanto a la protección de derechos humanos¹⁴ y el principio de progresividad en la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos, de cara no solamente al Sistema Interamericano sino también al sistema universal. Estas posiciones demás de ser sumamente peligrosas no son coherentes con la corrientes más autorizadas que afirma la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.¹⁵

En segundo lugar, [la reciente jurisprudencia constitucional venezolana] desconoce el alcance de la jurisprudencia y doctrina del Sistema Interamericano en cuanto a la protección de la libertad de expresión e información, así como del derecho de rectificación y respuesta,¹⁶ tendencia que no parece ser aislada.

Sumado a ello se inscriben las declaraciones de voceros oficiales frente a las decisiones y resoluciones de los órganos del Sistema Interamericano y las reiteradas denuncias de incumplimiento de medidas cautelares e incluso de medidas provisionales acordadas en diferentes ámbitos, así como el incumplimiento parcial o deficiente de las decisiones interamericanas.¹⁷

13 Ídem

14 La Sala Constitucional estableció con relación al Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que: "en cuanto a la posibilidad de ejercer controles sobre actuaciones de un órgano del sistema de justicia venezolano como es la Sala Constitucional, las mismas no ameritan pronunciamiento alguno por parte de este Supremo Tribunal, ya que si bien el Poder Judicial venezolano es una estructura autónoma e independiente, expresión de la soberanía nacional, que no depende de ningún organismo internacional, y que, por lo tanto, no reconoce que ningún organismo internacional pueda juzgarlo, o se encuentre en una situación jerárquica superior". TSJ-SC Sentencia No. 1010 de fecha 02 de mayo de 2003.

15 En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional se ha pronunciado: "Es un principio generalmente aceptado en derecho internacional que en las relaciones entre las potencias que son partes en un tratado, las normas del derecho interno no pueden prevalecer sobre las establecidas en el tratado.", dictamen sobre el asunto de las comunidades Greco-Búlgaras (1930). Más recientemente la Corte Internacional de Justicia al referir que: "Sería suficiente hacer referencia al principio fundamental del derecho internacional según el cual el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno. Esta preeminencia ha sido consagrada por la jurisprudencia desde la sentencia arbitral dictada el 14 de septiembre de 1872 en el asunto del Alabama entre Estados Unidos y la Gran Bretaña, y desde entonces ha sido con frecuencia vuelto a utilizar", dictamen sobre la aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo del 26 de junio de 1947, relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas (1988).

16 Igualmente en la Sentencia 1013 la Sala Constitucional limitó el alcance del derecho a rectificación o respuesta, al tiempo que tangencialmente legitimaba las leyes de desacato, tendencia que se vio más tarde reflejada en sentencia 1942, supra nota 12.

17 Corte I.D.H. *Caso "El Amparo"*. Resolución de cumplimiento de 28 de noviembre de 2002., puntos resolutivos párrs. 1 y 2. Corte I.D.H. *Caso "El Caracazo"*. Resolución de cumplimiento de 17 de noviembre de 2004. puntos resolutivos párrs. 1,2 y 3. Corte I.D.H. *Caso "Medidas provisionales respecto de Venezuela"* (Casos: Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez). Resolución de medidas provisionales de 17 de noviembre de 2004. Considerandos párrs. 7 a 17 puntos resolutivos párrs. 1 a 10.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ayala, C. M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano*, Caracas, 1996.

———, "Consecuencia de la jerarquía Constitucional de los Pactos y Tratados sobre Derechos Humanos", *Politeia* 26 (2001), Caracas, p18.

Brewer, A. R., *La constitución de 1999*, Caracas, 2000, 2ª ed.

———, *Debate constituyente II*, Caracas, 1999.

Calcaño, Josefina, "Tratamiento de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas UCV* 111 (1999), Caracas, p14.

CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Informe anual 1994 del 17 de febrero de 1995.

Combellas, R., *Derecho constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, 2000.

Vargas, J., *La responsabilidad internacional del Estado venezolano por la aplicación e interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por el tribunal Supremo de Justicia*, Tesina, Universidad Complutense de Madrid 2004.





Historias entre las manos

Un testimonio de acompañamiento a las víctimas

Carlos Martín Beristain*

Desde un abordaje psicosocial, este artículo analiza el impacto que sobre las víctimas y sobrevivientes tiene la violación de los derechos humanos. A partir de la experiencia profesional, de testimonios de las víctimas y un profundo sentido humano, desarrolla aspectos centrales del trabajo con las víctimas de derechos humanos: el miedo, la estigmatización, el dolor, el conflicto, la reparación, la búsqueda de justicia, la reparación de la confianza. Señala los retos del trabajo en derechos humanos: la necesidad de una orientación pedagógica hacia la sociedad y un trabajo más horizontal entre defensores, víctimas y familiares, pues —como señala el autor— escuchar y trabajar con las víctimas y familiares es un desafío que nos teje a todos, desde diferentes enfoques, profesiones o planteamientos.

Los efectos de esto son desastrosos: un poco a poco se va aniquilando, muriendo, en una sociedad donde no es permitida la vida. Yo no he recuperado la vida. Y en particular, que se aniquilaron tantas expectativas que habíamos tenido. La esperanza es que yo creo que no fue inútil ese gran sacrificio que soportaron. Necesitamos saber lo que pasó. Estar seguros de que en algún momento murieron. Y esclarecer la responsabilidad de los autores. No se puede establecer venganza, pero sí que se siente el precedente para que no vuelva a ocurrir (testimonio, en ODHAG, 1998: IV: 483).

Celia vino a contarnos su historia al proyecto de Reconstrucción de la Memoria Histórica de Guatemala (RE-MHI) en 1996, ella como tantas otras gentes con su carga de dolor y con su aliento, buscando una esperanza: “créame”. Y queriendo que de ese compartir naciera una acción. Como me dijeron la primera vez que estuve en las Comunidades de Población en Resistencia, que vivían bajo los árboles en la selva del Ixcán perseguidos por el ejército, cuando ya regresaba: “ahora usted ya vio”.

Como tantas otras, y a la vez, como todas, de forma única, Celia sufrió directamente el impacto de la desaparición forzada y la tortura en su vida. Para ella hay un antes y un des-

pues de los hechos. Nosotros lo llamamos trauma para expresar la ruptura de su vida, el impacto del desamparo, de estar a merced de otros, el estrés negativo extremo. De repente el impacto, el miedo, el desplazamiento, el duelo, todas las pérdidas y la desesperanza. Todo eso se convierte en el centro de la vida.

Evaluar el impacto

Para los modelos centrados en el trauma, el impacto de las violaciones puede describirse como una herida psicológica. Esa metáfora ayuda a ver que el daño se mantiene en el tiempo, y que el dolor de la gente no es algo que se pueda esconder debajo del tapete. Sirve para valorar el impacto, como tantas veces se hace en las demandas ante el Sistema Interamericano, para ver que el dolor y sus consecuencias no son una hoja que se puede arrancar como tantas veces indican los profetas del olvido.

La valoración del daño se mueve en una especie de filo de navaja: hay que visibilizar las consecuencias, respetando la intimidad de las víctimas, hay que mostrar el dolor pero como nos dijo una vez Ricardo Falla hablando de las cifras de muertos en las masacres: la sangre habla por sí

* Médico y Doctor en Psicología Social. Desde 1989 trabaja con víctimas, comunidades afectadas y grupos de derechos humanos en contextos de violencia como El Salvador, Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú y Argelia, entre otros. cberistain@eskalnet.net

misma; hay que hacer ver las consecuencias, no limitarse a confirmar el sufrimiento.

Pero las metáforas del trauma corren el riesgo de convertirse en un estigma, como si la gente no tuviera capacidad de recuperarse, como si fuera pasiva, como si ser víctima de una violación —o varias, tantas veces— le convirtiera en portadora de una experiencia que perdura como una marca: mujer violada, o desplazado, por ejemplo. Dejamos de conocerlos por sus nombres, por su historia personal, por sus esperanzas. Los estigmas convierten a la gente en objeto, de admiración o de desprecio, y las víctimas y sobrevivientes dejan de ser sujetos de su historia.

El riesgo de esos estigmas es que limitan las posibilidades de apoyo y transmiten una imagen deteriorada a las víctimas; además la interacción con ellas pasa por la condición asociada al estigma. Hay que tener en cuenta estas consideraciones para evitar los efectos no deseados de ciertas intervenciones orientadas a las víctimas.

Prevenir la victimización secundaria

Es importante denunciar la victimización de la que tanta gente es objeto, los mecanismos que llevan al desprecio de la vida. Y también afirmar la situación de víctima, para que se reconozca el impacto de la violencia, para que se tengan en cuenta sus derechos, para que la reparación ayude a abrirle las puertas que las violaciones le cerraron.

Pero hay que poner más el foco en la situación que en la condición. La mayor parte de las veces esta victimización secundaria no es consecuencia del hecho traumático en sí, sino de la reacción de los otros al dolor o en otras, del silencio que se impone en la familia como un peso. Pero sobre todo, de las respuestas institucionales que niegan los hechos, que suponen un cuestionamiento de las víctimas o familiares, o incluso una inversión de la culpa, y de la falta de reconocimiento social a los familiares y sobrevivientes.

Manejar el dolor no excluye el conflicto

Toda la interacción, incluso de los sistemas de apoyo, debería darse fuera de ese prisma, a través de un diálogo con la persona. A veces, las quejas de las víctimas o familiares son parte de su dolor, pero en otras son una muestra de sus esfuerzos por retomar las riendas de su vida. Como tantas veces he discutido con amigos abogados, el caso “es suyo, no es nuestro”, aunque esa verdad tantas veces se nos olvida.

La mayor parte de la literatura psicológica sobre refugiados, y la experiencia de numerosos cooperantes, dice que son gente pasiva, que dependen siempre de la ayuda. Pero pocas veces se habla de cómo los sistemas de ayuda ponen a las víctimas en situación de dependencia. En la catástrofe de Vargas en Venezuela en 1999, empezó a haber algunos conflictos entre los desplazados que se encontraban en los centros de acogida y el personal voluntario. Después de una semana de *shock* y pasividad total, éstos veían la respuesta de las víctimas como un intento de cuestionar su autoridad en lugar de como una muestra de sus esfuerzos por recobrar la autonomía.

Las comisiones que recogen testimonios de violaciones de DDHH y grupos de apoyo que trabajan con el dolor, tienen que demostrar claramente que responden a sus necesidades y que atienden a las percepciones de víctimas y sobrevivientes para ser eficaces. Y parte de su contribución es también absorber la rabia y la impotencia.

Testimonios y voces sobre el silencio

Muchas de las víctimas de violaciones de derechos humanos no sólo han sufrido hechos traumáticos en sus vidas sino que, también, se les ha negado el derecho a la palabra. Los familiares de la masacre de Trujillo en Colombia pasaron cinco años antes de poder participar en un vía crucis por el pueblo que reivindicaba el valor de las personas asesinadas y descuartizadas con motosierra: era el primer rito público de consuelo. Y algunos lo hicieron desde las ventanas de sus casas por el miedo.

Mucha gente que dio su testimonio al REMHI o a la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) en Guatemala,



Historias entre las manos Un testimonio de acompañamiento a las víctimas

lo hizo después de diez o quince años de silencio. Hablar fue para quienes bajaron de las montañas o familias que vivían en la capital, como la del niño desaparecido Marco Antonio Molina Theissen, recuperar el valor y el nombre de sus familiares, y convertir ese dolor en esperanza. Como dice John Berger (1986), “hablar de la experiencia, por amarga o dolorosa que sea, es descubrir la esperanza de que esas palabras quizás sean oídas y luego, una vez oídas, juzgados los hechos”.

Las víctimas conocen su historia, y los Estados y los perpetradores también, pero asumir la verdad es un proceso. Como expresaba Mayra, en un encuentro con los familiares de desaparecidos de El Salvador: “los familiares sabemos, el gobierno sabe, pero nuestra esperanza es que la gente lo conozca y que esa verdad sirva para cambiar las cosas”.

Para víctimas y familiares denunciar lo que han sufrido es el primer paso para superar el miedo, o para aprender a vivir con él de otra manera. También para enfrentar el presente, como los problemas de la propiedad de la tierra o la mejora de sus condiciones de vida.

Sin embargo, a veces hay silencios que son también datos e historias que tienen que ser contadas. Claudia, una amiga que trabajó en el REMHI y que conocía muy bien a los entrevistadores de su zona, fue a preguntarles si la violación sexual había sido frecuente porque sólo habíamos podido recoger 145 casos. Ellos agacharon la cabeza y se quedaron en silencio. Ese dato no pudo aparecer en las estadísticas, pero es un hecho histórico y una experiencia colectiva. Como cuando fuimos a recoger testimonios a San Martín Jilotepeque y la mujer hablaba de seis víctimas y a la entrevistadora sólo le salían cinco nombres, mientras insistía: ¿y la sexta?: “había nacido hacía un mes, a la sexta no tuvimos tiempo de ponerle nombre”.

Aprendizaje y compromiso

Recoger sus voces es un deber y un desafío. También una forma de aprendizaje. Marcelo Viñar, un psicoanalista, amigo y maestro uruguayo, dice que quienes trabajamos en el apoyo a las víctimas tenemos que preguntarnos algún día por qué nos dedicamos a esto. ¿Qué es lo que nos hace estar en este lado oscuro de la vida? Yo creo que no sólo es un compromiso, es también un aprendizaje.

Los mayas dicen que los caminos son de ida y vuelta. Cuando empecé a trabajar con las comunidades de las montañas de Guatemala, pregunté a algunos líderes qué me podían contar de los jóvenes, cómo les estaba afectando la violencia a ellos. Y para mi sorpresa me dijeron: “no sabemos”. ¿Y por qué?: “si no vamos a poder hacer nada, entonces no vamos a preguntar”. Esa reflexión es de largo recorrido. Mientras numerosos estudios hablan de las víctimas, o los informes o sentencias hacen referencia a ellas, se necesita un camino de vuelta. Cuando trabajamos en el REMHI siempre pensamos que la reconstrucción de la memoria necesitaba una devolución a la sociedad y las comunidades.

El trabajo de derechos humanos necesita una orientación pedagógica hacia la sociedad, y más horizontal entre defensores, víctimas y familiares. Esa es una forma de conciencia también. Marcela y otras amigas que trabajaron con mujeres guatemaltecas refugiadas en el Sur de México, daban numerosos talleres sobre derechos humanos, hablando de los derechos de las humanas. A veces, a mí me parecía un ejercicio deprimente, contar a la gente derechos que se reconocen pero no se pueden ejercer. Pero no. Los talleres tenían un efecto enormemente positivo, ayudaban a cambiar la valoración que las mujeres tenían de sí mismas, y su actitud ante la familia o los procesos de retorno: “ahora sabemos que tenemos derechos”.

Actitud y aptitudes de escucha

En el apoyo psicosocial sabemos que no hay que abrir procesos que uno no va a estar para acompañar posteriormente, que eso es muy delicado. Lo que para nosotros es una historia o un relato, para la víctima o sus familiares es la vida entera. Relatar su historia es poner de alguna manera su corazón en nuestras manos. A veces también con todas las cautelas.

En el caso del REMHI, para el trabajo de recogida de testimonios entrenamos a los entrevistadores en disponer el lugar de forma acogedora para la víctima, estructurar la entrevista en pasos, cuidar el tipo de preguntas y la manera en que se hacen, manejar las situaciones conflictivas o con un alto contenido emocional... pero también disponer de tiempo después, poder hablar con la persona fuera de la entrevista,

explicarle que puede sentir más emociones o problemas para dormir, que son normales, o contactarle al cabo de unos días si se mostraba muy afectada.

Todas esas y otras cosas hacen parte de las actitudes y aptitudes de escucha para la investigación de violaciones de derechos humanos, tanto como la objetividad de los datos, los detalles significativos para investigar la impunidad o las pruebas de los hechos.

Somos iguales pero no lo mismo

El dolor y el miedo son universales en las víctimas. Pero el significado, el sentido de los hechos y las formas de expresión, dependen de la cosmovisión y la cultura. La primera vez que fui a trabajar con los refugiados en México viví en una casita con una señora que se llamaba Teresa. Yo le preguntaba siempre por su familia, y ella me hablaba de su nuera y de un hijo que estaban en el campamento y que tenía otros dos hijos y su esposo que se habían quedado en Guatemala. Me contaba de los que estaban en México pero apenas me hablaba de los que “estaban allá sufriendo”, decía, hasta que me di cuenta que “allá quedaron” significaba “allá quedaron muertos”. Teresa hablaba de un sufrimiento fresco, como si estuvieran vivos, de que su relación con ellos estaba rota desde entonces, de todo el sufrimiento por estar lejos, de sus pesadillas por no poder hacer sus ceremonias.

Lo llamamos “proceso de duelo”, procesos que la mayor parte de las veces están alterados en los casos de violaciones de derechos humanos por el carácter traumático de la pérdida, el sinsentido, la incertidumbre, la imposibilidad de hacer sus ritos, la falta de reconocimiento social o el miedo. Pero esos no son hechos solamente intrapsíquicos. Nada del proceso de exhumaciones en países como Guatemala o Perú puede entenderse sin ser sensibles a las diferencias culturales, sin tener en cuenta su papel en el restablecimiento de relaciones colectivas, ese trabajo invisible del que la gente nos habla tanto: reconstruir el tejido social.

Enfrentar el miedo

La investigación de las violaciones de derechos humanos es también un riesgo. Mucha gente se paraliza por el miedo. En muchos países la gente ha tenido la experiencia de que cuando ha levantado la voz o la cabeza, le han golpeado de nuevo.

El miedo al *perro que muere* es el miedo a la amenaza concreta. Cuando llegué a El Salvador en 1989, el miedo era a la guerra, a las capturas, a la tortura que se veía en las calles cada día. En ese tiempo en Guatemala, el miedo era más al *cuarto oscuro*, la amenaza indeterminada, que no se ve; mientras el país era objeto de visitas turísticas a los restos de la cultura maya milenaria, los mayas eran objeto de todo tipo de atropellos; en ese tiempo no se veían militares en la calle, pero todos los días nos levantábamos con la noticia de cuerpos mutilados en cualquier esquina.

Hoy en día los familiares que denuncian siguen viendo esos miedos. Parte del trabajo de apoyo, de las estrategias para enfrentarlo, es identificarlo, aprender a valorar el riesgo y poner en marcha medidas de seguridad, ponerle nombre, buscar alternativas, presionar a los perpetradores, y dar seguimiento y apoyo a las víctimas. En el proceso de investigación, las consecuencias para las víctimas son lo más importante. Si vamos a recoger testimonios, la acción es importante, pero lo es más la protección de las fuentes y la seguridad de los testigos. Como en el trabajo psicosocial, es importante preguntarse: ¿qué pasa cuando nosotros nos vamos?, ¿cómo apoyar a la gente que se queda en medio de la tragedia?

Buscando un sentido

Las víctimas van a buscar un sentido a su experiencia como parte de su proceso de recuperación. Sabemos que las personas que pueden encontrar un sentido, un significado a su experiencia, están psicológicamente mejor que las personas que están en una situación de confusión o quienes se van a culpabilizar por lo sucedido.

Acentuar la parte positiva de las cosas aprendidas, el sentido de sacrificio, entender la experiencia, encontrar un



significado al hecho, son elementos que pueden constituir formas de afrontamiento más efectivas. En las Comunidades de Población en Resistencia (CPR) de la Sierra de Guatemala pregunté a la gente qué es lo que les había ayudado a enfrentar la represión: “cuando se conoce cuál es la cara (*batz*) de la represión, entonces se enfrenta mejor”. Es decir, cuando se tiene una explicación a las cosas, la gente asume una actitud más activa, más constructiva.

Eso significa que hay factores culturales, ideológicos o religiosos que ayudan a la gente a enfrentar mejor el hecho y sus consecuencias. Ahora bien, ese proceso necesita también de flexibilidad. Las personas que están todo el tiempo dando vueltas en su cabeza al hecho como una manera de tratar de entenderlo, convierten esa búsqueda en una forma de rumiación, de pensamiento repetitivo que no ayuda a asimilarlo sino que se convierte en un problema mayor.

El papel del trabajo psicosocial

En los últimos años hemos visto un crecimiento del trabajo psicosocial con víctimas y sobrevivientes. En el contexto de la investigación de las violaciones de DDHH, éste se ha orientado básicamente a dos aspectos: determinar el impacto psicológico, familiar o grupal de las violaciones, y acompañar a la víctima en el camino de enfrentar el proceso judicial. La psicología puede ser no sólo un instrumento para valorar las consecuencias de los hechos traumáticos, sino también un método de trabajo al lado de la gente.

Desde los diferentes momentos de contacto con la víctima, el seguimiento del caso, el flujo de información, la consulta sobre decisiones clave, el manejo de las expectativas, etc., tienen efectos en las víctimas. Pueden ser formas de apoyo o de control. Como en el caso de la ayuda humanitaria, no solamente el apoyo emocional o al proceso de duelo es importante: también construir una casa puede ayudar a la gente a tener seguridad emocional. La participación de los afectados es condición indispensable del proceso, y hay que recordar que otras muchas cuestiones tienen efectos psicosociales además del apoyo psicológico.

Tejiendo lo individual y lo colectivo

Muchos de estos son aprendizajes compartidos, como dice Fabiola Lalinde, cuyo hijo fue desaparecido en Colombia por fuerzas del Estado en 1986: “cuando nosotros empezamos fuimos a los psicólogos; muchas veces no sabían qué hacer con nosotros; nosotros tampoco sabíamos, entonces ese fue un descubrimiento conjunto”.

Martín Baró uno de los jesuitas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA) asesinado en 1989 y una de las primeras personas en América Latina que hizo una profunda reflexión de la guerra desde una perspectiva psicosocial, hablaba del trauma psíquico como un daño infligido en una persona, del trauma social en el sentido de la huella que dejan determinadas experiencias en los procesos históricos de un pueblo y hablaba del trauma psicosocial como la relación dialéctica que existe entre este trauma que ha sido producido socialmente y las respuestas de interdependencia que se dan entre individuo y sociedad. Eso implica tener una visión más amplia y una comprensión social de los problemas, muchas veces ausente en los profesionales o servicios de salud mental.

Por ejemplo, la experiencia de una víctima de tortura no puede limitarse a la relación con sus torturadores o el impacto en su subjetividad o su cuerpo, moviliza también una serie de significados y recursos que tienen una base colectiva. En 1989, Maggi Popkin, que en ese tiempo trabajaba en el Instituto de DDHH de la UCA, me pasó unas cuartillas escritas a máquina en la cárcel de Mariona por un preso que después de salir de la prisión había sido asesinado. Era el presidente de la Comisión de DDHH no gubernamental de El Salvador y se llamaba Herbert Anaya. En aquellas treinta cuartillas escritas a máquina describía tanto el horror al que había sido sometido como las cosas que le ayudaron a enfrentar su situación, su postura activa, sus convicciones sociales, la rendija de la resistencia, no dejarse manipular, aferrarse a sus sueños y a su gente querida. Otros salen quebrados, otros mueren. Pero Herbert salió victorioso de aquel suplicio. Su experiencia personal no puede entenderse fuera de sus convicciones, su defensa de los derechos humanos y su identidad social.

Medidas sociales para necesidades psicológicas

En un taller con un grupo de familiares de personas desaparecidas en Medellín, hablando sobre el duelo, compartieron una historia que les había golpeado muy duro en las últimas semanas. Era un programa en la televisión en el cual había habido una consulta de psicología sobre qué hacer frente a determinadas situaciones y una de las preguntas que le había hecho la entrevistadora a la psicóloga era qué recomendaba para el duelo de los familiares de los desaparecidos. Ella dijo que tomaran algo que para ellos y ellas fuera importante, algo de su familiar, un recuerdo, una carta, una ropa, que lo pusieran en un cofre y lo enterraran, e hicieran un rito. Eso que puede ser útil en algunos casos para facilitar el proceso de duelo, fue vivido por los familiares como un nuevo golpe, porque era como si ellos lo mataran, era perder toda su esperanza, era dejar su lucha.

No se puede entender nada del duelo de la desaparición forzada si no se tiene en cuenta una visión más social. Lo que necesitan los familiares de los desaparecidos para poder hacer ese proceso es saber, es la verdad. Como los jóvenes de la Asociación Pro-búsqueda¹ en El Salvador en un taller sobre el reencuentro de los jóvenes desaparecidos que habían vivido diez o quince años sin saber nada de su infancia cuando se planteó un ejercicio sobre los valores más importantes para ellos: la primera respuesta, antes que la amistad, fue la sinceridad.

Dilemas de la reparación

Nada puede remplazar a los familiares muertos o reparar el dolor de las víctimas. En esencia, quienes trabajamos con sobrevivientes de la violencia política sabemos que nos enfrentamos con un problema intratable.

Pero muchas víctimas, por ejemplo de Perú o El Salvador, esperan —todavía hoy— que los gobiernos pongan en marcha medidas y políticas que le devuelvan sus pertenencias, que le compensen por las pérdidas, que sus derechos sean reconocidos para ejercer su ciudadanía.

Para algunos familiares estas formas de reparación son una manera de salir de las condiciones de pobreza con las que han vivido tanto tiempo, y que la mayor parte de las veces se agudizaron con las violaciones. Pero la reparación también supone desafíos y ambivalencia. Para una amiga colombiana, cuyo hermano fue desaparecido hace años, la casa en la que vive —y que fue adquirida con el monto de una sentencia de reparación— es un recuerdo permanente de él, aunque a veces esa casa le pesa como una losa. Mucha gente ha mantenido el “ojo interno” de los desaparecidos, esa memoria en su corazón, y la reparación tiene un significado psicológico en relación con sus familiares y en el restablecimiento de relaciones con la sociedad. Para Mariano, un hombre mayor cuya memoria está tan curtida como su piel de campesino y cuyo hijo fue desaparecido en Colombia, tener una casa es algo así como una herencia, como un regalo que les dio su hijo.

Eduardo Galeano, hablando de la lógica y las formas en que se simbolizan hechos históricos, dice que hay tantos monumentos que faltan como monumentos que sobran. Como plantea el psicólogo surafricano Brandom Hamber, lo que es reparador no es el objeto, sino el proceso alrededor del objeto. La reparación es una forma de reconocimiento, aunque a veces se usa como una forma de legitimación del Estado. Pero cuando no hay verdad, ni reconocimiento, la reparación puede ser vista también como un chantaje: si la aceptas, aceptas todo. Aunque la reparación no es una contraprestación según el derecho, ni un sustituto de nada, como han mostrado tantas organizaciones de víctimas, todavía en numerosos procesos judiciales la clave sigue siendo cómo hacer que los Estados cumplan con los acuerdos o sentencias, y activen procesos de reparación con participación de las víctimas.



1 La Asociación Pro-búsqueda impulsada por el sacerdote Jon Cortina, está formada por familiares cuyos hijos fueron desaparecidos, dados en adopción de forma fraudulenta o separados de sus familias en operativos durante la guerra en El Salvador, y que ha promovido investigaciones sobre el destino de los niños y niñas —ya jóvenes— y procesos de reencuentro con las familias de origen y de acogida.



Las expectativas de justicia

Los caminos de la verdad y la justicia son lentos. Lo saben las víctimas que siguen haciendo denuncias y que reciben menosprecio, amenazas o burocracia como respuesta. En muchos de los casos, incluso en violaciones masivas de los DDHH que se denuncian en los países, la justicia nunca llega. En los pocos casos que llegan a la Corte Interamericana, han pasado diez, o veinte años desde los hechos, aunque para los familiares, cuando no hay justicia, el dolor sea como ayer. Los familiares de los muertos en la masacre de Xamán² (Guatemala, 1995) y gran parte de la comunidad, sintieron en esa esperanza su impacto. Pero a pesar de eso, se comprometieron en el juicio. También hay una esperanza como en el poema de Benedetti que habla sobre el futuro: lento, pero viene.

La persistencia y creatividad de los familiares se han convertido en América Latina no solamente en un testimonio ético de enorme valor, sino también en el motor de la lucha contra la impunidad.

La mayor parte de las veces el peso de los procesos recae en las espaldas de las víctimas, lo cual genera una enorme sobrecarga emocional y muchas dificultades prácticas, desde realizar gestiones burocráticas interminables hasta condicionar la vida cotidiana totalmente por las investigaciones (dejar todo para la búsqueda, gastos económicos para hacer viajes, gestiones, etc.). Doña Fabiola Lalinde hizo un recuento de los gastos del proceso de búsqueda que se podían contar, incluyendo boletos de bus o avión, gastos médicos y de atención psicológica, pruebas de ADN, gastos de abogados y trámites, con la demanda ante el Sistema Interamericano, hasta un total de más de cien millones de pesos, unos cuarenta mil dólares en ese momento.

Y en esa lista faltan todas las cosas incontables.

Llevar adelante las demandas judiciales tiene sentido para las víctimas. Incluso cuando la impunidad es una regla en el país, muchos familiares siguen poniendo denuncias con la esperanza de obtener justicia y de que avancen las investigaciones. Es también una forma de lucha contra la impunidad. La persistencia y creatividad de los familiares se han convertido en América Latina no solamente en un testimonio ético de enorme valor, sino también en el motor de la lucha contra la impunidad. Su persistencia y creatividad hizo, por ejemplo en Argentina, que se abrieran fisuras en las leyes de Obediencia Debida y Punto Final cuando parecía que no había ya horizonte para la justicia, con las denuncias de las abuelas por la desaparición de los bebés en cautividad que no cubrían esas leyes. Roberto Garretón y otros abogados de la Vicaría de la Solidaridad en Chile acumularon durante años recursos de *hábeas corpus* que no sirvieron para encontrar a ningún desaparecido, pero esa documentación fue años después una de las pruebas para la detención de Pinochet en Londres.

Entre la esperanza y la impunidad

La esperanza puesta en la justicia, como todas las esperanzas, tiene también su vulnerabilidad. Cuando los sistemas judiciales no ejercen sus funciones o están aliados con los perpetradores, son parte de la impunidad y los procesos judiciales se convierten en una nueva fuente de obstáculos o desprecio para las víctimas. Por ejemplo, en el primer juicio del caso de la masacre de Xamán, los familiares tuvieron que escuchar de los abogados de la defensa de la patrulla militar que las violaciones ni siquiera existían en el código penal dado que en el auto el delito estaba referido como ejecución *estrajudicial* (con ese en lugar de con x, debido a un error mecanográfico).

Inciendo en este impacto, un estudio sobre la influencia psicológica de la participación en el proceso judicial (Cabrera, 2004) muestra que los familiares sufrieron mayor

2 Masacre de 11 campesinos mayas, incluyendo dos niños, en una comunidad de retornados, perpetrada por una patrulla militar del ejército de Guatemala en 1995, cuando estaban llevándose a cabo los procesos de retorno de los refugiados desde México y la negociación de los Acuerdos de Paz entre el gobierno y la guerrilla de la URNG.

ansiedad y preocupación, mayor percepción de menosprecio, veían el mundo como más incierto y mayor riesgo de que otros les hicieran daño comparando con los miembros de la comunidad que no participaron en el proceso judicial. Pero también una mejor evaluación de la lucha colectiva, y el sentido positivo de la participación en el juicio aún en condiciones negativas.

En un mundo y en unos sistemas políticos tan injustos, la justicia es un anhelo de quien lo ha perdido todo. Como tantas veces hemos escuchado de los familiares, es una forma de reconocer el valor de los asesinados o desaparecidos: ¿acaso era un animal?

Pero esa lucha por la justicia es también una enorme sobrecarga, un peso que no debería estar en la espalda de los familiares. Conocí a Hellen Mack un día que venía al arzobispado de Guatemala. Ella llevaba varios años ya luchando contra la impunidad. Desde que mataron a su hermana Myrna,³ ejercía una convicción inasequible al desaliento. Aunque el desaliento le acechaba cada día. Ese día venía con un nuevo recurso. Cada semana tenía que visitar el juzgado para reclamar por los obstáculos que se inventaban y que estuvieron a punto de cerrar el caso varias veces. Si en tres días no hacía su reclamo, la burocracia le echaba la llave para siempre. El abogado leyó el recurso que ella traía hecho. A estas alturas Hellen sabía bastante más que cualquier enterado en leyes. Ella se ha hecho experta en trabas, pero necesitaba su firma y su mirada. Después, sacó un sobre del bolsillo con veinte estampillas. Puso una en cada hoja. Le sobraron diez. Para la próxima vez.

Claudia, que estaba a nuestro lado, le dijo:

—No te canses, hazlo por nosotros.

La justicia puede ayudar al bienestar de las víctimas y a restablecer la conciencia moral de la sociedad, aunque no pueda devolver la vida a los desaparecidos. En uno de los pocos casos de desaparición forzada investigado y juzgado en Colombia, la compañera del desaparecido, que llevó adelante el proceso, describió en una entrevista los desafíos que se le plantearon después de todos esos años de lucha, en relación con el manejo de su dolor y su pérdida: "Mientras el caso seguía 'activo', una cosa te lleva a la otra... Mientras estás peleando

do la persona está viva, después te das cuenta de que ganaste esa pelea pero él no está..." (ASFADDES, 2003). Eso muestra que la sentencia no es el final, sino una parte del camino y, que en los casos en los que se llega hasta ahí, hay necesidad de reestructurar la vida después de los años de esfuerzo y lucha, en una nueva perspectiva.

El valor de la confianza

Todo el trabajo de salud mental y derechos humanos se basa en la confianza. Los hechos traumáticos de carácter violento cuestionan las creencias básicas que tenemos sobre el mundo y nosotros mismos. Aquellas que nos llevan a pensar que los otros son gente buena, que no nos van a hacer daño, que el mundo tiene sentido y que hay otro mundo posible: un futuro. Estas asunciones son parte de nuestra cultura y nos permiten funcionar en la sociedad. Son las creencias que se alteran, se cuestionan, se rompen, cuando la gente sufre en primera persona las violaciones de derechos humanos.

Esos no son efectos ocasionales, sino más bien forman parte del carácter intencional del acto. Mientras las víctimas de catástrofes de las llamadas naturales tienen un mayor sentido de fatalismo frente a la imprevisibilidad y el destino, las víctimas de violaciones producidas por causa humana en general perciben el mundo como menos benevolente, más injusto y se produce desconfianza de los otros y cuestionamiento de sí mismo. Aunque muchas víctimas y familiares son un testimonio de enorme humanismo y un ejemplo de lucha por un futuro liberador.

Reconstruir la confianza es parte de la superación del trauma. En el apoyo psicológico a víctimas de tortura, muchas veces la persona hace, incluso sin ser consciente, pruebas de confiabilidad. Te cuenta algo de lo que ha tenido tan guardado para ver cómo reaccionas, si puedes acogerlo, si esa historia es asumible, si puede pasar a formar parte de un territorio compartido. También es parte de lo que quienes tra-

3 Myrna Mack era una reconocida antropóloga guatemalteca que investigaba en ese tiempo sobre las poblaciones desplazadas en Guatemala, fue asesinada por un comando de inteligencia militar en 1990.



bajamos con las víctimas tenemos que asumir, transmitir esa confianza, responder a los compromisos adquiridos, cuidar pequeños pasos que además de su importancia instrumental ayudan a restablecer las relaciones. La confianza es lo que permite también cualquier investigación. Como en la evaluación de un taller con los jóvenes que regresaron a Guatemala

“¿y qué van a hacer ustedes si hay problemas, se van a ir o se van a quedar?”

en el primer retorno organizado desde México me dijeron: no tenemos nada para darle, solo nuestra confianza. Cuando se ha vivido el horror, la confianza lo es todo.

Los caminos de ida y vuelta

Por eso escuchar y trabajar con las víctimas y familiares es un desafío que nos teje a todos, desde diferentes enfoques, profesiones o planteamientos. En una de las primeras reuniones del REMHI, presidida por Monseñor Gerardi,⁴ un anciano del Quiché se levantó para responder a la pregunta que habíamos lanzado a la asamblea sobre si iban a participar en el proceso o no. El viejito se levantó y respondió: “sí, es tiempo de hablar”. Como los taitas del Putumayo, hace unos pocos meses: “si hablamos nos matan; si no hablamos también nos matan; pues hablemos”. Pero el anciano también preguntó: “¿y qué van a hacer ustedes si hay problemas, se van a ir o se van a quedar?”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASFADDES, Donostia:Gakoa, *Veinte años de historia y lucha*, Colombia, 2003.

Berger J. Y *nuestros rostros, mi vida, breves como fotos*, Hermann Bume, Madrid, 1986.

Cabrera, M.L. *Violencia e impunidad en las comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán*. Tesis dirigida por T.Calvo y D. Paez. Universidad Complutense de Madrid, 2004.

ODHAG, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Informe Proyecto InterDiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica,1998, *Guatemala: Nunca Más. Vol. I, II y III. Impactos de la Violencia*. Tibás, Costa Rica: LIL/Arzobispado de Guatemala.

4 Obispo auxiliar de Guatemala, director de la Oficina de DDHH del Arzobispado y del Proyecto de Reconstrucción de la Memoria Histórica de Guatemala. Posteriormente asesinado dos días después de presentar el informe Guatemala Nunca Más en 1998.

Maggi Popkin

Así la recordamos



Unos días antes de morir, Maggi Popkin envió a CEJIL el artículo sobre el caso Hermanas Serrano de El Salvador, el cual publicamos en la sección jurídica de esta edición. Su inesperada partida conmovió a toda la comunidad de derechos humanos de las Américas, y muy especialmente a quienes trabajaron de cerca con ella, ya sea en los Estados Unidos como en El Salvador, país en el que residió por varios años. Con el ánimo de rendir un homenaje a quien consideramos una luchadora incansable por los derechos humanos y la justicia, presentamos este artículo que cuenta con los aportes de sus familiares, amigos y colegas. Sólo ellos, a través de sus testimonios, pueden dar fe de quién fue Maggi, de su vida y de su legado.

Margaret Popkin (1950-2005), abogada egresada de la Universidad de California, fue Directora Ejecutiva de la Fundación Debido Proceso Legal desde 1999 hasta mayo de 2005. Antes fue Directora de Programas para África y América Latina del Centro de Derechos Humanos *Robert F. Kennedy* en Washington DC (1995-1999). Entre 1985 y 1992 ocupó el cargo de subdirectora del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana *José Simeón Cañas* en El Salvador. Trabajó asimismo como consultora para Naciones Unidas y el *Lawyers Committee for Human Rights*. Fue autora de diversos artículos sobre derechos humanos y reforma judicial en América Latina, en particular sobre temas de independencia y transparencia judicial, acceso a la justicia y justicia transicional. Escribió el libro *Peace without Justice: Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador* (*Paz sin Justicia: Obstáculos a la Construcción del Estado de Derecho en El Salvador*).

JULIE POPKIN

Mother of Maggi Popkin

Our Maggi

Maggi, Margaret Louise, our blue-eyed daughter, was born seventeen months after her brother Jeremy, eleven years before her sister Susan, a delightful addition to our family. Early on, Maggi showed a quiet determination toward high achievement and strong empathy with those whom she felt needed help. At first, she was drawn toward small animals, devoting hours to training our first dog, later choosing the runt of a litter of beagles much to the dismay of the owners of the kennels.

Because of her father's restless determination to do research abroad, she had lived in France and The Netherlands and traveled in many other countries before entering college to study French literature. As a college student, she participated in demonstrations against U.S. involvement in the war in Viet-

nam. When she realized her graduate studies in French might lead only to teaching the language and literature, she changed course and completed a course in women's studies. This led to her first book, co-authored with her friend Diane Ross, published under a collective, called *Bargaining for Equality*. Not much later, she called to tell us she had decided to apply to law school. This was a surprise because we had assumed she was a shy person—we should have known that she had her own agenda for pursuing the law.

I will always remember the scene when she told her brilliant grandmother, herself a well-known novelist, enunciating very clearly because Zelda was profoundly deaf, that she had no intention of going to Congress or performing pyrotechnics in the courtroom, "That is not the kind of lawyer I intend to be!"



From an emphasis in labor law, she began her deep concern for human rights. A trip to Central America solidified her intense concern for the people of El Salvador. Before long she was attached to the UCA's newly created Institute For Human Rights, under its titular head Father Segundo Montes. I visited her regularly, often traveling to the interior to visit resettlement villages and other areas of the beleaguered country. And I flew down immediately upon the birth of her beloved son Joel Damian!

She was, in fact, in Lima, Peru, when Segundo and

the five were brutally murdered and it was my phone call that brought her the terrible news. Later she took me to see the place where they were killed and the six red rosebushes and two yellow ones in memory of the priests and the two women, mother and daughter, their housekeepers, who were killed alongside them.

My daughter's memory will always be alive in the hearts of her family and friends and the innumerable others to whose welfare she devoted herself.

HELEN MACK

Presidenta de la Fundación Myrna Mack en Guatemala; miembro del Consejo Directivo de la Fundación Legal para el Debido Proceso y de CEJIL. Amiga personal de Maggie Popkin

Maggi: Energía en movimiento

Una energía en movimiento constante. Una potente luz que irradia sensaciones de solidaridad, cobijo, abrigo y quietud. Una vorágine que nos arrastra hacia nuevos estadios, en medio de corrientes donde se mezclan el silencio, la prudencia, la pertinencia, la solidaridad plena y el compromiso simple —sin complicaciones. Así sentí a Maggie, así la viví y así la recuerdo.

Está aún cercano el tiempo en que ella se presentó frente a mí a plantear nuevos retos en aras de ampliar los horizontes personales y sociales en materia de servicio público y de lucha contra las fuerzas oscuras que mantienen aprisionada a Guatemala en un inframundo de crimen, corrupción, violencia, miseria e injusticia.

Su personalidad, plena de compromiso, acción y prudencia, la llevó a jugar un papel fundamental en el trabajo de or-

ganizaciones pro justicia y de derechos humanos en numerosos países, particularmente en América Latina, donde promovió la búsqueda de nuevos senderos en la lucha por la justicia, la democratización y la defensa de los derechos humanos. Arriesgó la vida junto a grandes conglomerados, en las épocas más difíciles de países como El Salvador y Guatemala; y posteriormente acompañó con energía y disciplina los procesos de posconflicto, de reforma judicial y de construcción de la paz.

Seguramente, desde su vida ultraterrena, Maggie sigue ese acompañamiento, vigoroso y estricto, para que no abandonemos la ruta que iniciamos junto a ella, en casi todos los temas. No hablo de fantasmas. Hablo de que su recuerdo, su energía y la memoria que compartimos todos, la mantiene presente en nuestros proyectos de trabajo social y público.

NAOMI ROHT-ARRIAZA

Professor of International Law at the University of California and close friend of Maggi

Remembrances of Maggi

We had to move the other day, so I went through my files. I kept finding references to Maggi. In one file, I found her letters about the trial of some of those involved in killing the Jesuit priests and their housekeeper and her daughter in El Salvador. Maggi helped organize delegations of trial observers, gave us crucial background, and generally helped make sense of local criminal procedure. That was the beginning of our friendship.

In another file, I found her work on the Salvadoran Truth Commission. Maggi was critical of the Commission for reasons that seem commonplace now, but at the time, in the first flush of enthusiasm for international contributions to transitional justice, were new and contested. She worried about the lack of local knowledge of the all-international staff and commissioners, about the ability to build trust with victims, and about the demoralizing effect on victims of telling their stories,

only to see nothing at all happen as a result. She turned out to be prescient.

Then I found a bunch of files with court cases from a number of Latin American countries, all with “look at this!” notations from Maggi. She had wide connections in the region, and kept abreast of legal developments, especially those around questions of amnesty and impunity. She was one of the few people watching, and encouraging, the development of law by national courts in this area, long before the Pinochet

detention drew attention to the phenomena. She was always amazingly generous in sharing her information, sharp in her analysis of the cases, and optimistic about the power of law to change adverse political realities over time, if wielded by committed lawyers and their clients.

Maggi helped bridge many worlds with her work — English and Spanish, law and politics, academics and activists — and she always did it with a wry sense of humor and a quiet conviction. I miss her.

DAVID LOVATÓN PALACIOS

Director del Instituto de Defensa Legal de Perú

Maggi Popkin, recordándola en Washington D.C.

La última vez que vi a Maggi fue en octubre del 2004. Amablemente me alojó en su casa, cálida y de madera, y se esforzó, como siempre, para que sus amigos de América Latina (sean salvadoreños, guatemaltecos o peruanos) se sintieran bien. Ella formaba parte de ese grupo de solidarios defensores y defensoras de derechos humanos que acoge en sus casas a los latinoamericanos que visitamos Washington cada vez que hay audiencias de la CIDH y que encabeza una amiga entrañable de Maggi, Coletta Youngers.

En esa oportunidad, conversamos de muchas cosas: de nuestro trabajo, de amigos comunes, de Damián, su hijo, de los Estados Unidos, de América Latina. Siempre me llamó la atención esa mezcla de espíritu práctico y solidario con la tenacidad y la austeridad en el trabajo. Había que pensarlo dos veces antes de aceptar llevar a cabo una actividad o un proyecto con Maggi. Era muy exigente. Llamaba la atención que una persona tan “norteamericana” quisiera tanto a América Latina, en especial, a El Salvador, donde había vivido

años difíciles en ese país y sobre el que después escribió un excelente libro.

En los últimos años, ese interés por América Latina lo volcó profesionalmente en sus investigaciones y publicaciones sobre la reforma del sistema de justicia, siempre desde una perspectiva de derechos humanos y desde la organización que dirigía: la Fundación para el Debido Proceso Legal. Uno de sus últimos trabajos, *Fortalecer la independencia judicial*, es un estudio exhaustivo sobre los avances en la consagración formal de garantías para la independencia judicial en los diversos sistemas judiciales nacionales.

Sin duda, la partida de Maggi es una pérdida grande. Pero como seguramente haría Maggi, con su espíritu práctico y tenaz, en vez de lamentarnos hay que seguir trabajando. Ahora, cada vez que visitemos Washington, muchas cosas nos harán recordarla con cariño: la línea roja del metro, la estación Takoma, Dupont Circle, ese restaurante libanés donde gustaba invitar a los amigos, entre otras.

COLETTA A. YOUNGERS

Senior Fellow of the Washington Office of Latin America and close friend

Memories of Margaret Popkin

The day that the news of the untimely death of Maggi spread across El Salvador, a hurricane hit the country. Highly uncommon for May, it underscored the tragedy that had befallen. Maggi was known throughout Latin America for her tireless defense of

human rights and justice, and was known across the world for her writings on strengthening the rule of law. Yet it was in El Salvador where Maggi began her work in Latin America as Deputy Director of the Human Rights Institute at the Central American University, and where she put down roots and bore a son.



Even though I was a close friend of Maggi's for many years, it is only with her death that I have come to appreciate her life and work in El Salvador. I learned of the human rights workshops she gave across the countryside, the support she provided to torture victims, her visits to political prisoners, and of her weekend travels into the countryside where she befriended many from the poorest sectors of so-

ciety. Maggi was more than an effective human rights lawyer; she helped restore dignity to the lives of those victimized by war and injustice.

Every day, I think of Maggi. But beyond the sadness I feel is the recognition of her efforts to advance truth and justice and the many lives that Maggi touched. In her short time with us, Maggi truly made a difference.

KATYA SALAZAR

Directora de Programas de la Fundación para el Debido Proceso Legal

Antes de empezar a escribir estas líneas miro a través de la ventana y veo los árboles, la gente, el sol, y empiezo a recordar esos días, que me vienen a la mente como escenas de una película. Han pasado cuatro meses y sigo preguntándome cómo pudo pasar, cómo es posible que Maggi ya no esté aquí. Aparecen en mi cabeza voces, caras, llamadas telefónicas, e-mails. Todos preguntándome lo mismo y yo repitiendo, una y otra vez, lo que yo misma no podía creer.

Además de colega, Maggi era una amiga y, de alguna manera, una figura materna. Admiraba su rigurosidad y seriedad en el trabajo, pero sobre todo, ese interés que salía desde el fondo de su corazón para que las cosas cambien en Latinoamérica, para que el respeto al Estado de Derecho y a los derechos humanos se convierta algún día en el elemento distintivo de nuestros países. Y esto no era sólo un lema para

ella, era una necesidad y un compromiso de vida. Muchos de sus amigos a lo largo del continente habían sido víctimas de nuestros sistemas, que ella estaba empeñada en cambiar. Aprendí muchas cosas de Maggi y nunca pensé que lo seguiría haciendo, incluso después de su partida.

Maggi terminó el artículo que se incluye en esta publicación horas antes de ingresar al hospital. El día anterior, al despedirnos, me comentó que estaba muy entusiasmada con la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso de las hermanas Serrano —la primera sentencia contra El Salvador— y que temía que no tuviera el impacto necesario en ese país, su segundo hogar, el país donde nació Damián, su hijo. Por eso quiso dar su aporte en esta lucha. Todos los que la conocimos y apreciamos esperamos que su deseo se cumpla.

DAVID HOLIDAY

Maggi's friend and colleague

To many who didn't know Maggi, she might well be remembered for her definitive work on the Salvadoran legal system, *Peace without Justice*, which one reviewer called "essential reading for anyone seriously interested in the difficulties that confront building a rule of law in Latin American countries." It only seems just that, finally, this important text will soon be translated into Spanish.

To those of us who had the good fortune to know Maggi, however, we will miss much, much more. Maggi had a critical eye, sensitive to the issues that mattered to Latin Americans, and sometimes to those that did not. She never

gave up her view that Central American amnesties should be overturned, despite the often poorly organized and shallow resistance to these laws among civil society organizations.

One of things I appreciated about Maggi in recent years was how she sought to create links between different people involved in justice reform across Latin America, and beyond. She facilitated the ability of activists from across the Americas to talk to each other, to listen to each other, to learn from the experience of others. In all of these efforts, Maggi never needed to take credit for her own contributions, which were inevitably thoughtful and well-argued. In that sense, she was a kind of "open-source"

intellectual, advocating for greater transparency and access to information in judicial systems, and walking the talk by readily making available everything she and others did.

Maggi was quietly but persistently passionate in her advocacy for the victims of human rights abuses, but she was

also extremely *dispassionate* about politics. As far as I could tell, she held to no ideology, unless caring deeply about truth and justice could be considered an ideology. Her absence leaves a critical void in the U.S. and Latin American human rights community.

LAURA PARK

Directora de Operaciones y Promoción de la Fundación para el Debido Proceso Legal

La primera vez que conocí a Maggi, yo intentaba convencerla de que no debería darme el puesto al que yo postulaba. Ese día yo le insistía: “¡No soy abogada! ¿Cómo voy a trabajar estos temas?”. Menos mal que no pude convencerla. Maggi, en su famosa sabiduría, no me escuchó y me dio la oportunidad de acompañarla en los primeros años de esta ONG. Cinco años más tarde ella y la Fundación para el Debido Proceso Legal son partes íntimas de quien soy —como profesional y persona.

Con Maggi, como colegas y amigas, compartimos muchas penas y alegrías. Estos cinco años han incluido la publicación de su libro; problemas de salud para ambas; el 11

de septiembre 2001 y sus efectos en el debido proceso legal aquí en los Estados Unidos como en el mundo entero; proyectos rechazados; proyectos aprobados; el caso Myrna Mack en Guatemala; el caso de los generales salvadoreños en la Florida; la publicación de cinco libros sobre las actividades de la organización; viajes y almuerzos juntas; y siempre la presencia de otra madre que entendía íntimamente las dudas y alegrías relacionadas con ser madre. Aprendí tanto de Maggi que cada paso para adelante vale la pena. Aprendí que el valor de nuestro trabajo se mide en la calidad de vida que ayudamos a crear para todos y que sí es posible imaginarse un mundo distinto.

ALEJANDRA NUÑO

Abogada de CEJIL

Tuve el honor de conocer a Maggi en uno de los conocidos eventos organizados por el IDHUCA. Desde aquella vez reconocí su enorme cariño hacia El Salvador, país en donde vivió durante parte del conflicto armado. Por tanto, hablar de Maggi Popkin sin reconocer su apego a El Salvador sería desconocer que ella era un referente obligado en temas de este país.

Maggi estuvo enterada e involucrada en casos que se ventilaron en instancias internacionales contra El Salvador: fue testigo en el proceso civil contra los ex generales Vides Casanova y Guillermo García; participó como oyente en prácticamente todas las audiencias convocadas por la CIDH respecto de El Salvador; apoyó con un *amicus curiae* a Pro Búsqueda y a CEJIL en el litigio del caso de Las Hermanas Serrano Cruz y

viajó a Costa Rica para asistir a la audiencia del caso.

En esos momentos de tensión, de desvelo y de preparación previa, sólo tuvo ánimos para con nosotros: escuchaba prudentemente y con detenimiento las discusiones, la preparación de testigos y la definición de estrategias. Después de la audiencia, la vimos bailar, brindar y compartir con los testigos, las víctimas, personas de la Comisión Interamericana, de Pro-Búsqueda y de CEJIL.

Recuerdo y agradezco su tranquilidad, los ánimos, el apoyo y, por supuesto, su compromiso para obtener la justicia en un pequeño país donde se ha desconocido por muchos años el dolor de decenas de miles de víctimas civiles que trajo uno de los conflictos más graves de la región.



PADRE JON CORTINA

Director de Pro-Búsqueda en El Salvador

Conocí a Maggi en enero-febrero del año 1986, al poco tiempo de haber llegado ella a El Salvador. Vinieron a presentarla a mi oficina en la UCA y mi susto fue grande cuando me dijeron que era una experta abogada y que le gustaría trabajar en la UCA.

Se me hacía demasiado duro ofrecerle trabajo en el departamento de Ingeniería. Era en aquel momento jefe del departamento. ¿Cómo podría ofrecerle un trabajo? ¿Cómo compaginar la ingeniería con una abogada experta en derechos humanos? Era evidente que aunque yo hiciese trabajo de solidaridad y defensa de los derechos humanos, no podía estar en Ingeniería.

Pensé que la mejor solución era llevarla al Instituto de Derechos Humanos de la UCA, que acababa de fundar el Padre Segundo Montes cinco meses antes. Y allí nos fuimos, no sin algo de miedo, porque el Padre Montes, aunque era muy buena gente, me podía haber dado un bufido por llevarle una abogada no salvadoreña... Sin embargo Montes no sólo la recibió bien, sino que conforme a lo que recuerdo de aquellos días, comenzó a trabajar al día siguiente.

Desde que llegó al IDHUCA, Maggi fue parte del IDHUCA y el IDHUCA fue parte de Maggi. Estábamos en plena guerra. Era necesario tener cierta prudencia en lo que se hacía, decía y veía en una persona. Sin embargo Maggi

nunca tuvo miedo. Si había un punto en el que el derecho de la persona había sido violado, allí estaba ella para defenderlo. Era difícil, incluso para los salvadoreños que no tenían hijos presos poder visitar las cárceles. Nadie sabe cómo, pero Maggi lo hacía cada domingo. No era conveniente salir tarde de la oficina durante las noches y sin embargo Maggi casi cerraba la UCA.

Su trabajo fue silencioso, sincero, desinteresado, generoso, idealista. Creyó en las víctimas e hizo suya la causa de su esfuerzo y lucha. Las víctimas eran lo primero. Al creer en las víctimas generaba esperanza en ellas. Se sintieron siempre acogidas, acompañadas, comprendidas. De las víctimas ella recibió principalmente fuerza y entereza para su trabajo.

Pasados los años, cuando asesinaron a los sacerdotes jesuitas, incluido el Padre Montes, Maggi era la subdirectora del IDHUCA. Colaboró en muchas investigaciones juntamente con Montes y escribió innumerables artículos. Quiso seguir adelante con el proceso a los que asesinaron a los jesuitas y hacer todo lo posible para que la verdad se conociese ampliamente y se difundiese por todas partes. Pero tal vez lo que más distinguió y ennobleció la figura de Maggi fue su cercanía a los pobres, a los injustamente tratados, a los que no tenían quien los defendiese.

JAMES SILK

Assistant clinical professor of law at Yale Law School and formerly director of the Robert F. Kennedy Memorial Center for Human Rights. Maggi's colleague and friend.

When Maggi and I started working together, I was aware that everyone who knew her respected her intelligence, her ability, and her commitment to human rights. I immediately shared that respect, but Maggi seemed so serious that I wondered if we would ever become close colleagues. Looking back now, that uncertainty seems hard to imagine.

Nearly every day for four years, we worked together and drove back and forth together between our homes in Takoma Park and our office. Respect became admiration and friendship. Maggi was one of the smartest people I've known. Many of our colleagues are smart and able, but Maggi's intel-

ligence distinguished itself. Her thoughts about difficult issues were her own. She never accepted the easy or obvious but always took care to arrive at honest conclusions or honest doubt. Her intelligence was never showy; in fact, she seemed impatient with intellectual flourishes that had no practical utility. What I found most rare, though, was that Maggi persistently had fresh ideas for addressing the wrenching issues her work involved.

After the memorial service for Maggi, everyone noted the courage her time in El Salvador had shown. I admire her, too, for the courage she showed in more ordinary

circumstances. She was courageous in her commitment to be a good mother, not just as a single mother, but the single mother of a real boy whose passion for soccer and baseball and football might have thrown Maggi but never did. Maggi's courage also combined with her integrity to enable her to stand up for right even where it was inconvenient or personally costly. With her intellect and her courage, Maggi had a serious image, but my memory of her will hold two different images. In one, she is quietly laughing, perhaps at the latest

political absurdity but just as likely at a friend's playful bit of humor or her own retelling of a funny story. In the other, we are sitting in her car in my driveway after a long day of work, determined to finish our conversation, more often about our children than about justice and human rights. When the disbelief that Maggi is gone subsides, what endures will be the sense of ourselves and the world enriched by her determination and her friendship and diminished by her loss.





Libertad de expresión en el hemisferio: nuevos desafíos

Eduardo A. Bertoni *

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha subrayado reiteradamente algunos de los desafíos que enfrenta el ejercicio de la libertad de expresión en el hemisferio. Entre ellos, la agresión contra periodistas, el asesinato de periodistas; la falta de leyes que garanticen el acceso a la información y la constante existencia de leyes de desacato en muchos Estados de la región. Por otro lado, la Relatoría en los últimos años ha considerado que es importante, no sólo resaltar esos problemas, sino también llamar la atención de algunas otras amenazas a la libertad de expresión en las Américas. Se trata de problemas tales como la falta de diversidad de medios de comunicación en algunas regiones del continente y la presión financiera sobre estos medios. Algunos de estos últimos problemas fueron abordados por la Relatoría a través de sus informes temáticos. En éstas páginas se sintetizan alguno de esos nuevos desafíos que enfrenta el ejercicio de la libertad de expresión, tal como fueron introducidos en los informes de la Relatoría. Con este trabajo se pretende ampliar la difusión de los informes de la Relatoría por medio de esta novel publicación de CEJIL.

Introducción

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión nació en 1997 cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decidió la creación de una oficina de carácter permanente, independencia funcional y estructura operativa propia. Esta última característica implica, entre otras cosas, que la Relatoría cuente con presupuesto propio que se solventa con las contribuciones voluntarias que recibe tanto de países del hemisferio como de países europeos y de fundaciones privadas.

Como se ha expresado en repetidas ocasiones, “al crear la Relatoría, la Comisión buscó estimular de manera preferente la conciencia por el pleno respeto a la libertad de expresión e información en el hemisferio, considerando el papel fundamental que ésta desempeña en la consolidación y desarrollo del sistema democrático y en la denuncia y protección de

los demás derechos humanos...”¹ Vale la pena destacar que la creación de la Relatoría fue el resultado de las recomendaciones efectuadas por amplios sectores de la sociedad civil y de los Estados del hemisferio, lo cual se evidencia en el hecho que la Relatoría hoy en día tiene mandatos que surgen de los planes de acción de las distintas cumbres de las Américas celebradas hasta el momento. En la Declaración de Santiago adoptada en abril de 1998, los jefes de Estado y de gobierno celebraron “la reciente constitución de un Relator Especial para la Libertad de Expresión, en el marco de la Organización de los Estados Americanos.”² Durante la Tercera Cumbre de las Américas celebrada en Quebec, Canadá, los jefes de Estado y de gobierno ratificaron el mandato de la Relatoría.³

Este modelo de funcionamiento de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión no se ha repetido, al menos hasta hoy, para las otras relatorías temáticas que funcionan en la órbita de la CIDH: la diferencia operativa más notoria es que quien ocupa el cargo de Relator Especial para la Libertad de Expresión no es, al mismo tiempo, miembro de la CIDH.

* Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ebertoni@oas.org

1 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe anual 1998, Capítulo 1. Esta consideración ha sido reiterada en los sucesivos informes de la Relatoría.

2 Declaración de Santiago, Segunda Cumbre de las Américas, 18-19 de abril de 1998, Santiago, Chile, en “Documentos Oficiales del Proceso de Cumbres de Miami a Santiago”, Volumen I, Oficina de Seguimiento de Cumbres, Organización de los Estados Americanos.

3 Tercera Cumbre de las Américas, 20-22 de abril del 2001, Québec, Canadá.

En otras palabras, las relatorías temáticas de la CIDH están a cargo de los comisionados o comisionadas que asumen también la función de relator/a temático. La designación de los miembros de la CIDH es una competencia de los Estados a través de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En cambio, la designación del Relator Especial para la Libertad de Expresión ha correspondido hasta ahora a la CIDH, sin perjuicio que la designación de índole administrativa la efectúa el Secretario General de la OEA. Esta designación implica una ocupación a tiempo completo en las actividades de la oficina.

El mantenimiento de la estructura operativa de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha hecho posible la elaboración de los informes anuales de la oficina que, una vez aprobados por la Comisión, son incorporados al informe anual que elabora la CIDH y que presenta todos los años ante la Asamblea General de la OEA. Esta actividad -la elaboración de los informes anuales- se ha mantenido desde el inicio de las tareas en el mes de octubre de 1998, cuando fue designado el primer Relator Especial para la Libertad de Expresión. Estos informes anuales también son otra característica exclusiva de esta relatoría.

Quien haya tenido la oportunidad de examinar los informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, habrá advertido que ellos tienen una estructura que responde a tres bloques diferenciados. El primero de ellos informa sobre el mandato⁴ y creación de la oficina y las actividades desplegadas en cada año respectivamente. El segundo bloque resume la situación del ejercicio de la libertad de expresión en los países del hemisferio. El tercer bloque, que podría denominarse "temático", se ocupa de la difusión de jurisprudencia relativa a la libertad de expresión que producen tanto tribunales u órganos internacionales⁵ como tribunales locales. Este tercer bloque también desarrolla ciertas cuestiones

vinculadas al ejercicio de este derecho humano fundamental que son incluidas dado que así lo aconseja la observación de los problemas en el hemisferio o debido a los requerimientos que provienen de los órganos o Estados de la OEA.

Como se expresó en el informe anual correspondiente al año 2003, año en el que la Relatoría cumplía cinco años de creación, dada

la importancia fundamental de la libertad de expresión para el desarrollo social, político y económico, se torna más urgente que nunca abordar los numerosos desafíos que enfrenta la libertad de expresión en nuestro Hemisferio. La Oficina ha subrayado algunos de los desafíos reiteradamente en los últimos cinco años: la agresión contra periodistas, el asesinato de periodistas; la falta de leyes que garanticen el acceso a la información y la constante existencia de leyes de desacato en muchos estados de la región. Tras cinco años de intensa labor, la oficina considera que es importante, no sólo resaltar esos problemas, sino también llamar la atención algunas sobre otras amenazas a la libertad de expresión en las Américas. Se trata de problemas tales como la falta de diversidad de medios de comunicación en algunas regiones del hemisferio y la presión financiera sobre estos medios.⁶

Algunos de estos últimos problemas fueron abordados por la Relatoría a través de informes temáticos. En el trabajo que hoy se presenta, se sintetizan alguno de esos nuevos desafíos que enfrenta el ejercicio de la libertad de expresión, tal como fueron introducidos en los informes de la Relatoría. Debido a esta última razón, se pretende ampliar la difusión de los informes de la Relatoría por medio de esta novel publicación de CEJIL.

4 En términos generales la Comisión señaló que los deberes y mandatos de la Relatoría deberían comprender entre otros: 1. Preparar un informe anual sobre la situación de la libertad de expresión en las Américas y presentarlo a la Comisión para su consideración e inclusión en el Informe Anual de la CIDH a la Asamblea General de la OEA. 2. Preparar informes temáticos. 3. Recopilar la información necesaria para la elaboración de los informes. 4. Organizar actividades de promoción encomendadas por la Comisión incluyendo, pero no limitándose, a presentar documentos en conferencias y seminarios pertinentes, instruir a funcionarios, profesionales y estudiantes sobre el trabajo de la Comisión en este ámbito, y preparar otros materiales de promoción. 5. Informar inmediatamente a la Comisión de situaciones urgentes que merecen que la Comisión solicite la adopción de medidas cautelares o de medidas provisionales que la Comisión pueda solicitar a la Corte Interamericana para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos. 6. Proporcionar información a la Comisión sobre el procesamiento de casos individuales relacionados con la libertad de expresión.

5 Ver, por ejemplo: jurisprudencia en el Sistema Interamericano (Informe Anual 2002); jurisprudencia en el Sistema Europeo (Informe Anual 2003); jurisprudencia en el Sistema de Naciones Unidas (Informe Anual 2004).

6 CIDH Informe Anual 2003, Introducción, párrafos 4 y 5.





El efecto de la pobreza en el ejercicio de la libertad de expresión: las manifestaciones sociales y las radios comunitarias

En el año 2002 la Relatoría resaltó que:

el efectivo respeto a la libertad de expresión es una herramienta fundamental para incorporar a quienes, por razones de pobreza, son marginados tanto de la información, como de cualquier diálogo. Dentro de este marco de referencia, es deber del Estado garantizar la igualdad de oportunidades a todas las personas para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, eliminando todo tipo de medidas que discriminen a un individuo o grupo de personas en su participación igualitaria y plena de la vida política, económica y social de su país.⁷



La utilización de los medios tradicionales de comunicación masiva no siempre se presentan como medio accesible para la difusión de las necesidades y reivindicaciones de los sectores mas empobrecidos o vulnerables de la sociedad.

Dada esta premisa, se desarrollaron tres componentes; el primero vinculado con la necesidad de garantizar el ejercicio de este derecho sin ningún tipo de discriminación; también se abordó la importancia de establecer mecanismos para que los pobres accedan a la información pública como parte de su libertad de expresión; en último término se expusieron algunas consideraciones vinculadas con el derecho de reunión en espacios públicos y la utilización de medios de comunicación comunitarios como mecanismos idóneos para el ejercicio de la libertad de expresión de sectores vulnerables o tradicionalmente marginados.

7 CIDH Informe Anual 2002, Capítulo IV, párr.7.

8 Informe 2002. Supra, párr. 29.

9 Informe 2002. Supra, párr. 31.

10 Informe 2002. Supra, párr. 33.

11 Informe 2002. Supra, párr.34

12 Informe 2002. Supra, párr. 35

Libertad de expresión en el hemisferio: nuevos desafíos

Sobre estos últimos aspectos, el informe de la Relatoría sostuvo que “en muchos países del hemisferio, la protesta y movilización social se ha constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos”.⁸ Sin embargo:

a pesar de la importancia otorgada tanto a la libertad de expresión como al derecho de reunión pacífica para el funcionamiento de una sociedad democrática, no las transforma en derechos absolutos. En efecto, tanto el artículo 13 como el artículo 15 de la Convención enumeran las limitaciones a estos derechos y establecen que dichas restricciones deben estar expresamente fijadas por la ley y que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.⁹

Establecidas estas pautas generales, específicamente el informe sostuvo que “la finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida”¹⁰ y que “las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Sería insuficiente un peligro eventual y genérico, ya que no se podría entender al derecho de reunión como sinónimo de desorden público para restringirlo per se”.¹¹ Además, “resulta en principio inadmisibles la criminalización también *per se* de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión”.¹²

En relación con los medios de comunicación conocidos como “comunitarios”, la Relatoría se hizo cargo de otra cruda realidad imperante en vastas regiones de nuestro hemisferio:

la utilización de los medios tradicionales de comunicación masiva no siempre se presentan como medio accesible para la difusión de las necesidades y reivindicaciones de los sectores mas empobrecidos o vulnerables de la sociedad. En este sentido, los medios comunitarios de comunicación y

difusión vienen insistiendo desde hace tiempo para incluir en las agendas nacionales, estrategias y contenidos que atiendan a las necesidades de éstas comunidades.¹³

Por ello:

dada la importancia que pueden tener estos canales de ejercicio de la libertad de expresión comunitarias, resulta inadmisible el establecimiento de marcos legales discriminatorios que obstaculizan la adjudicación de frecuencias a radios comunitarias. Igualmente preocupante resultan las prácticas que, aún en los casos de funcionamiento en el marco de la legalidad, importan amenazas de cierre injustificadas, o incautación arbitraria de equipos.¹⁴

Por todo ello, la recomendación de la Relatoría fue que “los estados en su función de administradores de las ondas del espectro radioeléctrico deben asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los mismos.”¹⁵

La concentración en la propiedad de los medios de comunicación

Desde prácticamente el inicio de las actividades de la Relatoría, la oficina viene recibiendo información desde distintos sectores sobre la concentración en la propiedad de los medios de comunicación que ocurre en varios países del hemisferio.¹⁶ En razón

de esta circunstancia, el informe anual correspondiente al año 2004 incluyó un capítulo específico dedicado a esta temática. En la primera parte de ese capítulo se desarrollaron algunas precisiones conceptuales básicas sobre la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social y la libertad de expresión; en la segunda parte se analizó la problemática tal como ha sido abordada en los ámbitos europeo e interamericano.

En esta materia, resulta pertinente resaltar que, tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...] la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.¹⁷

Estas ideas de la Corte fueron retomadas muchos años después por la CIDH cuando destacó la necesidad que los medios de comunicación social “en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión pues son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión y por lo tanto deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad”.¹⁸ También en la misma dirección, la declaración conjunta suscrita en

13 Informe 2002. Supra, párr.38.

14 Informe 2002. Supra, párr.43.

15 Informe 2002. Supra, párr.45.

16 Ver: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio / Guatemala, p. 87, par. 120; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001. Volumen II. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio / Guatemala, p. 43, par. 114-117 / Honduras, p. 54, par. 155; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, pp. 20-21, par. 20 / Guatemala, p. 139, par. 55; Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala. Capítulo VII: La Situación de la Libertad de Expresión, pp. 193-195, par. 415-419; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio / Estados Unidos, pp. 41-42, par. 107 / Honduras, p. 60, par. 184 / México, Anexo 7: Comunicados de Prensa, PREN/89/03: Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Libertad de Expresión al finalizar su visita oficial a México, p. 301.

17 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A Nº 5, párr. 56.

18 CIDH Informe Anual 2000. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, p. 33, par. 53.

19 CIDH Informe Anual 2001. Volumen II. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Anexo 5: Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración Conjunta, Ob. Cit., p. 168.





el año 2001 por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, se señaló que “deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación”.¹⁹

Particular relevancia tiene el Principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión aprobada por la CIDH en el año 2000.²⁰ De este principio se desprende que

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos. *En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación.*²¹

La última frase debe leerse e interpretarse tomando en cuenta integralmente el objeto y fin del principio doce, en cuanto pone énfasis en la problemática de los monopolios y oligopolios en los medios de comunicación social con la libertad de expresión. La razón de existir de este principio surge del

entendimiento que si los monopolios y oligopolios existen en los medios de comunicación social, sólo un pequeño número de individuos o sectores sociales podría ejercer control sobre las informaciones que se brindan a la sociedad. De esta forma los individuos podrían verse privados de recibir información proveniente de otras fuentes.²²

Por ello:

esta provisión no limita en manera alguna la obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios, por cuanto los monopolios y oligopolios conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos...

En todo caso, a la luz del principio 12 los estados no deben adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión.²³

Por todas estas consideraciones, la Relatoría ha recomendado, entre otras cosas, que los Estados

desarrollen medidas que impidan las prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social, así como mecanismos efectivos para ponerlas en efecto. Dichas medidas y mecanismos deberán ser compatibles con el marco previsto por el artículo 13 de la Convención y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.²⁴

La asignación discriminatoria de la publicidad oficial

Como se expuso en el informe anual de la Relatoría correspondiente al año 2003, “[l]a asignación discriminatoria de publicidad oficial no es más que una de las manifestaciones posibles de las restricciones indirectas al derecho a la libertad de expresión”.²⁵ Si bien es cierto que no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad, no lo es menos que se puede afirmar una violación a la libertad de expresión cuando el Estado asigna esos recursos en forma discriminatoria. La asignación o no de publicidad motivada, por ejemplo, en la cantidad de cobertura de actos oficiales, o en críticas a funcionarios públicos, o en la cobertura que podría perjudicar a los contribuyentes financieros de esos funcionarios, equivale a penalizar a los medios por ejercer el derecho a la libertad de expresión.

En nuestra región, la Relatoría ha recibido denuncias que dan cuenta de la generalización de la discriminación estatal en el otorgamiento de publicidad. Estas prácticas pue-

20 Sobre la Declaración de Principios, ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos & Relatoría para la Libertad de Expresión, Libertad de Expresión en las Américas – Los cinco primeros informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, pág.45.

21 El resaltado es del autor.

22 CIDH Informe Anual 2004, Capítulo 5, párr.93.

23 Informe 2004 Supra, párr.94.

24 Informe 2004 Supra, Conclusiones, No.3.

25 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Año 2003, Capítulo V, párr. 2.

den constituir violaciones indirectas al ejercicio de la libertad de expresión, prohibidas por el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Estas posibles violaciones indirectas son promovidas por la falta de disposiciones legales que ofrezcan recursos adecuados frente a la asignación discriminatoria de publicidad oficial, pues este vacío legal da lugar a un poder discrecional excesivo por parte de las autoridades que adoptan las decisiones en la materia”.²⁶

Por esta razón, la Relatoría ha exhortado y recomendado a los Estados para que “adopten leyes que impidan las prácticas discriminatorias en la asignación de la publicidad oficial, así como mecanismos para ponerlas en efecto”.²⁷


Para este cometido, en primer lugar, los Estados “deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios”.²⁸ En segundo término, resulta deseable que cualquier legislación que se adopte tenga en cuenta que la transparencia en el proceso de asignación de publicidad es un elemento fundamental. Por ejemplo, es recomendable que sean divulgados en forma amplia los criterios utilizados, y que ellos, demás está decirlo, tengan una base legal.

Conclusiones

Tanto la CIDH como la Corte IDH han afirmado la relación de la libertad de expresión con la democracia.²⁹ En palabras de la Corte: “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, 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”.³⁰ Estas palabras son suficientemente elocuentes: el respeto al ejercicio de la libertad de expresión implica un componente fundamental de la democracia. De allí la importancia de este derecho fundamental.

Los desafíos que se presentan en el hemisferio para el ejercicio pleno de la libertad de expresión son muchos. A través de sus informes, desde su creación la Relatoría Espe-

La Relatoría ha recibido denuncias que dan cuenta de la generalización de la discriminación estatal en el otorgamiento de publicidad.



cial para la Libertad de Expresión ha pretendido aproximarse a alguno de ellos, formulando recomendaciones a los Estados a fin de procurar el establecimiento de un clima adecuado para el ejercicio de este derecho fundamental. Estas páginas sólo pretenden traer a cuento parte de la realidad que se refleja desde muchas regiones del continente. Esta realidad impone continuar la tarea desde la Relatoría, desde la sociedad civil y desde los propios Estados.

26 Informe 2003 Supra, párr.86.

27 Informe 2003 Supra, párr.87.

28 Informe 2003 Supra, párr.88.

29 Sobre la vinculación de la libertad de expresión y la democracia ver otra nota publicada por el autor en publicaciones de CEJIL: Eduardo Bertoni, Libertad de Expresión y Democracia (CEJIL, Gaceta No.14, 2001).

30 OC-5, Supra, párr. 70. En igual sentido, en el 4º Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala (1993), la Comisión dijo que: “Considera también en este difícil momento de recuperación democrática guatemalteca, que la existencia de una prensa independiente, responsable y profesional es requisito indispensable”. CIDH, 4º Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, OEA/Ser.LN/II.83, Doc. 16 rev., Cap. IX, I, 2.



Una guía para la defensa de los derechos humanos ante el Sistema Interamericano

Olga Lucía Pérez*

Este artículo presenta una reseña de la *Guía para recopilar información que respalde una petición individual ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* publicada por CEJIL.

Frente a una violación a los derechos humanos ¿cómo valorar si es viable una denuncia ante el Sistema Interamericano? ¿Hay diferencias entre la documentación de violaciones a los derechos humanos y la recopilación de información? ¿Qué aspectos son indispensables para definir la estrategia a seguir cuando se plantea acudir ante el sistema? ¿Qué información es necesaria para documentar una petición individual o una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana? ¿En qué consisten las reparaciones y quiénes pueden ser indemnizados por una violación de los derechos humanos?

Estas preguntas son comunes entre los/las usuarios/as del Sistema Interamericano e incluso entre quienes, sin serlo, quieren comprender mejor su papel en la región. Pues, aunque la Corte y la Comisión Interamericanas han ganado relevancia en la defensa de los derechos humanos y recientes modificaciones al procedimiento permiten la representación directa de las víctimas, acceder al sistema es percibido como territorio desconocido.

Conocedor de las dificultades con que se tropieza el/la usuario/a del sistema y en el propósito de responder a los retos generados por las nuevas reglas de procedimiento,¹ el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional —CEJIL, ha elaborado una “guía para la sistematización de la información y documentación pertinente, oportuna y concisa, relativa a una

violación de derechos humanos a fin de valorar si es viable una denuncia ante el Sistema Interamericano”.

Esta Guía es una síntesis, un instrumento y una metodología de trabajo para quienes deseen acudir ante los órganos del Sistema Interamericano. Resultado de más de una década de trabajo de CEJIL en la defensa y promoción de los derechos humanos en el hemisferio, refleja el conocimiento del litigio internacional, además de la experiencia en la capacitación y difusión en el uso efectivo del sistema por parte de las víctimas, sus familiares y organizaciones de todo el continente.

En palabras de sus autores, esta Guía sirve para que:

- Las víctimas sobrevivientes y sus familiares conozcan de buena fuente qué información y documentos tienen que recabar y aportar a aquella(s) instancia(s) que lo(s) estén representando, si la pretensión es que su caso llegue al Sistema Interamericano;
- Para que la persona u organización a cargo de revisar o diagnosticar el caso y/o preparar y presentar la denuncia ante la Comisión, pueda establecer la procedencia y viabilidad de ésta, así como también pueda acompañarla con los documentos relevantes;
- Para que en su momento se puedan probar las afirmaciones respecto de las cuales le corresponda la carga de la prueba al denunciante, y con ello asegurar resultados favorables en el marco de los procedimientos tanto ante la Comisión como ante la Corte.

* Abogada, consultora de CEJIL. chiaperez@hotmail.com

¹ En las reformas a los reglamentos de la Comisión y la Corte Interamericanas, entrados en vigor en mayo y junio de 2001 respectivamente, y modificados parcialmente en el 2003, se destaca el establecimiento de un procedimiento ante la Comisión Interamericana para la determinación del sometimiento de los casos a la jurisdicción de la Corte, que contempla la participación directa de los peticionarios/as.

Quien emprenda la defensa de los derechos humanos ante el Sistema Interamericano, tiene en esta publicación una *carta de guía* que le permite, como a los caminantes de otros tiempos, ir con paso firme a su destino, pues ella hace de “despacho que se daba antiguamente para que quien iba por tierra extraña pudiera ir seguro, sin que nadie le impidiera su camino”.²

Esto se logra porque la Guía presenta en dos grandes secciones un panorama completo del Sistema Interamericano en sus aspectos generales, procedimentales y sustantivos. La primera describe el quehacer de las dos instancias del Sistema Interamericano: Comisión y Corte. La segunda señala los cuatro aspectos básicos a documentar en una petición individual y aquellos que se deben tener en cuenta para respaldar una solicitud de medidas cautelares. Entre uno y otro indica a los/las usuarios/as del sistema un conjunto de informaciones y documentos necesarios para sustentar la violación de los derechos.

Además, combina de manera afortunada diversos elementos que hacen de ella un instrumento útil para quien lo usa: el rigor jurídico con un lenguaje claro y accesible para quien no es abogado/a; el procedimiento para tramitar una petición con la jurisprudencia de la Corte y la Comisión en relación con aspectos específicos; cuadros que sintetizan información relevante con indicaciones prácticas sobre la documentación, recopilación y organización de información y documentos necesarios para respaldar una petición; definiciones de apoyo con ejemplos específicos de casos; información de referencia sobre bases de datos de derechos humanos y opciones de sistematización sugeridos por otros.

Una guía para usar

En esta sección nos referiremos con algún detalle al segundo capítulo de la Guía que apunta a responder dos preguntas concretas: ¿qué información debe recopilarse para determinar su viabilidad? y ¿qué información debe considerarse para su respaldo? Los criterios que definen la posibilidad de éxito de una petición son: documentación, recopilación, veracidad y completud.

Documentar las violaciones a los derechos humanos es organizar la información (cada hecho, detalle, descripción, declaración, testimonio, explicación o cualquier otro dato de relevancia para la documentación) de manera que permita demostrar su existencia y las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos violatorios, o del peligro grave e inminente de que éstos ocurran. Dicha información podrá o no constar en documentos.

Recopilar es reunir la información necesaria para diagnosticar la procedencia (reúna los requisitos de admisibilidad señalados en 46.1 de la Convención Americana) y viabilidad de una denuncia o una solicitud de medidas cautelares (que además de ser procedente, existan posibilidades reales de éxito, por ejemplo, porque se cuenta con pruebas suficientes), y en su caso presentarla ante la Comisión Interamericana. Esa información podrá constar o no en documentos, pero en todo caso deberá ser completa y veraz.

Información completa es aquella que no tiene vacíos, y que proporciona de manera clara y detallada todos los datos necesarios. Información veraz es aquella apegada a la realidad, que proviene de fuentes confiables, y que no ha sido modificada, tergiversada o manipulada.

Cada uno de ellos se desarrolla cuando se presentan los cuatro aspectos básicos a documentar en una petición individual ante el Sistema Interamericano: (1) las víctimas y sus familiares, (2) los hechos violatorios, (3) el agotamiento de los recursos internos y (4) la expectativa en reparaciones.

Con el objetivo de ilustrar el contenido de la Guía, indicamos a continuación elementos importantes de la documentación.

La víctima y sus familiares

Es importante definir quién va a ser el peticionario en la denuncia, pues será quien represente los intereses de la víctima. El peticionario es la persona, grupo de personas u organización que presenta la petición ante el SI; puede o no coincidir con la persona de la víctima o sus familiares.

Se debe tener claridad sobre lo que se pretende con la presentación del caso ante la CIDH; el grado de contacto del peticionario con las víctimas o sus familiares; las conversacio-



2 Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en : www.rae.es



nes o negociaciones que se hayan mantenido o que se mantengan con el Estado; quiénes son las víctimas y sus familiares; el compromiso de la víctima, sus familiares o del peticionario, y sus posibilidades reales de seguimiento del caso tanto a nivel nacional como internacional; y que el caso no haya sido presentado ante otra instancia internacional.

Si el caso ha sido presentado ante otra instancia internacional, es fundamental valorar si se está en presencia o no de una reproducción sustancial conforme a los términos expuestos por la Corte Interamericana.

Los hechos violatorios

Hace referencia a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la violación a los derechos humanos, y que ocurren en un determinado contexto, que consiste en el entorno económico, político, social y cultural en el que se produjo la violación.

La narración exhaustiva de los hechos violatorios debe precisar los antecedentes del caso, sustentar los hechos violatorios y relacionarlos con alguna forma de acción estatal, ya sea por acción o por omisión, por ser éste un requisito para la consideración de peticiones por la Comisión Interamericana.

La información y documentación del contexto son importantes para que la Comisión conozca los antecedentes del caso y las circunstancias que rodearon las violaciones denunciadas, a fin de asegurar la comprensión íntegra del hecho violatorio dentro de un contexto determinado.

La prueba para demostrar la veracidad de los hechos corresponde al demandante, a menos que se presente una circunstancia excepcional que "revierta" la carga de la prueba y se la atribuya al demandado. Adicionalmente, no existe impedimento en el Sistema Interamericano para la recepción de elementos de prueba a los que los sistemas procesales nacionales por lo general les confieren mínimo o incluso nulo valor probatorio. Tal es el caso de las declaraciones rendidas por los familiares de las víctimas, de los videos, los recortes de periódicos y las copias fotostáticas.

El agotamiento de los recursos internos

Es premisa indispensable que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna para que una petición o comunicación sea aceptada por la Comisión Interamericana, conforme a los principios del derecho internacional general-

mente reconocidos. Para determinar y demostrar que se ha cumplido con este requisito, o que estamos bajo una excepción a esta regla, es importante:

- Indicar las vías judiciales y/o administrativas a las que se recurrió;
- Indicar la última resolución que da por terminado el proceso iniciado y copia de la misma;
- Incluir la copia del acta de notificación de la resolución definitiva;
- Si no se recurrió a ninguna vía judicial, indicar las razón(es) e incluir documentación que acredite lo dicho (artículo 46.2, CADH);
- Importancia de contar con legislación y jurisprudencia nacional aplicable; así como con bibliografía sobre legislación, jurisprudencia y doctrina nacionales aplicables al caso concreto para tener una visión clara sobre la legalidad o ilegalidad de la situación denunciada y sobre la práctica jurídica en casos similares.

Expectativa en reparaciones

En el propósito de precisar la naturaleza y el alcance de las reparaciones, la Guía se extiende con detalle en la exposición de lo que ellas significan, quiénes son los beneficiarios y cómo documentarlas para probarlas.

Así, señala que el objetivo de las medidas de reparación es lograr una *restitutio in integrum*, o plena restitución por los daños causados. Esto quiere decir que con la reparación se persigue la restitución plena a las víctimas en el goce de los derechos humanos violados. Si esto no es posible, le corresponde a la Corte ordenar que se adopten medidas para garantizar el respeto de los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y efectuar el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.

Tanto el daño material como el daño inmaterial o moral sufridos deberán repararse, ya sea mediante justa indemnización monetaria o compensación pecuniaria o a través de medidas de satisfacción que garanticen la no repetición de los hechos. Y la "justa indemnización", consiste en aquella porción de las reparaciones dirigida a la parte lesionada, cuya finalidad es compensatoria y no sancionatoria. De ahí que exista abundante jurisprudencia en el sentido de que las reparacio-

nes no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima, sus familiares o sucesores.

Las medidas de satisfacción y garantías de no repetición carecen de carácter económico o monetario, y consisten en la realización por el Estado de actos u obras de alcance o repercusión públicos. Por su parte, las medidas de satisfacción moral pueden consistir en actos de desagravio o de restitución del honor y fama de las víctimas y de sus familiares, de aceptación de responsabilidad por parte del Estado y el pronunciamiento de disculpas públicas o privadas; así como el otorgamiento de becas, la creación de fundaciones, la construcción y/o designación de escuelas u hospitales, el levantamiento de monumentos, la publicación de la sentencia de la Corte, la mención de los hechos en los libros de historia, entre otras.

Por último indica quiénes tienen derecho a ser indemnizados, a quién le corresponde probar en materia de reparaciones, cuál es la información y documentos que deberán recopilarse para sustentar las reparaciones, y qué información es necesaria para complementar la presunción de que la víctima y sus familiares sufrieron daño moral.

La Guía termina abordando el tema de la información y documentos a recopilar para respaldar una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana. Señala que no es necesario cumplir con los requisitos de admisibilidad de una petición, sino que basta con que se demuestre mediante hechos verosímiles, la existencia de una situación grave o de urgencia que implique peligro inminente de que se produzcan daños irreparables a los derechos humanos de las personas de que se trate.

Esta Guía no es una lista de datos o noticias referentes al Sistema Interamericano o al procedimiento para la presentación de una petición individual o de medidas cautelares. Su contenido atiende necesidades de información y formación de los/las usuarios/as del sistema, sean ellos/ellas principiantes o con experiencia. De ahí su enfoque y precisión en el detalle, la definición, el consejo, la observación que dirige y encamina para fortalecer la habilidad y el conocimiento en la defensa de los derechos humanos en la región.

Es un texto valioso para realizar el diagnóstico sobre las fortalezas y debilidades de una denuncia de violación de derechos humanos ante el sistema. Ofrece una metodología de sistematización de la información necesaria para documentar el diagnóstico y, al mismo tiempo, recopilar la documentación de respaldo para su admisión.

Estas características hacen de la Guía un valioso instrumento para promover que el Sistema Interamericano sea más efectivo, en la medida en que amplía el acceso al sistema a través del fortalecimiento de las capacidades de los/las usuarios/as. Por ello, las expectativas que se tienen con esta publicación se cumplen,

Esta Guía [aunque sucinta] constituye el primer escalón en la campaña que emprende una víctima (o sus familiares) por lograr reivindicar sus derechos conculcados [...]. Sin embargo queremos dejar un aporte en este sentido, conocido de las dificultades con las cuales tropiezan en el proceso estas personas u organizaciones que las apoyan.





Elección de jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

David Baluarte*

En diciembre de 2006, concluirán los mandatos de Antônio A. Cançado Trindade, de Brasil, Oliver Jackman, de Barbados, y Alirio Abreu Burelli, de Venezuela, como jueces en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin duda, su presencia marcó una significativa evolución en la jurisprudencia de la Corte. Es importante mantener la integridad de este órgano y ello sólo se logra con un monitoreo del mismo. Durante la Asamblea General de la OEA de junio de 2006, que se llevará a cabo en República Dominicana, se elegirán nuevos jueces para reemplazar a los tres salientes. El resultado de dicha elección será decisivo para el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Corte es el máximo tribunal de derechos humanos del hemisferio y tiene el mandato de fallar casos contenciosos en contra de Estados miembros de la OEA que hayan ratificado su jurisdicción. La jurisprudencia de la Corte es de cumplimiento obligatorio en 21 países de las Américas y tiene un impacto fundamental en los derechos humanos de millones de ciudadanos y ciudadanas. Es importante recalcar que el Sistema Interamericano es uno de los principales sistemas regionales de protección de derechos humanos en el mundo, lo cual significa que la jurisprudencia interamericana contribuye a su vez al desarrollo del derecho internacional.

Por lo anterior, la futura elección de jueces reviste gran importancia, no sólo a nivel regional, sino también a nivel mundial. La seriedad con la cual la comunidad regional enfrenta dicha elección en el 2006 mostrará tanto su dedicación al tema de los derechos humanos en las Américas, como su voluntad de jugar un papel determinante en el desarrollo del Estado de Derecho en el sistema internacional.

El artículo 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “[L]a Corte se compondrá por juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos”.

CEJIL y otras organizaciones de la sociedad civil se han pronunciado sobre la importancia de cumplir con ese estándar, a través de la transparencia y participación en el proceso de selección de candidatos y candidatas. A su vez, en el 2005, la última Asamblea General de la OEA, aprobó la Resolución 2120 sobre la selección de miembros. Específicamente, la Resolución 2120 establece que el proceso debe ser transparente y participativo, e invita a los Estados a consultar con la sociedad civil las candidaturas de los y las aspirantes a jueces de la Corte. Asimismo, solicita a la Secretaría General de la OEA que haga públicas dichas candidaturas. En este sentido, si bien esta resolución es un paso positivo, es necesario además que la sociedad civil haga sus gestiones para asegurar un proceso pluralista.

En el 2005, CEJIL elaboró la primera edición de la nueva publicación *Documentos de Coyuntura*. En el documento titulado *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CEJIL plantea una crítica al proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte, en cuanto a la falta de transparencia en los procesos nacionales para la selección de candidatos y candidatas; publicidad sobre el proceso de selección; participación de la sociedad civil; conciencia por parte de los Estados de la importancia de la independencia y transparencia dentro de un sistema regional

* David Baluarte, abogado de CEJIL. dbaluarte@cejil.org

de derechos humanos; incorporación de criterios más estrictos para la integración de la Corte, además del balance geográfico, y de mecanismos de evaluación rigurosa de las cualidades y méritos de candidatos y candidatas. Asimismo se ha advertido acerca del alto grado de influencia política que existe en el proceso. CEJIL, señala también tres principios que deben ser inherentes al proceso de elección de miembros; específicamente la independencia, idoneidad y la representatividad. Finalmente, ofrece recomendaciones para lograr la transparencia y participación requeridas para el proceso.

CEJIL ha publicado este número de *Documentos de Coyuntura* con el objetivo de ayudar a la sociedad civil a

idear estrategias, tanto nacionales como intercontinentales, para integrar esos principios en el proceso de elección. Por lo tanto, el trabajo de convencer a los gobiernos de iniciar diálogos nacionales al respecto, recae en los hombros de las organizaciones de sociedad civil de cada país, las que deben actuar estratégica y organizadamente. La composición de la Corte Interamericana es un aspecto fundamental para la democracia y el Estado de Derecho dentro del hemisferio americano. Ello requiere la constante presión de los ciudadanos y las ciudadanas a los gobiernos latinoamericanos para que éstos garanticen una elección de jueces que sea transparente y participativa.





Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Programa de Verano

CO-DIRECTORES CLAUDIA MARTIN Y DIEGO RODRÍGUEZ-PINZÓN

30 DE MAYO – 16 DE JUNIO DEL 2006

Tres semanas intensivas en Washington, D.C.

El Programa de Verano de la Academia ofrece:

- 16 cursos en inglés y español con más de 125 horas de clase
- Cursos para créditos académicos (ABA) o para Diplomado
- Participantes incluyen abogados, funcionarios públicos, profesionales de organizaciones internacionales y no gubernamentales, académicos y estudiantes de derecho.
- Conferencias especializadas, talleres, presentaciones de distinguidos especialistas en derechos humanos, visitas a organizaciones internacionales en Washington, D.C., un ciclo de cine, y una feria de ONGs sobre oportunidades profesionales.
- Cursos en inglés y español sobre Naciones Unidas y sistemas regionales; derecho internacional humanitario; justicia internacional; derechos de la mujer, litigio y activismo; y muchos otros...

Los profesores del Programa de Verano de la Academia incluyen los siguientes especialistas y activistas de reconocimiento mundial:

Víctor Abramovich
Philip Alston
Federico Andreu Guzmán
Reed Brody
Antônio Cançado Trindade
Santiago Cantón

Rebecca Cook
Ariel Dulitzky
Baltasar Garzón
Robert Goldman
Felipe González
Claudio Grossman

José Antonio Guevara
Fernando Mariño
Rodrigo Uprimny
Carlos Villán Durán
y muchos más...

REGÍSTRESE A TRAVÉS DE INTERNET EN:
www.wcl.american.edu/humright/hracademy

PARA MÁS INFORMACIÓN, POR FAVOR CONTÁCTENOS A:
Tel 202.274.4070 Fax 202.274.4198
hracademy@wcl.american.edu

Patrocinado por:

SIM  **NETHERLANDS INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS (SIM)**
Utrecht University, The Netherlands



Raoul Wallenberg Institute
of Human Rights and Humanitarian Law

LUND UNIVERSITY

AMERICAN
UNIVERSITY

LAW
WASHINGTON COLLEGE of LAW
LAW