

AÑO I | NUMERO 2 | Septiembre de 2006

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 2 | Septiembre de 2006

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
en septiembre de 2006, en Buenos Aires, Argentina.

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 Embajada Real de los Países Bajos en Costa Rica. 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
Ariela Peralta
Tatiana Rincón
Soraya Long
Beatriz Affonso
Liliana Tojo
Claudia Peralta Nash

Equipo de Producción y Edición

Victoria Amato
Ana Aliverti
Nancy Marín
Olga Lucía Pérez
Colaboradores (pasantes):
Andrew Price
Jacklin Lemoine

Diseño Gráfico

Ultradesigns

Diagramación e Impresión

Taller K

CEJIL – Responsables por Área

Viviana Krsticevic

Directora Ejecutiva
direccion@cejil.org

Ariela Peralta

Directora Adjunta
aperalta@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 Montaña

Oficina Jurídica para
la Mujer,
Cochabamba
Bolivia

José Miguel Vivanco

Human Rights
Watch/ Américas
Estados Unidos

Las opiniones que aparecen en esta publicación pertenecen a sus autores/as y no reflejan los puntos de vista de CEJIL. Tampoco esperamos que nuestros lectores/as estén de acuerdo con todos y cada una de los juicios que se encuentran en estas páginas. Estamos convencidos que a través de la Revista CEJIL, nuestra organización puede lograr más que un objetivo informativo brindando, a los/las lectores un abanico de ideas divergentes. No somos responsables por ninguna de las opiniones expresadas en los artículos que aquí aparecen. De lo que sí somos responsables es de brindar la oportunidad a estos escritores/as de ser publicados.



Política

From Forgotten through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights | 1

Auro Fraser



Jurídica

Apuntes sobre la posibilidad del sistema interamericano de derechos humanos de escribir el relato que vincule al ciudadano con el proceso de democratización | 19

Citlalin Cataneda

Perspectiva comparada da proteção dos directos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade | 31

Jayme Benvenuto

Towards global responsibility for human rights protection: A sketch of international legal developments | 51

Helen Duffy

Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 59

Rodrigo Villagra

Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa | 69

Carlos Ivan Fuentes

Marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso *Fermin Ramirez v. Guatemala* | 78

Ana Aliverti

La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 89

Liliana Galdamez



Historias de América

Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia | 101

Iván Cepeda

Carta de Helen Mack | 113

Helen Mack

Jon de los desaparecidos | 116

Nancy Marin



Información

Invisibility in the Americas: minorities, peoples and the Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance | 124

Cynthia Morel

La Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia: una oportunidad de aporte para la sociedad civil | 136

Carlos Quesada

A Advocacia Geral da União, na defesa e implementação dos Direitos Humanos | 143

Helio Bicudo

El papel de los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento y promoción del sistema interamericano. La experiencia suscitada desde la Comisión de DDHH del DF | 147

Emilio Álvarez Icaza

The OAS in Colombia: MAPP/OEA, Paramilitary Demobilization and Civil Society | 156

Michael J. Camilleri



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

Auro Fraser**

The first part of this study analyses the relationship between the Inter-American System of Human Rights and the Anglophone Caribbean States as it has developed since 1967. The second part considers how the system views the Caribbean human rights situation through its current case file. The study finds that there have been four phases in the relationship: the first of virtually complete non-interaction, the second of half-hearted, uncomprehending attempts at engagement, and a third where significant efforts at relationship building were frustrated by the rise of the death penalty issue. A new, fourth phase shows evidence that the system is seeking to address a far wider range of human rights issues in the sub-region but has not yet gone far enough. The study concludes that despite the positive attempts to grapple with the Anglophone Caribbean reality, the System still needs to be unprecedentedly proactive and creative to make any meaningful contribution to the protection and promotion of human rights there.

Key words: Human Rights; International Law; International Relations; Caribbean; commonwealth Caribbean; Latin America; Jamaica; Guyana; Trinidad; Death Penalty; Inter-American System of Human Rights; Organization of American States.

All its indifference is a different rage

Derek Walcott

* Being partially modified, this article was published in the Revista IIDH, 43, 2006.

** Human Rights Officer with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights in Guatemala and Human Rights Advisor to Human Rights Monitor, Nigeria. mfraser1@yahoo.com. The author thanks Clara Sandoval, Rajat Khosle and Nancy Tapias for their wisdom, encouragement and friendship. Also Richard Hart, Odeen Ishmael, David Berry, Clem Seecharan and many others for their comments in the process of information gathering.



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

Introduction

Background

Verónica Gómez wrote in 1998 that:

The incorporation of the Caribbean States within the OAS has been encouraged by their growing representation within the organs of the Organisation, including those of the human rights system. However, the OAS is still largely a Latin American organisation shaped by the problems and idiosyncrasies of that particular group of States (Verónica Gómez 1998, 175).

While the Inter-American System of Human Rights (*Hereinafter "the System"*) has attracted a great deal of analytical attention and comment, especially since the conclusion of the landmark *Velásquez Rodríguez* case, the relationship between it and the Anglophone Caribbean states¹ has received little attention. The purpose of this study is firstly to trace the history of the relationship between the Caribbean states and the System, and secondly to present a snapshot of how the System currently perceives the Caribbean through its cases, all as a means to assessing how it can better respond to the human rights situation there given its mandate(s).²

The defining features of the anglophone caribbean

The Anglophone Caribbean consists of the independent nations of Antigua and Barbuda ("Antigua"), the Commonwealth of the Bahamas ("Bahamas"), Barbados, Belize, the Commonwealth of Dominica ("Dominica"),

Grenada, the Cooperative Republic of Guyana ("Guyana"), Jamaica, the Federation of St. Kitts and Nevis ("St. Kitts"), St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines ("St. Vincent") and the Republic of Trinidad and Tobago ("Trinidad"). The non-independent territories are not included here as they do not fall within the System's jurisdiction. Neither are the independent but non-Anglophone nations in and around the Caribbean Sea, including Cuba, the Dominican Republic, Venezuela, Haiti and Suriname, for various reasons. They have different languages and histories and different colonisers, followed often by much longer periods of independence, repeated subjection to United States intervention, and generally a pattern of military authoritarianism unfamiliar to their Anglophone neighbors.³

The Caribbean is not homogenous yet its States do have many common factors that often stand in clear contrast to their neighbours. English is their common language accompanied by individual varieties of creole. Culturally, certain types of music and sports have formed some level of common cultural identity. The Caribbean nations achieved independence only a handful of decades ago and in a relatively short space of time.⁴ This resulted in their having a strong "sense of self and the sentiment of nationalism" (Knight 1990, 303) and, after such prolonged colonial subjugation, a strong desire to keep themselves free of outside involvement in their affairs. Today this is manifested *inter alia* in long-awaited moves toward replacing the Judicial Committee of the Privy Council in the United Kingdom as the highest court for most of the sub-region⁵ with the establishment of the Caribbean Court of Justice (CCJ). The Caribbean nations all have small populations and territories relative to their mainland neighbours, which has led to economic fragility and significant challenges with regard to corruption and crime, generalised vulnerability and difficulties in making parliamentary democracy function adequately to their needs (Griffith 2005). Nonetheless, with the exception of Guyana, which suffered a "fraudulent de-

- 1 Hereinafter the term "the Caribbean" shall be used in reference only to the nations of the Anglophone Caribbean.
- 2 The scope of this study imposes a key limitation. The relationship is analysed from the perspective of the System as a mechanism with specific aims and assumptions without questioning the precepts of international human rights theory. The study does not attempt to address the legitimate questions over the relevance of the human rights mechanism as a means for -or hindrance to- the foremost challenge Caribbean States identify themselves as facing: "development".
- 3 As a result, and for the purposes of convenience alone, the term "Latin America" shall hereinafter refer to the Spanish, French and Dutch speaking countries of the region.
- 4 Independence from Britain: Jamaica and Trinidad, 1962; Barbados and Guyana, 1966; the Bahamas, 1973; Grenada, 1974; Dominica, 1978; St. Lucia and St. Vincent, 1979; Belize and Antigua, 1981; St. Kitts, 1983.
- 5 Guyana ended the right of appeal to the Privy Council in 1980.



mocracy" (Latin American Bureau 1984) between 1966 and 1992, parliamentary democracy has continued functioning virtually uninterrupted throughout the region since independence. Unlike in neighbouring States, the military have not played a prominent role in politics.

The evolution of the caribbean-system relationship

While there are other bodies within the OAS system that impact on the application of the standards of the normative human rights system, the Commission and Court form the Inter-American System of Human Rights (the System) *stricto sensu* (Sandoval 2005, 49) and only those two bodies shall be considered here.

The relationship between the Caribbean and the System can be divided into three phases.

Phase 1: Forgotten, 1967-1980

The OAS Charter gave no specific criteria for membership beyond statehood⁶ and colonial territories within the Americas were, as such, excluded.

Unlike the UN, the OAS did not identify "self-determination"⁷ through de-colonization within the hemisphere as a fundamental purpose. As a result, and despite the Organisation's stated vision that "the historic mission of America is to offer to man a land of liberty, and a favorable environment for the development of his personality and the realization of his just aspirations" where "American peoples...live together...in peace" "within the framework of democratic institutions,"⁸ the OAS did not become involved in the British colonies' struggles for self-government and had no real contact with them until after their relatively late achievement of independence.⁹ In the case

of Guyana and Belize, until a Charter amendment was passed in 1985 doing away with a rule blocking entry for States that had border disputes with existing members, entry was not possible. Both countries joined the Organisation in 1991 (Atkins 1999).

While the IACHR had begun functioning in 1960, the arrival of new English speaking members from 1967 seemingly failed to have any impact. At its creation, it had seen fit to inform member states of its existence and functions and request their cooperation.¹⁰ It did not see fit - or at least it did not report that it had seen fit - to do the same with new member states. In addition, the IACHR's sessional and annual reports ceased to be translated from Spanish between 1968 - the year after the first Caribbean members *joined* - and 1976, and translation was not carried out again in 1977 and 1982, despite translation being an obvious necessity for achieving its goals.

Despite the general dynamism exhibited by the Commission in its early years, it showed no real recognition of the involvement of the new States in the purview of the System, nor even *mentioned* them in its annual and sessional reports until 1972.¹¹ In that year, the Commission made brief note of some Trinidadian and Barbadian legislation which it considered relevant under articles XIV, XVI, XX and XXVI of the Declaration, relating to the rights to work and fair remuneration, social security, to vote and to due process of law respectively.¹² It made similar monitoring in 1975, 1977 and 1979 with regard to one or other of the Caribbean member states at the time but there were no further references.

1977 witnessed the first apparent attempt by a Caribbean nation to engage in dialogue directly with the Commission, when Grenada informed the Commission of some of the human rights aspects of its Constitution, adding that any national provisions inconsistent with human rights were there for good reason.¹³ In the same year, the Commission went so far as to highlight the fact that Jamaica and Grenada were among the first eleven member states of the OAS to ratify the Convention.¹⁴

6 OAS Charter, 1948, article 2: OAS Charter as amended 1967, Article 4.

7 UN Charter, article 1(2).

8 1948 OAS Charter, Preamble.

9 Assumption of membership of the OAS: Trinidad - March 1967; Barbados - October 1967; Jamaica June 1969; Grenada - May 1975; Saint Lucia - May 1979; Dominica - May 1979; Antigua and Barbuda - December 1981; Saint Vincent - December 1981; Bahamas - March 1982; St. Kitts - March 1984; Belize - 1991; Guyana - January 1991.

10 IACHR, Report on the Work Accomplished During its First Session: October 3 to 28, 1960, OEA/Ser.L/V/II.1, Doc. 32, March 14, 1961, Part VI.

11 Although, interestingly, Guyana, still not a member of the OAS, observed the Inter-American Specialised Conference on Human Rights in 1969.

12 IACHR Annual Report, 1972.



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

However, despite the mandate given to it by the OAS in 1965 to "conduct a continuing survey of the observance of fundamental human rights in *each of the member states* of the Organisation"¹⁵, there is little evidence that it took that mandate seriously with regard to the Caribbean States between 1967 and 1981. There were no onsite visits to the region and there were no specialised reports. No Commissioners from the Caribbean were appointed despite the representative concept explicit in the Statute's stipulation that "The members of the Commission shall represent all the members of the Organisation of American States and act in its name."¹⁶ Neither were any petitions against Caribbean countries *published* during that period.

IACHR's annual reports during 1967-1981 highlighted the need to consider or take measures regarding, *inter alia*, racial discrimination, equal pay for men and women, inhumane treatment, the right to education and arbitrary detention. There were, for example, reports on trade union freedom and the right to petition in 1970 (IAHRC 1976). All of these were issues that feasibly merited attention at the time in the Caribbean as well but didn't receive it to nearly the same extent as neighbouring States (IACHR 1973).

In addition, the Work Program of the Commission from 1968 concentrated on the right to vote, the right to petition, human rights and the state of siege and fundamental human rights (IACHR 1973). The decision to focus on these issues was clearly informed more by the situation in Latin America than the democratic states of the Caribbean with their militaries subjugated to the executives. This emphasis in the Work Plan is understandable given the gravity of the contemporaneous situation in Latin America and the budgetary and other restrictions the Commission faced, but the fact that an emerging Commission report on the right to education specifically focused *only* on Latin America suggests a failure by the Commission to include the Caribbean where it could and should have, and an incapacity to recognise, other than through legislation-watching, that seven new nations had come under its jurisdiction and were to be included in its mandated activities.

Events may not have been so dramatic in the Caribbean as in Latin America but that is not to say the human rights situations were perfect. In actual fact, in Grenada, what has been characterised as a "veritable reign of terror" (Griffith and Sedoc-Dahlerg 1997, 31-50)¹⁷ led by the country's democrat-hero turned pro-Pinochet and Duvalier "ruthless dictator",¹⁸ Prime Minister Eric Gairy -whose police and army received training in 'counter-insurgency' from Pinochet's Chile- was taking place for several years until 1979 and arguably warranted some *comment* at least. The Commission's claim, in 1980-1981, that it had "carefully observed the situation of human rights in *all the member states of the Organization*",¹⁹ at least in retrospect, rings somewhat hollow given the lack of any real attention to the human rights situation in the Caribbean whatsoever for thirteen years.

Phase Two: Peripheral Vision, 1980-1993

In its 1980-81 report, for the first time the Commission did show some real interest in human rights developments in a Caribbean country, but only inasmuch as the human rights issues involved resembled -in name although not necessarily in fact- the civil and political abuses occurring in Latin America. The Commission questioned the ongoing suspension (since 1979) of the constitution, accompanied by legislation permitting detentions without due process by Maurice Bishop's Jewel Movement in Grenada. It is interesting that Bishop's government, much despised by the United States, should gain such attention when Gairy's had not previously. Whether the attention was the result of political strong-arming at the OAS, the System was exhibiting automatic US-like antipathy to progressive left-wing regimes or simply represented a sign that the Commission was at last seeking to look at the Caribbean and had found the type of human rights challenges it recognised and felt able to act upon, is unclear. Nonetheless, the mention does mark something of a watershed. The Caribbean was, to some very limited extent, on the Commission's agenda for the first time.

13 IACHR Annual Report, 1977.

14 IACHR Annual Report, 1979.

15 See Resolution XXII.

16 Commission Statute, article 3(b).

17 See 1978 State Department report quoted on <http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/COLDgrenada.htm>.

18 As characterised by the Encyclopaedia Britannica Online.

19 IACHR Annual Report 1980-1981 (Emphasis added).



1982 saw a seminar on national, regional and international human rights considerations, co-hosted by the Commission, take place in Kingston, Jamaica with a range of actors from Caribbean countries.²⁰ Also, for the first time, the Commission reported two individual petitions from the Caribbean, both against Jamaica and both relating to the imposition of the mandatory death penalty after unsatisfactory investigative and judicial processes including ill-treatment at the hands of the police.²¹ The Commission also noted Barbados' ratification of the American Convention. Unfortunately, the annual report of the Commission, including the cases, was again not translated into English that year. There were to be one or two cases published each year for most of the rest of the decade, all but one involving police brutality and lack of due process leading to the imposition of the death penalty in Jamaica.

In 1982-1983 the Commission intervened "as an agent for peaceful solution" in some cases of suppression of press freedom in Grenada "in order to reach a solution to this case based on respect for human rights, taking into account that the parties in dispute have accepted its participation," while also making note of the government's intention to hold a plebiscite over a new constitution to be followed by elections.²² The Commission also stated its intention to carry out an on-site visit to the island at the earliest opportunity. This would have been the Commission's first visit ever to the Caribbean but it was postponed in 1984-5 and never actually took place.²³ The Commission's annual reports never give any explanation for this.

In 1983-1984, the Commission included a new theme in its list of human rights issues that needed to be addressed, and specifically mentioned the Caribbean, presumably mindful of the petitions it had received from Jamaican citizens: the need to "strengthen" the judiciary.²⁴

1986 saw the first Caribbean national elected to the Commission.²⁵ Since then, there have been five others,²⁶ leaving

only a few sessions where at least one of the Commission members has not been from the region. This development impacted immediately on the level of attention that the Commission gave the Caribbean as 1986 saw the first 'visit' to the Caribbean by the Commission, carried out jointly with the Court. The members visited Jamaica, Trinidad, St. Vincent and Barbados with the stated objectives to:

1. Seek additional ratifications of the American Convention on Human Rights by those states which have yet to ratify it;
2. Seek the acceptance of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, and
3. Engage in a discussion with governmental authorities and private human rights organizations regarding the inter-American human rights system.²⁷

The visit was a long-overdue first step toward engaging its duties in the Caribbean and the Commissioners claimed to have gained some assurances relevant to their stated goals, although none of these were carried out in the near future. However, much about the visit evinces a lack of Commission commitment to taking the sub-region seriously.

Firstly, while the purposes of the visit were seemingly 'promotional' rather than for monitoring, it is not clear where the visit stands *vis a vis* the Commission's mandate: it wasn't called an *on-site visit*, and is absent from the list of on-site visits on the Commission's website. In the relevant Annual Report, it was ignominiously fitted in the "Activities" section under "Other Activities". The dates of the visit are not stated there and it seems to bear no relation to the sessions -the continuing and cumulative work- of the Commission. On-site visits to Haiti, El Salvador and Suriname in the same year were treated with significantly more seriousness and detail in the same report, with planning, justification, detailed analysis and clear intentions for follow-up included.²⁸

20 IACHR Annual Report 1981-1982.

21 IACHR, Case 3102. Jamaica. Resolution N° 25/81. June 25, 1981; and Case 3115. Jamaica. Resolution N° 24/81. June 25, 1981.

22 IACHR Annual Report 1982-1983.

23 IACHR Annual Report 1984-5.

24 IACHR Annual Report 1984-1985, Chapter V.

25 Oliver Jackman (Barbados) 1986-1993.

26 IACHR Commissioners from the Caribbean to date: Patrick Lipton Robinson (Jamaica) 1988-1995; John S. Donaldson (Trinidad and Tobago) 1994-1997; Henry Forde (Barbados) 1998-1999; Peter Laurie (Barbados) 1999-2001; Clare Roberts (Antigua) 2002-present.

27 IACHR Annual Report 1986-1987.

28 Id.



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

Secondly, by 1986, ten Caribbean countries were members of the OAS, a significant portion of the OAS membership that had not yet had any meaningful contact with the Commission. No reason was given as to why the visit was not arranged to include those other members even though it would have seemed the ideal opportunity.²⁹

As such, there is something deeply disappointing about the visit. No momentum was created. Even the one human rights issue in the Caribbean that the Commission must have recognised given the petitions it had received -the mandatory death penalty related to due process and fair trial- appears not to have been a theme of the visit. In fact, the visit was dropped from history -whether by design or not- when it even failed to be mentioned in the Commission Yearbook (IAHRC 1988) and a visit to Jamaica a decade later was called the first by the Commission itself.³⁰

1989-1990 saw Oliver Jackman elected President of the Commission but there was no reference to the region in the Annual Report. The 1991 report failed to mention the fact that Guyana and Belize both joined the OAS in 1991 and thus now fell under the Commission's remit. That year, the Commission held its 22nd regular session in the Bahamas and received an invitation to visit from the Dominican Government. That visit, from 14-16 February 1993, with IACHR represented by Oliver Jackman and a staff attorney is again cited under the "Other Matters: Miscellaneous Activities" section of the report but this time there is no information *whatsoever* beyond the fact that it took place. No report was issued, and again, the visit is not included on the website list of on-site visits.³¹

The seeming lack of attention to the situation of human rights in the Caribbean states in this period is even more perturbing given the fact that the Commission was again highlighting specific rights issues that could have given rise to inclusion, dialogue, comment or engagement in the "Areas in Which Steps Need to be Taken towards Full Observance of the Human Rights Set Forth in the American Declaration... and the American Convention" section of its annual reports. For example, the 1986-1987 report gave an extensive analysis of the need to push for abolition of the death penalty, and children's rights

gained increasing coverage by the Commission after 1988, with its 1992-1993 report going into some depth. The adoption of the Protocol of San Salvador in 1988 should have given opportunities for dialogue at the very least. Alternatively, if it had wanted to take a more positive step at engagement, the Commission could have commented on the progressive economic, social and cultural rights provisions already incorporated in the 1980 Guyana Constitution as a starting point (see Griffith and Sedoc-Dahlberg 1997). Also, both Guyana and Belize, and arguably other Caribbean states, have indigenous populations facing long standing challenges to their rights, yet in the continuous process of addressing indigenous rights and drafting a regional instrument, the Commission never referred to those nations. The Commission's enactment of its duties toward the Caribbean remained disappointing. Those nations may not have responded to requests for information but the Commission should not have depended on cooperation to observe its mandate.

No further Caribbean cases were published by the Commission between 1989 and 1995.

In its 1994 annual report the Commission recognised that, in the context of the 1993 Vienna World Conference on Human Rights, the "foremost repercussion for the Inter-American system stems from the realization that, while progress has been realized in certain areas of human rights, the challenge is not diminishing. In fact, mandates for action in human rights must be expanded at all levels." Whether this critical self-evaluation also reflected an internal recognition of the need for expansion of *geographical* -as well as thematic- activities by the Commission is unclear but for the first time, *two* members of the Commission were from the Caribbean and events in 1994 seem to suggest that they may well have been pushing the Commission's policy to address the region, or alternatively were able to convince Caribbean nations to engage with the Commission by virtue of their *being* Caribbean themselves.

29 Id.

30 IACHR Annual Report 1994.

31 IACHR Annual Report 1992-1993.



Phase Three: Engagement with Confrontation,

1994 - Present

The Commission requested and received an invitation to carry out its first specifically designated "on-site visit" to a Caribbean State - the Bahamas - from May 22 to 27, 1994. The motivation for the visit was to consider the situation of Haitian refugees there. In a press release by the Commission at the end of the visit, IACHR highlighted human rights issues including the lack of effective and fair refugee status determination procedures, questions of citizenships for the children of Haitian refugees in Bahamas, the issuance of work permits and social and other discrimination against and stereotyping of Haitians in the Bahamas. The Commission also recognised the efforts made by the Bahamas toward the refugees and noted the need for international assistance to supplement its stretched resources.³²

Although the Commission had intended to write a specific report on the visit, including recommendations for the Government of Bahamas,³³ the findings were not in the end published as a report on the Bahamas, but as a very small section of a 1995 Country Report on Haiti.³⁴ The crisis had passed by that time so the implied criticisms of the Bahamas in the earlier press release were not included or acted upon.³⁵ The civil society organisations that the Commission had met with during its visit to the Bahamas were defined specifically as those "who interact with the Haitian refugee population in the Bahamas on a daily basis," and there is no indication in the documentation that the opportunity of the visit was taken to discuss human rights issues in the country more broadly with them or government. As such, the visit seems to represent more an extension of the Commission's long-standing -although understandable- attention to the situation in Haiti rather than a policy shift toward including the Caribbean in its considerations and activities. It is, however, difficult to know what went on away from the public spotlight. Perhaps the Commission was seeking to initiate dialogue with the Bahamas by taking the opportunity of a slightly less 'personal' theme -

that of refugees. Further events that year suggest that this may indeed have been the case.

Early in its 1994 report, the Commission stated that the Solicitor General of Jamaica, Kenneth Rattray, "met with the Commission and presented matters of mutual interest." It also declared its intention to prepare a comparative document on the situation of prisons in the OAS member states. Then, from the 7th to the 9th of December, 1994, with the stated purpose of examining conditions in prisons and detention centers, the Commission went to Jamaica for the first time since 1986, this time on a fully-fledged "on-site visit". The IACHR itself said that it was the "first visit by the Commission to Jamaica,"³⁶ an inaccuracy that reflected its lack of a cohesive, evolving policy to that nation and the sub-region up to that point. It met with political leaders, prison officials, juvenile justice officials and members of the legal profession as well as with civil society.³⁷

This visit, together with that to the Bahamas, seemed to be sign of a belated but positive "beginning" to the relationship between the States of the Anglophone Caribbean and the IACHR. It seemed that the Commission was at last displaying commitment to carrying out its mandated duties there, and was seeking to establish sustainable relationships, build trust and cooperation through specific on-site visits in spite of those nations' relatively small sizes and mild human rights situations. It appeared to have realised that in order to promote and protect human rights in the region, more was needed than just protection in the form of the processing of individual petitions. The fact that the Jamaica visit took place as a fundamental and early component in the investigation into prison conditions suggested that the human rights situation in the region might at last be seen to be not just an irritating duty beside more important matters but as an integral part even of the hemispheric work of the Commission.

Such positive attempts at engagement were to continue. The 1996 *Progress Report on the Situation of Migrant Workers and their Families in the Hemisphere* promised (although they haven't been forthcoming) more on-site visits to

32 IACHR, Press Communiqué 13/94.

33 Id.

34 IACHR, Report on the Situation of Human Rights in Haiti, 1995.

35 The failure to address the Bahamas' obligations to refugees at this point is not insignificant. With recurring crises in Haiti, refugees have faced similar problems repeatedly.

36 IACHR Press Communiqué 28/94.

37 IACHR Annual Report 1994.



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

Jamaica, Belize and the Bahamas.³⁸ The 1998 *Report on the Rights of Women* had the Caribbean well integrated in its coverage. In the same year, the Commission and the Caribbean Community (CARICOM) held a seminar in Antigua to familiarize ombudsmen of the English-speaking Caribbean with the System.³⁹ In 2001, the Commission convened two two-day seminars in Grenada and Belize respectively to promote the System, attended by Commissioners, government ministers and officials, judges and representatives from the region and beyond in collaboration with Caribbean Human Rights Network, the Inter-American Institute for Human Rights, and the Commonwealth Secretariat.⁴⁰ In the same year, Grenada deposited its instrument of ratification of the Convention of Belém Do Pará on women's rights.⁴¹ In addition, as part of a series of training sessions throughout the Americas in 2003, the Commission's Special Rapporteur on the Rights of the Child held training seminars on the promotion and defense of the rights of children and adolescents in the System in Jamaica and Trinidad.⁴² Most recently in 2005, Clare Roberts, Commissioner from Antigua and Barbuda, was elected as President of the Commission and Special Rapporteur on the Rights of Persons of African Descent, and Racial Discrimination.⁴³

However, the promotional and inclusive momentum and determination evinced by the Commission with regard to the Caribbean since 1994 has been tempered - to say the least - by parallel developments over the death penalty.

The number of individual petitions *published* with regard to the death penalty jumped after 1996. Where the Commission seemed to have decided that promotion was going to be the best way forward in the Caribbean -in accordance with OAS directive after 1997-⁴⁴in actual fact, protection, through

the processing of cases, came to dominate System -Caribbean relations and brought them to loggerheads. A series of negotiations started, including a meeting between the Commission and senior representatives of Trinidad in February 1998 where Trinidad made clear its position that the Commission would be acting *ultra vires* if it attempted to alter by its recommendations the domestic law of a State in respect of sentencing, or continued to seek to review the decisions of its courts, and therefore Trinidad could and would go ahead with executions even while petitions were before the system.⁴⁵ Trinidad then went on to withdraw from the Convention in May 1998 (effective one year later) and even executed prisoners with their cases before the System as did other States.⁴⁶ From 2001, when the Commission started including tables of compliance in its Annual Reports, it was clear that the Caribbean was not responding as desired. All the cases had "partial compliance" or were "pending compliance". None had full compliance.⁴⁷

The resistance of the Caribbean States clearly shook the Commission. It held two internal telephone conferences to decide whether it should continue to approve cases involving the death penalty in Caribbean countries. At the same time, Caribbean States showed commitment to maintaining dialogue. The Heads of Government of CARICOM requested that the OAS Secretary General convene a meeting with the Commission. This took place in October 2000, where there was an "exchange of views on the procedures and jurisprudence of the Commission in relation to the system of petitions, as well as on methods of strengthening understanding and cooperation between CARICOM member States and the Commission."⁴⁸ Follow-up meetings took place at two sessions in 2003.⁴⁹

38 IACHR Annual Report 1996.

39 IACHR Annual Report 1997.

40 IACHR Press releases 1/01, 6/01, 15/01.

41 IACHR Annual Report 2001.

42 IACHR Annual Report 2003.

43 IACHR Press Release 3/05.

44 In its Annual Report 1997, the IACHR stated that point 1 of OAS Resolution 1489 on the "International Promotion of Human Rights in the Inter-American System" (AG/RES. 1489 (XXVII-O/97), June 5, 1997) was to be taken to mean, *inter alia*, that the IACHR should seek a "more intense push for and proper handling of the job of promotion, without decreasing protection activities...".

45 See IACHR Case 11.816. Haniff Hilaire. Trinidad and Tobago. September 25, 1998.

46 See e.g. decisions of the Inter-American bodies in the cases of Naresh Boodram and Joey Ramiah (Trinidad and Tobago), Anthony Briggs (Trinidad); Wenceslaus James (Trinidad and Tobago); Trevor Fisher (Bahamas) and Richard Woods (Bahamas).

47 IACHR Annual Reports 2001.

48 IACHR Annual Report 2000.

49 IACHR Annual Report 2003.



The Commission decided to take a firm stand on the death penalty after 1998 including, for the first time, referring Caribbean cases to the Court. Three were forwarded containing a total of thirty-one alleged victims, all related to the death penalty in Trinidad.⁵⁰

The 122nd session of the Commission in 2005 showed some signs that the death penalty issue was turning a corner as Jamaica was noted to be considering significant legislative changes regarding it.⁵¹ The battle, however, continues to be hotly and inconclusively fought at national and international levels in the region.⁵² Nonetheless, as one of the law firms that regularly petition the System on behalf of death row inmates was cited as stating, any real progress on the issue has not been due to the efforts or findings of the System but others elsewhere.⁵³

Notwithstanding, since 2000 there has been a clear new development in the strategy of the Commission with regards to the Caribbean cases it is publishing. It appears to be publishing cases on issues *other* than the death penalty virtually for the first time. Whether it has been enabled to do this by a change in the type of petitions it receives from the Caribbean or by *choosing* to publish other cases is uncertain, given the fact that most petitions received never come into the public domain.⁵⁴ Nonetheless, this development has two advantages. Firstly, it will help defuse the death penalty stand-off by creating dialogue on challenges the States and the System have similar desires to address, such as the efficiency of the judicial system. Secondly, it is a belated attempt by the Commission to fulfil its own mandate by moving on from its virtually mono-thematic relationship with the Caribbean since 1981 to address the broader range of human rights issues that exist in the Caribbean.

Snapshot: The caribbean through the lense of the inter-american system cases at present

The Commission's Approach to the Death Penalty Cases

Even a brief review of the literature available on the human rights situation in the Caribbean shows that what has, at least until now, absolutely dominated discussion and analysis has been the issue of the death penalty. Despite the fact that it is the rulings of the Privy Council in cases such as *Pratt v Jamaica* (1993), *Reyes v the Queen* (2002), and *Roodal v The State* (2004) rather than the jurisprudence of the Inter-American System that has impacted most greatly on the issue, it is worth considering the developing approach of the System to the cases in order to understand its newer approaches.

Notwithstanding, since 2000 there has been a clear new development in the strategy of the Commission with regards to the Caribbean cases it is publishing. It appears to be publishing cases on issues *other* than the death penalty virtually for the first time.



During the 1980s, all except one of the cases published regarded the death penalty and Jamaica.⁵⁵ Those petitions, almost entirely assisted by legal counsel, alleged inno-

50 Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago Case, Judgement on the Merits of 21 June 2002, Inter-American Court of Human Rights Ser. C No. 94 (2002).

51 IACHR Press release N° 8/05.

52 See e.g. Trinidad Guardian, "State forced to hold on hanging... Mercy Committee's meeting postponed," 14 June 2005; United Nations Press Release: "UN Expert on Arbitrary Killings Appeals to Barbados to Stop Execution," 12 February 2005.

53 See IACHR Annual Report 2002.

54 It is estimated that the Commission receives over a thousand petitions a year and publishes fewer than a hundred.

55 There were other unpublished cases. The Commission stated in Resolution N° 60/82 over Case 3552 regarding Davlin Morris (Jamaica) on 23 November 1982, that the case "is illustrative of a number of virtually identical resolutions adopted by the IACHR this year," and lists seven others that were not published.

56 See e.g. IACHR. Case 3102; Case 3115; Case 3552. Jamaica. Resolution N° 60/82. November 23, 1982; Case 7604. Jamaica. Resolution N° 7/84. May 11, 1984; Case 9054. Jamaica. Resolution N° 13/84. October 3, 1984; and Case 7505. Jamaica. Resolution N° 27/86. April 16, 1986.



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

cence, unfair trial and wrongful conviction but did not focus on the application of the death penalty itself.⁵⁶ The Commission did little more than request transcripts from the State and publish reports finding no violations without actually making any real effort to elicit clearer information from the unassisted petitioners or understand what was actually occurring.

In hindsight at least, given that the claims were remarkably similar to those that were to come later in the late 1990s, the Commission should have ruled negatively on *admissibility* rather than deny the substance of the allegations altogether in reports that bundled admissibility and merits into one. Alternatively, it could have "sat on" the cases, and bided its time as what it should have recognised as a pattern developed. In the one death penalty case where a violation was found (which had been prepared by legal counsel), the Commission shied away from considering all the violations at hand -which feasibly included, based on the facts in the petition, the rights to life, to humane treatment, to personal liberty, to fair trial, to compensation, and to equal protection of the law (Articles 4(1), 4(2), 4(6), 5(1), 5(2), 7, 8, 10, and 24 of the Convention)- stating that its function was "not... to act as a quasi-judicial fourth instance and to review the holdings of the domestic courts of the OAS member states." From the late 1990s, it no longer saw such the opposite approach as representing the actions of a fourth instance tribunal but as a fundamental part of its mandate.⁵⁷

In the later series of death penalty cases, the Commission has found various combinations of violations.⁵⁸ Basically, what it can be seen to be observing in the Caribbean States are: failure to bring suspects swiftly before a judge, detention conditions that do not meet international standards and represent inhuman and cruel treatment, lack of access to legal counsel, lack of access to legal aid for the indigent, lack of access to justice, lack of due process and fair trial, indiscriminate sentencing, all rendering remedies ineffective. The 31-victim consolidated case decided by the Court, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al*, made similar findings.

Parenthesis: Early Non-Death Penalty Cases

Between 1981, the year of the first published Caribbean case, and 2000, there were only two *public* cases that did not involve the death penalty, both involving Grenada.⁵⁹

The first, published in 1999, involved the seizure of the passport of an ex-minister of the Bishop Government by the new government. In its short report, the Commission simply concluded that the matter had been resolved domestically. The second case involved the seizure by the State of a set of left-wing political books sent by US-based *Pathfinder* publishers to a local activist. The Commission found a violation of the right to freedom of thought and expression (Article 13) of the Convention but against a violation of Article 2 (Domestic legal effects).

A third case, relating to the 1980s but resolved in 1999, is worth mentioning here given the history of the region, although the respondent was not a Caribbean State but the United States. In *Coard et al v United States*, the Commission found that the American Declaration can be applicable extra-territorially and found violations of articles I, XVII and XXV due to the failure of the US forces to ensure adequate judicial review for those Grenadian political leaders and civilians detained by United States forces during the 1983 invasion.

The New Caribbean Cases in the System

As noted, until 2000 the System had failed -with the relatively unimportant exceptions of the Grenada cases just discussed- in its public casework to address human rights issues in the Caribbean apart from in relation to the death penalty. Whether there was more going on 'behind the scenes' or not, whether there was simply a lack of other petitions being filed or whether the Commission simply took no interest in non-death penalty cases would take further investigation to clarify. However, since 2000 a noticeable change has occurred. The relevant cases are discussed briefly here.

57 See e.g. the Commission's extended arguments to overcome the "fourth instance formula" accusation in Case 11.743. Rudolph Baptiste. Grenada. Report 38/00. April 13, 2000 ("Heightened Scrutiny Test", at para. 64) and Cases 12.023 (Desmond McKenzie), 12.044 (Andrew Downer and Alphonso Tracey), 12.107 (Carl Baker), 12.126 (Dwight Fletcher), and 12.146 (Anthony Rose). Jamaica. Report N° 41/00. April 13, 2000 ("Standard of Review", at para. 169).

58 Including of Articles I, II, XVII, XVIII, XI, XXV, and XXVI of the Declaration or Articles 1, 4, 5, 8, and 25 of the Convention.

59 IACHR. Case 9597. Einstein Louison. Grenada. Resolution No 35/88. September 18, 1989; and Case 10.325. Steve Clark. Grenada. Report No. 2/96. March 1, 1996.



Judicial Processes and Access to Remedies

Arguably, the 1990s and current death penalty cases centred around an almost moral -although increasingly legally well argued by the Commission- debate on capital punishment itself, with other issues taking a relatively secondary role. In this decade, the Commission has chosen to again address the 'secondary' issues involved by publishing three cases regarding individuals not facing the death penalty but rather incarceration.⁶⁰

In the case of *Whitley Myrie*, the Commission found violations of the obligation to respect rights and specifically the rights to humane treatment, to fair trial and to judicial protection (Articles 1(1), 5(1), 5(1), 8 and 25 of the Convention) with regard to conditions of detention, the trial judge's failure to direct the trial appropriately, the failure to provide him with competent and effective counsel and the failure to provide effective access to bring a Constitutional Motion. The key recommendation of the Commission was a retrial with due safeguards. More such findings and recommendations -and their diffusion by the media- will go a long way to overcoming resistance to the System in the Caribbean and the very widespread criticism that "human rights are criminals' rights."

Corporal Punishment

The case of Winston Caesar involves issues such as conditions of incarceration and delays in trial of the death penalty cases but also highlights a "new" issue before the System in the Caribbean: the application of corporal punishment (in this case flogging), alleged to represent a violation of the right to humane treatment. Progress on this case is not revealed in the recent documents of the Commission but if it does reach the merits stage, it might have an impact well beyond the criminal justice system in the area of children's rights as such practices are widely accepted, although increasingly hotly debated in the region.⁶¹

Violence Against Women

One key case worth noting in this section although its central issue is the death penalty is that of *Indravani Pamela Ramjattan*.⁶² It presented a wide range of potential implications that never reached the merits stage because the alleged victim's sentence was commuted. Ms. Ramjattan, a mother of six, had faced intense abuse -characterised as "a reign of terror"- at the hands of her common-law husband.⁶³ She and two males were given a mandatory death sentence as a result of his murder despite her being six months pregnant and allegedly in another room at the time of the killing.

The petition on behalf of Ms. Ramjattan before the Commission alleged similar due process violations of the Convention as other death penalty cases. However, it was the first time that *violence against women*, and specifically *domestic violence*, had been an issue in a Caribbean case before the System. This in a region that, like others, suffers a "persistent scourge of violence against women,"⁶⁴ and recognises the problem as being grave.⁶⁵ The fact that Ms. Ramjattan was prevented from seeing her young children while awaiting trial and during conviction raises other issues about the criminal justice system.

A further regional innovation in this petition was the allegation of a violation of right to privacy (Article 11 of the Convention) although on what grounds exactly was not revealed in the report. In addition, a regional precedent was set with the alleged violations of the Belém do Pará Convention on women's rights contained in the petition, again unspecified in the report. The merit of those allegations will never be known and, as a result, serious gender-related issues that the commutation of sentence did not resolve either for the alleged victim or the wider society will not *for now* be addressed despite their importance.

60 IACHR Petition 729/2001. Whitley Myrie. Jamaica. Report 72/03. February 20, 2003; Petition 753/02. Fabian Moses. Jamaica. Report 753/02. October 14, 2004; Petition 518/01. Derrick Tracey. Jamaica. Report N° 15/04. February 27, 2004; and Case 12.417. Whitley Myrie. Jamaica. Report 41/04. October 12, 2004.

61 For example, UNICEF Barbados finds that "Children living in both single parent, as well as nuclear family households are subject to corporal punishment as the main form of discipline, as it is considered as a cultural norm in the region." See <http://www.unicef.org/barbados/overview.html>.

62 IACHR. Case 11.837. Indravani Ramjattan Pamela. Trinidad and Tobago. Report 92/98. November 3, 1998.

63 Id.

64 CARICOM Press release 62/2005, 7. March 2005.

65 See e.g. <http://www.caricom.org/womenlegislation.htm>.



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

Disappearances

While politically motivated disappearances and extra-judicial killings have not been a characteristic of the Caribbean, in recent years, a few allegations have been made regarding them in Guyana.⁶⁶ A case declared admissible in 2001 involves a person taken into custody by police never to be seen again and alleges violations of rights to equality before the law, to health and well-being, to fair trial, protection from arbitrary arrest, and due process (Articles II, XI, XVIII, XXV, and XXVI of the Declaration).

It is the first published case against that Caribbean state.⁶⁷ The Commission reacted rapidly to this case, familiar as it was with disappearances, issuing precautionary measures. However, the merits have not been published and the alleged victim has not reappeared. In an era where the security forces are feeling so frustrated in their fight against crime, particularly in Jamaica, Guyana and Trinidad, this case may become more relevant as time goes on.

Freedom of Expression

Inevitably, there may be some concerns regarding freedom of expression in the Caribbean,⁶⁸ and in 2001 the Commission declared such a case against St. Lucia admissible. The victim alleged violations of the rights to life, liberty and security, to equality before the law, to freedom of investigation, opinion, expression and dissemination, to protection of honour, personal reputation, and private and family life, to residence and movement, to work and fair remuneration, to recognition of juridical personality and civil rights, to fair trial, to property, and of petition (Articles I, II, IV, V, XIII, XIV, XVII, XVIII, XXIII and XXIV of the Declaration) and the Commission found all allegations admissible except those regarding articles I, II and IV. Unfortunately, no explanation for the excluded allegations was given which somewhat weakens the

case of the Commission if it aims to establish its credibility in its new-found engagement in Caribbean human rights.

A second case, filed by System familiar Claudio Grossman, on behalf of a newspaper proprietor in Jamaica with regard to excessive libel fines imposed by the Government of Jamaica for publication of allegations of corruption against an ex-Government minister was declared admissible in 2004.⁶⁹ The admissible allegations concerned violations of Articles 1, 2 and 13 of the Convention. The case is set to be a prominent one given the petitioner's legal counsel, the number of amicus briefs submitted from a variety of leading organisations and the subject matter.

Security Force Abuses

Jamaica, Trinidad and Guyana have become infamous for alleged security forces abuses and their failure to address the problem.⁷⁰ This situation is unlikely to improve in the short term due to the immense challenges crime is posing across the region, leading the Governments to take ever more extreme internal security measures.⁷¹

In System death penalty cases from the Caribbean since 1981, police abuses have been a recurring aspect of the facts, yet have *never* been addressed as a separate issue from prison conditions as inhuman treatment under Convention article 5, despite the System's extensive use of the *iura novia curia* principle elsewhere that could have allowed the Commission to develop the petition in such a direction given the correct facts *here*.⁷² In 2003, for the first time, the Commission declared admissible a case alleging violations of the rights to life, humane treatment, fair trial and judicial protection (Articles 4, 5, 8 and 25 specifically on this issue).⁷³ Given the situation, this could represent an important case that may be significant in reinforcing Caribbean efforts to address the problem.

66 Ronald Gajraj, Guyanese Home Minister was recently linked with the activities of a "death squad" although cleared of any charges by an inquiry. See also United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Technical Cooperation Project, Guyana, Quarterly Report (Period covered: July - October 2004).

67 IACHR Case 12.264 Frans Britton Aka Collie Wills. Guyana. Report 80/01. October 10, 2001.

68 See e.g. the case of the Trinidadian journalist arrested for photographing police handcuffing children or the current dispute between the Guyanese Government and a broadcaster that criticised it at <http://www.hardbeatnews.com/newsdetails.php?aaad=3120> and <http://www.hardbeatnews.com/newsdetails.php?aaad=3135>.

69 IACHR. Petition P28/04. Dudley Stokes. Jamaica. Report 65/04. October 14, 2004.

70 See for example, *Jamaicans for Justice 2004*; and *Mars 2003*.

71 In Jamaica, for example, the government in March 2005 decided to use the army for internal security operations against gang violence. See *Jamaica Observer*, "We are at war," 18 March 2005.

72 See e.g. IACHR Case 12.086. Brian Schroeter and Jeronimo Bowleg. The Bahamas. Report 125/99. September 27, 1999.

73 IACHR. Petition 191/02. Michael Gayle. Jamaica. Report 8/03. February 20, 2003.



Refugees

As noted above, refugee rights issues have been a recurring problem in the sub-region, most notably in the Bahamas. The Commission backed away from addressing the issue after its 1994 visit there, but in 2002 declared admissible a case involving Haitian and Cuban nationals claiming refugee status detained in the Bahamas.⁷⁴ The Commission decided to consider the alleged violations of rights to life, liberty and personal security, to equality before the law, to protection of honour, personal reputation, and private and family life, to a family and to protection thereof, to protection for mothers and children, to recognition of juridical personality and civil rights, to fair trial, to protection from arbitrary arrest, and of asylum (Articles I, II, V, VI, VII, XVII, XVIII, XXV, and XXVII of the Declaration).

As the problems are clearly ongoing,⁷⁵ and the situation of Haiti and Cuba remain unstable, the Commission's recommendations could play an important part in protecting refugee rights in the future.

Indigenous Rights

Guyana and Belize in particular of the Caribbean States share with their Latin American neighbours populations that include significant numbers of indigenous peoples facing ongoing marginalisation, poverty and a range of related human rights abuses.⁷⁶ An important Commission case was decided in 2004 relating to the rights of Mayans in Belize.⁷⁷ The Commission found triple violations of the right to property enshrined in Article XXIII of the Declaration. It found that by granting logging and oil concessions to third parties in the absence of effective consultations and consent of the Maya people and by failing to provide them with the protections necessary to exercise their property rights fully and equally with other members of the Belizean population, the State had failed to take effective measures to recognize the Mayans' communal title right to the lands that they traditionally occupy. It also found that Belize had

violated Declaration article XVIII by rendering domestic judicial proceedings ineffective through unreasonable delay.⁷⁸

After centuries of marginalisation, and facing ever-increasing encroachment by foreign companies and other challenges, this decision has a potentially huge impact. Guyana is in the process of legislating on 'Amerindian' rights and the Commission should engage in constructive, effective monitoring of this process.

Other challenges

From the above, we can see that the Caribbean cases before the System project a far broader picture of human rights challenges in the Caribbean than even five years ago. To have cases involving due process, prison conditions, freedom of expression, police abuses, disappearances, indigenous rights, refugee rights, corporal punishment and of course the mandatory death penalty represents a strong move forward by the Commission with regard to its duties toward the peoples of the Caribbean.

It is, of course, beyond the scope of this study to map comprehensively the other human right issues of the region that the System is not addressing. A few specific issues do, however, warrant mention.

HIV/AIDS is recognised as a serious challenge in the Caribbean⁷⁹, probably more so than in the rest of the hemisphere⁸⁰, and implies a range of human rights issues including the right to freedom from discrimination and the right to health. It will be interesting to see if the System, having begun to address the issue elsewhere⁸¹, can find a role to play on it in the Caribbean. Certainly, in its monitoring function if not through its petitions, the Commission ought to. Inter-related with this is another area yet to be addressed; that of homophobia (which is in turn connected to attacks on human rights defenders) which, given the sensitivity of Caribbean peoples to the issue, may be a matter on which the Commission could play a role.⁸²

74 IACHR. Petition 12.071. 120 Cuban Nationals and 8 Haitian Nationals Detained. Bahamas. Report 6/02. February 27, 2002.

75 See e.g. Reuters, "20 hurt in Bahamas prison riot - report," 9 December 2004.

76 See e.g. Guyana National Development Strategy, Chapter 22 at: <http://www.guyana.org/NDS/chap22.htm#Top>; and Noe 2001.

77 IACHR Case 12.053. Maya Indigenous Communities and their Members. Belize. Report 40/04. October 5, 2000.

78 Id.

79 See e.g. CARICOM: Regional Issues at <http://www.caricom.org/>.

80 Id.

81 IACHR Case 12.249. Jorge Odir Miranda Cortez et al. El Salvador. Report 29/01. March 7, 2001.



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

A recent OAS conference highlighted the challenge of human trafficking in the Caribbean region, a phenomenon that is also yet to receive attention by the System.⁸³



The idea implicit in the new Rapporteurship that racism is co-equivalent to discrimination against Afro-descendants may be over-simplistic, not entirely appropriate beyond Latin America and may well fuel mistrust or worse unless adequate care is taken. Thought must be given to the complex social, political and economic inter-relationships that make up Caribbean life.

The Caribbean nations are in the process of throwing off the last vestiges of colonialism with the creation of the CCJ as the court of last resort for the region. This development, while clearly positive, poses a range of potential challenges for human rights in the region⁸⁴ and the System may well seek to assert a monitoring role for itself given the implied obligation of article 2 of the Convention that States should not adopt legislation or take measures that might result in a *weakening* of the rights and freedoms contained in the Convention.

An interesting aspect of some of the death penalty cases before the Court was that the victims had been convicted of crimes such as murder "in the furtherance of terrorism." In the post-9/11 era when the States of the OAS -including Caribbean States- are taking legislative and other steps against "terrorism," such a phrase takes on new meaning and proposes a range of

human rights issues that are another area that the System should be cognizant of.⁸⁵

A brief word should also be said about the 2005 appointment of Clare Roberts as Special Rapporteur on the Rights of Persons of African Descent and Racial Discrimination by the System.⁸⁶ In the context of Latin America, this is a long-awaited and much needed step in addressing the gross marginalisation of citizens of African descent. For Belize too, which has seen the increasing marginalisation of the Afro-Belizian population with the growing dominance of mestizos and increasing socio-economic challenges (Minority Rights Group 1995, 225-34), and Jamaica where there is a marked parallel between colour and class, the appointment is a positive sign.

However, for much of the Caribbean there is a complication. People of East Indian descent make up a substantial part of some of the populations there. In Guyana and Trinidad, tensions between African descendants and East Indian descendants have been long-running issues and have, since 2002, contributed to an unprecedented level of activity by the UN begun in 2001, including a visit by the UN Special Rapporteur on Racism⁸⁷ and the appointment of a Human Rights Advisor to work with UNDP in Guyana in 2004-5. However, unlike the case of Latin America, the problem is not so simply one of racism being directed against Afro-Caribbeans -although this is often the case- but of mutual suspicion and animosity.⁸⁸ There are also other minorities throughout the region. Guyana, for example, prides itself on being the home of six distinct races. As such, the idea implicit in the new Rapporteurship that racism is co-equivalent to discrimination against Afro-descendants may be over-simplistic, not entirely appropriate beyond Latin America and may well fuel mistrust or worse unless adequate care is taken. Thought must be given to the complex social, political and economic inter-relationships that make up Caribbean life.

82 See e.g. Human Rights Watch 2004. The sensitivity of the issue of sexual orientation is illustrated, for example, by the fact that the Guyanese Parliament refused to pass Constitution (Amendment) (No. 2) Bill 2003 (known as Act 10) until all references to sexual orientation under non-discrimination were removed. For details on this, see Bulkan 2004.

83 OAS press release: Human Trafficking in Caribbean Countries the Focus of OAS Meeting, 14 March 2005.

84 See e.g. Jamaicans for Justice, Brochure on the Privy Council and the Proposed Caribbean Court of Justice, at <http://www.jamaicansforjustice.org/court2.htm>.

85 See e.g. Caribbean Net News, "Trinidad and Tobago Passes Anti-Terror Bill," 21 February 2005, available at <http://www.caribbeanetnews.com/2005/02/21/passes.shtml>.

86 OAS Press Release, IACHR Creates Special Rapporteurship on the Rights of Persons of African Descent and Racial Discrimination, 25 February 2005.

87 E/CN.4/2004/18/Add.1, 8 January 2004.

88 For example, some Indo-Guyanese express concern at the fact that none of the judges of the CCJ are of non-Afro-Caribbean background: Stabroek News (Guyana), "There is no Judge of Indian Origin in the Caribbean Court of Justice," Friday, 11 February 2005.



Conclusion: To the future

We have seen that at first the relationship between the Inter-American System of Human Rights and the Anglophone Caribbean was non-existent, with the System concentrating on the Latin American and Suriname situations. Initial attempts at developing relations by the System were half-hearted and ineffective. Then came an era of engagement that immediately caused confrontation due to the concentration of the System on the sensitive and complex death penalty issue.

In the last five years, the System has shown considerable commitment to establishing a broader relationship with the Caribbean in accordance with its mandate to "promote the observance and protection of human rights" in *all* the States of the OAS. In 2006 a Conference specifically on Caribbean integration into regional and international human rights systems has been carried out.⁸⁹ However, much more remains to be done. The Caribbean is still signally absent from the monitoring sections of the Commission's annual reports and the current policy for selecting States for attention will continue to exclude Caribbean States unless changed.⁹⁰ Caribbean compliance with the System is also extremely low.

The System must continue to broaden its actions on petitions with regard to the Caribbean but more importantly, it must establish its own credibility in the sub-region by promoting co-operation, promotion and monitoring and overcoming impressions such as the one that human rights are "criminals' rights". This at a time when the demand for effective action to combat rising crime is making violations more likely.

Despite the positive sign that increasing numbers of Caribbean petitions are filed by Caribbean -as opposed to foreign- individuals and organisations, due to small populations and tight resources, Caribbean civil society has a limited capacity to monitor and promote human rights or access the System's remedies.

The Commission must be *unprecedentedly* pro-active in both considering the Caribbean separately, through monitoring, public information, on-site visits, diplomacy and any other tools at its disposal, and integrating it into all its regional activities.



The Commission must be *unprecedentedly* pro-active in both considering the Caribbean separately, through monitoring, public information, on-site visits, diplomacy and any other tools at its disposal, and integrating it into all its regional activities such as special studies and Rapporteur reporting, all in order to maximise the impact of national efforts. At the same time, the System must comprehend that the Caribbean is a very different place to Latin America and be responsive to that fact. The peoples of the Caribbean deserve that the activities of the System, both with regard to human rights in general and in choosing specific areas for attention, cease to be shaped almost entirely by the situations and perspectives of the Spanish, French and Dutch-speaking States of the hemisphere, as Verónica Gómez noted it still was in 1998.

89 St. John's, Antigua, 25-26 April 2006.

90 IACHR Annual Report 1997, Chapter II.



REFERENCES

- Atkins, G Pope, *Latin America and the Caribbean in the International System*, 3rd Edition, Westview Press, London, 1999.
- Ayeni, Victor, Reif, Linda and Thomas, Hayden, *Strengthening Ombudsman and Human Rights Institutions in Commonwealth Small and Island States*, Commonwealth Secretariat, London, 2000.
- Ball, M. Margaret, *The OAS in Transition*, Duke University Press, Durham, NC 1969.
- Belle Antoine, Rose-Marie, *Commonwealth Caribbean Law and Legal Systems*, Cavendish Publishing, London, 1999.
- Bulkan, Arif, "Democracy in Disguise: Assessing the Reforms to the Fundamental Rights Provisions in Guyana," 32 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 613, 2004.
- Byre, Angela and Byfield, Beverley, *International Human Rights Law in the Commonwealth Caribbean*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001.
- Byron, Dennis, "The Commonwealth Caribbean - A Mixture of Peoples, Cultures and Laws", *Commonwealth Judicial Journal*, Volume 13 part 1, 14-25.
- Diène, Doudou, *Report submitted by Mr. Doudou Diène, Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, Addendum: Mission to Guyana and Trinidad, E/CN.4/2004/18/Add.1, 8 January, 2004.
- Forte, Jeanette, *Thinking About Amerindians*, Guyana, 1996.
- Gledhill, Kris, "Constitutional Reprieve for the Death Penalty", *Legal Executive*, 14-15, 2004.
- Gómez, Verónica, "The Interaction Between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court", in David Harris and Stephen Livingstone, (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998.
- Griffith, Ivelaw and Sedoc-Dahlerg, Betty (Eds), *Democracy and Human Rights in the Caribbean*, Westview Press, Colorado, 1997.
- Griffith, Ivelaw, *Caribbean Security on the Eve of the 21st Century*, Institute for National Strategic Studies, National Defense University, Washington DC, 1996.
- Griffith, Ivelaw, *The Quest for Security in the Caribbean*, Westview Press, London, 1993.
- Harris, David and Livingstone, Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Human Rights Watch, *Hated to Death: Homophobia, Violence, and Jamaica's HIV/AIDS Epidemic*, 2004.
- IACHR, *Yearbook on Human Rights*, General Secretariat of the OAS, Washington DC, 1967 - 1999.
- Jahangir, Asma, *Report of the Special Rapporteur on Civil and Political Rights, Including the Question of Disappearances and Summary Executions, Asma Jahangir*, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2003/53, Addendum: Mission to Jamaica, E/CN.4/2004/7/Add.2, 26 September, 2003.



Jamaicans for Justice, *Pattern of impunity: A report on Jamaica's investigation and prosecution of deaths at the hands of agents of the state*, 2004.

Knight, Franklin, *The Caribbean: Genesis of a Fragmented Nationalism*, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 1990.

Lewis, Gordon, *The Growth of the Modern West Indies*, Monthly Review Press, New York, 1968.

Maingot, Anthony and Lozano, Wilfredo, *The United States and the Caribbean*, Routledge, New York, 2005.

Mars, Joan R., *Deadly Force, Colonialism and the Rule of Law: Police Violence in Guyana*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2003.

Minority Rights Group (Ed.), *No Longer Invisible: Afro-Latin Americans Today*, Minority Rights Publications, London, 1995.

Noe, Susan, "Land Rights of the Garifuna of Belize: A Preliminary Analysis Under Domestic and International Law", November 2001, available at <http://www.du.edu/intl/humanrights/garifuna.pdf>.

O'Brien, Derek, "The Death Penalty and the Constitutions of the Commonwealth Caribbean", *Public Law*, Winter, 2002, 678-687.

O'Doherty, "The Privy Council: Even More Deaths in the Sun?", *Justice of the Peace* Volume 167, 18 January 2003, 24-7.

Pasqualucci, Jo, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Phillips, Fred, *Commonwealth Caribbean Constitutional Law*, Cavendish Publishing, London, 2002.

Sandoval, Clara, "A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future", *International Journal of Refugee Law*, 2005.

Thomas, Clive, *The Poor and the Powerless: Economic Policy and Change in the Caribbean*, Latin American Bureau, London, 1988.

Annex: Table of Ratifications of Inter-American Human Rights Instruments by
Anglophone Caribbean States

	American Convention (1969)	Protocol of San Salvador (ESCs) (1998)	Inter-American Convention on Forced Disappearances (1994)	Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985)	Convention Belém do Pará (Women's Rights) (1990)	Protocol to the American Convention to Abolish the Death Penalty
Antigua and Barbuda	X	X	X	X	1998	X
Bahamas	X	X	X	X	1995	X
Barbados	1982	X	X	X	1995	X
Belize	X	X	X	X	1996	X
Dominica	1993	X	X	X	1995	X
Grenada	1978	X	X	X	2001	X
Guyana	X	X	X	X	1996	X
Jamaica	1978	X	X	X	2005	X
St. Kitts and Nevis	X	X	X	X	1995	X
St. Lucía	X	X	X	X	1995	X
St. Vincent and the Grenadines	X	X	X	X	1996	X
Trinidad and Tobago	1991 Denounced 1998	X	X	X	1996	X



Apuntes sobre la posibilidad del sistema interamericano de derechos humanos de escribir el relato que vincule al ciudadano con el proceso de democratización

**Citlalin
Castañeda de
la Mora***

Trás décadas de regimenes autoritarios caracterizados por una supresión del ciudadano como actor en la vida pública, los procesos de democratización en los países de América Latina enfrentan, entre otros, el reto de incorporar a un sector cada vez mayor de la ciudadanía que confiesa estar al margen de los mismos. Esa desvinculación del ciudadano hacia la democracia ha sido interpretada por Norbert Lechner como una consecuencia de la falta de un relato que le permita al ciudadano asumir como suyos los procesos de democratización. Partiendo de la posibilidad que tiene el derecho de comunicar a la comunidad a la cual sirve, quisiéramos proponer un rol activo por parte del sistema interamericano de derechos humanos en la construcción de dicho relato.

Palabras claves: Consolidación Democrática, Sistema Interamericano, Desarraigo Ciudadano, Autoritarismo, Experiencias Subjetivas, Libertad de Expresión.

Introducción

Entre 1996 y 2005 creció de un 49 a un 55 por ciento el porcentaje de habitantes de América Latina para quienes “la política es tan complicada que con frecuencia la gente como uno no puede saber lo que pasa”, en tanto que un 86 por ciento consideró que los dirigentes políticos no se preocupan por los temas que interesan.¹ De estos datos se puede indagar que en los últimos diez años, la democracia en la región ha funcionado “de manera que no ha logrado convencer a los habitantes de que vale la pena apoyarla”.²

Ya en el 2001, los datos reflejaban un descenso en la aprobación de la democracia como forma de gobierno. En América Latina, la aceptación del régimen democrático disminuyó un promedio de once puntos porcentuales entre 1995 y 2001. Habiendo casos como el de Panamá, en donde en este periodo la aprobación de los encuestados respecto de la democracia pasó de un 75 a un 34 por ciento.³

Siguiendo a Lechner diríamos que se trata de una cuestión de “desarraigo afectivo” de una mitad de la ciudadanía hacia el proceso de consolidación democrática. Más allá de las causas que originan dicho desarraigo, entre las que se suele mencionar el debilitamiento del Estado y la imagen de que los

* Abogada. Se ha desempeñado como encargada del Área de Derechos Humanos de la UNESCO en México. citlalinc@hotmail.com.
1 Informe Latinobarómetro 2005 [en línea]. Providencia Santiago-Chile, 1995-2005. <<http://www.latinobarometro.org>> pp. 37-38.
2 Id. p. 51.
3 Informe Latinobarómetro 1995 [en línea]. Providencia Santiago-Chile, 1996 y 2001. <<http://www.latinobarometro.org>>.

gobiernos elegidos democráticamente son incapaces o no están dispuestos a encarar cuestiones básicas como el desarrollo, la violencia y la desigualdad social (O'Donnell 2004, 48-49), nos interesa indagar hasta dónde el sistema interamericano de protección de derechos humanos está llamado a desempeñar un rol democratizador que tienda a revertir las estadísticas.



Se trata pues, de construir un puente entre la subjetividad y el proceso democrático, mediante la construcción de un relato que de nombre y sentido a las experiencias cotidianas de los ciudadanos, a fin de reflejar lo que nos pasa, lo que tenemos y lo que anhelamos.

La desafección ciudadana hacia la democracia

Entendemos por democracia aquella forma de organización social en cuyo centro se sitúa la persona humana y su potencialidad de participar, en igualdad de condiciones, en las decisiones colectivas que le atañen. Esto es, la democracia implica el derecho de cada cual a participar, por igual, en las decisiones colectivas (Beetham 1999, 5).

La democracia, así definida, comprende algo más que un sistema político y sus instituciones para presentarse como una forma de vida que adquiere sus contenidos desde la persona, en quien, además, se realiza. De manera que la democracia, a diferencia del autoritarismo, coloca al individuo ante la posibilidad de ser sujeto (tanto individual como colectivo) de su destino (Lechner 2002).

Lo anterior, visto desde la óptica del ya mencionado desarraigo ciudadano hacia la democracia, nos conduce a la interrogante de hasta dónde en América Latina, la democracia ha sido asimilada y (des)construida al margen de quien debiera ser el actor principal.

Más allá de las diversas interpretaciones que se puedan ofrecer del desarraigo ciudadano hacia la democracia (Arat 1991, 4) el mismo nos remite a una desafección imposible

de explicar a la luz del concepto de democracia arriba mencionado. Esto es, la democracia, que debiera potenciar la capacidad de la persona de participar en el diseño de su realidad, está potenciando el efecto contrario al inspirar en la mente ciudadana la desafección, el desgano o el rechazo.

Pero ¿cómo logramos que la gente "mejore" su percepción sobre la democracia, a la que aún sin cuestionarle sus bondades abstractas, en la práctica no ha logrado reducir los niveles de pobreza, elevar los índices económicos, ni terminar con el legado de prácticas autoritarias? Y más aún ¿cómo logramos que el latinoamericano se vincule con los procesos de cambio, o que el mayor número posible de ellos se identifique con la democracia y la reconozca como valiosa en sí misma?

Cualquiera que sea la respuesta, no está de más iniciar su búsqueda tomando en cuenta el carácter a menudo desilusionante de la democracia. Shapiro (1999, 1) lo ha reconocido: en realidad, la democracia con frecuencia desilusiona. Diversos politólogos nos recuerdan que legitimar (Arat 1991, 5) la democracia no será una empresa fácil si se parte del hecho de que hoy en día no hay suficiente evidencia para afirmar que el principio de *majority rule* (decisión de la mayoría) necesariamente garantice el interés común (Przeworski 1999, 33; Dahl 1989, 111-112) y que la evidencia empírica tampoco confirma una relación de causalidad entre el grado de democracia y los procesos de desarrollo económico (Bardham 1999, 93-111).

Nos encontramos pues, ante el reto de legitimar un concepto incapaz, *per se*, de evidenciar sus bondades con la facilidad con la que demuestra sus desaciertos, los cuales, además, son percibidos con un elevado pesimismo dadas las inevitables expectativas y demandas que el ideal democrático trae consigo (Alcántara y Crespo 1995, 20).

Aunado a lo anterior, se suele mencionar que los procesos de consolidación democrática en América Latina se ven afectados por obstáculos que van desde el legado autoritario de la conquista (Abeyta 1998, 91-94; Diamond 1999, 2 y ss.) hasta los intereses geopolíticos de los Estados Unidos, pasando por la inestabilidad social, las adversas condiciones económicas, las prerrogativas o áreas de poder reservadas al Ejército o a ciertos grupos, el descrédito de los partidos políticos, la concepción patrimonial de la democracia, la pobreza (a menudo extrema), la exclusión social, el crimen organizado, el clientelismo, las políticas económicas neoliberales, la violencia política y la corrupción, entre otras (Foweraker, Landman y Harvey 2003, 35-59).



Cabe señalar además que los gobiernos democráticamente electos no están exentos de recurrir a una variedad de estrategias que afectan directamente los derechos humanos. Estrategias que han sido definidas por Panizza (1995, 182) como "autoritarismo instrumental" o un autoritarismo que perdura en los hechos más allá de la instalación de los regímenes democráticos, los cuales, al parecer, no logran romper radical e integralmente con las prácticas e instituciones del régimen autoritario. Esa ausencia de ruptura obliga a la democracia a cohabitar con elementos autoritarios que se adaptan al momento actual en lo que Delich (1982) ha denominado "situaciones de encuentro" haciendo suponer que, quizá, el primer obstáculo que la democracia deba resolver es ella misma y su incapacidad de poner un alto al fenómeno autoritario.

Esta convivencia de lo democrático con lo autoritario desfigura de facto los objetivos originales de la democracia y le arroja al ciudadano, históricamente relegado de la esfera pública, sólo resultados parciales de la misma. Asimismo, cabe preguntarnos hasta dónde la persistencia de estos patrones autoritarios remite y perpetúa un pasado de derrotas y frustraciones ciudadanas, en el que a través de la imposición de una cultura política autoritaria se delinearon las relaciones, orientaciones y campos de acción de los ciudadanos durante toda una era.

En este contexto de obstáculos, desilusión y persistencia de autoritarismo, Lechner ofrece una explicación para entender la desafección ciudadana hacia lo democrático. Para Lechner, dicha desvinculación debiera entenderse por el hecho de que muchas personas carecen de relatos que les permitan interpretar los avances de su país como algo significativo en la experiencia subjetiva de cada cual. Esto es, faltan historias que ayuden a dotar de sentido y de valor los actuales procesos de cambio social. Dichos relatos, señala, responden a la pregunta ¿Quiénes somos, de dónde venimos, a dónde queremos ir? y permiten a las personas percibir y valorar como suya la marcha de su país. Dicha apropiación del desarrollo nacional, concluye, hecha las bases para que su conducción política también sea asumida como algo propio (Lechner 2002, 4).

Se trata pues, de construir un puente entre la subjetividad y el proceso democrático, mediante la construcción de un relato que de nombre y sentido a las experiencias cotidianas de los ciudadanos, a fin de reflejar lo que nos pasa, lo que tenemos y lo que anhelamos. En América Latina, existe una "debilidad de las experiencias prácticas", dada la falta de ese

relato que relacione los procesos políticos y las experiencias subjetivas de los ciudadanos (Lechner 2002, 5).

El rol democratizador del sistema interamericano

Yes justo aquí, en esta propuesta de Lechner, en la que nos gustaría apoyarnos para sugerir un rol democratizador por parte del sistema interamericano de derechos humanos, el cual, tendría como función construir el relato que vincule al ciudadano con el proceso democrático.

El latino en su día a día, no sólo comienza a mostrar desgano hacia el proceso democrático, sino que, además, no considera que la democracia y los derechos humanos deban necesariamente marchar juntos.



Se trataría de pedirle al sistema interamericano que ejercite una función narrativa de la democracia que la logre de cierta forma aterrizar, anclarla en la cotidianidad, "de manera que permita configurar una forma de existencia que sea posible comprobar en la vida misma de los individuos, en las relaciones múltiples y entrecruzadas que estos establecen todos los días" (Maldonado 2000, 63).

Pero, para que las narrativas generadas desde el sistema interamericano, efectivamente logren irradiar la esfera subjetiva de cada ciudadano, se debe reconocer la importancia de la comunicación y en especial la potencialidad que el derecho tiene de enviar mensajes a la comunidad a la cual sirve (Nelken 1996). Si no creemos que lo anterior sea posible, difícilmente lograremos abrir a la audiencia ciudadana el útil discurso legal generado por la Comisión y la Corte, y remotamente lograremos una resonancia más amplia que permita generar referentes de identificación que vinculen al ciudadano con la democracia (Cohen 1995, 5-6).

Por otro lado, nuestra propuesta de construir y disseminar narrativas que tiendan a vincular al ciudadano con los



procesos de democratización desde un sistema regional de derechos humanos no puede pasar por alto los datos que señalan que en la región sólo 3.8 de cada diez personas identifican a las libertades civiles e individuales como parte del concepto de democracia. Habiendo casos extremos como el de México en el que sólo 2.2 de cada diez vincula las libertades con la democracia.⁵ Es decir, el latino en su día a día, no sólo comienza a mostrar desgano hacia el proceso democrático, sino que, además, no considera que la democracia y los derechos humanos deban necesariamente marchar juntos.



¿Hasta dónde se justifica asignarle al sistema interamericano un papel democratizador? y de existir tal justificación ¿de qué manera se pretende que el sistema interamericano logre narrar el relato que vincule al ciudadano con la democracia?

Pero ¿cómo se lee esa disociación entre democracia y derechos humanos en la mente del ciudadano si, hasta donde sabemos, la esencia misma de los procesos democráticos en América Latina la constituyen las luchas por el reconocimiento e institucionalización de estos derechos? (Reygadas Robles Gil y Soto Martínez 2003, 166). Para Pierre Rosanvallon, tal desvinculación tendría que ver con el hecho de que en América Latina existe “una fuerte memoria de la libertad y de la opresión, asociada a fechas, lugares y personalidades específicas” pero no existe “una memoria equivalente de la democracia” (Rosanvallon, 197).

Siendo los derechos humanos un signo divisorio entre democracias y regímenes autoritarios, podríamos sugerir que tal disociación resulta *prima facie* contraria a la naturaleza misma del ideal democrático y que, consecuentemente, cualquier intento por consolidar los regímenes democráticos, sólo puede ser llevado a cabo si existe un profundo entendimiento del vínculo entre la protección de los derechos humanos y el proceso de democratización (Campbell y Mahoney-Norris 1998, XVI).

Un vínculo que se proyecta hacia el futuro al ser el régimen democrático la única garantía para impedir nuevas violaciones de derechos humanos (Panizza 1995, 171); pero igualmente hacia el pasado, en tanto que el nuevo gobierno está llamado a confrontar las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen anterior. Responsabilidad que resulta particularmente difícil de cumplir en períodos de transición (Zalaquett 1995, 4), los cuales, además, implican transformaciones políticas, sociales y económicas que hacen frecuentes las violaciones a los derechos humanos (Horowitz y Schnabel 2004, 143-144).

Lo anterior no significa que los procesos de democratización conlleven las mismas graves y sistemáticas violaciones contra los derechos civiles y políticos que caracterizaron a los regímenes autoritarios (Landman 2005, 7), pero tampoco se traduce en que el respeto a los derechos humanos en sociedades gobernadas por regímenes democráticamente electos pueda asumirse como materia resuelta. En ese sentido, Panizza ha señalado que si bien los procesos de transición democrática en la región han detenido los asesinatos de los hijos de los oponentes de las juntas militares en Argentina y Chile, no han logrado impedir el asesinato de cientos de niños y adolescentes pobres por los “comandos de la muerte” en las zonas urbanas de Brasil y Colombia (Panizza 1995, 178).

Igualmente, debemos tomar en cuenta lo apuntado por Juan Méndez respecto de la “decidida hostilidad y aversión” que los sistemas políticos democráticos de América Latina, y en especial sus líderes, tienen hacia “las organizaciones independientes de la sociedad civil, especialmente si estas defienden intereses colectivos” o “causas, como los derechos humanos, el medio ambiente, la lucha contra la pobreza y la promoción de políticas sociales”. Para Méndez (2004, 131), dicha hostilidad es una causa posible de la “ciudadanía de baja intensidad” y nos permite entender la desafección que reflejan las estadísticas.

Ahora bien, sin desconocer los estudios que sugieren un impacto aún muy limitado del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica de los Estados (Méndez 2004, 6), ni las reflexiones que señalan lo conflictivo del vínculo entre el derecho y su efectiva contribución a los procesos de consolidación democrática (Faundez 2005, 749-765), quisiéramos responder a las siguientes dos preguntas: 1) ¿hasta

5 Informe Latinobarómetro 2005, o.c., [en línea]. Providencia Santiago-Chile 1995-2005. <<http://www.latinobarometro.org>> p.41.



dónde se justifica asignarle al sistema interamericano un papel democratizador? y 2) de existir tal justificación ¿de qué manera se pretende que el sistema interamericano logre narrar el relato que vincule al ciudadano con la democracia?

En ese sentido, pretendemos dar respuesta a la primera pregunta mediante el señalamiento de lo que consideramos son dos vocaciones naturales del sistema que lo vuelven apto para desempeñar una función narradora: 1) la vocación histórico-regional y 2) la vocación humanista-incluyente. La segunda pregunta, por su parte, será respondida mediante los ejemplos que aportaremos al abordar cada una de estas vocaciones en el siguiente apartado.

Escribiendo el relato que vincule al ciudadano con la democracia

En términos generales es posible inferir una tendencia democratizadora del sistema interamericano. A saber, una de las áreas distintivas en la que se ha enfocado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por ejemplo, es en el tema de la relación de los derechos humanos con el concepto de los ideales democráticos. En ese sentido, la Corte ha enfatizado que la forma democrática de gobierno es esencial para la protección de los derechos humanos oponiéndose a la opinión según la cual la forma de gobierno es inmaterial y por ende no afecta el respeto y protección de los derechos humanos por parte de los Estados.⁶ Nuestro análisis (de manera alguna exhaustivo) se enfocará en las dos vocaciones arriba propuestas, mediante las cuales, consideramos, se logra contribuir a la narración de un relato que tienda a vincular al ciudadano con el proceso de democratización.

La vocación histórico-regional

En un primer momento diríamos que el sistema interamericano, al lidiar con lo patológico, lo autoritario de un Estado, constantemente está remitiendo a la persistencia de un pasado de supresión ciudadana que, como ya se mencionó, logra cohabitar con

la instauración de los regímenes democráticos. En ese sentido, el sistema tiene la posibilidad de mirar hacia atrás y ofrecer interpretaciones de la democracia que lejos de asumir que la misma trae consigo la supresión del autoritarismo, se basen en un diálogo con las generaciones pasadas, no con afán nostálgico, sino con la convicción de transformar la realidad social partiendo de imperativos morales que nieguen legitimidad alguna a las prácticas que tanto hirieron a las generaciones pasadas.

El sistema tiene la posibilidad de mirar hacia atrás y ofrecer interpretaciones de la democracia que lejos de asumir que la misma trae consigo la supresión del autoritarismo, se basen en un diálogo con las generaciones pasadas, no con afán nostálgico, sino con la convicción de transformar la realidad social partiendo de imperativos morales que nieguen legitimidad alguna a las prácticas que tanto hirieron a las generaciones pasadas.



A manera de ejemplo, en septiembre de 1979, aún durante la dictadura militar, la Comisión condujo una visita *in loco* en Argentina, la cual constituyó el punto de inicio de la ruptura de la conspiración de silencio impuesta por el gobierno acerca de los desaparecidos. Una vez instaurada la democracia, la Comisión concluyó en su reporte que las leyes de amnistía argentinas que ponían un fin a las investigaciones criminales por las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen militar eran violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esto es, difícilmente lograremos vincular al ciudadano con el fenómeno democrático, si nuestro relato no ofrece una respuesta al “de dónde venimos” propuesto por Lechner. Se trata pues, de pedirle al sistema interamericano que contribuya al entendimiento de los procesos de democratización de las socieda-

6 Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32; La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC -5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 42.



des latinoamericanas, entendiendo a la sociedad como un pacto no sólo entre los que estamos vivos, sino entre nosotros, los que ya no están y los que están por venir (Burke 1995, 110).



Se trata pues, de pedirle al sistema interamericano que contribuya al entendimiento de los procesos de democratización de las sociedades latinoamericanas, entendiendo a la sociedad como un pacto no sólo entre los que estamos vivos, sino entre nosotros, los que ya no están y los que están por venir.

Aunada a la vocación histórica, la aptitud regional del sistema nos permitiría contar con narrativas democráticas capaces de reconocer y ponderar las diferencias culturales y las tradiciones políticas de la región. Ya O'Donnell (2004, 56 y 11) lo ha señalado: "las teorías de la democracia existentes no están preparadas para tratar la originalidad de las trayectorias históricas de la democracia en América Latina" por lo que se hace necesario que en el estudio de la misma "se preste cuidadosa atención a la especificidad histórica de los casos respectivos", que en el caso de Latinoamérica ha estado caracterizada por una "precariedad de acción entre ciudadanos y Estado" por lo que la misma no puede ser interpretada desde la lógica de las teorías democráticas, las cuales se fundan "en la existencia de un cuerpo ciudadano y un Estado (la polis) que actuaba como supuesto básico de posibilidad democrática" (Garretón, 230).

A manera de ejemplo, la vocación regional del sistema nos permitiría apuntar a la tradición militar de Latinoamérica y generar relatos que definan el nuevo rol del Ejército en los regímenes democráticos después de décadas de autoritarismo y en un contexto geopolítico en el cual no se vislumbra un ene-

migo externo real. En ese sentido, la Comisión ha publicitado en sus informes, la conexión entre la violación de derechos humanos y el control ejercido por el Ejército en la sociedad, a pesar de la celebración de elecciones democráticas.⁷ Al respecto, la Comisión ha insistido en la necesidad de desmilitarizar el Estado a fin de lograr la efectiva vigencia del Estado de derecho en una sociedad democrática.⁸

En ese sentido, al denunciar la situación de acoso que sufren, por ejemplo, los comunicadores sociales por parte del Ejército,⁹ la Comisión estaría ofreciendo la siguiente interpretación de la democracia: no basta la celebración de elecciones democráticas, si el Ejército sigue gozando de amplios márgenes de poder e inmunidad. Una interpretación que además, no apunta a lo abstracto de la represión ejercida por el Ejército, sino que, al ser construida a partir de las violaciones a los derechos humanos de personas concretas estaría vinculando al individuo directamente con la experiencia democrática. A manera de ejemplo:

Ángel Páez Salcedo, jefe de la unidad investigativa del diario La República y corresponsal del diario Clarín de Argentina. A principios del año 1998 comenzó a recibir amenazas de muerte. Según las organizaciones de protección de la prensa, la razón de las intimidaciones al periodista son sus investigaciones sobre corrupción en el Ejército, y sobre las actividades clandestinas del Servicio de Inteligencia del Ejército.¹⁰

La vocación humanista-incluyente

Una segunda ventaja del sistema sería que su vocación humanista, así como el acercamiento e interacción que mantiene con las víctimas, organizaciones de la sociedad civil, familiares y testigos le permite una cercanía con el sufrimiento de los individuos (Scarry 1985).

De manera que, en un primer momento, mediante los testimonios recibidos directamente de las víctimas y de quienes con ellas sufren, el sistema estaría en posibilidad de generar narrativas de sufrimiento que tiendan a ofrecer interpretaciones de la democracia basadas en una cotidianidad ciudadana que, en este caso, se construya a partir del sufrimiento, el cual, ha

7 CIDH, Informe Anual 1989 – 1990, de 17 de mayo de 1990, Capítulo IV: Situación de derechos humanos en varios Estados. CIDH, Informe Anual 1990 – 1991, de 22 de febrero de 1991, Capítulo IV: Situación de derechos humanos en varios Estados, págs. 529-534.

8 CIDH, Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala, 29 de diciembre de 2003, párrs.119-132.

9 Id., párrs. 394 y ss.

10 CIDH, Informe Anual 1998 de 16 de abril de 1999. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión de 16 de abril de 1999.



decir de Habermas (1988, 26) es siempre "concreto". Esto es, no podemos generar una memoria de las luchas democráticas basada en el sufrimiento abstracto, es necesario pues, referir a las víctimas individuales, a su sufrimiento específico, el cual, si bien concreto y particular, forma parte de un espectro más general de prácticas autoritarias y supresión ciudadana.

Y es que, en nuestra opinión, esa capacidad del sistema interamericano de conocer todo tipo de amenazas a los derechos humanos en el continente, lo convierte en una importante matriz de "pasiones, imágenes, creencias y emociones" mismas que, a decir de Lechner son las que deben guiar la experiencia democrática. Al implicar las violaciones de derechos humanos una directa referencia al miedo, la ansiedad, el derrumbe de la esperanza y la desorganización del orden privado, el sistema interamericano tendría en sus manos ese conjunto de factores que Lechner (1990, 4) consideró como claves en el avance de la democracia en América Latina.

De manera complementaria a la vocación humanista, encontramos en el sistema una vocación incluyente, la cual se explica por el hecho de que el sistema regional de derechos humanos tiene en sus manos la ventaja de incluir y colocar en la agenda democrática pública del continente demandas ciudadanas históricamente ignoradas o despreciadas por los gobiernos de la región. Detrás de cada violación de derechos humanos, por distante que ésta nos pueda parecer de lo democrático, existe una barrera que imposibilita la apertura del espacio político, social, económico y cultural al ciudadano y sus demandas.

Por lo tanto, cada vez que la Comisión o la Corte dan entrada a una petición están abriéndole paso al ciudadano a participar en lo público y con ello contribuyendo a que el gobierno en cuestión tome en serio no sólo la protección de los derechos humanos, sino la inclusión de las demandas ciudadanas al proceso democrático. En ese sentido, creemos que el sistema interamericano puede generar referentes de identificación que podrían potenciar la incorporación de nuevos actores con sus

propias reivindicaciones.

El fenómeno de las desapariciones forzadas en el continente da cuenta clara de lo que sería una demanda ciudadana brutalmente suprimida. Detrás de cada desaparecido está el sufrimiento de la víctima y su familia, está también su derecho a conocer la verdad, a recibir justicia y a ser compensados, pero también, detrás de cada desaparecido está todo un clamor ciudadano de poder ejercitar derechos tales como la libertad de expresión, de reunión y de participación en la vida pública. Las prácticas de desapariciones forzadas en tanto significan una eliminación de la persona, constituyen la antítesis misma de la inclusión.

Dado que la democracia, como le hemos propuesto, evoca la capacidad de cada individuo a participar en igualdad de condiciones en la toma de las decisiones colectivas, es útil preguntarnos quiénes son las víctimas de los derechos humanos que el sistema interamericano ampara. En ese sentido, encontramos que el sistema interamericano ha dado voz, y de alguna manera ha vinculado, a sectores de la población tradicionalmente excluidos, tal es el caso de los niños en situación de calle,¹¹ los indígenas,¹² las personas que viven con VIH/SIDA¹³ y las personas que viven en zonas de conflictos,¹⁴ por dar algunos ejemplos.

Por otro lado, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han entendido que el sistema democrático está íntimamente vinculado a derechos tales como la libertad de pensamiento y de expresión,¹⁵ este último considerado por la Corte como una "piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática".¹⁶ En ese sentido, algunos autores han hablado del lado social de los derechos humanos, sugiriendo que derechos tales como la libertad de expresión, de movimiento y de asociación tienen además del lado individual un segundo lado definido como social, según el cual la realización de estos derechos, al ser un hecho social, se alimenta de, y al mismo tiempo impacta el contexto social (Raz 1986; Garzón Valdés 1993; Habermas 1996; Holmes y Susteín 1999; Waldron 1999).

11 Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

12 Caso Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Caso Aloboetoe y otros. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11; Caso "Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguí". Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

13 CIDH, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortes, El Salvador. Informe No. 29/01 de 7 de marzo de 2001.

14 Caso "Las Palmeras." Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

15 CIDH, Informe No. 50/99 - Héctor Félix Miranda, México, 3 de abril de 1999, Informe Anual de la CIDH 1998, párr. 43.

16 La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.



Apuntes sobre la posibilidad del sistema interamericano de derechos humanos de escribir el relato que vincule al ciudadano con el proceso de democratización

Respecto del impacto social que el ejercicio de ciertos derechos conlleva, la Comisión concluyó lo siguiente en el caso del asesinato del periodista mexicano Héctor Félix Miranda:

La renuncia de un Estado a la investigación completa del asesinato de un periodista resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad. (...) este tipo de crimen tiene un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. (...) El Estado mexicano debe enviar un mensaje fuerte a la sociedad, en el sentido de que no habrá tolerancia para quienes incurran en violaciones tan graves al derecho a la libertad de expresión.¹⁷



Encontramos en el sistema una vocación incluyente, la cual se explica por el hecho de que el sistema regional de derechos humanos tiene en sus manos la ventaja de incluir y colocar en la agenda democrática pública del continente demandas ciudadanas históricamente ignoradas o despreciadas por los gobiernos de la región.

En ese sentido, podríamos sugerir que lo dicho por la CIDH en su Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, podría servirnos de ejemplo. A decir de este documento:

(...) el amedrentamiento a los comunicadores sociales tiene un efecto devastador sobre la democracia, por lo que insta a la sociedad venezolana a un profundo periodo de reflexión y se destaca la necesidad de que los distintos sectores de la sociedad y del gobierno se abstengan de identificar a los periodistas y otros comunicadores sociales como aliados de sus opositores.¹⁸

Retomando las preguntas de Lechner sobre ¿Quiénes somos, de dónde venimos y a dónde queremos ir? y respondiéndolas a la luz de lo mencionado por la CIDH diríamos que somos los distintos sectores de la sociedad venezolana, venimos de un pasado en el cual el amedrentamiento a los comunicadores sociales y la identificación de periodistas como aliados de sus opositores era y sigue siendo una práctica habitual, y queremos abstenernos de participar en dicha práctica ya que la misma tiene un efecto devastador en nuestra democracia.

Este ejemplo nos resulta bastante ilustrativo pues en él, la Comisión hace referencia clara y directa a la sociedad venezolana, a la cual, no solamente se le informa sobre un determinado obstáculo que enfrenta su proceso democrático, sino que –además- se le advierte que hay un rol que ella puede jugar y se le dice cómo debe hacerlo. De esta manera se contribuiría a que la sociedad venezolana se reconociera como actor en el marco del proceso democrático. Es mediante la búsqueda del reconocimiento y el ejercicio de sus derechos que la sociedad civil desempeña su papel determinante en el proceso democrático (Reygadas Robles Gil y Soto Martínez 2003, 168).

Se trata pues, de comenzar una cruzada de vinculación de la sociedad civil en cuanto reflexión democrática sea posible tomando en cuenta que, tras la experiencia autoritaria, la gran mayoría de los ciudadanos aún requiere que se le informe que es titular de ciertos derechos e igualmente, se le indique de qué manera puede ejercitar los mismos.

Se trataría de decir, como ya lo ha hecho la CIDH respecto de Perú, que un Estado democrático solo será tal si en él se garantiza “el derecho a expresar disenso respecto de los actos de gobierno, denunciar irregularidades y manifestar ideas políticas por la prensa”.¹⁹

Estas frases no sólo le indicarían al Estado los puntos en los que debe trabajar para fortalecer su democracia, sino que, al mismo tiempo –y mucho más importante- le informarían al ciudadano que en las nuevas reglas del juego democrático, disentir, denunciar y expresar las ideas, no lo convierten a uno en un desubicado, ni por ello el gobierno debe venir a ponerlo a uno en su lugar. Se trata pues, de cumplir con la función de

17 CIDH, Informe No. 50/99 - Héctor Félix Miranda, México, 3 de abril de 1999, Informe Anual de la CIDH 1998, párr. 52.

18 CIDH, Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela. 24 de octubre de 2003, párr. 567.

19 CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú. 2 de junio de 2000, párr. 5.



informar el concepto democrático sin olvidar lo mucho que el autoritarismo logró destruir.

Y si hablamos de la necesidad de vincular en los procesos democráticos a sujetos colectivos que históricamente han sido excluidos e impedidos de participar en las decisiones que les afectan, los grupos indígenas constituyen un claro ejemplo de ello. Tanto la Comisión como la Corte, en particular, han insistido en el derecho de los pueblos indígenas de participar en las decisiones que les afectan.

En 1998, la Comisión remitió a la Corte el caso de la Comunidad Awas Tingni en Nicaragua, la cual fue despojada –sin haber contado con un procedimiento adecuado de consulta– de sus tierras ancestrales y con ello de sus medios tradicionales de subsistencia, de desarrollo familiar, cultural y religioso en virtud de una concesión de explotación de esas y otras tierras otorgada por el gobierno a una compañía. En este caso, la Corte determinó la violación del derecho a la propiedad y a la protección judicial y sentenció al gobierno de Nicaragua a crear un mecanismo efectivo de demarcación y delimitación de las tierras que le corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, “con la plena participación y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad”, así como abstenerse a realizar actos que afecten el goce de esas tierras, en tanto no se lleve a cabo la mencionada delimitación.²⁰

En el caso *Dann vs. Estados Unidos*, otro ejemplo de despojo de tierras habitadas por comunidades indígenas, la Comisión concluyó que “se debe permitir la participación plena e informada de las Dann” en el proceso de determinación de la reivindicación del derecho de propiedad por las tierras ancestrales Western Shoshone.²¹ En este caso, el planteamiento de los peticionarios hacía referencia al carácter no democrático de las reuniones celebradas en el proceso de determinación de las tierras.²²

Por otro lado, los órganos del sistema interamericano, han contribuido, a la inclusión de los pueblos indígenas en procesos específicos en los cuales su participación es fundamental. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho que los sobrevivientes

de la masacre en Moiwana, Suriname, tienen de participar activamente en el proceso de investigación, en la obtención de justicia y en participar con libertad y sin temor en las organizaciones de derechos humanos que trabajan al respecto. Uno de los testimonios recogidos por la reciente sentencia de la Corte sobre la masacre en Moiwana señala lo siguiente:

Inmediatamente después del ataque, el testigo huyó a la Guyana Francesa. Después de pasar un año ahí, decidió regresar a Suriname para que sus hijos pudieran tener educación. Alrededor de este tiempo, empezó a participar con grupos de otros sobrevivientes para buscar justicia. En la cultura N’jduka la búsqueda de justicia es una obligación: si no se obtiene, “tu vida está perturbada, se interrumpe, entonces uno no puede continuar viviendo adecuadamente”. Los dos hijos que el testigo tuvo con su esposa que falleció (durante la masacre) también participan en estas actividades para buscar justicia, ya que se trata de una responsabilidad cultural que continúa a través de las generaciones (...) Asimismo, mientras sus cuerpos no reciban un entierro adecuado, habrá consecuencias negativas para los vivos (...) Una de las fuentes de mayor sufrimiento para el testigo es no saber qué pasó con el cuerpo de su esposa.²³

Al respecto, la sentencia de la Corte en sus “Consideraciones sobre la efectividad de la investigación estatal” apuntó el hostigamiento y la grave violencia que han sufrido los actores principales en la búsqueda de la justicia y el esclarecimiento de los hechos relativos al ataque de 1986 a la aldea de Moiwana y en ese sentido señaló que “el Estado debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los investigadores, testigos, fiscales, jueces y a los miembros de la comunidad”.²⁴

20 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No.79, párr.164 y punto resolutivo 4.

21 CIDH, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann. Informe 75/02, de 27 de diciembre de 2002, párr. 171.

22 Id, párr. 71.

23 Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No.124, párr. 80.b. 2.

24 Id, párrs.158-159.



Conclusiones

Creemos que los órganos del sistema interamericano, al pronunciarse sobre las situaciones de violación de derechos humanos, tienen la posibilidad de narrar un relato que le permita al ciudadano reconocerse y afir-

marse, tanto en lo individual como en lo colectivo, como sujeto del proceso democrático, reconociéndole y promoviéndole el rol que debe jugar de acuerdo a las nuevas reglas según las cuales las decisiones ya no se guían por los intereses de quienes ostentan poder, sino por el consenso ciudadano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abeyta, Loring, "Democratization and Human Rights: Peru Rides the Third Wave" en Campbell, P. y Mahoney-Norris, K. (eds.), *Democratization and the Protection of Human Rights. Challenges and Contradictions*, Praeger, Londres, 1995.

Alcántara, Manuel y Crespo, Ismael (eds.), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1995.

Arat, Z., *Democracy and Human Rights in Developing Countries*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1991.

Arendt, H., *¿Qué es la política?*, Paidós, Barcelona, 1997.

Beetham, David, *Democracy and Human Rights*, Polity Press, Cambridge, 1999.

Bradham, Pranab, "Democracy and development: a complex relationship" en Shapiro, Ian y Hacker-Cordón, Casiano (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 93-111.

Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1995.

Cohen, Stanley, *Denial and Acknowledgement: The Impact of Information about Human Rights Violations*, The Hebrew University of Jerusalem, Center for Human Rights, Jerusalén, 1995.

Dahl, Robert, *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Haven, 1989.

Delich, Francisco, *Teoría y práctica política en situaciones de dictadura*, Crítica y Utopía 8, Buenos Aires, 1982.

Diamond L. et al., *Democracy in Developing Countries. Latin America*, 2ª edición, Lynne Rienner Publishers, Estados Unidos, 1999.

Faundez, Julio, "Democratization Through Law: Perspectives from Latin America", *Democratization*, 12, 5 (December 2005), Taylor y Francis.

Foweraker, J., Landman, T. and Harvey, N., *Governing Latin-America*, Polity Press, Londres, 2003.



Garretón, M.A., "Comentario al documento "Discusión de tres tesis para un marco teórico para el proyecto sobre el Desarrollo de la democracia en América Latina: estado, percepciones ciudadanas, indicadores y agentes" en PNUD *Informe sobre La democracia en América Latina*.

Garzón Valdés, E., *Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones reciprocas*, Doha 14, 1993.

Habermas, Jürgen, "A kind of Settlement of Damages (Apologetic Tendencies)", *New German Critique* 44 (spring-summer 1988), p.26.

Habermas, J., *Between Facts and Norms*, MIT Press, Cambridge, 1996.

Holmes, S. y C. R. Sustain, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, Nueva York, 1999.

Horowitz, Shale y Schnabel, Albrecht, *Human Rights and Societies in Transition: Causes, Consequences, Responses*, United Nations University Press, Nueva York, 2004.

Landman, Todd, *Protecting Human Rights. A Comparative Study*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2005.

Lechner, Norbert, *Los patios interiores de la democracia: subjetividad y política*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1990, 2a edición.

_ *Las sombras del mañana: la dimensión subjetiva de la política*, LOM Ediciones, 2002.

_ "La recomposición del nosotros. Un desafío cultural", (2002) en *Aportes basados en el Informe de Desarrollo Humano 2004 de Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo* (Chile).

Maldonado, Carlos, "Democracia, paz y complejidad", en Miguel Rujana Quintero (comp.), *Democracia, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Libre de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2000.

Mendelson, Sarah y Gerber, Theodore, "Soviet Nostalgia: An Impediment to Russian Democratization", *The Washington Quarterly, Center for Strategic and International Studies*, (winter 2005-2006), Washington.

Méndez, Juan, "Sociedad civil y calidad de la democracia", *Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)* 2ª edición (2004), Buenos Aires.

Nelken, David (ed.), *Law as Communication*, Dartmouth Pub Co, Londres, 1996.

O'Donnell, Guillermo., "La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia", *Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)* 2ª edición (2004), Buenos Aires, pp.48-49.

_ "Notas sobre la Democracia en América Latina", *Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)* 2ª edición (2004), Buenos Aires.

Panizza, Francisco., "Human Rights in the Processes of Transition and Consolidation of Democracy in Latin America," *Political studies*, 43 (1995).



Apuntes sobre la posibilidad del sistema interamericano de derechos humanos de escribir el relato que vincule al ciudadano con el proceso de democratización

Przeworski, A., "Minimalist conception of democracy: a defence" en Shapiro, Ian y Hacker-Cordón, Casiano (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Putnam, Robert., *Making Democracy Work*, Princeton University Press, Princeton ,1995.

Raz, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

Reygadas Robles Gil, Rafael y Soto Martínez, Maricela (Coord.); "La construcción de sujetos ciudadanos colectivos", *Democracia y Derechos Humanos en México: Tres estudios de caso*, Alianza Cívica, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático (enero 2003).

Rosanvallon, Pierre, "Las dimensiones social y nacional de la democracia: hacia un marco de comprensión ampliada", *Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) 2ª edición (2004)*, Buenos Aires, p. 197.

Scarry, Elaine, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*, Oxford University Press, Nueva York, 1985.

Shapiro, Ian and Hacker-Cordón, Casiano (ed.), *Democracy's Value*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Steiner, H. y Alston, P., *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

Waldron, J., *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

Zalaquett, José, "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints", *Transitional Justice*, 1 (1995), Estados Unidos, Institute of Peace Press.

Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

Jayme
Bemvenuto*

Este artigo aborda, comparativamente, a capacidade de exigibilidade jurídica dos direitos humanos pela via do princípio da indivisibilidade pelas cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos com foco em três bases de análise: a) a base normativo-funcional; b) a base de conteúdo das sentenças emitidas pelas cortes internacionais de direitos humanos; c) a base de cumprimento das sentenças internacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Corte Interamericana, Corte Européia, Princípio da Indivisibilidade, Cumprimento das Sentenças Internacionais.

Introdução

Proponho-me, neste artigo, a realizar algumas aproximações, em perspectiva comparada, dos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos pela via do princípio da indivisibilidade.

Buscarei tratar de três bases que me parecem importantes numa abordagem comparada entre os sistemas: a) a base normativo-funcional, por meio da qual serão feitos comentários relacionados às principais diferenças e convergências existentes entre os dois sistemas do ponto de vista das normas que lhes dão existência e de sua operacionalidade; b) a base de conteúdo das sentenças emitidas pelas Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de melhor compreender os caminhos trilhados pelos dois tribunais para a adoção de suas sentenças, em especial as relacionadas aos

casos comentados nos capítulos precedentes; e c) a base de cumprimento das sentenças das Cortes Européia e Interamericana, no sentido de realçar a capacidade de justiciabilidade dos direitos humanos no plano internacional.

A base normativo-funcional dos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos

Os sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos refletem o desenvolvimento das organizações que os acolhem em seu primeiro cinquentenário. Ao longo do período de sua existência, apesar da enorme dificuldade em consolidar o projeto de

* Professor Doutor de Direito Internacional Público da Universidade Católica de Pernambuco. É professor participante dos programas de pós-graduação em Direito e Ciência Política da UFPE. Coordena o Programa DHInternacional, do GAJOP e MNDH-NE. benvenutolima@uol.com.br.



organismos regionais garantidores de um padrão de negociação da convivência pacífica entre os países da Europa e das Américas, tem sido possível ao Conselho da Europa e à Organização dos Estados Americanos estabelecer e fazer funcionar sistemas de proteção que --amparados no princípio da indivisibilidade dos direitos humanos-- viabilizem alguma proteção para os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, além dos tradicionais direitos humanos civis e políticos.¹



Apesar dessa possibilidade crescente de proteção, os dois sistemas regionais evidenciam um padrão diferenciado de proteção para os direitos humanos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos humanos civis e políticos.

Apesar dessa possibilidade crescente de proteção, os dois sistemas regionais evidenciam um padrão diferenciado de proteção para os direitos humanos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos humanos civis e políticos. A começar pela ratificação dos tratados pelos Estados que integram as organizações internacionais correspondentes, que demonstram possuir mais resistências em relação ao compro-

metimento com normas relativas à proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais que em relação às normas que protegem os direitos humanos civis e políticos. Com efeito, em relação ao sistema interamericano, enquanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, foi ratificada por 25 Estados² e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, foi ratificada por 31 Estados,³ o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, foi ratificado apenas por 13 Estados da região americana (52 % dos estados que ratificaram a Convenção Americana).⁴

O padrão de menor aceitação para a normativa relacionada aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais repete-se no sistema europeu de proteção dos direitos humanos, em que a Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1953, foi ratificada por 43 Estados,⁵ enquanto que a Carta Social Européia, de 1961, foi ratificada por 36 Estados (83 % dos Estados que ratificaram a Convenção Européia);⁶ e --é importante destacar-- a Carta Social Européia Revisada, em 1996, foi ratificada até o momento por apenas 19 Estados (44 % dos Estados que ratificaram a Convenção Européia).⁷ Observe-se, ademais, que os instrumentos internacionais regionais relativos à proteção de direitos humanos econômicos, sociais e culturais --o Protocolo de San Salvador e a Carta Social Européia-- são mais recentes que os relacionados a direitos humanos civis e políticos, o que poderia supor alguma mudança na postura dos países em aceitar os

- 1 O primeiro, tendo como base a Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e a Carta Social Européia; e o segundo, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- 2 Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Sistema... Trinidad e Tobago, entretanto, denunciou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1998. CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL, 2001.
- 3 Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, El Salvador, Equador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Vicente, Santa Lúcia, St. Kitts e Nevis, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Sistema...
- 4 Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai. Id.
- 5 Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Ex-República Iugoslava da Macedônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Lituânia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldova, Noruega, Polónia, Portugal, Reino Unido, Romênia, República Tcheca, Rússia, San Marino, Sérvia e Montenegro, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia. UNITED NATIONS. Ratifications...
- 6 Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldova, Noruega, Polónia, Portugal, Reino Unido, Romênia, República Tcheca, Suécia e Turquia. UNITED NATIONS. Ratifications...
- 7 Albânia, Andorra, Armênia, Azerbaijão, Bélgica, Bulgária, Chipre, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Lituânia, Moldova, Noruega, Portugal, Romênia e Suécia. UNITED NATIONS. Ratifications...

tratados correspondentes, tendo em vista a maior aceitação do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos a partir do início da década dos 90 do século XX.⁸

As explicações para a situação de ratificação acima exposta podem estar relacionadas a vários fatores, entre os quais se destacam os seguintes: a) a crença de que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais têm realização mais cara que os direitos humanos civis e políticos, o que faria com que os governos nacionais procurassem se precaver em relação a épocas de incerteza econômica, comprometendo-se apenas com normas com um certo grau de generalidade e exigibilidade relativa; b) a incapacidade dos governos adotarem planos, programas e instrumentos jurídicos nacionais destinados a proteger os direitos humanos econômicos, sociais e culturais; c) a idéia de que os direitos "sociais" não são direitos fundamentais, mas um *plus* na vida de sociedades que alcançam um determinado padrão de desenvolvimento econômico.

Em contraposição a esses argumentos é que se faz necessário, cada vez mais, que a indivisibilidade preconizada enquanto princípio se traduza em indivisibilidade prática, com a adoção de uma prática, pelos sistemas do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, capaz de realizar indistintamente os direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

No tocante em particular ao sistema interamericano, Cançado Trindade chamava a atenção, em 2000, para a necessidade de uma aproximação da Comissão e da Corte para a proteção adequada dos direitos humanos:

[...] requer-se maior aproximação entre a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos (com sedes, infelizmente, em países distintos), a qual propiciaria uma delimitação mais clara das funções complementares de ambas (e.g., quanto a decisões sobre condições de admissibilidade de petições ou denúncias, quanto a investigação ou determinação dos fatos, quanto ao envio de casos pela Comissão à Corte) importa tomar as medidas que venham a facilitar o desenvolvimento

de uma sólida jurisprudência sob a Convenção Americana (Cançado Trindade 2000b, 60-61).

Para o mesmo jurista, em perspectiva propositiva, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos deveria seguir os passos do sistema europeu, estabelecendo uma nova Corte como *órgão jurisdicional único*:

Se faz necessário, cada vez mais, que a indivisibilidade preconizada enquanto princípio se traduza em indivisibilidade prática, com a adoção de uma prática, pelos sistemas do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, capaz de realizar indistintamente os direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Do *locus standi in judicio* dos indivíduos ante a Corte Interamericana teremos que evoluir rumo ao reconhecimento, mais adiante, do direito de os indivíduos demandarem os Estados Partes diretamente ante a futura Corte Interamericana, levando diretamente a esta casos concretos (*ius standi*), como órgão jurisdicional único do sistema interamericano de proteção do porvir. Ao alcançarmos este grau de aperfeiçoamento, requer-se, previamente, que todos os Estados da região ratifiquem a Convenção Americana e reconheçam a competência obrigatória da Corte Interamericana em matéria contenciosa, e incorporem devidamente a normativa da Convenção em seu direito interno (Cançado Trindade 2000b, 60-61).

O novo Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos traz importante alteração no que diz respeito à submissão de casos à Corte Interamericana:

8 O padrão desigual de ratificação de tratados relacionados a direitos humanos civis e políticos e a direitos humanos econômicos, sociais e culturais não se repete no sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas, embora a realização dos direitos "sociais" encontre a mesma dificuldade no plano global: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, foi ratificado por 154 Estados, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, foi ratificada por 179 Estados (em que pese toda a resistência de vários países à igualdade de gênero), a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, foi ratificada por 192 Estados, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, foi ratificada por 170 Estados, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (adotado pelas Nações Unidas no mesmo momento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos), foi ratificado por 151 Estados partes. Situação atualizada em 24 de novembro de 2004. UNITED NATIONS. Ratifications...



Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

Artigo 44. Submissão do caso à Corte:

1. Se o Estado de que se trate houver aceito a jurisdição da Corte Interamericana em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do citado instrumento, a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros [...] (OEA 1959).

Já o novo Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reformado parcialmente em 2003, trouxe importante alteração no que se refere à participação do indivíduo nos procedimentos da Corte, com algum reforço à justiciabilidade de direitos:



Em termos comparativos com o sistema europeu, a ratificação universal dos tratados internacionais de direitos humanos.

Artigo 23. Participação das supostas vítimas:

1. Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados poderão apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo.
2. Se existir pluralidade de supostas vítimas, familiares ou representantes devidamente acreditados, deverá ser designado um interveniente comum, que será o único autorizado para a apresentação de petições, argumentos e provas no curso do processo, incluídas as audiências públicas [...] (OEA 2003).

A alteração importa a possibilidade de participação autônoma das vítimas em todas as etapas do processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, diferentemente do que acontecia sob a vigência do regulamento anterior, em que essa participação apenas era possível na etapa correspondente às reparações. A esse respeito, comenta Cançado Trindade:

No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem de dar um passo de grande transcendência: com a entrada em vigor, no dia 1º de junho de 2001, de seu novo Regulamento (adotado em 24.11.2000), passa a assegurar, pela primeira vez em sua história, a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento, em denúncias – a ela enviadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Cançado Trindade 2003a,16).

A alteração proporcionada pelo novo Regulamento da Corte, entretanto, ainda é insuficiente, não representando paridade com o disposto na Convenção Européia, uma vez que continua cabendo à Comissão Interamericana a primazia do envio dos casos à Corte, razão pela qual Cançado Trindade reivindica alteração mais profunda no sistema interamericano:

Como não é razoável conceber direitos sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los, esta evolução se consolidará no dia em que se adotar – como venho sustentando há anos – um Protocolo à Convenção Americana outorgando acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana (passando, assim, do *lucus standi* ao *jus standi*) (Cançado Trindade 2003a,16).

Num outro sentido, e também

em termos comparativos com o sistema europeu, a ratificação universal dos tratados internacionais de direitos humanos na região americana é o grande desafio que se coloca para a consolidação dos mecanismos de justiciabilidade para os direitos humanos.

Enquanto no sistema europeu se pratica um regime de ratificação universal e incondicionada da Convenção Européia, no sistema interamericano a ratificação tem sido parcial (não ratificaram a Convenção Americana os Estados Unidos e o Canadá, entre outros Estados americanos)⁹ e condicionada (uma vez que os países podem se reservar o direito de ratificar a Convenção Americana e não aceitar a submissão à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

9 Também não ratificaram ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, Guiana, San Kitts e Neves, Santa Lúcia e São Vicente e Grenadines. ORGANIZATION OF THE AMERICAN STATES. Convencion...

Na medida em que se logre a 'ratificação universal' da Convenção – no âmbito do continente americano, - com a ratificação integral por todos os Estados da região – as reservas e declarações interpretativas e abarcando instrumentos e cláusulas facultativos, - estariam criadas as condições para a aplicação uniforme das mesmas normas e critérios em relação a todos aqueles Estados, o que se reverteria em prol da proteção internacional dos direitos humanos na região (Cançado Trindade 2000b, 61).

Nikken se coloca no mesmo sentido, vendo uma expressão de progressividade na participação universal dos estados da região no sistema interamericano:

Tal sobreposição [...] está destinada a desaparecer no dia em que todos os membros da OEA participem do Pacto de San José. Esse mecanismo de transição a um regime de proteção mais vigoroso, assim como a prática da Comissão, constitui em si expressões de progressividade do sistema em seu conjunto [...] (Nikken 1987, 43).

Apesar dos limites aqui revelados quanto à normatividade do sistema interamericano de direitos humanos, especialmente em comparação com o sistema europeu, é surpreendente que aquele -como ficou claro na exposição e nos comentários dos casos julgados pelas Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos- tenha conseguido produzir sentenças com uma abordagem mais claramente identificada com a proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais que o seu correspondente europeu, em que pese a grande limitação imposta pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (em sua restrição quase que exclusiva a direitos humanos civis e políticos) e pelo Protocolo de San Salvador (em sua limitação real a direitos sindicais e à educação). A nova Corte Européia de Direitos Humanos, surgida do Protocolo no. 11 à Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, embora com o grande mérito de reconhecer o acesso direto e irrestrito dos indivíduos à sua jurisdição, ainda deve às vítimas européias sentenças acordes ao disposto na Carta Social Européia.

A quantidade de casos --recebidos, processados e sentenciados-- é outro ponto distintivo entre os sistemas europeu e interamericano de direitos humanos. A nova Corte Européia passou a exercer sua competência mediante a divisão do organismo em salas (*chambers*), na perspectiva de agilizar

os procedimentos em face do volume de casos, cada vez em maior número em função da ampliação do conhecimento e do acesso ao sistema, mas também da crescente entrada de novos Estados-membros. O mais importante a destacar na alteração verificada no sistema europeu é, como visto, exatamente a prevalência da sua função contenciosa na proteção dos direitos humanos, embora o sistema continue prevendo e fazendo valer a possibilidade de solução amistosa de casos, o que em nada diminui a sua capacidade de justiciabilidade. As tabelas a seguir dão a dimensão da capacidade, em termos quantitativos, de realizar direitos humanos por meio de casos decididos pelas Cortes Européia (no ano de 2004) e Interamericana de Direitos Humanos (ao longo de sua existência).

Apesar dos limites aqui revelados quanto à normatividade do sistema interamericano de direitos humanos, especialmente em comparação com o sistema europeu, é surpreendente que aquele [...] tenha conseguido produzir sentenças com uma abordagem mais claramente identificada com a proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais que o seu correspondente europeu.



Enquanto o sistema europeu tem demonstrado a capacidade --graças à ratificação universal e incondicionada da Convenção Européia -- de sentenciar indiscriminadamente os países da região (os maiores e os menores, os mais ricos e os menos ricos, os com maior e menor significado histórico), o sistema interamericano ainda não demonstra a mesma capacidade --fato explicado pela ratificação parcial e condicionada da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁶

Importa também destacar o caráter além de obrigatório, vinculante das decisões da Corte Européia de Direitos Humanos em relação a todos os Estados-membros da Convenção Européia. Como destacado anteriormente, a grande importância das sentenças da Corte Européia de Direitos Humanos está no método de interpretação adotado, que permite amplificar suas





decisões sobre os países da região, mediante o condicionamento a modificações procedimentais e legislativas no plano nacional. Tais elementos representam a ampliação da capacidade de justiciabilidade e de cumprimento *regional* do sistema europeu, que, com efeito, é o seu ponto alto.

Casos contenciosos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos – 2004^{10 11}

País	Nº Casos	País	Nº Casos	País	Nº Casos	País	Nº Casos
Turquia	170	Romênia	19	Alemanha	06	Irlanda	02
Polónia	79	Áustria	17	Espanha	06	Estónia	01
França	74	Bélgica	15	Suécia	06	Liechtenstein	01
Itália	47	Eslováquia	14	Chipre	03	Moldova e Rússia	01
Grécia	40	Rússia	14	Dinamarca	03	Turquia e Grécia	01
Croácia	33	Ucrânia	14	Latvia	03	Andorra	01
Rep. Checa	28	Finlândia	12	Lituânia	02	Luxemburgo	01
Bulgária	26	Holanda	10	Islândia	02	Malta	01
Reino Unido	24	Moldova	09	San Marino	02	Albania	01
Hungria	21	Portugal	07	Geórgia	02		
						Total	718

Casos contenciosos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos 1980 – 2004¹²

País ^{13 14}	Nº Casos	País ^{13 14}	Nº Casos	País ^{13 14}	Nº Casos	País ^{13 14}	Nº Casos
Peru	16	Equador	04	Venezuela	02	El Salvador	01
Guatemala	09	Nicarágua	03	Chile	01	México	01
Honduras	05	Paraguai	03	Bolívia	01	Rep. Dominicana	00
Colômbia	03	Suriname	03	Panamá	01	Haiti	00
Argentina	04	Trinidad e Tobago ¹⁵	02	Costa Rica	01	Brasil	00
						Uruguai	00
						Total	60

10 Levantamento realizado pelo autor a partir de informações disponíveis na página (Council of Europe, 2004).

11 Nos anos de 2000, 2001, 2002 e 2003 a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou, respectivamente, 695 888, 844 e 703 casos (Council of Europe, 2000c; 2001b; 2002b; 2003).

12 Levantamento realizado pelo autor a partir de informações disponíveis na página: <http://www.corteidh.or.cr/paises/index.html>.

13 Estados americanos que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aceitaram a jurisdição da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

14 Anos em que os estados americanos aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos: 1980: Costa Rica; 1981: Honduras, Peru e Venezuela; 1984: Argentina e Equador; 1985: Uruguai; 1987: Guatemala e Suriname; 1990: Chile e Panamá; 1991: Nicarágua e Trinidad e Tobago; 1993: Paraguai e Bolívia; 1995: Colômbia e El Salvador; 1998: Brasil, México e Haiti; 1999: República Dominicana. <http://www.corteidh.or.cr/paises/index.html>.

15 Embora havendo ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1991, e de haver se submetido à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Trinidad e Tobago denunciou o tratado em 1998. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.

16 No sistema interamericano, apesar de o Brasil haver aceito em 1998 a cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há ainda uma sentença em relação ao país; e percebe-se uma enorme dificuldade -- imposta pelas pressões da diplomacia brasileira -- para que sejam enviados casos pela Comissão à Corte.

A base de conteúdo das sentenças das cortes europeia e interamericana de direitos humanos

Enquanto o sistema europeu funciona com base em um formato de referências comparativas entre os Estados (principalmente no que se refere às legislações nacionais) que lhe permitem alcançar avanços *progressivos*, o sistema interamericano possui um método de julgamento concentrado no caso concreto de cada país. Ao assim atuarem, as Cortes Europeia e Interamericana obedecem a definições básicas da normativa dos organismos que as comportam, que por sua vez se orientam por definições políticas.¹⁷

A preocupação do sistema europeu é claramente voltada para uma compatibilização de decisões em relação às tradições jurídicas dos países do sistema, na perspectiva de uma progressiva criação de uma tradição *européia* de proteção dos direitos humanos. A propósito da chamada *margem de apreciação* (*margin of appreciation*)¹⁸ no método adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, é significativa a compatibilização que o método promove em relação a países com *status* político, jurídico, social e cultural semelhante, com o que estaria indo além do denominado *consenso europeu*,¹⁹ mas no sentido de alcançar avanços *progressivos*, inicialmente, sub-regionais, e posteriormente, regionais.

Considerando a diferença entre os sistemas nacionais que compõem o sistema europeu de direitos humanos, poder-se-ia dizer que o método produz efeitos diferentes para os países do sistema, pelo menos num momento inicial. Se é verdade que o estudo comparativo em certos casos poderia dar lugar a uma *relativização* dos padrões internacionais *universais* de direitos humanos, como acusam alguns autores, a diferença propiciada pelo método pode ser vista como um procedimento auxiliar na realização da progressividade dos direitos humanos, progressividade essa usada em seu sentido apropriado, ou seja, na busca da ampliação da garantia de direitos, num horizonte de equiparação de todo o sistema num horizonte razoável de tempo.

A grande importância das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos está no método de interpretação adotado, que permite amplificar suas decisões sobre os países da região, mediante o condicionamento a modificações procedimentais e legislativas no plano nacional. Tais elementos representam a ampliação da capacidade de justiciabilidade e de cumprimento *regional* do sistema europeu, que, com efeito, é o seu ponto alto.

17 A respeito do sistema europeu, Carozza levanta três princípios orientadores da jurisprudência da Corte Europeia: "Em primeiro lugar, a Corte estabeleceu desde cedo que a Convenção Europeia de Direitos Humanos instituiu um sistema normativo "autônomo". Em outras palavras, embora a Convenção delinheie seu vocabulário do uso comum e das tradições constitucionais dos Estados Membros, a Corte dará a essas palavras um significado específico para a Convenção, esboçado de fontes internas ao sistema da Convenção, tais como o direito prévio da chamada common law ou o objeto e o propósito de um tratado. Em segundo lugar, a Corte explicitamente adotou uma abordagem dinâmica para a interpretação da Convenção, entendendo os termos do tratado não a partir de seu original da década de 50, mas à luz da sociedade europeia contemporânea. Em terceiro lugar, e diretamente o mais importante para nossas intenções, a Corte desenvolveu uma doutrina de auto-restrição, a 'margem de apreciação', a qual outorga aos Estados Membros avaliarem suas doutrinas de obediência, tem sido descrita como a latitude de deferência ou erro, no qual os órgãos de Estrasburgo permitirão que entidades nacionais realmente declarem a violação de uma das garantias substantivas da Convenção. A doutrina injeta demasiadamente certo grau de relatividade na aplicação das normas da Convenção e foi, por isso, considerada a pedra fundamental do respeito da Convenção pela diversidade das nações. Como qualquer conjunto de cânones interpretativos, estes três princípios [...] estão claramente em tensão um com o outro, e qualquer um tomado dentro de seus limites lógicos contradiria o outro." (Carozza 1998, 1220).

18 A margem de apreciação foi definida por Mahoney como "a linha divisória entre os poderes do estado e aqueles poderes da Corte". Numa perspectiva extremamente restritiva, Michael O'Boyle diz que "a margem de apreciação significa que a Corte deveria dar liberdade às decisões do Governo porque ele conhece a situação melhor e pode julgar aquilo que as ações requerem." (Crysler 1994).

19 "[...] a Corte procedeu de forma a comparar as leis francesas e as leis inglesas em disputa nos casos Rees e Cossey; precisamente com relação a alguns desses detalhes, ela reivindicou estar além de um consenso europeu. Na França, ao contrário da Inglaterra, a dificuldade de um transexual em mudar de nome e de documentos de identificação para refletir seu sexo aparente era tão oneroso que a requerente se encontrou 'diariamente numa situação, a qual, tomada como um todo, não era compatível com o respeito em relação a sua vida privada. Consequentemente, mesmo estando relacionada com a margem de apreciação do Estado ... houve, pois, uma violação do artigo 8.'" (Crysler 1994, 1223).





Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

De acordo com essa visão do método interpretativo da Corte Européia, haveria uma certa independência desta em relação ao conjunto das tradições nacionais --tendo em vista a incapacidade atual de compatibilizá-las todas e de uma só vez e a busca do bem comum em termos supranacionais-- e uma certa dependência em relação a componentes políticos, orientada pela busca de maior alcance futuro para suas decisões. Essa característica pode explicar a decisão de garantir ganho de causa a Lustig-Prean e Beckett²⁰ (no caso Lustig-Prean e Beckett *contra* o Reino Unido) no que se refere à indenização pela discriminação afirmada pela Corte, mas não fazê-lo no que se refere à reincorporação dos denunciante às Forças Armadas, o que equivale a um ganho relativo para os denunciante e a uma perda relativa para o Estado inglês.²¹ O método revelaria a preocupação da Corte e do sistema europeus com a capacidade de absorção das suas decisões no plano nacional, além da busca em acomodar decisões individuais na perspectiva de garantir-lhes efeitos coletivos de maior alcance num futuro próximo.

Da observação dos Almeida Garrett e Outros *contra* Portugal²² e Frylender *contra* a França,²³ parece-me evidente que eles possuem menor proximidade com os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, embora as sentenças sejam claras em querer proteger tais direitos. No caso Almeida Garrett e Outros *contra* Portugal, a sentença da Corte Européia menciona que a "obrigação que foi imposta ao Estado Português demonstrou, validamente, a restituição dos direitos civis, econômicos e sociais dos cidadãos ora requerentes", no que estaria assumindo uma perspectiva indivisível dos direitos humanos, embora não o faça referenciando-se claramente ao princípio da indivisibilidade dos direitos humanos. Já no caso Frylender *contra* a França, a sentença declara que a "decisão adotada pela Corte deve ser encarada como alusiva ao restabelecimento, ao menos parcialmente, dos direitos sócio-econômicos e culturais do trabalhador peticionário".

A pouca proximidade desses casos com os direitos humanos econômicos, sociais e culturais deve-se ao fato de

que embora o fundo da questão seja relacionado a uma questão social, é mais que tudo o elemento indenizatório que os torna dignos da referência aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. No caso Almeida Garrett e Outros *contra* Portugal, é bem verdade que as terras agrícolas objeto do litígio foram expropriadas e incorporadas ao Estado como parte da política de reforma agrária adotada pelo governo português entre os anos de 1975 e 1976. No entanto, a disputa com o governo português estava relacionada à quantia das indenizações devidas. As queixas dos requerentes não diziam respeito à perda de propriedade, mas sim à irregularidade no pagamento da indenização final. A decisão da Corte Européia, portanto, foi estrita no sentido de reconhecer a obrigação do Estado português em indenizar os cidadãos peticionários pelo longo período que passaram sem as suas terras, "arbitrariamente expropriadas."

Nos casos Almeida Garrett e Outros *contra* Portugal e Frylender *contra* a França, estamos diante de duas decisões que se valem da idéia da indivisibilidade para garantir direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais pela via do direito de acesso à justiça. O direito de acesso à justiça, numa dimensão ampla, afinal, era o que estava em disputa nos casos. Em conexão com o direito de acesso à justiça, nos dois casos mencionados, coloca-se a discussão sobre a *margin de apreciação* que os Estados possuem para determinar o que faz parte dos interesses públicos. Ao assegurar que essa *margin de apreciação* não é ilimitada, e que seu exercício está sujeito à revisão, a Corte Européia reforçou a noção de pleno acesso à justiça.

Nos casos cujos titulares principais são Almeida Garrett e Frylender, o elemento *demora excessiva* no sofrimento dos denunciante, sem que a justiça nacional fosse capaz de solucionar as questões, foi utilizado com o sentido de reparar as vítimas, ao menos no que se refere ao aspecto patrimonial. No caso Almeida Garrett e Outros *contra* Portugal, a Corte Européia sustentou que "os denunciante já tiveram que suportar uma carga demasiado excessiva, que rompeu o equilíbrio que

20 ECHR, Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1999, Applications Nos. 31417/96 and 32377/96.

21 "Enquanto uma instituição supranacional, a Corte encara uma dificuldade genuína sobre seu próprio papel. Todo o empreendimento da proteção de direitos nesta escala requer um delicado equilíbrio entre a soberania nacional e a obrigação internacional." Citando o Juiz da Corte Européia, R. St. J. Macdonald (Carozza, 1998, 1223).

22 ECHR, Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal, judgment 11 January of 2000, Applications Nos. 29813/96 and 30229/96.

23 ECHR, Case of Frylender v. France, judgment of 27 June 2000, Application no. 30979/96.

deveria existir entre o interesse público e a proteção do direito ao uso pacífico de suas propriedades". Enquanto que no caso *Frydender*, a Corte considerou, entre outros elementos, que "o prolongamento dos processos além de um tempo razoável causou dificuldades consideráveis ao denunciante, além de um longo período de incerteza, o que justificava o pagamento de uma indenização".

Ao assim proceder, a Corte estava garantindo o exercício de direitos sociais e, ao mesmo tempo, alguma proteção individual para os denunciante, numa flagrante combinação entre direitos coletivos e individuais. Embora a base legal para as decisões seja uma violação a um direito eminentemente civil (o direito a um julgamento justo), o fundo da proteção buscada é relacionado a um direito social (o direito à propriedade e o direito ao trabalho). Ao contrário de constituir esta uma prática reveladora da prevalência para os direitos humanos civis e políticos, revela-se mesmo é o reconhecimento prático do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos.

No caso *Lustig-Prean e Beckett*, diversamente, embora vejamos igualmente imbricados interesses e direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, ressaltamos o reconhecimento do direito à cultura – embora pela via da indenização por discriminação na demissão de função pública. O caráter cultural parece-me claro, também, na medida em que o alcance dos direitos vem se tornando gradativamente possível numa base de incorporação cultural da diversidade. Além das inúmeras mudanças legislativas que foram feitas no Reino Unido após 1966, a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos acelerou um processo que tem uma de suas marcas no próprio caso.

Se por um lado a referência a um período mais longo de transformações culturais pode ensejar a idéia de que a decisão da Corte apenas veio agilizar um processo iniciado há mais tempo, no contexto do direito consuetudinário britânico, por outro o fato não pode servir para retirar importância à decisão da Corte. Em *Lustig-Prean e Beckett*, também sem se referir ao princípio da indivisibilidade, a Corte parece minimizar a preocupação relacionada à violação de direitos civis e políticos, e concentrar-se sobre os aspectos sociais e culturais.

A decisão insere-se no contexto de uma série de

decisões das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos em que a base originalmente relacionada a direitos humanos civis e políticos passa a ser vista e tratada como uma oportunidade para ressaltar a dimensão relacionada a direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

A decisão insere-se no contexto de uma série de decisões das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos em que a base originalmente relacionada a direitos humanos civis e políticos passa a ser vista e tratada como uma oportunidade para ressaltar a dimensão relacionada a direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

Embora estejamos falando de métodos diferentes utilizados pelas duas cortes, são semelhantes os resultados a que chegam os dois tribunais. No caso *Baena Ricardo e Outros contra o Panamá*,²⁴ não resta dúvida de que as reivindicações dos trabalhadores ao governo panamenho eram de natureza trabalhista. Para além de determinar em que momento um direito sindical é um direito humano civil e político e em que momento é um direito humano econômico, social e cultural, a Corte acatou a idéia de que as demissões dos 270 trabalhadores estatais aconteceram em razão da organização para motivar e promover uma marcha e paralisação com vocação trabalhista e sindical e de que a deliberação do governo panamenho afetava a capacidade política de organização dos sindicatos, com o que se estava afetando também a capacidade dos trabalhadores gozarem direitos sindicais e trabalhistas numa perspectiva social. A negação do acesso à justiça aos trabalhadores para recorrer da decisão governamental implicava na "perda concreta de direitos humanos econômicos, sociais e culturais", o que equivale a dizer que os direitos humanos possuem dimensões civis, políticas, econômicas, sociais e culturais.

24 Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72.

25 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C. No. 66.



Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

No caso *Mayagna Awas Tigny contra* a Nicaraguá,²⁵ a situação social dos índios da região foi claramente reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como a de um povo tradicional marginalizado. Com a sentença, a Corte Interamericana demonstrou a capacidade de absorver aspectos importantes do direito indígena tradicional, ao mesmo tempo em que os compatibilizava com a normativa internacional regional de

No caso *Cinco Pensionistas contra* o Peru,²⁶ a Corte Interamericana considerou que o Estado violou o direito à proteção judicial em relação a direitos humanos econômicos, sociais e culturais, como poderia tê-lo feito em relação a direitos humanos civis e políticos. Afinal, não há nada que possa definir o direito de acesso à justiça como de natureza unicamente civil ou política. Ademais, a relação que a Corte Interamericana faz, no caso *Cinco Pensionistas contra* o Peru, entre os direitos à justiça e à propriedade, além de apropriada, deve ser vista como um marco na história jurisdicional internacional.



Uma última observação sobre as sentenças das duas cortes [...] revela a maior profundidade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às emitidas pela Corte Européia, o que se pode constatar da quantidade de provas colhidas e examinadas (documentos, testemunhos, perícias), da capacidade de análise das situações e inclusive da quantidade de páginas utilizadas para prolatar as sentenças.

Uma última observação sobre as sentenças das duas cortes -embora se trate, aqui, de um aspecto mais formal que de conteúdo- revela a maior profundidade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às emitidas pela Corte Européia, o que se pode constatar da quantidade de provas colhidas e examinadas (documentos, testemunhos, perícias),²⁷ da capacidade de análise das situações²⁸ e inclusive da quantidade de páginas²⁹ utilizadas para prolatar as sentenças. O pragmatismo que caracteriza o sistema europeu pode contribuir para explicar o fato, que é comentado com fortes cores por Carozza ao referir-se às características do sistema europeu e de sua Corte: "As únicas características do método comparativo da Corte, no qual virtualmente todos os comentaristas concordaram, são sua falta de profundidade, rigor, e transparência". (Carozza 1998, 1225).

proteção dos direitos humanos. Além de sua história e cultura, a legitimidade indígena para requerer a propriedade de terras ancestrais encontra-se na função social da propriedade, garantida pelas normas constitucionais contemporâneas. Estamos diante, claramente, de uma decisão com todos os elementos requeridos para entendê-la como alusiva à proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, sem que, para tanto, direitos humanos civis e políticos tenham sido desconsiderados.

Embora não concordando com as fortes cores do autor, importa ressaltar que as sentenças estudadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos são mais profundamente elaboradas que as da sua correspondente européia.

26 Corte IDH. Caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C. No. 98.

27 As sentenças estudadas da Corte Européia de Direitos Humanos não se valeram da produção de perícias nem foram feitas menções à ouvida de testemunhas, ao contrário das sentenças estudadas da Corte Interamericana. A propósito, apenas no caso *Baena Ricardo e Outros contra* o Panamá, a Corte Interamericana de Direitos Humanos colheu mais de uma centena de provas documentais e ouviu 11 testemunhas e 3 peritos.

28 As sentenças estudadas da Corte Européia de Direitos Humanos variam muito de formato e, no que se refere estritamente às análises dos casos, apresentam posições com um certo grau de generalidade, à exceção da sentença do caso *Lustig-Prean e Beckett contra* o Reino Unido, que possui maior rigor no seu embasamento. As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentam um formato padrão de apresentação e análise dos casos, valendo-se de uma estrutura que pode ser assim apresentada: 1. Introdução; 2. Procedimento perante a Comissão; 3. Procedimento perante a Corte; 4. Valoração da prova (documental, testemunhal e pericial); 5. Fatos provados; 6. Considerações de fundo; 7. Análise dos artigos da Convenção; 8. Pontos resolutivos.

29 As sentenças (de exceções preliminares, mérito e reparação) dos casos *Almeida Garrett e Outros contra* Portugal, *Frydender contra* a França e *Lustig-Prean e Beckett contra* o Reino Unido, da Corte Européia de Direitos Humanos, possuem, respectivamente, 28, 18 e 56 páginas. As sentenças (de exceções preliminares, mérito e reparação) dos casos *Baena Ricardo e Outros contra* o Panamá, *Mayagna Awas Tigny contra* a Guatemala e *Cinco Pensionistas contra* o Peru, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possuem, respectivamente, 147, 106 e 55 páginas.

A base de cumprimento das sentenças das cortes europeia e interamericana de direitos humanos

Ao ratificar tratados de proteção dos direitos humanos, os Estados se obrigam a estabelecer normas de direito interno no sentido de realizar praticamente tais direitos, assumidos em condição de compromissos internacionais em grau de primazia.³⁰ Essa condição põe em relevo a capacidade de aplicação das convenções internacionais de direitos humanos no plano interno, por meio da adoção de instrumentos e mecanismos internos com tal fim, uma vez que a inexistência de regras nesse sentido poderia desacreditar o sistema internacional (e mesmo o nacional) de proteção dos direitos humanos.^{31 32}

No âmbito do sistema europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais “não obriga meramente as autoridades mais altas dos Estados Contratantes a respeitarem por sua conta própria os direitos e liberdades que ele incorpora; conforme é mostrado no artigo 14 e no texto em inglês do artigo I (“deve assegurar”) (Janis; Kay; Bradley 2000,471) prescrevendo um mecanismo de cunho político e prático --o Comitê de Ministros--,³³ através do qual se estabelece a execução das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos, nos termos do art. 46 de dita Convenção:

Artigo 46 - Força vinculativa e execução das sentenças

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.
2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao

Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução (Gabinete 2004).

Por força do art. 46 da Convenção Europeia, o julgamento final da Corte Europeia de Direitos Humanos é transmitido ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa na perspectiva de que as sentenças daquele tribunal tenham pleno cumprimento, já que:

O dever de obedecer às decisões da Corte é uma parte essencial do esquema da Convenção. Se um Estado não deu a devida atenção a elas e permitiu que os direitos fossem abusados em larga escala, seu lugar no Conselho da Europa poderia estar em risco, uma vez que a associação a esta entidade é aberta apenas para um Estado que ‘aceita os princípios de regra de direito e do exercício do direito por todas as pessoas dentro de sua jurisdição de direitos humanos e liberdades fundamentais’. Se um Estado estivesse em séria situação de quebra de sua obrigação, ele poderia ser suspenso da associação ou forçado a retirar-se do Conselho (Janis; Kay; Bradley 2000, 485).

A seriedade com que os Estados membros do Conselho da Europa têm sido condicionados a observar as regras relacionadas ao cumprimento das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos tem feito com que as legislações nacionais sejam modificadas, políticas e práticas sejam redimensionadas e indenizações venham sendo pagas por violações a direitos humanos na busca de um padrão *europeu* de validação dos direitos humanos.³⁴ A falha em cumprir uma sentença da Corte Europeia de Direitos Humanos pode, portanto, chegar até o Comitê de Ministros, que toma as medidas necessárias a fazer com que o Estado em questão seja chamado ao cumprimento.

30 “Os Estados Partes em tratados de direitos humanos encontram-se [...] obrigados a organizar o seu ordenamento jurídico interno de modo que as supostas vítimas de violações dos direitos neles consagrados disponham de um recurso eficaz perante as instâncias nacionais” (Cançado Trindade 1993, 46). “Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.” (Piovesan 2003, 5).

31 Para alguns, “Como afirma GIARDINA, a solução do Direito Internacional tradicional é dada pela máxima, ‘a sentença internacional é juridicamente obrigatória, mas não é auto-executável’ (Ramos 2002, 313).

32 Vejamos o que dizem Janis, Kay e Bradley a esse respeito: “[...] a pergunta sobre se um tratado tem algum efeito dentro da lei nacional é uma questão governada essencialmente por uma lei constitucional do Estado em debate. Se um tratado requer efeito a lhe ser dado na lei nacional [...], tal obrigação prevalece acima de qualquer suposto obstáculo que exista na lei nacional [...]. A razão para isso é que no direito internacional, a lei nacional de um estado (a qual inclui sua lei constitucional) pode não estar embasada por aquele Estado como uma justificativa pela falha ao desempenhar suas obrigações para com o tratado (confira a Convenção de Viena sobre Tratados, Artigo 27)” (Janis; Kay; Bradley 2000, 468).

33 Sobre o Comitê de Ministros: “O Comitê de Ministros do Conselho da Europa é um órgão instituído pelo Estatuto do Conselho da Europa (art. 14), que reúne os ministros de Relações Exteriores --ou seus delegados-- dos Estados Membros de dito Conselho. [...] o Protocolo 11 reduziu as facultades do Comitê de Ministros a uma das duas que antes possuía: a supervisão da execução das sentenças definitivas da Corte” (República Argentina 1999, 120).





Perspectiva comparada da proteção Dos Direitos Humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

O Comitê dos Ministros do Conselho da Europa é responsável pela vigilância da boa execução das sentenças, convidando, portanto, o Estado condenado a informar-lhe sobre as medidas tomadas a fim de conformar-se à sentença, indo igualmente proceder a uma verificação efetiva das informações dadas. Se o Estado condenado não responde, o processo tem nova entrada de seis em seis meses na ordem de trabalhos do Comitê. O poder deste é, contudo, apenas simbólico, podendo no máximo adotar as resoluções que incitam o Estado, ficando em falta a conformação às conclusões da sentença (Vincent 2000-3,461).

A propósito, Andriantsimbazovina (1998) refere-se a um processo de *"européanisation"*³⁵ movido pelo sentido de *"ordre public"* relacionado à proteção dos direitos humanos perseguido pelo Conselho da Europa, na qualidade de organização comunitária que busca estabelecer um padrão democrático nunca antes vivenciado na região.³⁶ Enquanto tal, a capacidade de cumprimento das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos mantém estreita correlação com a organização comunitária construída nos últimos cinquenta anos na perspectiva de superar as atrocidades cometidas nas duas guerras do século XX e de sedimentar valores compatíveis com o pleno respeito à dignidade humana, como condição para o progresso sustentável.

No campo específico do condicionamento à alteração da legislação, um bom exemplo da ação do Comitê de Ministros é dado pela nova lei de direitos humanos do Reino Unido (*Human Rights Act*), de 1998, por meio de cujo instrumento os direitos da Convenção Europeia passaram a ter efeito *"for the purpose of this Act"*. Trata-se, aqui, de uma incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos em que é clara a

intenção do Estado manter e marcar sua soberania, mas em que também não há como negar que a lei buscou se conformar aos termos do tratado de direitos humanos.³⁷

O pragmatismo que caracteriza o sistema europeu "levaria à busca de uma harmonização de fato das jurisprudências nacionais e supranacionais: as cortes nacionais deveriam sempre inspirar-se nos pronunciamentos da Corte de Estrasburgo, em matéria de direitos fundamentais. E isto vem sendo realizado por boa parte das cortes nacionais em sua praxe cotidiana" (Salvia 2002, 251).

Solução de natureza política, como o Comitê de Ministros, não encontra respaldo no sistema interamericano de direitos humanos, cuja Convenção Americana sobre Direitos Humanos: não conta com mecanismo semelhante, - dispõe que a parte das sentenças da Corte Interamericana atinente a indenizações pode ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (artigo 68(2)). Acrescenta a Convenção Americana que os Estados Partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte Interamericana em todo caso contencioso em que sejam partes (artigo 68(1) da Convenção) (Cançado Trindade 1999, 181).

No sistema interamericano de direitos humanos, é à própria Corte Interamericana que é confiada a tarefa de supervisionar o cumprimento de suas decisões.³⁸

Em perspectiva comparada, a regra estabelecida pelo sistema europeu de direitos humanos demonstra estarem os Estados muito predispostos a incorporar as decisões da Corte Europeia, tanto em razão da história do continente, das condições de ratificação universal do sistema, como pelo

34 "[...] sobretudo, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e a praxe do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em matéria de execução de sentenças prolatadas pela Corte, haviam alcançado um tamanho grau de precisão e de concretude que eram capazes de convencer os Estados a incorporar cada vez mais as normas da CEDH, mesmo através de modificações constitucionais, atribuindo às suas disposições um *status* superior ao de leis ordinárias" (Salvia 2002, 250).

35 O autor faz importante menção à execução da sentença em caso relacionado à Grécia: "Esta sentença é de tal forma tão mais importante que permitiu à Corte Europeia de Direitos Humanos condenar a Grécia por inexecução durante mais de cinco anos de uma sentença por descumprimento pronunciado pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia na sentença de 15 de Março de 1989" (Andriantsimbazovina 1998, 3).

36 "O Conselho da Europa, desde o início, quer ser a consciência, mesmo crítica, de todas as democracias europeias, o que significa, hoje, todos os Estados que têm em comum a civilidade europeia e que compartilham seus valores essenciais. A finalidade do Conselho da Europa é [...] alcançar uma *união sempre mais estreita* entre seus membros, para salvaguardar e promover os ideais e princípios que constituem seu patrimônio comum" (Salvia 2002, 245).

37 "A lei atua de forma a organizar os propósitos aos quais os direitos da Convenção têm efeito, como eles devem ser reconhecidos e obrigados pelas cortes, tribunais e autoridades públicas, e os métodos pelos quais aqueles que podem ser vítimas de quebra desses direitos podem ter a questão decidida por tribunais nacionais e rendição segura. [...] A partir do ponto de vista de trazer a lei nacional para dentro da conformidade com os direitos da Convenção, a lei, de fato, segue um longo caminho, apesar de a política que a fundamenta destaque a necessidade de manter a 'soberania' da legislação nacional" (Janis; Kay; Bradley 2000, 502-503).

pragmatismo que o caracteriza. Esses elementos, juntos, parecem contribuir significativamente para que os Estados europeus exerçam um controle maior entre si mesmos a respeito do cumprimento das sentenças da Corte Européia, o que termina por fortalecer o próprio sistema.

O caso Lustig-Prean e Beckett *contra* o Reino Unido ilustra bem a capacidade de cumprimento das decisões da Corte Européia. Embora a sentença não tenha autorizado as vítimas a reingressarem nas Forças Armadas, os esforços do Comitê de Ministros resultaram em procedimentos nacionais de alcance mais amplo do ponto de vista de evitar a repetição da discriminação contra homossexuais nas corporações militares britânicas. A atual *homepage* do das Forças Armadas Britânicas faz uma clara alusão à Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act*), de 1998, por meio da qual o Reino Unido vem promovendo uma série de mudanças no que diz respeito ao tratamento da questão, com efeitos inclusive sobre a vida militar --e em particular o seu sistema disciplinar-- de modo a compatibilizar-se com a Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais:

A lei de Direitos Humanos (ADH) de 1998 é uma das peças mais importantes da legislação constitucional a ser decretada no Reino Unido. Ela incorpora na legislação nacional aquelas partes da Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) que se referem aos direitos individuais e responsabilidades. É uma cláusula da lei que todas as autoridades públicas (dentre a quais se incluem as Forças Armadas) devam agir compativelmente com os artigos da Convenção. Como consequência da Lei das Forças Armadas de 1996, que introduziu reformas no

sistema de Prisão e Negociação Sumária, os procedimentos disciplinares das Forças Armadas estão obedecendo à Lei.³⁹

A França também não tem resistido ao condicionamento proporcionado pelo Comitê de Ministros no sentido de se adequar à Convenção Européia de Direitos Humanos, mediante a adoção de importantes alterações legislativas, como comenta Sudre em relação a uma série de casos julgados pela Corte Européia de Direitos Humanos:

As sentenças Huvig e Kruslin de 24 de Abril de 1990 [...], sancionando a violação do artigo 8 devido a escutas telefônicas judiciais, advém diretamente da lei de 10 de Julho de 1991 relativa ao segredo das correspondências emitidas através das telecomunicações [...] como a sentença Hentrich de 22 setembro de 1994 [...] o leste da ab-rogação, a lei de finanças No. 96/1181 para 1997 (artigos 113), do direito de direito de preferência fiscal previsto pelo artigo 18 do livro dos procedimentos fiscais [...]. Do mesmo modo, as sentenças B e Beldjoudi, de 25 e 26 de Março de 1992 [...], respectivamente coagiram o Tribunal de cassação; e o Conselho de Estado abandonou sua jurisprudência anterior relativa à recusa de modificar o estado civil do transexual [...] e à recusa de controlar uma medida de expulsão de um estrangeiro em relação ao direito ao respeito da vida familiar garantido pelo artigo 8 CEDH [...] muito semelhante à sentença Malige [...] que levou o Conselho de Estado a admitir que a sanção da retirada de pontos da carteira de motorista era uma sanção 'penal' no sentido do artigo 6 da Convenção [...]. É igualmente relevante que o governo francês leve ao conhecimento do Comitê de Ministros, no âmbito do controle da execução dos acordos do



38 Eis a regra do art. 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentença contra o Estado". Na visão de Ramos, a segunda regra do artigo 68.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é inovação do sistema interamericano: "Consiste na menção da utilização das regras internas de execução de sentenças nacionais contra o Estado para a execução da parte indenizatória da sentença da Corte. Com isso, a execução de uma sentença que fixe uma indenização compensatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser efetuada de acordo com as regras locais de execução de sentenças contra o Estado. [...] observa-se que a previsão de executividade interna da sentença internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos refere-se somente e tão somente à parte que disponha da 'indenização compensatória' a que faz referência o citado artigo. Para tal parte pecuniária deve a sentença ser executada como se executa sentença contra o Estado no foro interno. Todavia, como já vimos, a reparação em sentido amplo pode ser concretizada sob várias espécies, sendo a indenização apenas uma delas. Logo, as outras medidas reparatórias não pecuniárias dependerão exclusivamente dos mecanismos internos, sendo a sentença internacional meramente declaratória" (Ramos 2002, 330-331).

39 A *homepage* das Forças Armadas britânicas apresenta a Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais como "um dos mais recentes e mais importantes tratados adotados pelo Conselho da Europa, um grupo de nações convidadas pelo Sir Winston Churchill caminharem juntas após a Segunda Guerra Mundial no sentido de eliminarem as atrocidades e os atos de crueldade", ressalta a possibilidade de qualquer britânico recorrer à Corte para reivindicar seus direitos, e elenca os principais artigos da Convenção. <http://www.army.mod.uk/servingsoldier/usefulinfo/humanrts/ss_hrpers_humanrts_gen_w.html>. Acesso em: 5. dez. 2004. Significativa e surpreendentemente, do ponto de vista do caso Lustig-Prean e Beckett *contra* o Reino Unido, comentado neste trabalho, atualmente as Forças Armadas britânicas, em página direcionada aos novos recrutas, com informações sobre serviços os comunitários locais, apresenta contato telefônico para quem precise de apoio ou informação sobre homossexualidade. "Lesbian and Gay Switchboard. For anyone who need support or information about homosexuality 020 7837 7324" <http://www.army.mod.uk/soldierwelfare/supportagencies/aws/communityguides/sw_sa_aws_cg_helpline_civ_w.html>. Acesso em: 5. dez. 2004.



Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

Tribunal, que a reforma do Código de Processo Penal levaria em consideração a sentença Delta de 19 de Dezembro de 1990 [...] ou que a sentença Éditions Péricope de 26 de março de 1992 [...] tivesse feito objeto de uma 'difusão muito grande'... para evitar a repetição no futuro da violação constatada na categoria' [...] (Sudre 2000, 63).

Merece igualmente registro a intervenção do Comitê de Ministros no caso do Partido Socialista e Outros contra a Turquia,⁴⁰ em que foram adotadas medidas tendentes a garantir a plena observância da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em julgamento que condenou a dissolução do partido por violação ao art. 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁴¹

Os estados europeus assim procedem em razão do compromisso com um processo de participação no sistema internacional que os faz cúmplices da construção de novas bases de relacionamento entre eles, afinal

[...] as modificações que alteraram a configuração da ordem internacional não podem ser ignoradas, sobretudo diante de realidades que afetam o Estado, não mais autárquico e isolado, mas participante ativo dessa ordem, não lhe sendo dado, portanto, apegar-se a posições e conceitos ultrapassados e incompatíveis com os interesses do país no exterior (Magaalhães 2000, 25).

Por outros caminhos segue o sistema interamericano, que, além de não contar com um Comitê de Ministros, pretende tornar eficazes as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos com base na emissão de resoluções da própria Corte, orientadas pelo art. 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acima citado, e considerando "que é uma faculdade inerente às funções jurisdicionais da Corte a supervisão do cumprimento de suas decisões".⁴²

Desde 2002, ano em que a Corte Interamericana passou a adotar como regra o mecanismo destinado a garantir o cumprimento de suas decisões, foram emitidas 38 resoluções, nas quais, invariavelmente, a Corte chama a atenção dos Estados Partes para a regra do art. 68 da Convenção Americana em torno da obrigação de cumprimento de suas decisões e para o caráter "definitivo e inapelável da sentença da Corte", nos termos do art. 67 da Convenção. A base legal para a emissão de resoluções relacionadas ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana encontra-se também nos artigos 62.1, 62.3,⁴³ 65 e 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 25.1⁴⁴ e 30⁴⁵ do seu Estatuto e 29.2⁴⁶ de seu Regulamento. Destaque-se, a propósito, o art. 65 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece a apresentação de casos de descumprimento das decisões da Corte à Assembléia

40 ECHR, *Case of socialist party of Turkey (STP) and Others v. Turkey*, judgment 12 of November 2003, Application No. 26482/95.

41 Na sentença sobre o Partido socialista e outros contra a Turquia de 25 de Maio de 1998, o Tribunal tinha condenado as dissoluções deste partido - pronunciadas devido a certas declarações feitas por um dos requerentes, o presidente do partido, o Sr. Perinçek - por violação do artigo 11 da Convenção. O governo procedeu aqui, no prazo fixado, ao pagamento do equitativo concedido pelo Tribunal. No entanto, em 8 de Julho de 1998 - ou seja, subsequentemente à sentença do *Judas de Estrasburgo* -, o Tribunal de cassação turco confirmou a condenação penal do Sr. Perinçek pelo Tribunal de segurança do Estado de Ancara em 1996 em virtude do qual a sanção de dissolução do partido provocava igualmente uma responsabilidade penal pessoal. Esta comportava uma pena de prisão de 14 meses que o interessado começou a pagar no dia 29 de Setembro de 1998. 5 meses após a sentença da Corte Europeia de Direitos Humanos que lhe dava razão! Além disso, o requerente via-se privado de qualquer tipo de direitos civis e políticos. No dia 4 de Março de 1999, o Comitê adotou uma resolução temporária na qual 'ele insiste na obrigação de que a Turquia tem, em virtude do artigo 53 da Convenção, que apagar, sem atraso, através da ação das autoridades turcas competentes, todas as conseqüências da condenação penal do dia 8 de Julho de 1998. Pedido confirmado numa segunda resolução de 28 de Julho de 1999, que retém ainda toda a atenção da Assembléia parlamentar. Finalmente, o governo turco tinha comunicado que 'ele devia estudar as alterações a serem introduzidas no código de processo penal para que fosse juridicamente possível reabrir um procedimento, de rever decisões resultadas em última instância e enfraquecer decisões de justiça para levar em consideração as sentenças da Corte Europeia. Por outro lado, ele 'avalia' os meios administrativos e jurídicos que permitiriam restabelecer o Sr. Perinçek nos seus direitos civis e políticos (Cohen-Jonathan 2000, 134-135).

42 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Peru*. Cumplimiento de Sentencia. Corte IDH, 2003.

43 Diz o artigo 62 da Convenção Americana: "Artigo 62: 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão...

44 Diz o art. 25.1 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos: "Artigo 25 - Regulamento e Normas de Procedimento: 1. A Corte decidirá sobre suas normas processuais [...]". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Estatuto...

Geral da Organização dos Estados Americanos, revelando um mecanismo político de constrangimento dos Estados que venham a descumprir suas sentenças.⁴⁷

Destaque-se, aqui, a resolução adotada em novembro de 2004 em relação ao cumprimento da sentença de mérito, reparação e custas, de 28 de fevereiro de 2003, sobre o caso Cinco Pensionistas *contra* o Peru. Após um ano da emissão da sentença condenando o Peru a indenizar os cinco pensionistas, sem que o Estado peruano tenha prestado contas a respeito do cumprimento da obrigação de reparar, a Corte Interamericana emitiu resolução no sentido de:

1. Solicitar ao Estado que apresente um relatório sobre o cumprimento da Sentença de fundo, reparações e custas de 28 de fevereiro de 2003, o mais tardar em 31 de janeiro de 2005.
2. Solicitar aos representantes das vítimas e seus familiares e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresentem suas observações ao relatório do Estado mencionado no ponto resolutivo anterior no prazo de quatro e seis semanas, respectivamente, contado a partir de seu recebimento.
3. Continuar supervisionando o cumprimento da Sentença de fundo, reparações e custas de 28 de fevereiro de 2003.
4. Notificar a presente Resolução ao Estado, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos representantes das vítimas e seus familiares.⁴⁸

Já no caso Baena Ricardo e Outros *contra* o Panamá, a Corte Interamericana emitiu, em 22 de novembro de 2002, uma longa resolução em que exorta o Estado panamenho a cumprir imediatamente a sentença correspondente ao caso, de 2 de fevereiro de 2001.⁴⁹

Em perspectiva comparada, os mecanismos previstos no sistema interamericano -resoluções da Corte, em conjunção com o envio de casos de descumprimento de suas sentenças à Assembleia Geral da OEA- podem ser vistos como insuficientes em sua capacidade de condicionar os Estados a incorporarem o conteúdo das sentenças, considerando que as resoluções da Corte Interamericana podem esbarrar na falta de vontade dos Estados em cumprir as sentenças e que a Assembleia Geral da OEA ainda não desenvolveu a capacidade de seguimento que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa demonstra possuir. Apesar disso, sobressai o fato de que “felizmente, até o presente, a quase totalidade de nossas 80 sentenças (sobre exceções preliminares, mérito e reparações) tem sido cumprida”. (FASE 2002, 49). Para que o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos não dependa da ‘boa vontade’ dos Estados, “cabe dotá-los de mecanismos de direito interno para assegurar, em base permanente, a fiel execução das sentenças internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos”. (FASE 2002, 49). Este é um desafio que ainda se encontra em aberto no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.⁵⁰

Em termos conclusivos, pode-se dizer que a comparação entre os sistemas europeu e interamericano de direitos humanos não permite afirmar a existência de um melhor que o outro. Ambos os sistemas dão as respostas possíveis aos Estados-membros e aos nacionais desses Estados que o momento permite, considerando seu acúmulo histórico, jurídico, social e cultural.



45 Declara o art. 30 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Artigo 30 - Informe à Assembleia Geral da OEA - A Corte submeterá à Assembleia Geral da OEA, a cada período ordinário de sessões, um informe sobre seu trabalho no ano anterior. Assinalará os casos em que um Estado não haja dado cumprimento a suas decisões. Poderá também submeter à Assembleia Geral da OEA propostas ou recomendações para o aperfeiçoamento do sistema interamericano de direitos humanos, no que se refere ao trabalho da Corte”. Id.

46 Diz o art. 29 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “1. As sentenças e resoluções que ponham fim ao processo são de competência exclusiva da Corte. 2. As demais resoluções serão ditadas pela Corte, se estiver reunida ou, se não o estiver, pelo Presidente, salvo disposição do contrário. Toda decisão do Presidente, que não seja de simples trâmite, é recorrível perante a Corte. 3. Contra as sentenças e resoluções da Corte não procede nenhum meio de impugnação”. Id.

47 Artigo 65: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS”. Comissão...

48 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Supervisión...



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andriantsimbazovina, Joël, "La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue des Affaires Européennes* No.1-2 (1998).

British Army. Soldier Welfare & Family. Disponível em:
<http://www.army.mod.uk/soldierwelfare/supportagencies/aws/communityguides/sw_sa_aws_cg_helpline_civ_w.html>.
Acesso em: 5. dez. 2004.

_____. Serving Soldier. Disponível em: <http://www.army.mod.uk/servingsoldier/usefulinfo/humanrts/ss_hrpers_humanrts_gen_w.html>. Acesso em: 5. dez. 2004.

Cançado Trindade, Antônio Augusto (Pref.), "O Acesso Direto dos Indivíduos à Justiça Internacional", In: Lima Jr., Jayme Benvenuto (Org.), *Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*, Loyola, São Paulo, 2003a, 2. ed.

_____, "A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 59. n. 104/106, Rio de Janeiro 1996a.

-
- 49 Os pontos resolutivos destacam: "1. Que o Estado deverá determinar de novo, de acordo com o direito interno aplicável, as quantidades específicas correspondentes aos salários retirados e demais direitos trabalhistas de cada uma das 270 vítimas, sem excluir nenhuma delas. Esta nova determinação deverá se realizar observando as garantias do devido processo e segundo a legislação aplicável a cada vítima, de maneira que possam apresentar suas alegações e provas e se lhes informe sobre os parâmetros e legislação utilizados pelo Estado para realizar os cálculos. 2. Que o trâmite para a execução do disposto no ponto resolutivo sétimo da sentença de 2 de fevereiro de 2001 deverá se realizar observando as garantias do devido processo e segundo a legislação aplicável a cada vítima, de maneira que possam apresentar suas alegações e provas e se lhes informe os parâmetros e legislação utilizados pelo Estado. 3. Que o pagamento das indenizações compensatórias ordenado a favor das 270 vítimas ou seus beneficiários não pode ser agravado pelo Estado com tributo algum existente ou que possa existir no futuro, inclusive o imposto de renda. 4. Que o Estado deverá pagar os juros de mora gerados durante o tempo em que incorreu em mora a respeito do pagamento das indenizações a título de dano moral. 5. Que os documentos assinados por algumas vítimas ou seus beneficiários como requisito para receber o pagamento pelos montantes indenizatórios dispostos no ponto resolutivo sexto que foram calculados pelo Estado são válidos unicamente quando reconhecem o pagamento da quantidade de dinheiro que neles se estipula. Carecem de validade as renúncias feitas com o sentido de que as vítimas ou seus beneficiários ficassem satisfeitos com o pagamento, pelo que tais renúncias não impedem a possibilidade de que as vítimas ou seus beneficiários apresentem reclamações e comprovem que o Estado devia lhes pagar uma quantidade diferente pelos salários retirados e demais direitos trabalhistas que lhes correspondem. 6. Que as quantidades de dinheiro que o Estado supostamente pagou por meio de cheques a 195 vítimas pelos montantes calculados por este a título de salários retirados e demais direitos trabalhistas serão consideradas por este Tribunal como um adiantamento da totalidade da reparação pecuniária devida, para o que deve apresentar à Corte cópia dos documentos que comprovam a entrega dos cheques. 7. Que o Estado tem cumprido com a obrigação de pagar ao conjunto das 270 vítimas a quantia de US\$100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América) como reintegração de gastos e a quantia de US\$20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) como reintegração de custas. 8. Que, com o objetivo de reintegrar as quantidades pagas pelo Estado a título de custas e gastos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá considerar os gastos de todas as vítimas e seus representantes e tomar em conta que nem todas estas se encontram representadas pelo CEJIL. 9. Que o Estado deverá entregar os cheques a título de dano moral quando as autoridades competentes determinarem quem são os beneficiários das vítimas falecidas que falta reparar, e deverá pagar os montantes correspondentes aos juros de mora gerados por haver pago depois de vencido o prazo de 90 dias. 10. Que o Estado deverá apresentar um relatório detalhado à Corte, o mais tardar no dia 30 de junho de 2003, no qual remeta cópia dos documentos assinados por algumas das vítimas ou seus beneficiários e indique todos os avanços no cumprimento das reparações ordenadas por esta Corte. 11. Que as vítimas ou seus representantes legais e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverão apresentar suas observações ao relatório do Estado dentro de um prazo de três meses contado a partir de seu recebimento. 12. Que continuará supervisionando o cumprimento integral da sentença de 2 de fevereiro de 2001 e só depois de seu cabal cumprimento dará por concluído o caso. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de Noviembre de 2002". Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Cumplimiento de Sentencia del 22 de Noviembre de 2002.
- 50 "[...] o aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, através de sua judicialização, requer dos Estados que criem mecanismos internos capazes de implementarem as decisões internacionais no âmbito interno. Os Estados devem garantir o integral cumprimento das decisões internacionais, sendo inadmissível sua indiferença e silêncio, sob pena de afronta ao princípio da boa fé. Importa frisar que os parâmetros consagrados na ordem internacional, no campo dos direitos humanos, são parâmetros protetivos mínimos, livremente acolhidos pelo Estado, quando da incorporação de instrumentos internacionais, no pleno exercício de sua própria soberania". (Piovesan 2003, 8).



_____, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, Fundação Universidade de Brasília (Edições Humanidades), Brasília, 1998.

_____, "O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção", In: *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. Superior Tribunal de Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, Brasília, 2000b.

_____, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. 2. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1999.

_____, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. 3. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 2003b.

Carozza, Paolo G., "Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 5, (1998).

Cohen-Jonathan, Gérard, "Quelques Considérations sur la Réparation accordée aux Victimes d'une Violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", In: *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant 2000.

Council of Europe. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: CETS No.: 005. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, Complete list of the Council of Europe's treaties. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, *European Social Charter. Collected Texts*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2002. 3. ed.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos Internacionales. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/afines/interamericano.html>>. Acesso em: 5. dez. 2004.

_____, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cumplimientos/index.html>>. Acesso em: 5. dez. 2004.

_____, Jurisprudencia por país. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/paises/index.html>>. Acesso em: 5. dez. 2004.

_____, Casos contenciosos. 1987-2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_66_esp.pdf>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_61_esp.pdf>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá). Sentencia 2 de febrero de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_72_esp.pdf>. Acesso em: 3. dez. 2004.



Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

_____, Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá). Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cumpli_pdf/baena_22_11_02.pdf>. Acesso em: 5. dez. 2004.

_____, Caso Cinco Pensionista vs. Perú. Sentencia 28 de febrero de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriepdf/seriec_98_esp.pdf>. Acesso em: 3. dez. 2004.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www2.idh.org.br/casdh.htm>. Acesso em: 3. dez. 2004.

Council of Europe, European Court of Human Rights. Dates of Entry Into Force. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/DatesOfRatifications.html>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

_____, European Court of Human Rights. Survey of activities 2001. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/2001SURVEY\(COURT\).pdf](http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/2001SURVEY(COURT).pdf)>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, European Court of Human Rights. Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal. 2000a. Disponível em: <<http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2000/2.html>>. Acesso em: 3. dez. 2004..

_____, European Court of Human Rights. Case of Frydlender v. France . 2000b. Disponível em: <<http://www.hri.ca/fortherecord2000/euro2000/documentation/judgments/applno30979-96.htm>>. Acesso em: 3. dez. 2004..

_____, European Court of Human Rights. Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom. 1999. Disponível em: <<http://www.steff.suite.dk/lustig-prean.htm>>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, European Court of Human Rights. Subject-Matter of Judgments Delivered by the Court in 2004. 2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2004TABLE.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

_____, European Court of Human Rights. Subject-Matter of Judgments Delivered by the Court in 2003. 2003. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2003TABLE.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

_____, European Court of Human Rights. Subject-Matter of Judgments Delivered by the Court in 2002. 2002b. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2002TABLE.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

_____, European Court of Human Rights. Subject-Matter of Judgments Delivered by the Court in 2001. 2001b. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2001TABLE.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

_____, European Court of Human Rights. Subject-Matter of Judgments Delivered by the Court in 2000. 2000c. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2000TABLE.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

Crysler, Edward, "Brannigan and McBride v. UK: A New Direction on Article 15 Deregations under the European Convention on Human Rights?", In: *Revue Belge de Droit International* 2 (1994).

FASE, "Entrevista com Antônio Augusto Cançado Trindade", *Revista Proposta*, v. 31, n.92, Rio de Janeiro 2002.



Gabinete de Documentação e Direito Comparado, *Direitos Humanos: instrumentos e textos regionais*. Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (Modificada nos termos das disposições do Protocolo nº11). Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 3. dez. 2004.

Janis, Mark; Kay, Richard; Bradley, Anthony, *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 2. ed.

Nações Unidas. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>> . Acesso em: 3. dez. 2004.

Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humano*. Editorial Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1987.

Organização dos Estados Americanos. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Adotada pelo mandato em 1959, 5ª Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores. Santiago, Chile. Disponível em: < <http://www.cidh.org/Basicos/Base10.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

_____, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 19 de novembro de 1999. Caso Villagrán Morales e Outros (Caso de los "Niños de la Calle").

_____, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Documentos Básicos em Matérias de Direitos Humanos no Sistema Interamericano. 2003. Disponível em: <<http://www.cidh.org/base.htm>>. Acesso em: 3. dez. 2004.

_____, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos: (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: < <http://www.cidh.org/Basicos/Base3.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

Organization of the American States, *Convencion Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso em: 5 dez. 2004.

Piovesan, Flávia, *Implementação das Obrigações, Standards e Parâmetros Internacionais de Direitos Humanos no Âmbito Intergovernamental e Federativo*, 2003 (texto digitado).

Ramos, André de Carvalho, *Processo Internacional de Direitos Humanos*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

República Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Investigaciones*, v.3 n.1 (1999).

Salvia, Michele de, "A Convenção Europeia dos Direitos Humanos: elemento da ordem constitucional da Europa", In: Piovesan, Flávia (Org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, São Paulo, 2002.



Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade

Scheinin, Martin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", In: Eide, Asbjorn; Krause, Catarina; Rosas, Alan (Ed.). *Economic, Social and Cultural Rights; a Textbook*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

Sudre, Frédéric, *La Convention Européenne des Droits de L'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990.

_____, *Le Contrôle Jurisdictionnel des Droits de l'Homme : le modèle européen. In Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000.

United Nations. Office of the High Commissioner for Human Rights. Ratifications and Reservations. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/index.htm>>. Acesso em: 5. dez. 2004.

Vincent, Philippe, "La nouvelle procédure devant la cour européenne des droit de l'homme", In: *Actualites du Droit*. Université de Liège, Liège, 2000-3.

Towards global responsibility for human rights protection: A sketch of international legal developments*

Helen Duffy**

This article followed the progress of different international instruments, such as the ILC Articles, which establish the basis for international state responsibility for violations of human rights. The notion of collective responsibility is a key concept in order to assure the respect of human rights. In the emergence of a violation in the international arena, any states should react accordingly to protect human rights. States' responses include legal and diplomatic tools, as well as economic, political or even military means. Regardless of the measure adopted by each state, they all have in common the obligation to preserve human rights. Thus, states that are not directly involved, named "third states", have the responsibility to protect human rights and to act in order to prevent future violations. This article highlights a state's responsibility through three crucial actions: "react" to existing atrocities, "prevent" future crisis, and "rebuild" humanitarian protection.

Key words: *Erga Omnes* Obligations; International Law; Human Rights; *Jus Cogens*; ILC Articles on State Responsibility; Community Interest; Cooperation; Human Rights Violations; Peremptory Norms; International Legal Order.

Introduction

Recent decades have brought vast and rapid development in our understanding of human rights law as comprising positive obligations on states to prevent human rights violations, whether by their own agents or private actors. Generally, such state responsibility for human rights protection -under the various human rights treaty systems- extends to persons within the state's territory or jurisdiction.

This short contribution will highlight developments elsewhere in international law that are in line with but go beyond these developments in human rights law itself. They indicate the responsibility of third states in the face of serious human rights violations, irrespective of where or at whose hand the violations

occur. Various developments, taken together, suggest that at least as regards certain very egregious violations of the obligations to protect human rights, all states have an interest -and in certain circumstances an obligation- to act to prevent and to stop such violations wherever they arise. As such, these developments go significantly beyond the scope of human rights law, towards an emerging community responsibility that may be critical to the protection of human rights in the 21st century.

Before exploring recent developments, it is worthy of note that the principle that the protection of certain fundamental human rights is a concern of the international community as a whole is not new. The notion of such obligations being owed *erga omnes* -to the international community as a whole rather than to any particular state(s)- was established by the International Court of Justice in the *Barcelona Traction* case of 1970:

* This article was previously published in *Interights Bulletin*, 15, 3, 2006.

** Legal Director of Interights. The International Centre for the Legal Protection of Human Rights. hduffy@interights.org.



an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.¹



Various developments, taken together, suggest that at least as regards certain very egregious violations of the obligations to protect human rights, all states have an interest -and in certain circumstances an obligation- to act to prevent and to stop such violations wherever they arise.

The Court observed that obligations falling within this category include “the principles and rules concerning the basic rights of the human person...”²

Likewise, it is now well-established that certain human rights protections, for example freedom from torture, slavery and violations of most other core non-derogable human rights, as well as the basic rules of humanitarian law or the rules relating to the use of force, are peremptory norms of general international law (or *jus cogens*),³ which enjoy a special hierarchical status

Towards global responsibility for human rights protection: A sketch of international legal developments

among norms and from which there can be no derogation or exception.⁴ The focus of this article is however on the *consequences* of breaches of norms enjoying this special status, and the responsibility that all states share by virtue of the nature of the wrong committed, irrespective of the fact that it arises outside their own jurisdiction and at the hand of other states.

ILC articles on state responsibility

The starting point for the analysis of developments in this field lies with the Articles on State Responsibility (“the ILC Articles”), adopted by the International Law Commission in 2001.⁵ The ILC Articles outline the lawful consequences of international wrongful acts for wrong-doing states, and for other states –both those directly affected and all other states. While the ILC Articles have been much discussed by international scholars, it may be that their full significance for human rights practitioners is only beginning to be appreciated.

The ILC Articles provide that where an international wrongful act occurs, a state affected by it may take measures to protect its interest, including measures that would otherwise be unlawful.⁶ They also provide that where “the obligation breached is owed to the international community as a whole,”⁷ states not directly affected may have interests that are triggered. At a minimum, they can ask for cessation of the wrongful conduct, for assurances and guarantees of non-repetition and for performance

1 *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase, ICJ Reports 1970*, p. 3, at p. 32, para. 33.

2 *Ibid.*, at p. 32, para. 34, emphasis added. Subsequent ICJ cases have addressed issues such as self determination, the prevention of genocide and fundamental principles of IHL as giving rise to *erga omnes* obligations: see *East Timor (Portugal v. Australia)*, *ICJ Reports 1995*, p. 90 at p. 102, para. 29; *Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, ICJ Reports 1996*, p. 595 at 616, para. 31; *Legality of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004*, p. 136, at pp. 199-200, paras 156-158; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Judgment of 3 February 2006*, para. 64.

3 ILC’s Commentaries to Articles on State Responsibility, Commentary to Article 40(3) describes peremptory norms as ‘rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and to their people and *the most basic human values*.’ It goes on to refer to the prohibitions of genocide, slavery, apartheid, racial discrimination, torture and cruel and inhuman treatment as examples of peremptory norms. See also Human Rights Committee, *General Comment No. 29: Derogations during a state of emergency (Article 4)* [2001], UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 (2003) at 186, para. 11.

4 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 53: “For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.” See also *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996*, p. 226 at p. 257, para. 79.

5 International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Report of the International Law Commission on the work of its 53rd Session, UN doc. A/56/10 (2001), Ch. IV.

6 See ILC’s Introductory Commentary to Part Three, Chapter II, para. 1, defining countermeasures.

7 ILC Articles, Article 48(1)(b).

of the obligation of reparation (in the interest of the injured state or the beneficiaries of the obligation).⁸

But the ILC Articles go further still. They make clear that if the internationally wrongful act amounts to a serious (“gross or systematic”) breach of obligations under peremptory norms⁹ states are not only entitled, but may be *obliged*, to react.¹⁰ The secondary obligations arising where there is a serious breach of core human rights norms include the obligation not to recognize (in law or otherwise) situations resulting from the breach, not to render aid or assist in maintaining any such situation, and to cooperate with other states to bring to an end any such breach. The Articles thus reflect negative duties of restraint (non-recognition and not aiding or assisting), as well as a legal requirement of more positive measures of cooperation to stop an on-going breach by the wrong-doing state. As the Commentary to the Articles notes:

Such cooperation must be through lawful means, the choice of which will depend on the circumstances of the given situation. It is, however, made clear that the obligation to cooperate applies to States whether or not they are individually affected by the serious breach. What is called for in the face of serious breaches is a joint and coordinated effort by all States to counteract the effects of these breaches.

The predecessor: common article 1

It is important to note that while the idea that states may be obliged to respond in the face of violations by *other* states, for which they have no direct responsibility as such, might strike some as a radical proposition, it is in fact not a new concept in the field of international law. As far back as 1949, Article 1 com-

mon to the four Geneva Conventions provided that all states party to the Conventions have obligations to *respect* and to *ensure* respect for the obligations contained in the four Conventions.

As the ICRC Commentary notes, this means that states should “do everything in their power to ensure that it is respected universally.”¹¹ In 1977 this positive obligation was re-affirmed without controversy by a broad representation of states, as a result of which the First Additional Protocol to the Geneva Conventions makes similar provision.¹² It was also reasserted in the Final Declaration of the International Conference for the Protection of War Victims in 1993.¹³ The ICJ has found Common Article 1 to be a rule of general international law, applicable in international and non-international armed conflicts.¹⁴

The secondary obligations arising where there is a serious breach of core human rights norms include the obligation not to recognize (in law or otherwise) situations resulting from the breach.



Whether or not party to a conflict, state parties to the Geneva Conventions are therefore obliged to take all reasonable and appropriate measures to ensure that other parties (to international and non-international armed conflicts)¹⁵ observe humanitarian law.¹⁶

In this respect, Common Article 1 complements the ILC Articles, foreshadowing the obligatory nature of the responsibility in Article 41. Article 41 for its part may have contributed to the process currently underway of reinforcing and clarifying

⁸ ILC Articles, Article 48(2)(a) and (b).

⁹ Article 40 provides that a breach of such a [peremptory] obligation is “serious” if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation. Arguably, violations of certain rights may, because of their gravity, themselves amount to a “gross” breach, while others would require to be committed systematically to fall within this category.

¹⁰ ILC Articles, Articles 40 and 41. The ILC Articles also specify that states must not recognise or facilitate the situation that has given rise to the wrong.

¹¹ Common Article 1 of the Geneva Conventions. See the ICRC Commentary on GC IV, p. 16.

¹² Article 1(1) of AP I.

¹³ The Declaration provides: “We affirm our responsibility, in accordance with Article 1 common to the Geneva Conventions, to respect and ensure respect for international humanitarian law in order to protect the victims of war. We urge all States to make every effort to: [...] Ensure the effectiveness of international humanitarian law and take resolute action in accordance with the law, against States bearing responsibility for violations of international humanitarian law with a view to terminating such violations.”

¹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, ICJ Reports 1986, p. 14, at p. 114, para. 220.





Towards global responsibility for human rights protection: A sketch of international legal developments

states' shared responsibilities under common article 1 (Sassoli 2002). However, Article 41 clearly goes beyond Common Article 1 in embracing violations beyond IHL.¹⁷

Developments since 2001

The ILC's Commentary to Article 41(1) recognised in 2001 that the Article "may reflect the progressive development of international law" (para. 3). This provokes the question to what extent the principles enshrined in the Articles, and specifically in relation to the role of third states in respect of breaches, have been applied since then, contributing to the "ongoing process of consolidation of the international rules of State responsibility as reflected in the Articles." (Crawford and Olleson 2005, 968). A brief survey of judicial decisions and broader international practice since the Articles' adoption suggests that these principles have been endorsed, and developed, on a number of occasions in recent years.

Jurisprudential developments: from the international court of justice to the house of lords

In 2001, Andrew Clapham noted that future ICJ judgements would be scrutinized to see how much they life they breath into the new state responsibility framework set out in the ILC Articles. Such vitalization of the ILC principles can be seen in their implicit endorsement by the ICJ in *The Wall* advisory opinion of 9 July 2004.¹⁸ The Court observed, in relation to the right to self-determination and the rules of IHL, that:

Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that all States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction. It is also for all States, while respecting the United Nations Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end.¹⁹

While not referring to the ILC Articles specifically, the case applies directly the principles of state responsibility set down in the Articles.

Other courts and tribunals have also taken on board similar principles.²⁰ Even before the Articles were formally adopted, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia recognized in the *Furundzija* case that "States are obliged not only to prohibit and punish torture, but also to forestall its occurrence."²¹ More recently, in the seminal *A & Others* case before the UK House of Lords concerning the admissibility in UK courts of evidence obtained through torture or ill treatment, the court made extensive reference to the principles set out in the ILC Articles and in the *Wall* Advisory Opinion.²² The judgment concluded: "There is reason to regard it as a duty of states, save perhaps in limited and exceptional circumstances, as where immediately necessary to protect a person from unlawful violence or property from destruction, to reject the fruits of torture inflicted in breach of international law".²³

Underlining the preventative purpose of the non-recognition principle, Lord Bingham concluded that "It does not seem to me that one can condemn torture while making use of the mute confession resulting from torture, because the effect is to encourage torture."²⁴

15 See, ICRC, *ICRC Report on IHL and Contemporary Armed Conflicts*, p. 21.

16 ICRC Commentary to AP I, p. 18. This reflects the fundamental nature of IHL obligations as obligations *erga omnes*; see Introduction. See also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (above n. 14), para. 220: "The United States is thus under an obligation not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation of the provisions of [Common] Article 3."

17 Article 41 provides some greater clarity as to what measures states may or must take – see below.

18 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ, Advisory Opinion, 9 July 2004.

19 *Ibid.*, para. 159.

20 For examples of litigation invoking provisions of the ILC Articles other than Article 41 (addressed here) see Crawford and Olleson 2005, 966-968.

21 ICTY, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, December, 10 1998, paras. 148 and 150.

22 The principles were set out in an intervention by a group of human rights NGOs, of which Interights was part. The brief and judgement are available via www.interights.org.

The ethos of the ILC Articles may also be reflected in the approach adopted in 2004 by the Human Rights Committee in its General Comment 31 on the ICCPR. While it concerns the interpretation of treaty provisions rather than general international law, the Comment resonates the principle of “community interest” in human rights protection and the mutual responsibilities of states to ensure compliance by other states with their human rights obligations. It provides:

Accordingly, the Committee commends to States Parties the view that violations of Covenant rights by any State Party deserve their attention. To draw attention to possible breaches of Covenant obligations by other States Parties and to call on them to comply with their Covenant obligations should, far from being regarded as an unfriendly act, be considered as a reflection of legitimate community interest.²⁵

Reports on the “responsibility to protect”

The principle of the responsibilities of third states in respect of serious violations has also been reiterated elsewhere in international practice through several influential reports from the UN and elsewhere on the “Responsibility to Protect.” This began with the International Commission on Intervention and State Sovereignty report on “The Responsibility to Protect” of 2001.²⁶ The report helped reshape a debate on responding to humanitarian crises that until then had been bogged down in the issue of “humanitarian” military intervention and erroneously focused on the rights of states, rather than those of the ultimate beneficiaries of the humanitarian protection. Focusing on the corresponding duties and responsibilities incumbent on states, this report went further than the ILC Articles did, at least explicitly, in highlighting a responsibility not only to “react,” but also to “prevent”, and as necessary to “rebuild.”

This report was then followed by the 2004 report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change es-

tablished by the UN Secretary General, entitled ‘A More Secure World: Our Shared Responsibility’²⁷, which endorsed ‘the emerging norm that there is a collective international responsibility to protect. The report noted that:

There is a growing recognition that the issue is not the “right to intervene” of any State, but the “responsibility to protect” of every State when it comes to people suffering from avoidable catastrophe —mass murder and rape, ethnic cleansing by forcible expulsion and terror, and deliberate starvation and exposure to disease.

In the same vein, the Secretary-General Report’s, “In Larger Freedom” of March 2005 called for a movement “towards embracing and acting on the ‘responsibility to protect’ potential or actual victims of massive atrocities,” a responsibility which lies with the international community and requires “diplomatic, humanitarian and other methods to help protect the human rights and well being of the civilian population.”²⁸

Finally, the culmination of this activity was the outcome document of the UN World Summit of September 2005, adopted by consensus, which acknowledged that

The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter of the United Nations, to help protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity.²⁹

While these documents tend to focus on an arguably more limited range of activity than that covered by the ILC Articles —such as genocide, war crimes, crimes against humanity and ethnic cleansing³⁰— they are clear in endorsing, at the highest levels, the principle that third states have a duty to protect individuals where the state directly involved fails to do so. They are significant also in that they go further than at least a restrictive reading of ILC Articles (which focus the positive obligations



23 *A (FC) & Others (FC) v. Secretary of State for the Home Dept.*, [2005] UKHL 71 para. 34 (Lord Bingham).

24 *Ibid.*, citing McNally JA in *S v Nkomo* 1989 (3) ZLR 117, 131.

25 UN General Comment 31 CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 2.

26 International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect*, December 2001, available at <http://www.iciss.ca>.

27 High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A more secure world: our shared responsibility*, UN doc. A/59/565, 2 December 2004, available at <http://www.un.org/secureworld/report.pdf>.



Towards global responsibility for human rights protection: A sketch of international legal developments

to “stop” certain on-going violations) in setting down a broader duty of prevention before the violations arise, reaction when they do and rebuilding thereafter:

The substance of the responsibility to protect is the provision of life-supporting protection and assistance to populations at risk. This responsibility has three integral and essential components: not just the responsibility to *react* to an actual or apprehended human catastrophe, but the responsibility to *prevent* it, and the responsibility to *rebuild* after the event.³¹

Measures to give effect to states’ responsibilities?

The question that most often arises in relation to these estimable principles is what they mean in practice: what precisely are all states obliged to do *vis a vis* offending states? Common Article 1 has been subject to criticism for the uncertain scope of its provision for many years (Sassoli 2002, 401). To a lesser extent, the ILC Articles that came 50 years later were similarly unspecific and begged the same question, with Article 41(1) on State responsibility not stipulating which measures states should take pursuant to their obligation to “cooperate to bring to an end” any serious breach of a peremptory norm.

Rather, the ILC Commentary to the Articles explains that “[b]ecause of the diversity of circumstances which could possibly be involved, the provision does not prescribe in detail what form this cooperation should take...” The Commentary indicates only that they must be lawful and that the choice “will depend on the circumstances of the given situation.” While, as noted above, the UN reports provide more flesh to the concepts, arguably they too fail to indicate clearly precisely what is required of states in the face of serious violations by other states.

But lack of prescription as to means, in preference

for a flexible approach which leaves it to the state to determine which measures will be most effective to meet its protective aim in any particular situation, should not be confused with lack of obligation to take appropriate measures. The ILC Commentary stresses that “What is called for in the face of serious breaches is a joint and coordinated effort by all States to counteract the effects of these breaches,” concluding that the first paragraph of Article 41 “seeks to strengthen existing mechanisms of cooperation, on the basis that all States are called upon to make an appropriate response.”

In practice, states may exercise myriad forms of pressure on other States –political, diplomatic, economic and, as a last resort and very limited circumstances, military³²- that do not involve breaches of international obligations.

Most straightforwardly are the obligations of restraint –not to aid or assist the violation. These have come into sharp focus in recent times in light of the debate on extraordinary rendition and the relationship between the use of a state’s airports or airspace for example and the duty of states not to facilitate egregious wrongs, whether by active support or turning a blind eye to the wrong doing and the effect of their own contribution to it. The duty not to recognise the fruits of the breach was reflected in both the *Wall* case before the ICJ and the “torture evidence” case before the UK House of Lords, highlighted above.

Other measures that states may take include withholding financial or military support, or political support in international institutions, refusing to receive officials of the wrong-doing state or to conclude treaties with that state. Positive measures to prevent and react may include exerting political pressure, for example through diplomatic representations or engaging international institutions, political or legal, considered to provoke an effective form of pressure on the relevant state. Judicial measures may also be invoked not only to provide reparation after the fact but to forestall the occurrence of such practices in the future, by holding to account states and those individuals responsible,

28 Report of the Secretary-General, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, UN doc. A/59/2005, 21 March 2005, available at <http://www.un.org/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf>.

29 2005 World Summit Outcome, GA Res. 60/1, 16 September 2005, UN doc. A/RES/60/1, adopted by “acclamation” [consensus] by the High-level meeting of the General Assembly.

30 2005 World Summit Outcome, *ibid.* The High-level Panel Report (above note 27) refers instead to “genocide and other large scale killing, ethnic cleansing or serious violations of international humanitarian law...”

31 ICISS Report, para. 2.32.

32 Use of force must be within the legal framework set forth by the UN Charter; *see infra*.

and providing a forum for victim redress.³³ In relation to IHL obligations specifically, refraining from providing weapons and logistical support, implementing legislation, encouraging universal jurisdiction and targeted sanctions have all been recognised as ways in which the common Article 1 duty to ensure respect for IHL can be given effect.³⁴

The ILC Articles and subsequent developments referred to above appear to envisage that measures taken in response will generally be “collective,” reflecting the collective nature of the international community’s interest and responsibility. As such, cooperative action is generally envisaged as through regional and international institutions: the ILC’s Commentary notes that “[C]ooperation could be organized in the framework of a competent international organization, in particular the United Nations”. But the ILC Articles refer also to “non-institutionalised cooperation.”

Moreover, while the preferred method of execution may be collective, and the language of “cooperation” is, arguably, inherently collective, this should not obscure the fact that states responsibilities are individual. In respect of the obligation to ensure respect for IHL, this is reflected explicitly in the language of Article 89 of Protocol I which provides that: “In situations of serious violations of the Conventions or of this Protocol, the High Contracting Parties undertake to act, *jointly or individually*, in co-operation with the United Nations and in conformity with the United Nations Charter.” The responsibility thus lies with each and every state to assess what measures it can appropriately and effectively take to prevent and/or to react to grave human rights violations.

More complex questions, well rehearsed elsewhere, relate to the extent to which military intervention may be one permissible measure to prevent or respond to humanitarian atrocities (Duffy 2005, 179; Chesterman 2001). Article 41 explicitly notes the need for obligatory measures under that article to be consistent with international law. There is a general prohibition on the use of force in international law, absent self-defence or Security Council authorization, and, while the issue is increasingly

controversial, humanitarian intervention (other than pursuant to Security Council authorization) remains a doubtful basis for the legitimate use of force. This is reflected in the wording of the High-level Panel Report: “We endorse the emerging norm that there is a collective international responsibility to protect, *exercisable by the Security Council authorizing military intervention as a last resort...*”³⁵ However, provided it is authorized by the Security Council in accordance with Chapter VII of the UN Charter, collective military measures may also fall within the range of measures exercisable against wrong-doing states.

In practice, states may exercise myriad forms of pressure on other States -political, diplomatic, economic and, as a last resort and very limited circumstances, military- that do not involve breaches of international obligations.

Conclusion

In recent times, there has been no shortage of examples of serious breaches of peremptory norms in international practice. One need look no further than the United States to see widespread allegations of prolonged arbitrary detention and torture, in the notorious scandals relating to Guantanamo Bay and the Iraq prisoner abuse in Abu Ghraib and elsewhere. If a state engages in violations that offend the international community, the responsibility of all states is engaged, giving rise to numerous questions of current relevance.

Does the duty to respond to Guantanamo Bay, as a notorious example of prolonged arbitrary detention of recent times, not go beyond the protection of the states own nationals that characterized interventions by various states such as the UK

33 See case of *Jones v. Saudi Arabia* currently before the House of Lords which addresses positive duty to provide redress for torture and immunities. The interveners brief by Interights and other NGOs available at www.interights.org.

34 Annex III to the ICRC Report on *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict* presented at the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2-6 December 2003, available at [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5XRDC/\\$File/IHLcontemp_armedconflicts_FINAL_ANG.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5XRDC/$File/IHLcontemp_armedconflicts_FINAL_ANG.pdf).

35 High-level Panel Report (above note 27), para. 203 (emphasis added).





Towards global responsibility for human rights protection: A sketch of international legal developments

or Australia? In the face of systematic torture, actual or threatened, does the duty to act not require forthright denunciation of such practices and all possible measures to hold the state to account? Does the duty to ensure that the occurrence of such practices in the future is forestalled include a commitment through practice by all states to hold those responsible to account and provide a forum for victim redress? Does it not require that states adopt a proactive and inquisitive approach to ensure that they are not facilitating or implicitly condoning the use of such practices, for example by reliance on evidence obtained through torture or the provision of facilities for aircraft participating in an act of enforced disappearance of persons or torture?

The import of the developments sketched out in this short piece is, in the author's view, potentially revolutionary.

Strengthened recognition of the principle that egregious human rights violations are, as violations of obligations owed *erga omnes*, matters of "community interest" is itself significant, reflecting the importance attributed by the international community to obligations of this type. But it is in focusing on the compliance regime, and the interest and obligations of third states individually and collectively, that they bolster the international legal order where it is at its most vulnerable. In a decentralized system, with the enforcement limitations intrinsic therein, the international legal system depends on other states responding to, and thus ultimately curtailing and preventing, violations which threaten its very foundations. The more these norms continue to be applied, and elucidated, through practice, the better for the international legal order and the global protection of human rights.

REFERENCES

- Sassoli, M., "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", *IRRC*, June 2002, 84, 846.
- Crawford, J., and Olleson, S., "The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility", *International and Comparative Law Quarterly*, 54, 2005.
- Duffy, H., *The War on Terror and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Chesterman, S., *Just War or Just Peace. Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

**Rodrigo
Villagra
Carron***

Este artículo presenta una reflexión en torno a los derechos territoriales indígenas y su real vigencia y ejercicio en los Estados latinoamericanos. Para ello, analiza la contradicción que existe entre los avances en materia de reconocimiento de los derechos indígenas por parte del Sistema Interamericano y la normativa e instituciones nacionales con las condiciones socio-históricas estructurales heredadas del colonialismo. El texto, después de señalar las percepciones diferentes que sobre el territorio tienen los indígenas y no indígenas, la tendencia jurídica e institucional positiva en la región para el reconocimiento de sus derechos territoriales y el estado de aseguramiento legal y los procesos de titulación, concluye valorando las posibilidades de eficacia del Sistema Interamericano en la protección y garantía de los territorios amerindios.

Palabras claves: Derechos Indígenas, Amerindios, Corte IDH, Comisión Interamericana, Derechos Territoriales, Propiedad Colectiva, Sistema Interamericano, Recursos Naturales

Quienes esperan encontrar en este artículo un análisis valorativo de los avances en materia de reconocimiento de derechos territoriales indígenas a la luz de las últimas intervenciones, decisiones y jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, no serán satisfechos. Este artículo, más bien, apunta a sentar una opinión política sobre la relación que existe entre ambos términos, a partir de un contexto, de un sistema más amplio. Para ello, presentamos el análisis y la exposición de hechos y argumentos en cuatro secciones.

La primera hace una distinción entre la percepción amerindia y no amerindia de sus territorios; la segunda, describe lo que a mi parecer es la actual vocación jurídica e institucional positiva de los Estados naciones americanos (latinoamericanos en particular) --favorable *prima facie* a los derechos humanos y de los pueblos indígenas-- y su condición socio-histórica estructural de naturaleza colonialista y neocolonialista, inscribiendo al Sistema Interamericano y convenciones de derechos humanos

como desarrollo y extensión de aquella vocación jurídica institucional; en la tercera, se hace referencia de manera somera al estado del arte del aseguramiento legal y los procesos de titulación y demarcación de los territorios amerindios; y la cuarta, relaciona lo expuesto anteriormente con las posibilidades de eficacia del Sistema Interamericano en la protección y garantía de los territorios amerindios.

Los territorios amerindios y sus recursos naturales

Antes de agotar, desafiar o aburrir al lector con el análisis señalado más arriba querría hacer una breve referencia a los territorios amerindios, a partir de la experiencia personal de haber estado y en menor medida vivido en alguno de ellos.

* Antropólogo. Organización Tierra Viva (Paraguay) comunicación@tierraviva.org.py.



Lo que aquí señalo es que de entrada, por una forma de ver preeminente, al hablar de sus territorios y recursos naturales ya imponemos un campo de juego conceptual y simbólico, que condiciona nuestro acercamiento a estos territorios y niega la posibilidad de una igualdad epistemológica entre formas de ver y entender(nos) con nuestro entorno.

Para nosotros, los pobladores de urbes, que en algunos casos fuimos generacional o contemporáneamente desarraigados del campo, los territorios indígenas representan, estando en ellos, una casi uniforme vastedad natural frente a la precariedad humana. En nuestras ciudades y campiñas, sea que

hay jaguares que fueron alguna vez chamanes, o chamanes que fueron (o pueden ser) jaguares, o estrellas que son ancestros y fueron animales, y así sucesiva y variadamente, percepciones y discursos que nosotros llamamos mitos y que --cuando somos generosos-- llamamos cosmogonias.

Contrariamente a lo que creemos, sosteniendo la idea de que todo o casi todo es naturaleza (añadiendo su carácter maternal: madre naturaleza, madre tierra), para los amerindios, todo es, o mejor, todo puede ser cultura: para ellos, el sujeto corpóreo humano no detenta la exclusividad de lo humano, esto es, la intencionalidad en sus acciones y una socialidad compleja. Dicho sea de paso, para el occidental en general, la posibilidad de ser humano ha sido míticamente heredada o birlada de dios o los dioses (y con cierta sanción onerosa, recuérdese el caso del pobre Prometeo), para muchos amerindios su humanidad original mítica proviene de la cesión --bastante más generosa-- hecha por los animales ancestrales.

Para los amerindios, entonces, todo puede ser cultura. Además, desde un punto de vista cognoscitivo, nada es extraño en esa inmensidad, no hay ríos desconocidos o plantas ignoradas, no por un afán clasificatorio más propio de los occidentales, sino por la simple y larga convivencia de los amerindios con estos elementos.

¿Cuál es el punto de esta digresión inicial? El punto es que para un poblador urbano común (o un campesino) existe una desproporción entre esos escasos habitantes semidesnudos o mal vestidos (por los beneficios de la civilización) y los recursos naturales sobre los cuales aquellos caminan, siembran o navegan: una desproporción en relación con el uso de esos recursos. Desde la visión e intereses preponderantes de los no amerindios, estas riquezas han estado y están ahí poco o insuficientemente explotadas por los amerindios, pues, de acuerdo a la única o preponderante ontología posible entre los seres humanos en términos de poder, la desproporción existe porque la *raison d'être* de los recursos naturales es su utilización --forestal, minera, petrolera, etc.-- o su intacta conservación --como reserva ecológica, biosfera, etc.

observemos las construcciones y poblados o los plantíos, praderas y carreteras, notamos que el trazo de la intervención humana es --si bien desordenado o abrupto-- constante. En las tierras indígenas se le antoja a uno y a la vista de las construcciones casi híbridas con el entorno, de los plantíos cercados de montes y de los senderos que parecen a cada avance querer extinguirse, que la presencia humana está como de visita, como de paso. Esta descripción, claro está, enfatiza los contrastes a riesgo de ser idílica, pero en el fondo --creo yo-- tiene algo de veracidad.

Sin embargo, ya mirando estos hábitats desde otros ojos --y otros sentidos-- los territorios pierden esa mentada vastedad uniforme y se vuelven un mundo personalizado, donde el ser humano no es el único con capacidad de pensamiento e intencionalidad, y cuya ontología es compartida por otros seres (animales, plantas, ríos, etc.).¹ Entonces, donde para nosotros lo humano termina o retrocede ante lo natural y su enorme uniformidad diversa, para los amerindios lo humano se entrelaza en una compleja y extensa red espacio-temporal. En ella, por ejemplo, hay montañas desde las que vinieron los primeros hombres --y quizás también los pecaríes que eran hombres--, o

1 Véase sobre *animismo* y *perspectivismo* indígena los artículos de Philippe Descola y Eduardo Vivieros de Castro en García y Suralles (2004).

Lo que aquí señalo es que de entrada, por una forma de ver preeminente, al hablar de sus territorios y recursos naturales ya imponemos un campo de juego conceptual y simbólico, que condiciona nuestro acercamiento a estos territorios y niega la posibilidad de una igualdad epistemológica entre formas de ver y entender(nos) con nuestro entorno. Que los indígenas vean una montaña o cualquier sitio geográfico como un lugar sagrado de sus ancestros --y generalmente no con la sacritud beatífica de los occidentales-- sería una superstición para nosotros, respetable sí, pero obviamente equivoca al ignorar que, según nuestros cálculos, esa montaña o sitio esta llena de hierro, bauxita, o lo que sea.

Este apartado no reclama, insisto la condición del *bon sauvage* ecologista tan injusta o desproporcionadamente reputada a los indígenas (y a veces, huelga decirlo, autorretratada). Es muy simple, si preguntamos a un no-indígena medianamente informado que describa lo que ve y cree que hay en un territorio indígena, la respuesta indudablemente hará alusión a bosques, montañas, ríos, animales, minerales, esto es, recursos naturales, y por supuesto, límites. Si preguntamos a un amerindio probablemente la descripción va a ser análoga, pero podría incluir a los dueños espirituales de los animales, a los otros pueblos, etc., en un orden y prioridad que terminaría haciendo las descripciones cualitativamente distintas. Los límites, por ejemplo, no formarían necesariamente una parte importante de la descripción, a no ser como una deferencia y un esfuerzo de facilitar la comprensión con el interlocutor no indígena. Es la diferencia de percepción, cuyas consecuencias prácticas la despojan de toda banalidad teórica, la que encuentro relevante dado su correlato en la diferencia de poder e intervención de los no indígenas en los territorios amerindios.

La vocación jurídica estatal positiva de los Estados naciones latinoamericanas y su condición socio-histórica estructural colonial y neocolonial

Para justificar el rimbombante título, empecemos por adoptar un bosquejo del colonialismo. Definido históricamente como la expansión, iniciada 400 años atrás, de la Europa post-renacentista, el colonialismo sería una consecuencia del imperialismo, entendido como "...la teoría, la práctica y las actitudes de un centro metropolitano de poder gobernante de territorios distantes y la implantación de asentamientos en aquellos territorios" (Ashcroft et al 2002, 46). Coexistente con la expansión colonial se da la implantación de un sistema moderno de economía capitalista de intercambio de materias primas coloniales hacia y para las economías burguesas de los poderes coloniales.

Es la diferencia de percepción, cuyas consecuencias prácticas la despojan de toda banalidad teórica, la que encuentro relevante dado su correlato en la diferencia de poder e intervención de los no indígenas en los territorios amerindios.

Los Estados naciones americanos, mal o bien que nos pese, son sucedáneos del poder colonial español, holandés, británico, portugués, francés, etc. Esta herencia tiene un aspecto bastante uniforme en los Estados naciones latinoamericanas: quienes se independizaron de los poderes coloniales eran por lo general las oligarquías terratenientes y militares, sumadas a población civil, campesina y afro-amerindia ciertamente involucrada pero no protagónica --sobretudo en sus intereses. La distancia, justamente de las metrópolis y la mediación de los colonos en la circulación de los bienes hacia ellas, es una de las causas de la independencia de las colonias.





En términos muy simples, esto significó control por parte de los criollos sobre tierras y recursos naturales en el plano económico, y sobre los demás pobladores en un plano socio-político. A la vez, derivó en una competencia y lucha entre los Estados naciones emergentes -de la que todavía quedan episodios atávicos- por la delimitación de los territorios en que pretendía ejercer su soberanía e imperio deficitariamente establecida por el poder colonial. Aunque desde siempre fueron en mayor o menor medida pluriétnicos y policlasistas, la ideología y la práctica de los Estados naciones consistió en homogeneizar a su población, en muchos casos por la fuerza. Sin embargo, aún



La contradicción que quiero establecer aquí es la que se ubica entre esa vocación jurídica estatal a favor de los derechos de los pueblos indígenas y la condición estructural de desigualdad de los Estados americanos [...] la vigencia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas es una de las formas del bien común declaradas jurídicamente más contradichas por las condiciones estructurales de la región, la cual lleva como tatuaje en la piel de sus geografías la desigual distribución de tierras y recursos.

así, en casi la mayoría de los Estados no han podido borrar lo que finalmente se asume como la plurinacionalidad o pluriétnicidad de su composición.

Este escueto resumen de la emergencia y conformación social estratificada de los Estados naciones americanos no niega que en su seno y desde su independencia se dieron numerosas revoluciones y reformas de los regímenes agrarios que los sustentaban. La historia y sus actores sociales no responden a una linealidad unívoca. Sin embargo, no podemos desconocer tendencias generales en estos procesos.

El poder colonial era de una ideología y práctica racista, salvo excepciones, y los Estados nacionales avanzaron apenas un tanto más en ese sentido. El indígena fue considerado el substrato precedente de la nacionalidad criolla o mestiza, pero un substrato perimido y muchas veces aborrecible. En cuanto a la continuidad del modelo económico colonial, la variación no fue necesariamente substancial sino de grado y forma. Al término del siglo XIX e inicios del XX, seguía vigente la impropia extractivista, los territorios recónditos de muchos Estados americanos --el Amazonas, el Chaco, las pampas, los árticos, los desiertos-- considerados *terra nullus* por los mismos y a la sazón, hábitat de un sinnúmero de pueblos indígenas hasta entonces autónomos, recibían arremetidas de colonos, compañías, comerciantes y aventureros en busca de la expansión de las fronteras agro-ganaderas o de materias primas (pieles de animales, minerales, maderas como caucho, cedro o quebracho) cuyo destino final eran las metrópolis occidentales industrializadas. Para entonces, el discurso de los Estados era la reducción de las poblaciones indígenas "no civilizadas", que en la práctica muchas veces implicaba esclavitud o genocidio.

Para no hacer de esto una mala copia o resumen de *Las venas abiertas de América Latina* y avanzar en la cronología y hacia el título que provoca este artículo, basta señalar que ya es lugar común, al menos en América del Sur, hablar de la Teoría de la Dependencia y subsiguiente "década perdida" de los años 80, como análisis propio del continente y estadio histórico que buscó superar los modelos económicos extractivistas y agro exportadores que le caracterizaron. ¿Podemos decir que ese modelo está plenamente superado y que hoy en día no existen nuevas formas de extractivismo, nuevas materias primas a explotar? La cuestión de distribución de tierras, la misma reforma agraria y su mentado sucedáneo, el desarrollo rural, no son etapas superadas --o perimidas-- en la historia americana.

Ciertamente hay un gran número de componentes que han variado y siguen cambiando vertiginosamente: la migración rural-urbana ha definido al menos a América Latina como mayoritariamente urbana al inicio del siglo XXI, la migración interestatal y hacia el norte es creciente, la sedentarización de poblados indígenas otrora de ocupación territorial extensa es real, las personas en situación de desplazamiento, el peso mayor de

los servicios en la economía, o la creciente economía "ilegal", por citar algunos. Pero aún así, existe también un fenómeno de reconcentración de la tierra que inclusive tiene un cariz transnacional (por ejemplo, *Benetton* tiene tierras en la pampa Argentina que afectan tierras ancestrales Mapuche).

En consecuencia, y haciendo una pincelada sociológica desordenada, queremos destacar tres cosas: i) la condición originaria de desigualdad social y económica de los Estados naciones americanos desde la época colonial, sustentada en un eje casi principal: el control de tierras, recursos y mano de obra por parte de minorías nacionales y/o extranjeras; ii) la gravitación que aún tiene esta conformación social y modelo económico en el pasado reciente y en nuestros días en los Estados americanos, que no los exime del todo del calificativo de neocolonialistas, aunque este fenómeno obviamente no se restringe a sus fronteras sino por el contrario, se entiende desde la inserción de los mismos en algún sitio inferior de la escala de economía global; iii) las repercusiones de esta condición en las políticas y marcos jurídicos de los Estados americanos.

Dejemos esta condición estructural para pasar a los marcos jurídicos y las legislaciones. Las Leyes de Indias, las sucesivas legislaciones agrarias y las posteriores legislaciones indigenistas --con el riesgo de hacer una generalización muy vaga-- han ido ganando un cariz ligeramente más benigno que las condiciones de desigualdad en las que fueron producidas al interior de los Estados. Adelantando el calendario aceleradamente, podemos decir que es recién el neo-constitucionalismo de los años noventa del siglo XX el que viene a reconocer la pluriétnicidad --y por ende a las etnias indígenas-- de los hasta entonces reputados Estados uninacionales. Esto es, dentro de los propios Estados.

El derecho internacional de los derechos humanos, por su parte, recibe primero el Convenio N°107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y luego el Convenio N°169 de la misma. Así, llegamos al todavía Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos (OEA). Más allá de que se haya indicado que las instituciones internas y la legislación de aplicación nacional sean deficientes o menos garantista para los derechos de los pueblos indígenas en la región, ciertamente se

puede afirmar que se han dado avances substantivos. Un poco más cerca de nuestros años, la Comisión y la Corte Interamericanas han reforzado con sus decisiones y jurisprudencia, este corpus jurídico favorable a la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas.

Esto es lo que llamo en términos genéricos la *vocación jurídica estatal positiva* a favor del reconocimiento y vigencia de dichos derechos. Obviamente, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, también es parte de esta vocación en cuanto expresión conjunta e institucionalizada de los miembros de la OEA. También están los avances en el ámbito de las Naciones Unidas, en el mismo orden y a favor de aquellos derechos.

En palabras simples: las leyes existen pero no se cumplen a cabalidad, los derechos territoriales de los pueblos se reconocen pero no se respetan, en gran parte por la condición de desigualdad estructural que ha caracterizado y que se reproduce en los Estados naciones americanos hasta el presente.

Ahora bien, la contradicción que quiero establecer aquí es la que se ubica entre esa vocación jurídica estatal a favor de los derechos de los pueblos indígenas y la condición estructural de desigualdad de los Estados americanos. Enfatizar que no considero el desarrollo histórico de esta vocación jurídica una simple fachada ilusoria urdida por los Estados que sólo --y en su verdadera personificación diabólica-- actúan y reproducen su condición de desigualdad estructural, obedeciendo a su vez a una maquinaria mayor y más perversa, el capitalismo mundial. Los Estados de derecho, los gobiernos, las sociedades, los sistemas internacionales pretenden y buscan la preponderancia del bien común, pero lo hacen desde condiciones que día a día y cada vez más escamotean esta posibilidad. Y, particularmente, la vigencia de los derechos territoriales de los pueblos indígenas





es una de las formas del bien común declaradas jurídicamente más contradichas por las condiciones estructurales de la región, la cual lleva como tatuaje en la piel de sus geografías la desigual distribución de tierras y recursos.



En mi opinión, creo que no sólo muchas de las tierras no tiene la calidad y cantidad suficiente, y constituyen gotas en un vasto lago de colonos, urbes y carreteras, sino que quedan aún muchos pueblos y comunidades amerindias a los cuales ni siquiera ha llegado la oportunidad de reivindicar sus territorios, o que directamente, por el propio proceso de enajenación, han perdido para siempre esa oportunidad.

Si pensamos en los Estados naciones del continente ¿cuál es la personificación y el rostro que le pondríamos, sobre qué paisajes, sobre qué entorno simbólico? No son los rostros indígenas, no son sus territorios, esa es la imagen mítica, el indígena es casi siempre un ancestro y su entorno lo salvaje o natural en el imaginario colectivo, aunque sea un contemporáneo y allí en las junglas y desiertos haya cultura --presencia humana como apuntábamos-- para rato; son otros los espejos en los que se miran y se quieren ver los Estados americanos: las urbes y las hidroeléctricas, la impronta moderna o incluso postindustrial. Este ejercicio de imaginación, aun aparentemente estéril, también dice algo de lo que sucede.

Para concluir esta sección cabe anotar que la vocación jurídica positiva de los Estados americanos ha avanzado sin lugar a dudas, singularmente y como región, hacia un mayor y más amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y en particular de sus derechos territoriales. Aún así, esta vocación aún es perfectible en muchos aspectos en el ámbito de la legislación interna e internacional, dentro de la propia lógica del desarrollo del derecho. Ahora bien, es también innegable

que esta vocación se ve negada, opacada y escamoteada en la realidad. En palabras simples: las leyes existen pero no se cumplen a cabalidad, los derechos territoriales de los pueblos se reconocen pero no se respetan, en gran parte por la condición de desigualdad estructural que ha caracterizado y que se reproduce en los Estados naciones americanos hasta el presente.

El estado de arte del aseguramiento legal y los procesos de titulación y demarcación de los territorios amerindios

Alexandre Surrallés y Pedro García Hierro (2004, 9) plantean que “[D]espués de varios decenios de acción política para legitimar sus territorios históricos, en el marco normativo y simbólico de las sociedades nacionales donde se encuentran, los pueblos indígenas deben responder a la pregunta ‘¿y ahora qué?’”. Agregan los mismos que, si bien la titulación de las tierras indígenas ha avanzado, aún quedan numerosas dificultades, y una de ellas es el hecho de que las tierras no son en cantidad y calidad suficientes y en “muchas ocasiones no son territorios o hábitats integrales, sino tierras superficiales, archipiélagos comunitarios o espacios marginales”. A todo esto se suma el sinnúmero de intereses y acciones del Estado y particulares que, casi como una espesa trama de lazos y cadenas, impide el movimiento y la autodeterminación vital de los pueblos indígenas en sus territorios.

En mi opinión, creo que no sólo muchas de las tierras no tiene la calidad y cantidad suficiente, y constituyen gotas en un vasto lago de colonos, urbes y carreteras, sino que quedan aún muchos pueblos y comunidades amerindias a los cuales ni siquiera ha llegado la oportunidad de reivindicar sus territorios, o que directamente, por el propio proceso de enajenación, han perdido para siempre esa oportunidad. Hagamos un rápido repaso por el continente --desde México hacia abajo-- para corroborar que las aseveraciones arriba formuladas no son antojadizas. Tomemos como base el relevamiento que hace la organización IWGIA² en su anuario *El Mundo Indígena 2005*.

En México, el gobierno en su respuesta al Relator

Especial de los Pueblos Indígenas de la ONU, señor Rodolfo Stavenhagen, realiza como prioritarios los conflictos por cuestiones agrarias. En Guatemala, en algunos territorios indígenas de Occidente el gobierno dio su respaldo a proyectos mineros. En Nicaragua, el proceso de legalización de terrenos y territorios indígenas comunales impulsados por la Ley 445 de 2002 ha avanzado muy lentamente. En Costa Rica de los territorios que fueron declarados reservas indígenas, sólo el 38,3% está en sus manos. En Belice, el gobierno no protege los derechos de propiedad del pueblo Maya. En Surinam, la minería desplaza y contamina los territorios de varios pueblos indígenas y tribales. En Guyana Francesa, y en el contexto de la discusión de los cambios estatutarios de departamento respecto al Estado francés, los pueblos indígenas reclaman el reconocimiento de sus territorios tradicionalmente ocupados. En Colombia, Stavenhagen nuevamente señala la grave incidencia del conflicto armado colombiano y los macroproyectos en los territorios indígenas, amenazando con la extinción de algunos pueblos.

En Venezuela no se ha avanzado casi nada en la titulación efectiva de propiedades colectivas indígenas y aún falta un texto reglamentario del proceso de demarcación. En Ecuador, la militarización y concesiones de explotación de madera y petróleo afectan a varios pueblos indígenas. En Perú aún está pendiente la reforma de la Constitución fujimorista para asegurar la propiedad comunitaria indígena, y tanto en el Amazonas como en los Andes, compañías mineras y petroleras están llevando a cabo explotaciones que afectan a territorios indígenas. En Bolivia el proceso de titulación de las llamadas Tierras Comunitarias de Origen (TCO) es lento y cuenta con grandes dificultades: de 216 demandas presentadas por los pueblos indígenas de tierras altas y bajas sobre unas 37 millones de hectáreas sólo 5,6 millones aproximadamente se han titulado. En Paraguay, de las 412 comunidades indígenas reconocidas por el Estado 185 no disponen de un aseguramiento legal y definitivo.

En Brasil existen problemas de demarcación e invasión de territorios indígenas y una política excluyente del presente gobierno de los pueblos indígenas. En Argentina, a partir de denuncias específicas de falta de titulación, destrucción de

recursos naturales y enajenación ilegítima de varios pueblos y comunidades se constata una inadecuada protección de estas tierras por parte del gobierno. En Chile, los derechos territoriales del pueblo Mapuche son menoscabados por la industria forestal y la represión estatal. Ante este panorama regional, y tratando de no caer en un pesimismo o alarmismo que desconozca los reales avances, podemos concluir que aquello de "tarde, mal o nunca" se aplica para el aseguramiento y garantía de los territorios indígenas.

Es como si la titulación indígena tuviera una hipoteca --no claramente establecida en el derecho pero si vigente en los hechos-- cuyo reclamo en cualquier momento el Estado en cuestión puede plantear o exigir al pueblo indígena. Es aquí donde la condición de desigualdad y el carácter neo-colonialista de los Estados naciones americanos prima, su historia, que los determina de origen, no es agua. Y prima tanto en los hechos como también en el derecho --recordemos que constitucionalmente para muchos países de la región los recursos del sub-suelo son exclusivamente estatales.

Antes de pasar a la siguiente sección, me gustará atar los cabos de la argumentación presentada. ¿Tiene algo que ver la situación descrita con lo que decíamos antes? Cuando en coherencia con su vocación jurídica positiva un Estado reconoce un territorio indígena ¿lo hace de la misma manera que el pueblo indígena? Los Estados naciones americanos --de existir la legislación y voluntad política necesarias-- reconocen a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derechos colectivos, su relación con sus territorios --en ocasiones-- y finalmente titulan, a la corta o más usualmente a la larga, dichos






territorios. Pero a dichos Estados nunca deja de interesarle el hecho que allí exista o puedan existir recursos naturales explotables, con prescindencia de la visión y prioridades que tenga cada pueblo indígena sobre su territorio. Es como si la titulación indígena tuviera una hipoteca --no claramente establecida en el derecho pero si vigente en los hechos-- cuyo reclamo en cualquier momento el Estado en cuestión puede plantear o exigir al

su conformación social y económica y sus políticas públicas. Desde esta perspectiva, los casos atinentes a violaciones de derechos territoriales de pueblos y comunidades indígenas se elevan enormemente, y por lo tanto las denuncias que potencialmente pueden ser presentadas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Frente a esta situación, observemos a los órganos del sistema y cómo están dotados. La Comisión Interamericana, de acuerdo a su carácter estatutario, es un organismo de defensa de la Convención Americana y de observancia del respeto a ésta por parte de los Estados, a la vez que un órgano consultivo en esta materia.³ Aquí, dentro de la línea que llamamos vocación jurídica positiva de los Estados se da una carencia de origen. En mi criterio, a la Comisión no se le otorga con suficiente fuerza su estatuto de mediador entre las víctimas que presentan casos y los Estados, por lo que al tiempo de oficiar tal tarea, carece de influencia suficiente para provocar acuerdos más efectivos a favor de aquellas.

De alguna manera y sobretodo últimamente, considero que la Comisión ha adquirido un carácter simbólico sobredimensionado, de una parte, en cuanto a sus posibilidades de solución de los casos por parte de las víctimas y sus representantes y, de otra, respecto a los Estados miembros de la OEA su carácter es, insisto, subdimensionado. Esto explica en parte dos fenómenos que tienen relación entre sí: por un lado, la afluencia creciente de casos presentados a la misma, año tras año, desde la reapertura de los modelos declarados democráticos en los países de la región, por distintos sujetos de las sociedades del continente. Y, por el otro, la relativa efectividad de los acuerdos y resoluciones de la Comisión para la satisfacción de derechos en la vida real y cotidiana de tales sujetos, a partir del incumplimiento de los Estados y sus gobiernos.

En ese sentido, también se puede hablar de problemas más operativos en relación con la falta de acceso efectivo al Sistema Interamericano: el alto costo que requiere la presentación de los casos, la sobrecarga de trabajo y la lentitud de los procesos, la falta de seguimiento *in situ* de la Comisión para la defensa y observación de los casos, etc. La afluencia

 **La problemática de los territorios amerindios es por ende de carácter estructural y está generalizada en toda la región. Ella toca una contradicción importante del carácter ambivalente --o polivalente-- de los Estados naciones americanos emplazada entre sus marcos jurídicos, su conformación social y económica y sus políticas públicas.**

pueblo indígena. Es aquí donde la condición de desigualdad y el carácter neo-colonialista de los Estados naciones americanos prima, su historia, que los determina de origen, no es agua. Y prima tanto en los hechos como también en el derecho -- recordemos que constitucionalmente para muchos países de la región los recursos del sub-suelo son exclusivamente estatales.

Los territorios indígenas amerindios y el sistema interamericano de derechos humanos

La problemática de los territorios amerindios es por ende de carácter estructural y está generalizada en toda la región. Ella toca una contradicción importante del carácter ambivalente --o polivalente-- de los Estados naciones americanos emplazada entre sus marcos jurídicos,

3 Resolución No. 447 del año 1979 de la Asamblea de la OEA.

señalada también ha sido mayor en el caso de las denuncias de los pueblos indígenas, inclusive en lo que atañe a violaciones de derechos territoriales y de propiedad colectiva.

En relación con la Corte Interamericana, de acuerdo a su estatus jurídico dentro de la OEA, es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tiene función jurisdiccional y consultiva. Según dicha convención los Estados partes se comprometen a cumplir sus fallos (art. 68) y ejecutar las partes de sus sentencias que establezcan indemnización compensatoria según la legislación de los Estados afectados, de la misma manera que las sentencias de ejecución internas en contra de esos Estados.

Es en el campo de la ejecución de las sentencias donde encontramos las principales dificultades al interior de los Estados. Aquí debemos hacer necesariamente referencia a las sentencias de la Corte Interamericana a favor de la Comunidad Awas Tingni⁴ en contra del Estado nicaragüense y a favor de la Comunidad Yakye Axa⁵ en contra del Estado paraguay. Estas sentencias han marcado un avance significativo y sin precedentes en el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas al nivel de jurisprudencia internacional. De alguna manera y en coherencia con la línea de exposición en la que he transitado, creo que dichas sentencias desarrollan y coronan la vocación jurídica positiva de los Estados americanos entendidos en su conjunto.

Sin embargo, es en el campo de la ejecución de dichas sentencias donde vuelve a aparecer la personificación de la contradicción casi intrínseca de tales Estados. Tanto la sentencia de Awas Tingni como la de Yakye Axa, no se están ejecutando de manera satisfactoria por parte de los Estados obligados. Además esta decir que la propia Corte Interamericana reconoce las dificultades de ejecución de sus propias sentencias por parte de los Estados.⁶ Y es aquí donde todo el conjunto de mis argumentos se encuentran: esta ejecución dificultosa, a pesar de la existencia de marcos jurídicos internos e internacionales favo-

rables y de sentencias específicas en los casos señalados, no es un hecho anecdótico e imputable simplemente a la eficacia --o ineficacia-- en la protección de derechos por parte de los órganos del Sistema Interamericano.

La situación de los territorios amerindios es también un problema de derechos, pero no por razones simplemente jurídicas sino políticas y económicas, en cuanto tal, no puede verse resumida su solución a salidas jurídicas, sean estas internas o internacionales. El Sistema Interamericano no resuelve sino que guía, potencializa, y evidencia casos específicos y paradigmáticos de violaciones de derechos humanos, propone recomendaciones generales o sanciona medidas específicas de reparación, como en el caso de los territorios amerindios.

Aún cuando sea una obviedad es necesario decirlo: el Sistema Interamericano no puede resolver una problemática tan amplia y compleja, ni aún sentando los fundamentos de los casos paradigmáticos, cuya base está en una contradicción intrínseca y permanente de los propios Estados que, como señalábamos atrás, se debaten entre su vocación jurídica y su condición estructural desigual, aún más cuando dicha condición estructural es reforzada por un sistema económico global. Esto no quiere decir que aquella vocación jurídica no sea perfectible --en relación con los derechos territoriales de los pueblos indígenas y con otros campos-- y desde los propios sistemas jurídicos internos e internacionales, pero eso es materia de otro ensayo.

Un catedrático me decía que en derechos humanos todos los días perdemos batallas, y el mismo juez Antônio A. Cançado Trindade señala que la legislación internacional de derechos humanos "... parece estar bajo fuego y hostilidad, por parte de aquellos comprometidos en su deconstrucción, los usuales heraldos del uso de la fuerza y la acumulación de la riqueza material".⁷ Sin embargo, aún cuando desde nuestra trinchera de defensores de derechos humanos y de los pueblos indígenas podamos ver que ciertas batallas se pierden, no debemos abandonar nuestros puestos ni perder de vista el horizonte. Lo que debemos hacer es en principio reconocer la necesidad



4 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.

5 *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125.

6 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de junio de 2005 sobre supervisión de cumplimiento de sentencias.

7 Opinión separada del Juez Antônio A. Cançado Trindade en Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 5 de junio de 2005. Serie C. No. 124.



de formas alternativas de solución de los problemas estructurales, que no excluyen en absoluto las denuncias ante el Sistema Interamericano pero que no se agotan en ellas.

Como señala el viejo Marx (Tucker 1972): "La reforma de la conciencia consiste sólo en permitir al mundo clarificar su conciencia, en despertarlo de su sueño sobre sí mismo, en explicarle el significado de sus propias acciones".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bill, Ashcroft; Tiffin, Griffiths and Helen, *Post-Colonial Studies. The Key Concepts*. Routledge, Londres, 2002.

García, Pedro y Surrallés, Alexandre, *Tierra adentro. Territorio Indígena y percepción del entorno*, IGWIA, Copenhague, 2004.

International Work Group for Indigenous Affairs-IWGIA, *El Mundo Indígena 2005*, IWGIA, Copenhague, 2005.

Tucker, Robert C., *The Marx-Engels Reader*, WW Norton & Company INC, New Cork, 1972.

Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa

Carlos Iván Fuentes*

El principio de universalidad de los Derechos Humanos ha sido ampliamente criticado usando la doctrina del relativismo cultural, la cual sostiene que no existe un acuerdo universal sobre el concepto, articulación y contenido de tales derechos. Ante aquellas críticas que atacan la pobre articulación de los Derechos Humanos para atender las necesidades de grupos indígenas, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha instituido a través de la jurisprudencia, un criterio de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que busca ampliar el contenido de ésta en atención a la diversidad cultural de los pueblos indígenas. En el caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte Interamericana ha establecido que al aplicar o interpretar la normativa interna o internacional, tanto los Estados como la Corte “deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.

Palabras claves: Universalidad, Relativismo Cultural, Diversidad, Derechos de los Pueblos Indígenas, Sistema Interamericano, Comunidad Yakye Axa, Nicaragua.

Introducción

Desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante la Declaración Universal) se entiende que uno de los principios de este cuerpo de leyes es su universalidad, es decir, “toda persona, donde sea que se encuentre, es sujeto de los derechos solemnemente proclamados el 10 de diciembre de 1948” (Tomuschat 2003, 58).

Sin embargo esta universalidad ha sido severamente cuestionada e incluso acusada de ser una visión puramente

occidental (Algotino 2005, 250). Quienes niegan el principio de la universalidad sostienen que la validez de una norma es determinada exclusiva o principalmente por la cultura (Donnelly 2003, 89-90; Macklem 1993, 1335), o que aún dentro de las culturas que aceptan la universalidad de los Derechos Humanos no hay una concepción uniforme sobre el contenido de esta rama jurídica (Favoreu 1998, 681).

El derecho del Sistema Interamericano no escapa de aquella crítica: antes de la adopción de la Declaración Universal, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ya afirmaba que “[t]odos los hombres nacen libres e iguales

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Candidato al título de Master of Law (Derechos Humanos) McGill University, Montreal, Canadá. carlos.ivan.fuentes@gmail.com.



en dignidad y derechos".¹ Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana) se presenta como un instrumento neutral que enuncia de los derechos esenciales a la persona humana (Delmas-Marty 2004, 29), sin tomar en cuenta las diversas culturas que cohabitan este continente.



Nuestro interés se enfoca en el problema del relativismo positivo: ¿qué pasa cuando el derecho se queda corto ante las aspiraciones de un determinado pueblo? Consideramos que la rearticulación teórica del concepto de universalidad brinda una solución al vacío de especificidad en el catálogo de internacional de Derechos Humanos.

Pronto esta dicotomía entre universalidad y relativismo se convertiría en uno de los principales debates en Derecho Internacional y particularmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por un lado, la universalidad es falsamente entendida como una suerte de "imperialismo cultural"; mientras por el otro el relativismo es acusado de apadrinar aberrantes prácticas que violan la dignidad humana (Shestack 1998, 228 - 233). Sin embargo el problema va más allá de lo que las críticas post-colonialista y realista del derecho pueden ver (Baxi 1999, 118); la adopción de un catálogo de Derechos Humanos *erga homines* está ciertamente dirigida a evitar ambigüedades en la protección de los elementos más esenciales de la dignidad humana (Baderin 2003, 29), pero en la búsqueda de aquellos elementos mínimos que constituyen la dignidad del ser humano se han omitido las diferentes visiones sobre lo que conlleva aquella dignidad.

No se trata de que una particular cultura tenga menos aprecio a un determinado elemento de lo que en abstracto llamamos "humanidad", la raíz del problema es que la actual re-

dacción del catálogo internacional de Derechos Humanos peca de simplista al no observar los diferentes matices en la interpretación del concepto de humanidad (Santos 1997, 9; González Amuchastegui 1994, 218).

Esta multiplicidad de visiones presenta dos problemas: el relativismo positivo, en el cual el derecho como tal no es disputado sino su articulación; y el relativismo negativo, que implica la negación del derecho [Haarscher (2004, 105 y 108) los clasifica como ataques frontales y ataques no frontales a los Derechos Humanos] (Dupuy 1997, 282).

En otras palabras, el primero busca ampliar o cambiar el contenido del catálogo de Derechos Humanos internacionalmente reconocidos de manera que satisfagan las necesidades especiales que derivan de las diferencias culturales, mientras que el segundo pretende que los Derechos Humanos en general, o ciertos derechos específicos, no sean aplicados a determinada cultura.

Nuestro interés se enfoca en el problema del relativismo positivo: ¿qué pasa cuando el derecho se queda corto ante las aspiraciones de un determinado pueblo? Consideramos que la rearticulación teórica del concepto de universalidad brinda una solución al vacío de especificidad en el catálogo de internacional de Derechos Humanos. Es decir, la presente redacción de los derechos contemplados en instrumentos internacionales afirma la universalidad del bien jurídico tutelado por ellos, mas no puede considerarse la única posible articulación de tales derechos. Por consiguiente, la protección debida a ese bien jurídico dependerá de como se manifiesta tal derecho en las diferentes culturas.

El actual catálogo internacional de Derechos Humanos es apenas el concepto base sobre el cual se construye la estructura de un verdadero derecho universal. Así las cosas, el principio de universalidad se transforma en la guía que determina la arquitectura filosófico-moral de un determinado derecho humano, mas no su producto final.

Con el presente ensayo pretendemos mostrar cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante el Sistema Interamericano) ha superado el debate sobre el relativismo positivo mediante la creación de un criterio de interpretación de sus normas convencionales en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay;² en el cual se dispuso que la

1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo.

2 Corte IDH. Caso de la Comunidad Yakye Axe v. Paraguay. Sentencia de fondo de 17 de julio de 2005. Serie C No. 125.

diversidad cultural debe ser tomado en cuenta al momento de interpretar las normas contenidas en la Convención Americana.

La transformación del concepto de universalidad

Según Brems (2001, 3-16) la doctrina ha dado al menos 16 significados diferentes al principio de universalidad. Para los efectos de este estudio utilizaremos el concepto tal como se desprende del texto de la Declaración Universal: titularidad y aplicación global (Brems 2001, 4 y 20; Peces-Barba Martínez 1994, 401).

A pesar de que participaron apenas 56 Estados en su redacción, la Declaración Universal buscó expresar la verdadera esencia de la humanidad antes de cualquier tipo de diferenciación posible (Malik 2001, xvi); en ella se cristalizó la doctrina de la universalidad como componente esencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Brems 2001, 20).

Inicialmente la existencia y articulación del principio de universalidad de los Derechos Humanos fue raramente retada, pero debido al surgimiento de una retórica legal no-occidental en Derechos Humanos a fines del siglo XX el concepto empezó a generar controversia (Brems 2001, 22). La Declaración de Viena de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993 constituye el gran hito en la afirmación del principio de universalidad; a pesar de los acalorados debates en que se trajo a colación, el producto final de la conferencia afirmó que la naturaleza universal de los Derechos Humanos está más allá de cualquier duda (Ayala-Lasso 1997, 43-48). Ahora bien, no por ello se ha logrado superar la abundante doctrina que niega tal naturaleza allegando consideraciones prácticas sobre su aplicación:

Ciertamente algunos derechos humanos son universales. [...] Aun convencido que tanto los derechos civiles y políticos como los sociales y culturales contemplan valores sin los cuales la vida moderna (o post-moderna, sea cual sea su significado) sería imposible, es difícil creer que todos los derechos huma-

nos tienen igual importancia o juegan el mismo rol en diferentes sociedades en todo momento (Müllerson 2000, 256).

Quienes critican el principio de universalidad bajo tales argumentos pierden de vista la intención esencial de la Declaración Universal: "no se trata en realidad de un único hombre, sino de todos los hombres, diferentes e iguales a la vez" (Dupuy 1986, 176) "afirmar los derechos humanos es afirmar la trascendencia del hombre" (Dupuy 1997, 281). De allí que el verdadero sentido de la universalidad no puede ser la represión de la diferencia, sino la aceptación, tolerancia y promoción de la diversidad.

Ciertamente algunos derechos humanos son universales. [...] Aun convencido que tanto los derechos civiles y políticos como los sociales y culturales contemplan valores sin los cuales la vida moderna (o post-moderna, sea cual sea su significado) sería imposible, es difícil creer que todos los derechos humanos tienen igual importancia o juegan el mismo rol en diferentes sociedades en todo momento.

La incorporación de la diferencia cultural en el discurso sobre Derechos Humanos se dio inicialmente en el campo del derecho a la igualdad con relación a la protección de las minorías, expresado a través del respeto a aquella diferencia.⁶ La causa cultural tomó particular fuerza cuando el Comité de Derechos Humanos afirmó que "el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia"⁷; de esta manera el principio de la universalidad empezó a tonarse hacia la dirección del pluralismo legal, aceptando la diferencia y promoviendo un trato especial a aquellos grupos desfavorecidos.⁸



6 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, UN Doc. A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 27.

7 *Observación General No. 18*, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, no discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr 8.

8 *Ibid*, párr 10.



El relativismo positivo y la nueva doctrina universalista

Mientras lo que previamente denominamos relativismo negativo sigue vivo a través de la crítica que clama por la des-universalización de ciertos derechos humanos, el relativismo positivo ha ido desapareciendo poco a poco de la esfera legal gracias a la adopción e implementación de instrumentos legales dirigidos a grupos específicos, tal es el ejemplo de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras.



El actual catálogo internacional de Derechos Humanos es apenas el concepto base sobre el cual se construye la estructura de un verdadero derecho universal. Así las cosas, el principio de universalidad se transforma en la guía que determina la arquitectura filosófico-moral de un determinado derecho humano, mas no su producto final.

Además, la doctrina ha brindado una solución para la especificidad cultural en el caso del relativismo positivo mediante la reestructuración del principio de universalidad de los Derechos Humanos, sugiriendo que estos derechos protegen bienes jurídicos universales, pero que la interpretación de esa protección debe situarse en la realidad cultural de los pueblos (Donnelly 2003, 98).

Este argumento afirma que el reconocimiento de la diferencia cultural es relevante para entender la universalidad de los Derechos Humanos y viceversa (Inoue 2004, 139). Se trata de un ejercicio de adaptación que da como resultado la flexibilización del actual catálogo de derechos humanos (Brems 2004, 225), proponiendo una "diferenciación de acuerdo al contexto" (Brems 2001, 316). En este sentido "[l]a universalidad es vista como el fruto, el residuo, el acuerdo que emerge de la confrontación de

la diversidad, (...) [e]s una universalidad cuyo núcleo esencial o mínimo común denominador parte de una situación de pluralismo (cultural, religioso, político, etc.)" (Algotino 2005, 327).

Tales intentos están dirigidos a ampliar los Derechos Humanos y hacer su lenguaje, sus medios y sus estándares accesibles a distantes culturas, a quienes quizás no desean saber sobre los logros del debate filosófico en occidente, pero que pueden tener un respeto intuitivo por la dignidad de la vida humana (Ghanea 2002, 30).

Bajo esta premisa, los intentos más radicales por integrar contexto, circunstancia y conocimiento en los DDHH son acaparados. Por ejemplo, la emancipación de este cuerpo legal enunciada por Santos (1997, 8; 2002, 275) no es totalmente incompatible con el principio de universalidad, ya que coincide con su propuesta de dar primacía al dialogo intercultural.

De la misma manera, aspiraciones que antes eran consideradas utópicas parecen realizables, particularmente la idea de un Derecho Universal de la Humanidad (Cançado Trindade 2003, 235-242; Dupuy 1986, 171-177) que considera a la diversidad cultural y a la universalidad como dos caras de la misma moneda, aspectos interdependientes que se enriquecen mediante el intercambio de información.

Donnelly (2003, 98) expresa con magistral claridad la naturaleza de la operación jurídica aquí propuesta:

No necesitamos escoger entre relativismo cultural y Derechos Humanos universales. Más bien necesitamos reconocer tanto la universalidad de los Derechos Humanos y su particularidad, y así aceptar un cierto relativismo limitado, especialmente con respecto a su implementación. Debemos tomar seriamente la inicialmente paradójica idea de la universalidad relativa de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

Todo lo antes dicho presenta serios retos a los organismos internacionales encargados de interpretar las normas de derechos humanos vigentes. Las posturas doctrinales están por lo general separadas de las consideraciones políticas que también juegan un papel importante en la evolución de cualquier cuerpo normativo. Sin embargo, el Sistema Interamericano en una increíble muestra de independencia judicial ha tomado la iniciativa transformadora necesaria para acoger este innovador pensamiento.

El caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa: paso definitivo hacia el reconocimiento de la diversidad cultural

El 17 de julio de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo pública su sentencia en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, ésta sería la tercera vez en que la Corte se pronunciara sobre el derecho de los miembros de una comunidad indígena a su propiedad ancestral.¹⁰ Sin embargo, justo antes de iniciar el examen de los derechos presuntamente violados, la Corte incluyó una sección llamada "Consideraciones Previas", la cual consta de un solo párrafo con el siguiente texto:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.¹¹

A pesar de contar con reglas de interpretación contempladas en la propia Convención Americana¹² y una vasta jurisprudencia sobre la aplicación de aquellas reglas, el honorable tribunal afirmó que valoraría el alcance y contenido de la Convención Americana tomando en consideración la diferencia cultural de los pueblos indígenas.

Basta una lectura rápida del fallo en cuestión para constatar que la Corte realizó el mismo ejercicio de interpretación de la Convención Americana con el que decidió los anteriores casos sobre propiedad ancestral indígena, es decir, usando las reglas de interpretación que la propia Convención establece. Aunque en efecto el alcance y contenido de las normas allí valoradas fue ampliado, no se usó el argumento contenido en las "Consideraciones Previas", sino que se utilizó la Constitución Paraguaya y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo para establecer el nivel de protección correspondiente para la comunidad indígena Yakye Axa.

La pregunta que surge inmediatamente es: ¿Por qué la Corte hizo tal afirmación si en la parte motiva de la sentencia no usaría expresamente tal interpretación? Sería absurdo pensar que la Corte haya simplemente querido justificar la postura jurisprudencial tomada desde 2001 con el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Una lectura detenida de la sentencia indica que el texto del precitado párrafo es más bien una apreciación general de la relación entre las obligaciones del Estado y los grupos indígenas, y no una estimación particular sobre el caso *sub judice*; igualmente se nota que la interpretación allí propuesta esta exenta de referencias a cuerpos legales diferentes de la Convención, y basa el ejercicio interpretativo en la diferencia del grupo como factor único a considerar. Es evidente entonces que la honorable Corte ha creado un criterio interpretativo general que valora la diferencia cultural y la costumbre indígena como herramientas para ampliar el contenido de la Convención Americana; así las cosas, los grupos indígenas del continente no podrán ser objeto de aplicaciones restrictivas a las normas de la Convención incluso si el Estado no ha legislado en la materia.

No se puede tomar esta conclusión a la ligera, pues significa la inclusión de la diversidad cultural indígena (y consecuentemente del relativismo positivo) en la lectura simple de la Convención Americana. Va más allá de los criterios instrumentales plasmados en las normas de interpretación del artículo 29 y da vida a una verdadera lectura progresiva de la normativa convencional. La Corte ha dispuesto 'relativizar lo universal', es decir, "ponerlo en relación con una realidad localizada en el espacio



10 Las anteriores sentencias fueron: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs Suriname*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

11 *Caso de la Comunidad Yakye Axa v. Paraguay*. *supra* nota 2, párr. 51.

12 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29.



y situada en el tiempo” (Delmas-Marty 2004, 406), esta adaptación cultural, lejos de negar la universalidad de los Derechos Humanos, reafirma los intereses fundamentales que derivan de nuestra condición humana (Curry 2003, 310 y 320).

Gracias a esta acertada decisión de la Corte Interamericana, la Convención Americana se ha transformado en un instrumento flexible, cuya interpretación toma en cuenta el intercambio cultural y las realidades locales (Santos 1997) de los pueblos indígenas americanos, alcanzando así un universalismo contextualizado o situado (Algotino 2005, 298; Brems 2004, 225; Donnelly 2003, 98; Delmas-Marty 2004, 406; Santos 2002, 275).



Es evidente entonces que la honorable Corte ha creado un criterio interpretativo general que valora la diferencia cultural y la costumbre indígena como herramientas para ampliar el contenido de la Convención Americana; así las cosas, los grupos indígenas del continente no podrán ser objeto de aplicaciones restrictivas a las normas de la Convención incluso si el Estado no ha legislado en la materia.

Esta conclusión se hace aún más evidente en el caso *Yakama vs. Nicaragua*, en el que el mismo razonamiento fue directamente usado como fuente de derecho en concreto:

Al analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en este caso, se debe tomar en consideración que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad.¹³
[...]

La restricción de participar a través de un partido político impuesto a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (*supra* párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000.¹⁴

Conclusión

No cabe duda que estamos ante el desarrollo jurisprudencial más importante para las comunidades indígenas en el Sistema Interamericano desde el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, en donde se reconoció que el artículo 21 de la Convención Americana implica también la protección de la propiedad ancestral indígena. Ciertamente el caso comentado en esta pieza pretende expandir tal razonamiento a otros aspectos del *modus vivendi* propio de los pueblos indígenas de nuestra América, quienes hasta entonces gozaban de un limitado campo de protección debido a la escasez de normas internacionales dirigidas a satisfacer sus necesidades particulares.

El injustificado retardo en la elaboración de la Declaración Universal y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es ciertamente un factor que propició que la Corte Interamericana adoptara la diversidad cultural como otro medio de interpretación de la Convención Americana.

Estamos apenas ante los primeros pasos en la formulación y aplicación de la “diversidad cultural” como criterio interpretativo de la Convención Americana, ciertamente resta mucho por dilucidar en el sentido de la extensión interpretativa, los sujetos de tal interpretación y su incidencia en el principio *pacta sunt servanda*. Por ahora sólo resta decir “enhorabuena” ante tal iniciativa que sin duda alguna beneficiará grandemente el desarrollo de los derechos sustantivos amparados bajo el Sistema Interamericano.

¹³ Corte IDH. *Yatama v. Nicaragua*. Sentencia de fondo de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 202.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 218.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TRATADOS

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, UN Doc. A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

CASOS DE LA CORTE

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

- *Caso de la Comunidad Moiwana Vs Suriname*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

- *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Interpretación de Sentencia de 8 de febrero de 2006. Serie C No. 145.

- *Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de fondo de 17 de julio de 2005. Serie C No. 125.

- *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y costas (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

- *Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de fondo de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Observación General No. 18. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, no discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

MONOGRAFÍAS

Algostino, Alessandra, *L'Ambigua Universalità dei Diritti : Diritti Occidentali o Diritti della Persona Umana?*, Jovene, Nápoles, 2005.

Baderin, Mashood A., *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Brems, Eva, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2001.



Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa

Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004.

Donnelly, Jack, *Universal Human Rights*, 2da. ed, Corner University Press, Ithaca, 2003.

Dupuy, René-Jean, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, UNESCO, Paris, 1986.

Ghanea, Nazila, *Human Rights, the UN & the Bahá'ís in Iran*, Kluwer, La Haya, 2002.

Müllerson, Rein, *Ordering Anarchy: International Law in International Society*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2000.

Mutua, Makau, *Human Rights: A political and cultural critique*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2002.

Skurbaty, Zelim, *As if Peoples Mattered: A Critical Appraisal of 'Peoples' and 'Minorities' from the International Human Rights Perspective*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2000.

Tomuschat, Christian, *Human Rights: Between idealism and realism*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Tunkin, G.I., *Theory of International Law*, Wildy, Simmonds & Hill, Londres, 2003, 2da. ed.

Artículos

Baxi, Upendra, "Voices of Suffering, Fragmented Universality, and the Future of Human Rights", en Weston, Burns H. y Marks, Stephen P., *The Future of International Human Rights*, Transnational Publishers, Ardsley, 1999.

Brems, Eva, "Reconciling Universality and Diversity in International Human Rights Law", en Sajó, András, *Human Rights with Modesty: The problem of universalism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004.

Cançado Trindade, Antonio Augusto, "Hacia el nuevo Jus Gentium del siglo XXI: El derecho universal de la humanidad", en Secretaría General de la OEA, *Jornadas de Derecho Internacional 2003*, OEA, Washington, 2005.

Curry, Steven, "Indigenous Rights" en Campbell, Tom, *et. al., Protecting Human Rights: Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Dupuy, René-Jean, "Réflexions sur l'Universalité des Droits de l'Homme" en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber, vol 1*, Bruylant, Bruselas, 1997.

Favoreu, Louis, "Quelques Considérations sur les Droits de L'Homme", en Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, vol. 1*, Corte IDH, San José, 1998.

Firestone, Jeremy, et al., "Cultural Diversity, Human Rights, and the Emergence of Indigenous Peoples in International and Comparative Environmental Law", *American University International Law Review* 20 (2005).

González Amuchastegui, Jesús, "Derechos humanos: Universalidad y Relativismo Cultural" en Rafael Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 1994.

Haarscher, Guy, "Can Human Rights be Contextualized?", en Sajó, Andrés, *Human Rights with Modesty: The problem of universalism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004.

Inoue, Tatsuo, "Reinstating the Universal Discourse of Human Rights and Justice", en Sajó, Andrés, *Human Rights with Modesty: The problem of universalism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004.

Macklem, Patrick, "Distributing Sovereignty: Indian Nations and Equality of Peoples", *Stanford Law Review* 45 (1993).

Malik, Habib, "Fifty Years of the U.N. Declaration in Human Rights", en Wagner, Theresa y Carbone Leslie, *Fifty Years after the Declaration: The United Nation's Record on Human Rights*, University Press of America, Lanham, 2001.

Mutua, Bakau, "The Complexity of Universalism in Human Rights", en Sajó, Andrés, *Human Rights with Modesty: The problem of universalism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004.

Pecez-Barba Martínez, Gregorio "La universalidad de los derechos humanos" en Rafael Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 1994.

Perry, Micheal J. "The Universality of Human Rights, The Relativity of Culture" *Roger Williams University Law Review* 10 (2005).

Shestack, Jerome J., "The Philosophic Foundations of Human Rights", *Human Rights Quarterly* 20 (1998).

Santos, Boaventura de Sousa, "Toward a Multicultural Conception of Human Rights", *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 18 (1997).

Vuotto, Jonathan P. "Awas Tingni V. Nicaragua: International Precedent for Indigenous Land Rights?" *Boston University International Law Journal* 22 (2004).





Marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*

Ana Aliverti*

Este artículo es un comentario de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*, en el que se resalta esta decisión como un avance considerable de la jurisprudencia del tribunal interamericano en materia de garantías judiciales. No obstante este reconocimiento, se efectúa un análisis crítico de la decisión sobre tres aspectos particulares: el principio de congruencia y el derecho de defensa; el concepto de “peligrosidad”; y el derecho a un recurso efectivo.

Palabras claves: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Garantías Judiciales; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Principio de Congruencia; Derecho de Defensa; Peligrosidad; Garantía contra la Doble Persecución Penal; Recurso Efectivo; Derecho a la Doble Instancia

Introducción

Una de las decisiones recientes más rica en término de avances de estándares en materia de garantías procesales así como sustantivas, es la sentencia en el caso de *Fermín Ramírez v. Guatemala*. En esta decisión la Corte Interamericana por primera vez se refirió a la garantía de congruencia y al concepto de “peligrosidad” en relación con los límites impuestos por el principio de legalidad –particularmente, en términos sustantivos

y no procesales-. Por otra parte, la Corte Interamericana ha establecido parámetros en relación con el derecho a un recurso efectivo, que en sus decisiones posteriores reiteró.¹ A mi criterio, la riqueza en términos jurídicos de esta decisión puede explicarse en virtud de la naturaleza del caso, ya que en él se debatieron básicamente cuestiones de puro derecho.

En este trabajo analizaré críticamente esta decisión advirtiendo los avances y fallas en que incurrió la Corte. Dedicaré la primera parte a hacer un breve resumen del caso. A continuación, me detendré en el análisis jurídico que realizó la

* Abogada, CEJIL. aliverti@cejil.org.

¹ Si bien la decisión también trata cuestiones como las condiciones carcelarias en que fue mantenida la víctima durante su detención con relación al derecho a la integridad personal y algunas consideraciones respecto del derecho a la vida, no abordaré estos puntos en este trabajo en la medida que he querido circunscribirlo al análisis del tribunal interamericano en relación con garantías procesales y sustantivas.

Corte Interamericana. En primer lugar, consideraré su examen en relación con las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25, y particularmente respecto del derecho de defensa y al principio de congruencia. En segundo lugar, examinaré las consideraciones del tribunal interamericano en cuanto al principio de legalidad. En tercer lugar, analizaré el estándar sentado respecto del derecho a un recurso efectivo. Particularmente, me interesa resaltar en relación a este aspecto de la sentencia el vínculo entre este derecho y la garantía de la doble instancia –tal como fue alegado por los representantes de las víctimas-, así como con las reglas establecidas por la Corte en otros casos respecto de esta última garantía.

Reseña de los hechos del caso

Debido a que en la sentencia de la Corte² se encuentran descritos los hechos que se han tenido por probados ante el procedimiento seguido ante aquella, me limitaré a realizar una breve reseña de ellos, a efectos de la mejor comprensión del análisis posterior.

En mayo de 1997, el señor Fermin Ramirez fue aprehendido por particulares y entregado posteriormente a la Policía, acusado de haber cometido un delito en contra de una niña. Ante ello, la fiscalía inició una investigación en su contra por el delito de violación calificada y asesinato. Por su parte, el juzgado interviniente dispuso su prisión preventiva. Dos meses y medio después, el Ministerio Público presentó una acusación en contra de Ramirez por el delito de violación calificada. En su petición describió los hechos imputados y la participación del acusado en ellos de la siguiente manera:

Que con fecha 10 de mayo de 1997, a eso de las once horas con treinta minutos aproximadamente, el acusado Fer-

min Ramirez, único apellido, o Fermin Ramirez Ordóñez, se constituyó frente a la tienda denominada La Esperanza ubicada en la aldea Las Morenas del Municipio Puerto Iztapa, del departamento de Escuintla, lugar donde se encontraba la niña Grindi Jasmin Franco Torres, a quien dicho acusado le solicitó que le fuera a hacer un mandado y que a cambio de ello le daría la cantidad de veinte quetzales, yéndose dicha menor a hacer el supuesto mandado que le había solicitado el acusado [...]. Posteriormente [el señor Ramirez] la alcanzó [...] y se la llevó sobre la bicicleta que conducía, circulando de sur a norte sobre la calle de terracería que conduce de la aldea Las Morenas hacia la aldea Obrero, de esa misma jurisdicción, y a la altura de la finca Las Delicias, bajó a la menor de la bicicleta y con lujo de fuerza abusó sexualmente de ella empleando tanta violencia que le produjo la muerte por estrangulamiento, todo esto ocurrió a la orilla de dicha calle de terracería, sobre la hier[b]a, a un lado de un quinel que se encuentra en dicho lugar. Posteriormente a cometer el hecho [...], se quitó el pantalón que vestía, se puso una pantaloneta y procedió a arrastrar a la [...] menor, a quien enterró en el mencionado quinel, poniéndole lodo encima, así como un tronco que se encontraba en el lugar, con el propósito de ocultar el cuerpo de la víctima, para luego bañarse en dicho quinel, y seguidamente se retiró del lugar, regresando a la aldea Las Morenas, lugar donde tenía su residencia.

Así, la acusación fiscal en contra del Ramirez describió el hecho imputado afirmando que la muerte de la víctima se había producido como consecuencia del acto sexual forzado realizado por aquél: “[el imputado] abusó sexualmente de [la víctima] empleando tanta violencia que le produjo la muerte por estrangulamiento”. Consecuentemente, la acusación específicamente describió el hecho como violación calificada.³

En diciembre del mismo año, se admitió la solicitud y se dictó la apertura de la etapa de juicio. Durante el debate oral, realizado en marzo del 1998, se recibió la declaración del perito médico que había realizado la necropsia sobre la niña, y que por



² Merecería un comentario aparte el análisis de una de las medidas de reparación dispuesta por la Corte, en la que se ordenó la realización de “un nuevo juzgamiento en contra del señor Fermin Ramirez”. Esta “solución” resulta por demás cuestionable, en la medida que el propio tribunal interamericano legitima la actuación de los órganos judiciales al margen de la Convención. Ello en tanto la infracción en contra del imputado (como se da en este caso), es “remediada” a través de la imposición de una nueva carga (en este caso, el inicio de un nuevo juicio), en lugar de declarar la pérdida de la potestad punitiva estatal por violación de las normas jurídicas vigentes. La “solución” escogida por la Corte, además, violenta la propia Convención Americana y otros pactos internacionales sobre derechos humanos, en cuanto contraviene la garantía contra el doble juzgamiento. Véase en este sentido Pastor 2005, 431 y ssgtes.

² Cfr., Corte IDH. Caso Fermin Ramirez vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, Capítulo VII, “Hechos probados”.

³ De acuerdo al Código Penal de Guatemala, la violación calificada se configura “[s]i, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida, [y en estos casos] se impondrá prisión de 30 a 50 años”. Cabe señalar que de acuerdo al Código Procesal Penal guatemalteco se exige que la acusación fiscal expresamente señale la calificación jurídica del hecho imputado (cfr., artículo 322 bis).



Marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*

lo demás ratificaba su informe escrito incorporado al caso. En su declaración, el perito sostuvo:

[P]or las lesiones que están descritas definitivamente si fue exagerada la violencia que [se] utilizó en la forma como fue tratada la menor. [...] Si pudo haber sido una necrofilia sexual, por las características del cadáver, las lesiones en el cuello y las lesiones encontradas en la tráquea; si pienso que la asfixia fue la causa de la muerte; si pudo haber sido que la persona violó antes a la niña y después la mató, como para que ella no dijera nada.

De la declaración del perito, entonces, se deduce que la muerte de la niña se habría producido no por la violación sino por el estrangulamiento posterior. Frente a esta pericia, la versión del fiscal y la calificación dada al hecho descrito en la acusación, resultaban discordantes. Evidentemente la prueba pericial presentada durante el debate oral planteó una modificación en la base fáctica del caso.

En estas hipótesis, la legislación procesal penal guatemalteca permite que el Ministerio Público introduzca una acusación alternativa o amplíe la acusación. Así, el artículo 333, CPP Guatemala, prescribe: "Acusación alternativa. El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta".

En rigor de verdad, en este caso no se daban los elementos para aplicar esta disposición legal pues esta norma es de aplicación en casos en que, si bien no se puede probar el hecho imputado, la prueba producida "alcanza" para sostener una calificación subsidiaria. Esto ocurría, por ejemplo, en el caso de que una imputación por el delito de robo no pueda ser sustentada pero sí pueda sostenerse, con el mismo material probatorio, una imputación por el delito de violación de domicilio o de encubrimiento. Las circunstancias de este caso se adecúan en cambio al supuesto del artículo 373, CPP Guatemala. En sus partes pertinentes este precepto establece:

Ampliación de la acusación. Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiera sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modifique la calificación legal o la pena del mismo hecho

objeto del debate, o integre la continuación delictiva.

En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el Presidente [del Tribunal] procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

No obstante, el fiscal no modificó la acusación durante el debate tal como lo prescribía esta última norma. Por el contrario, incluyó los elementos nuevos que surgieron en el transcurso del debate en su alegato final y concluyó que la calificación jurídica que correspondía al hecho imputado a Ramírez era la de asesinato. Concordantemente, solicitó la imposición de la pena de muerte. Fundó su petición en el artículo 132 del Código Penal que establece:

Asesinato. Comete asesinato quien matare a una persona: 1) Con alevosía; 2) Por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro; 3) Por medio o con ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago; 4) Con premeditación conocida; 5) Con ensañamiento; 6) Con impulso de perversidad brutal; 7) Para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para sí o para sus coparticipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho punible; 8) Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente.

A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa.

Por su parte, el tribunal en el curso del debate advirtió de la posibilidad de que se modificara la calificación jurídica, sin especificar la figura que alternativamente podría corresponder al hecho. Finalmente, al momento de dictar sentencia, el 6 de marzo de 1998, se inclinó por la versión propuesta por el fiscal

en su alegato y determinó que la niña había sido muerta como consecuencia de la asfixia por estrangulamiento. Para ello consideró como uno de los elementos probatorios determinantes la pericia médica ya mencionada. Ello aun cuando la legislación guatemalteca expresamente dispone que la sentencia “no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado”. Cabe señalar a este respecto que la legislación interna sí autoriza al tribunal de sentencia modificar la calificación legal contenida en la acusación o en el auto de apertura, e incluso imponer penas superiores a las solicitadas por el ministerio público.⁴

Así, consideró:

En el presente caso, del análisis de la prueba producida en el debate, especialmente en lo que respecta al informe legal referente a la necropsia practicada al cadáver de la menor [...], mismo en el que se establece que la causa de la muerte de dicha menor [de edad], se debió a ASFIXIA POR ESTRANGULAMIENTO, el Tribunal estima que el hecho delictivo imputado al procesado encuadra en la figura contemplada en el artículo 132 del Código Penal, reformado por el Decreto [Número] 20-96 del Congreso de la República, es decir el DELITO DE ASESINATO. Por lo que, por imperativo legal debe cambiarse la tipificación jurídica formulada en la acusación y en el auto de la apertura de juicio, de VIOLACION CALIFICADA AL DELITO DE ASESINATO.

En cuanto a la existencia de agravantes, el tribunal entendió que

dicho asesinato se cometió con la mayoría de los elementos propios de este delito, tales como ALEVOSIA, PREMEDITACION CONOCIDA, ENSAÑAMIENTO, CON IMPULSO DE PERVERSIDAD BRUTAL Y EL OCULTAMIENTO DEL MISMO, ya que la menor [de edad] Grindi Jasmin Franco Torres fue asesinada con ENSAÑAMIENTO Y PERVERSIDAD BRUTAL, QUE AL VIOLARLA LE DESGARRO SUS ORGANOS GENITALES Y RECTO, ACTUANDO DE ESTA FORMA EN CONTRA DE SU CALIDAD DE MENOR DE EDAD Y DE NIÑA, OCULTANDO POSTERIORMENTE SU CADAVER. Además de las agravantes

contenidas en el artículo veintisiete del Código Penal, como son: [el] ABUSO DE SUPERIORIDAD, [el] DESPOBLADO, EL MENOSPRECIO A LA VICTIMA Y EL ARTIFICIO PARA COMETER EL DELITO AL HABERLE OFRECIDO VEINTE QUETZALES PARA QUE LE HICIERA UN MANDADO. Por lo anterior se viene a determinar la peligrosidad social del procesado.

En consecuencia, el tribunal dispuso la aplicación de la pena de muerte en contra del señor Ramírez. Esta decisión fue atacada por la defensa a través de varios recursos. En primer lugar, se presentó un recurso de apelación por motivos de forma y fondo ante la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. Al considerar dicho recurso, el tribunal de alzada descartó los argumentos de la defensa. Esta decisión fue cuestionada, a su vez, a través de un recurso de casación. La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que el recurso había sido erróneamente planteado; no obstante revisó la sentencia recurrida. Al hacerlo concluyó que aquélla estaba ajustada a la legislación interna. Esta decisión fue cuestionada ante la Corte de Constitucionalidad a través de un recurso de amparo. Este recurso fue denegado, luego de que la Corte de Constitucionalidad analizara los argumentos de la defensa de Ramírez. A su vez, esta última interpuso un recurso de revisión en contra de la sentencia del 6 de marzo de 1998, el cual fue declarado sin lugar. Además, la defensa interpuso recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad contra las decisiones de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente y del tribunal de sentencia, por violación de las garantías del debido proceso y derecho de defensa. El tribunal denegó nuevamente el recurso interpuesto.

Además, la defensa de Ramírez presentó un incidente de falta de ejecutoriedad de la sentencia ante el Juzgado Segundo de Ejecución Penal, un recurso de revisión de la decisión del 6 de marzo de 1998 ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, una “acción de inconstitucionalidad parcial de carácter general” ante la Corte de Constitucionalidad y dos acciones solicitando la conmutación de la pena y el indulto de Ramírez. En todos los casos estos recursos fueron infructuosos.⁵



4 Cfr. artículo 388, CP Guatemala, primer y segundo párrafo, respectivamente.

5 Cabe señalar que el recurso interpuesto en segundo término no había sido resuelto al momento de que la Corte Interamericana dictó su decisión.



Marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*

Cabe señalar asimismo que para dicho momento la sentencia en contra del señor Fermín Ramírez no había sido ejecutada por estar vigente medidas provisionales en su favor, otorgadas por el tribunal interamericano.

Análisis jurídico

El contenido del principio de congruencia en la decisión de la Corte

En este apartado analizaré la decisión de la Corte Interamericana en cuanto a los problemas procesales advertidos en el caso. Particularmente, la Corte consideró las dificultades que en términos de derecho a la defensa plantea la posibilidad de que durante un proceso penal se modifique el marco fáctico que dio sustento a la acusación, y que el tribunal base su sentencia en estas evidencias sin haber dado la posibilidad al imputado de controvertirlas.⁶

Al momento de analizar el caso, la Corte Interamericana correctamente consideró que el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia implica que esta última debe limitarse a la base fáctica establecida por aquella y que la inclusión de hechos o circunstancias distintas a las establecidas allí contravienen dicho principio y, por consecuencia, el derecho de defensa. Aún más: la Corte consideró que en determinadas circunstancias el tribunal penal puede modificar, en virtud del principio de *iura novit curia*, la calificación jurídica de la conducta imputada,⁷ pero que dicha posibilidad está limitada por los derechos y garantías del imputado. Así, por ejemplo, si la modificación en la calificación jurídica es sorpresiva, no previsible y, como consecuencia, el imputado no ha podido ejercer su derecho de defensa, la potestad judicial en esta circunstancia sería cuestionable. Tal posición es compartida por la doctrina procesal penal. Maier, por ejemplo, considera al respecto que “[t]odo aquello que en la sentencia signifique una *sorpres*a para quien

se defiende, en el sentido de un dato de trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado [de congruencia]” (Maier 1999, 568).

En esta línea se advirtió que, frente a la omisión del fiscal de no ampliar la acusación o presentar una acusación alternativa, el tribunal guatemalteco debería haber recibido de oficio la declaración del imputado e informar a las partes de su derecho a solicitar la suspensión de la audiencia, y de este modo garantizar el derecho de defensa del imputado.⁸ En relación a este punto es de señalar que de acuerdo con la legislación guatemalteca el tribunal estaba obligado a proceder de esa manera en el caso de que el Ministerio Público hubiese planteado una ampliación de la acusación, de acuerdo al artículo 373, CPP Guatemala. En caso contrario –como ocurre en este caso–, el tribunal sólo estaba obligado a advertir acerca de la posible modificación de la calificación jurídica y del derecho a solicitar la suspensión del debate (cfr., artículo 374), y resolver directamente en función de la acusación tal como fue planteada desde el principio del debate. Por lo tanto, la infracción imputable al órgano jurisdiccional guatemalteco se registra no tanto en el modo en que condujo el debate, sino cuando al emitir su fallo introdujo circunstancias e hipótesis no planteadas en dicha acusación. Es en este momento cuando no sólo infringió la legislación doméstica sino también la Convención Americana.

En relación con el cambio de calificación jurídica, el tribunal tenía el deber, de acuerdo con la legislación interna, de realizar la advertencia establecida en el artículo 374, a fin de evitar imprevisibilidad de dicha modificación. Esta advertencia fue realizada y las partes no solicitaron la suspensión de debate, por lo tanto no existe a mi criterio infracción alguna del procedimiento interno ni del tratado interamericano en este momento. Ahora bien, lo que sí resulta cuestionable –y que no fue objeto de crítica en el ámbito interamericano– es la potestad que la norma guatemalteca otorga a los tribunales de modificar la calificación jurídica del hecho contenido en la acusación, e incluso aumentar la pena solicitada por el fiscal. Esta norma claramente violenta

6 De acuerdo a un comentario del artículo 14.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a ser informado de los cargos que obran en contra de una persona refiere a la “naturaleza y causa” de aquéllos, e incluye la descripción no sólo legal sino también fáctica de la imputación. Cfr., Nowak 2005, 331-2.

7 En este sentido cabe señalar que, a diferencia de su par europeo, el tribunal interamericano parecería no exigir que la acusación fiscal incluya la calificación jurídica del hecho. Es vital sin embargo que en ésta se describan los hechos de manera “clara, detallada y precisa”. Cfr., Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez*. Cit., párrafo 67.

8 Cfr., Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez*. Cit., párrafos 72 y 73.

garantías contra la reformatio *in peius* y el principio de congruencia, y consecuentemente el derecho de defensa, así como la garantía de imparcialidad. Esto último en la medida que quien debe ocupar una posición de tercero imparcial, al estar facultado para imponer una sanción más gravosa que la solicitada por la parte que acusa compromete su posición de imparcialidad al poder ir más allá de la pretensión de aquélla.⁹

La inadvertencia de este problema es aún más grave si se tiene en cuenta que la mayoría de las leyes penales adjetivas en nuestro continente prevén esta posibilidad. La Corte Interamericana a este respecto se limitó a considerar que de la interpretación que de esta norma hagan los tribunales internos dependerá la infracción o no del derecho de defensa, consagrado en el artículo 8.2, CADH.¹⁰ Si bien es correcta la apreciación acerca de que la facultad jurisdiccional de modificar el *nome iuris* del hecho imputado es compatible con el principio de *iura novit curia* (v. gr., son los jueces los encargados de “decir el derecho”) siempre que se ejerza sin lesionar el derecho de defensa del imputado, lo que es criticable de la regla establecida por la Corte es la falta de crítica de la parte del precepto legal que autoriza al órgano jurisdiccional a imponer una pena superior a la solicitada por el acusador.

Es en este aspecto —el de la pena— en el que también y fundamentalmente debe regir el principio de contradictorio (Ziffer 1999, 97-8). Así, el rol del juez aquí como en el resto del proceso debe limitarse a controlar que las pretensiones de las partes se ajusten al procedimiento establecido y no se lesionen los derechos del imputado. En este sentido, el principio de *iura novit curia* —que en el ámbito de la determinación de la pena se expresa en el principio de jurisdiccionalidad de la pena— se encuentra limitado por el hecho de que el órgano jurisdiccional no puede fallar *extra petita*, aunque sí puede decidir que dentro de los márgenes legales corresponde imponer una pena menor a la solicitada por el fiscal o directamente la absolución del imputado. A través de esta limitación, entonces, no sólo no se altera la función de contralor de la regularidad del proceso y de la plena vigencia de los derechos y garantías del imputado que tienen los jueces, sino que por el contrario aquélla es reforzada.

Por otra parte, en relación también al derecho defensivo, la Comisión Interamericana planteó que éste se había lesio-

nado además porque los presupuestos que llevaron al tribunal guatemalteco a imponer la pena agravada fueron introducidos ilegalmente y no fueron fundamentados. De acuerdo a la Comisión, la sentencia

La Corte consideró que en determinadas circunstancias el tribunal penal puede modificar, en virtud del principio de *iura novit curia*, la calificación jurídica de la conducta imputada, pero que dicha posibilidad está limitada por los derechos y garantías del imputado. Así, por ejemplo, si la modificación en la calificación jurídica es sorpresiva, no previsible y, como consecuencia, el imputado no ha podido ejercer su derecho de defensa, la potestad judicial en esta circunstancia sería cuestionable.

introdujo una circunstancia nueva que no había sido contemplada ni en la acusación fiscal ni en el auto de apertura del proceso, y que resultó definitiva para la imposición de la pena, a saber: la mayor y particular peligrosidad del señor Fermin Ramírez. El Tribunal de Sentencia dio por establecida esta circunstancia sin sustento probatorio ni razonamiento alguno. A partir de una relación de las mismas circunstancias que utilizó como causales de agravación del delito, concluyó que Fermin Ramírez presentaba una mayor peligrosidad... La determinación de esta circunstancia requiere una valoración científica, a través de medios probatorios adecuados... no puede ser presumida, sino se debe probar en el juicio. Al omitir referirse en la acusación a la peligrosidad del agente, las autoridades impidieron que la defensa del señor Fermin Ramírez presentara pruebas de descargo, con violación del principio de contradicción.

⁹ Para una crítica en este sentido de la legislación procesal penal argentina, véase Aliverti 2003.

¹⁰ Cfr., Corte IDH. Caso Fermin Ramírez. Cit., párrafo 74.



Marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*

Por su parte los representantes, calificaron estos hechos como violatorios del principio de inocencia y de defensa, en la medida que

el Ministerio Público no solicitó una ampliación de la acusación en los términos de los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal, respecto de la agravante de peligrosidad, para que el tribunal pudiera tener esa circunstancia por acreditada en la sentencia... ninguna decisión judicial puede fundamentarse en el convencimiento privado del juez o en juicios que no han podido ser contradichos por la defensa, como ocurrió en el presente caso: la sentencia de condena del señor Fermín Ramírez no contempla ningún dato objetivo incorporado legalmente al proceso que sea idóneo para producir un conocimiento cierto o probable acerca de la peligrosidad criminal del condenado.

Así, ambas partes cuestionaron la falta de fundamentación de la aplicación del agravante del delito de asesinato en la condena de Ramírez. Además, denunciaron que la aplicación de dicho agravante se hizo en violación del principio de congruencia en tanto no se le había brindado a la defensa la oportunidad de controvertir la prueba que le dio fundamento.

En relación con este último punto, la Corte Interamericana se refiere al argumento de las partes, remitiendo el análisis de la cuestión al examen de la violación del principio de legalidad (cfr., párrafo 81). A este respecto cabe señalar que si bien en la parte pertinente de su sentencia no se hace alusión explícita y específica a la violación de principio de congruencia en relación a la imposición del agravante establecido en el artículo 132, CP Guatemala, puede entenderse que sus consideraciones en relación a la violación de este principio -y, por consecuencia, del derecho de defensa- en virtud de que el tribunal guatemalteco tuvo en cuenta hechos no alegados en la acusación fiscal que dieron fundamento al cambio de calificación jurídica y la aplicación del agravante previsto en dicha norma, dan respuesta a los alegatos de la Comisión y los representantes en este sentido.

Por otra parte, tanto la Comisión como los representantes, señalaron que la falta de fundamentación de la sentencia en cuanto a la aplicación del agravante del delito de asesinato había obstado, en el caso concreto, al ejercicio del derecho de la víctima a obtener una revisión de dicha decisión ante órganos jurisdiccionales superiores. En palabras de la Comisión,

la falta de fundamentación probatoria sobre los hechos en los que consistió la mayoría de las causales de agravación del delito establecidas por el Tribunal de primera instancia, que no fueron debidamente señalados en la sentencia, constituyó un obstáculo que restringió objetivamente las posibilidades de la defensa de controvertir cuestiones de derecho relevantes en los recursos de apelación y casación.

Respecto de los argumentos de las partes sobre la falta de fundamentación de la sentencia en relación a la aplicación del agravante de la pena del asesinato en función de la "mayor peligrosidad del agente", si bien la norma definía con cierta determinación el contenido de dicho término (en función de cuatro factores, a saber: las circunstancias del hecho, las circunstancias de la ocasión, la manera de realizarlo y sus móviles), el tribunal en su sentencia no fundó debidamente dichos factores. Por el contrario, sólo aludió a la presencia de dicha "peligrosidad" en el imputado en virtud de que en el caso se daban todas las circunstancias agravantes del delito de homicidio (que convertían al homicidio en homicidio agravado, es decir, asesinato), y no del delito de asesinato.

Así, la explicación que el tribunal dio para aplicar en el caso concreto la pena de muerte resulta por demás redundante: nótese que fundamenta la aplicación del agravante del delito de asesinato, básicamente, en función de la presencia de los elementos normativos constitutivos del delito de asesinato –tipo penal que a su vez es la figura agravada del delito de homicidio, justamente por la presencia de estos elementos-. Por lo tanto, consideró una circunstancia ya contenida en el tipo penal aplicado para imponer la agravante de este tipo penal. En este sentido, aquella no resulta una fundamentación suficiente. Pero aún más, dicha explicación y la aplicación de la pena prevista para el delito agravado configura una violación de la garantía contra la doble persecución penal. Esto último en función de que la garantía contra el *ne bis in idem*, interpretada correctamente, veda a los órganos jurisdiccionales considerar un hecho dos veces para fundar una decisión. (cfr., Carrió 2000).

Si bien las observaciones de la Comisión y los representantes son atinadas –y así lo juzgó la propia Corte-, al momento de considerarlas decidió analizar "el problema que plantea la invocación [del concepto] de la peligrosidad" a la luz del principio de legalidad (artículo 9, CADH) pues "[e]sa invocación tiene mayor alcance y gravedad"¹¹, y particularmente la compatibilidad del artículo 132 y la garantía sustantiva consagrada

en el artículo 9. El análisis que hizo *a fortiori* es acertado; no obstante hubiera correspondido que el tribunal interamericano, luego de admitirlas, examinara las pretensiones de las partes en cuanto a la violación de las garantías procesales del señor Ramírez en función de la no fundamentación de la agravante de la pena impuesta.

En el apartado siguiente analizaré la parte de la sentencia del tribunal interamericano que se refiere a la violación del principio de legalidad. En el acápite “c” analizaré la decisión de la Corte en relación con los argumentos de las partes respecto de la violación al derecho a un recurso efectivo y a la doble instancia.

“Peligrosidad” y principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Tal como se advierte precedentemente, la Corte Interamericana decidió considerar los argumentos de las partes respecto de la invocación de la “peligrosidad” del condenado para fundar la agravación del delito de asesinato, en relación con la compatibilidad de dicho concepto con el artículo 9, CADH. En su examen, la Corte en gran medida retomó los argumentos expresados por los representantes.

Entre sus argumentos, los representantes consideraron al concepto de “peligrosidad” incorporado en el artículo 132, CP Guatemala, como un residuo del derecho penal de autor, incompatible con el principio de culpabilidad y, consecuentemente, del de legalidad sustantiva (Roxin 1997). En particular, manifestaron que este concepto estaba basado “en la idea de prevenir delitos futuros mediante la aplicación de la pena de muerte a delincuentes supuestamente peligrosos” y que la violación del principio de legalidad estaría dada por el hecho de que “los delitos, que son el fundamento de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo, ni en hechos vagos o indefinidos, sino deben concretarse en acciones humanas descritas por la ley penal”. Además, este concepto es –a criterio de los representantes– altamente indeterminado, con lo cual “genera un amplio margen para la discrecionalidad punitiva contrario a las exigencias de la Convención”.

A su turno, luego de recordar que el principio contenido en el artículo 9 exige a los Estados partes de la Convención Americana definir las acciones u omisiones delictivas de

la manera más clara y precisa posible, la Corte Interamericana consideró que

[l]a valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es... El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado... En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.¹²

Las circunstancias que legítimamente pueden ser invocadas para determinar una sanción penal, sin violentar el principio de legalidad, deben referirse al mayor grado de reprochabilidad penal que el acusado demostró al cometer el delito imputado. Este mayor grado de reprochabilidad se encuentra, por lo tanto, determinado por el acto imputado. En consecuencia, cualquier consideración que exceda este marco de referencia debe ser descartada.

El estándar establecido por la Corte tiene relevancia particular si se considera que la mayoría de las legislaciones sustantivas de los países americanos contiene dispositivos que aluden al concepto de “peligrosidad” como elemento constitutivo o agravante de los delitos, o a los efectos de la determinación de la pena a imponer en un caso concreto. Este “extraño elemento” al derecho penal liberal se ha mantenido inalterable, no obstante



11 Cfr., Corte IDH. Caso Fermin Ramírez. Cit., párrafo 94.



Marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*

las múltiples reformas a dichos ordenamientos normativos. En particular, la recurrencia legal al concepto de “peligrosidad” se advierte en cuanto al tratamiento de los enfermos mentales y los “delincuentes juveniles”.¹²

El rechazo tajante del tribunal interamericano al concepto de “peligrosidad” como fundamento de la imposición o agravación de una pena es así un parámetro claro que deberá ser tenido en cuenta por los jueces y los legisladores en los niveles nacionales, y adecuar sus decisiones a aquél.

A pesar de la correcta observación que hace la Corte, quisiera realizar una precisión en relación a este punto en cuanto a la legislación guatemalteca. Las circunstancias que legítimamente pueden ser invocadas para determinar una sanción penal, sin violentar el principio de legalidad, deben referirse al mayor grado de reprochabilidad penal que el acusado demostró al cometer el delito imputado. Este mayor grado de reprochabilidad se encuentra, por lo tanto, determinado por el acto imputado. En consecuencia, cualquier consideración que exceda este marco de referencia debe ser descartada. La legislación guatemalteca prevé un agravante del delito de asesinato ante la presencia de ciertos factores que efectivamente tienen relación con este mayor grado de reprochabilidad: las circunstancias del hecho, las circunstancias de la ocasión, la manera de realizarlo y sus móviles. Y en este sentido se adecuaría al principio de legalidad. Lo que sí resulta cuestionable de la norma en examen (v. gr., artículo 132, segundo párrafo, CP Guatemala) es que estos factores agravantes parecerían estar incluidos ya en la propia figura del delito de asesinato –que, de hecho, es la forma agravada del homicidio- y en consecuencia su previsión como agravante de dicho delito resultaría *per se* violatorio de la garantía contra el doble juzgamiento.

Por lo demás, la referencia a la “mayor peligrosidad del agente” resulta cuestionable no tanto por el hecho de que mediante aquélla se “agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con

pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es”, sino por la imprecisión del concepto en sí. En este sentido, los factores para imponer la pena agravada –con las salvedades ya efectuadas- hacen alusión exclusivamente al hecho imputado, y no a consideraciones ajenas a él. En consecuencia a mi criterio –tal como sostuvieron los representantes en uno de sus argumentos-, la norma en cuestión se contrapone al principio de legalidad por la falta de una adecuada determinación del contenido del concepto de “peligrosidad”, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad librado al juzgador.

Recurso efectivo, control jurisdiccional y doble instancia

Como tercero y último punto, deseo realizar algunos comentarios a la decisión de la Corte IDH en cuanto a las alegaciones de las partes respecto de los artículos 8.2.h y 25.1, CADH. Tanto la Comisión como los representantes de la víctima sostuvieron a este respecto que los recursos presentados en contra de la sentencia de condena no fueron eficaces: en primer lugar, porque su falta de fundamentación redundó en la imposibilidad de cuestionar ciertos puntos ante los tribunales de alzada; y, en segundo lugar, porque en los casos en que sí era posible impugnar las violaciones cometidas, la respuesta de los tribunales de instancias superiores confirmaron de manera casi automática la decisión sin responder adecuadamente los planteos de la defensa.

La Corte Interamericana decidió analizar estos argumentos bajo el precepto del artículo 25, que consagra el derecho a la protección judicial. Si bien es la Corte la que debe “decir el derecho”, no es claro por qué el tribunal no analizó dichas alegaciones a la luz del artículo 8.2.h, que consagra el derecho a la doble instancia. En efecto, lo que se cuestionaba en relación a este punto es justamente la privación del señor Ramírez de su derecho a que la decisión de condena en su contra sea revisada en los puntos señalados por la defensa por un tribunal superior. Este derecho, en palabras de la Corte, “debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribu-

12 Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez*. Cit., párrafos 95-6.

13 Un ejemplo de ello es la legislación penal argentina respecto de menores de 18 años y la jurisprudencia de los tribunales de menores. Para una crítica de esta jurisprudencia en este punto, véase CSJN, fallo “Maldonado, Daniel Enrique y otro”, del 7/12/05, considerando 38 y ssqtes. En relación a ellos, la invocación de su peligrosidad como fundamento de la imposición de una medida de carácter coercitivo diferente de la pena resultó ser legítimo, ante la imposibilidad de imponer una sanción en estos casos –en virtud de su condición legal de inimputables o imputables relativos, y su consecuente incapacidad de determinar su conducta a través de la norma penal-. De este modo, estos sectores de la población fueron excluidos de los derechos y garantías reconocidas para el resto -que por lo demás constituyen vallas a la potestad coercitiva del Estado-.

nal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho".¹⁴ La Corte, no obstante, decidió no entrar en el análisis de este precepto: optó por analizar el proceso judicial de modo integral bajo el precepto del artículo 25.1, que consagra el derecho a la protección judicial, y consideró que no existió violación al derecho a la tutela judicial:

Si bien las instancias superiores no advirtieron las irregularidades que ocurrieron en el proceso penal, de las que deriva la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 8 de la Convención, admitieron a trámite y resolvieron con regularidad los recursos interpuestos por la defensa del señor Fermin Ramírez. El hecho de que las impugnaciones intentadas no fueran resueltas, en general, de manera favorable a los intereses del señor Fermin Ramírez, no implica que la víctima no tuviera acceso a un recurso efectivo para proteger sus derechos. Luego del análisis de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en las resoluciones de los diversos recursos intentados en el proceso penal, este Tribunal no considera demostrado que el Estado violó el derecho de acceso a un tribunal, o coartó al imputado la posibilidad de contar con un recurso efectivo para impugnar la sentencia dictada en su contra.¹⁵

Evidentemente esta decisión tiene estrecha relación con lo advertido en el párrafo 62, en cuanto a que la revisión que los órganos interamericanos hagan de los procesos y las resoluciones de los tribunales internos está limitada por la propia CADH, debido a que aquéllos no pueden funcionar como tribunales de alzada. Las alegaciones de las partes en cuanto al modo en que los diversos órganos jurisdiccionales de grado decidieron los recursos impugnatorios cae a mi criterio en una "zona gris" en este sentido. Si bien los recursos fueron formalmente admitidos, si se analizan las respuestas de estos tribunales se advierte la falta de un examen detenido y profundo de los argumentos de los recurrentes.

Así, en tanto la decisión de la Corte de no entrar a examinar cada una de las resoluciones de los tribunales, y por el contrario realizar un análisis integral del proceso judicial, es adecuado a fin de no violentar el principio de subsidiariedad

que rige su actuación y de convertirse en una ulterior instancia de aquéllos, también es cierto que la regla establecida¹⁶ retacea el contenido del derecho a la doble instancia. Ello en la medida que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, éste se satisface con la admisión del recurso por el juez o tribunal superior. Esta limitación dejaría fuera los casos en que el tribunal de alzada confirma de manera infundada las decisiones de los tribunales inferiores, privando en la práctica al imputado de un control jurisdiccional integral de la decisión que analice, siempre y cuando se hayan respetado sus derechos y garantías.¹⁷

Así, en tanto la decisión de la Corte de no entrar a examinar cada una de las resoluciones de los tribunales, y por el contrario realizar un análisis integral del proceso judicial, es adecuado a fin de no violentar el principio de subsidiariedad que rige su actuación y de convertirse en una ulterior instancia de aquéllos, también es cierto que la regla establecida retacea el contenido del derecho a la doble instancia.

Por otra parte, el argumento sostenido tanto por la CIDH como por los representantes respecto de la imposibilidad que plantea el concepto de "peligrosidad" a los efectos de la impugnación del fallo, es ciertamente coherente con el cuestionamiento -en términos del mandato de determinación que surge del principio de legalidad- de la introducción de este concepto en la sentencia condenatoria para fundar la agravación de la pena impuesta al señor Ramírez. No obstante, no fue analizado en la sentencia de la Corte.

En suma, el caso Fermin Ramírez v. Guatemala ha introducido importantes aspectos relacionados con las garantías judiciales dentro del proceso penal que la Corte Interamericana

14 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrafo 161.

15 Corte IDH. Caso Fermin Ramírez. Cit., párrafo 83.

16 Que luego fue reiterada en decisiones posteriores. Cfr., por ejemplo, Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrafo 112, *in fine*.

17 Cfr., Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 188.





Marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso Fermín Ramírez v. Guatemala

no había tenido oportunidad de analizar en sus anteriores decisiones. Su sentencia en este caso desarrolla estos aspectos a la luz de los derechos consagrados en la Convención Americana y, de este modo, abre la posibilidad de nuevos avances jurídicos en materia de garantías judiciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aliverti, A., "A propósito de la adecuación constitucional de la facultad de los jueces para imponer una pena más grave a la solicitada por el fiscal. Análisis crítico de las conclusiones de *Fiscal ante Tribunal de Casación solicita Acuerdo Plenario*", en *Casación*, III, Ad Hoc, 2003.
- Carrió, A., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- Maier, J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, I, Del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd. Revised edition, N.P. Engel Publisher, 2005.
- Pastor, D., "El principio de descalificación procesal del estado en el derecho procesal penal", en Bertolino, P. y G. Bruzzone (comp.), *Estudios en homenaje al Dr. Francisco D'Álora*, Lexis Nexós, Buenos Aires, 2005.
- Roxin, C., *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Civitas, 1997.
- Ziffer, P., *Determinación judicial de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Liliana Galdámez*

Este artículo presenta una reflexión sobre el desarrollo jurisprudencial de la Corte interamericana en torno a la tortura. A partir del tratamiento que el Tribunal da a los diferentes elementos implicados en la definición normativa de la tortura, la autora desarrolla el análisis de las tres etapas que considera marcan la definición de los criterios y estándares aplicados por la Corte.

Palabras claves: Tortura, Derecho a la Integridad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea, Latinoamérica, Uso de la Fuerza, Tratos Crueles e Inhumanos.

Introducción

La prohibición internacional de la tortura está contenida en las más importantes declaraciones y convenciones sobre derechos humanos. Si bien todos los instrumentos internacionales contienen similares elementos para la construcción de la noción de tortura,

se observan matices o diferencias entre ellos, cuestión que ha sido invocada en ciertos ámbitos para intentar re-definir la tortura y "suavizar" el alcance de la prohibición en la investigación del crimen organizado y el terrorismo.¹

Sin embargo esta universalidad ha sido severamente cuestionada e incluso acusada de ser una visión puramente occidental (Algostino 2005, 250). Quienes niegan el principio

* Abogada. Cursó estudios de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, España. lilianaandrea.galdamez@alumnos.uva.es.

1 En este sentido: (i) Amnistía Internacional señala que: "En la presentación del Informe 2005 la secretaria general de la organización, Irene Khan, dijo: "Los gobiernos están incumpliendo las promesas que han hecho en materia de derechos humanos. Se está elaborando una nueva agenda en la que se utiliza el lenguaje de la libertad y la justicia para aplicar políticas de miedo e inseguridad. Con tal fin se está intentando, entre otras cosas, redefinir la tortura para hacerla admisible [...] Los intentos del gobierno estadounidense de suavizar la prohibición absoluta de la tortura por medio de nuevas políticas y de terminología *cuasi* administrativa como 'manipulación medioambiental', 'posturas estresantes' y 'manipulación sensorial', fueron uno de los ataques más perjudiciales a los valores globales..." Ver: <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLPOL100062005>.

(ii) Por su parte, Human Rights Watch (2006): "...[e]l Informe mundial de 2005 puso en evidencia el surgimiento de varios destacados poderes que ahora consideran la tortura con múltiples pretextos para considerarla una seria opción policial. Cualquier discusión sobre abusos a detenidos en 2005 debe comenzar con los Estados Unidos, no porque sea el peor violador de los derechos humanos, sino porque es el de mayor influencia [...] El Presidente Bush continuó asegurando engañosamente que los Estados Unidos no torturan a sospechosos, pero esas afirmaciones están lejos de ser creíbles. Para empezar con lo que la administración entiende por el término tortura [...] Hasta agosto de 2002, la administración había definido la tortura como un dolor o sufrimiento «equivalente al que se asocia con serios daños o lesiones que causan la muerte, fallos de órganos o permanentes lesiones como resultado de la pérdida significativa de funciones corporales, buscados intencionalmente». En diciembre de 2004, la administración rechazó esta absurda y limitada definición, pero no ofreció una definición alternativa [...] La clásica forma de tortura que la administración continúa defendiendo sugiere que esta definición es inadecuada. En marzo de 2005, Porter Gross, Director de la CIA, justificaba el «submarino», terrible tortura en que a las víctimas se les hace creer que serán ahogadas. La CIA instituyó aparentemente el «submarino» a principios de 2002 como una de las seis «técnicas de interrogatorio reforzadas» para sospechosos escogidos de terrorismo [...] El Tte. Gral. Michael V. Hayden, director adjunto de inteligencia y uno de los supervisores de la CIA, explicaba a un grupo de derechos humanos en agosto que los interrogadores de EE.UU. tenían la obligación de usar toda su autoridad disponible para luchar contra el terrorismo. «Somos bastante agresivos dentro de la ley» explicaba, «estamos rozando la línea». Ver: www.hrw.org/.



La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

de la universalidad sostienen que la validez de una norma es determinada exclusiva o principalmente por la cultura (Donnelly 2003, 89-90; Macklem 1993, 1335), o que aún dentro de las culturas que aceptan la universalidad de los Derechos Humanos no hay una concepción uniforme sobre el contenido de esta rama jurídica (Favreau 1998, 681).

El derecho del Sistema Interamericano no escapa de aquella crítica: antes de la adopción de la Declaración Universal,

Esta tendencia ha sido contrarrestada por el desarrollo jurisprudencial, de allí la importancia del examen de sus criterios. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizan una interpretación armónica y no excluyente de los principales instrumentos internacionales, reforzando el carácter absoluto de la prohibición. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin embargo, el criterio de la intensidad o gravedad del sufrimiento tiende a consolidarse como elemento que distingue a la tortura de los otros tratos.

La noción de tortura en los instrumentos internacionales

La regulación normativa de la tortura en el ámbito internacional se dirige fundamentalmente a instituir su prohibición absoluta.² La noción de tortura es abordada exclusivamente por la Declaración y Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes de NU y por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Carlos Villán Durán (2004) plantea que si bien la definición contenida en la Convención de UN contra la Tortura es restrictiva, la cláusula segunda del artículo

1, abre la posibilidad de dar preferencia a otros instrumentos que dispongan normas de mayor alcance, siendo éste uno de los antecedentes en que se fundamenta el desarrollo progresivo de la prohibición.

En los textos internacionales se considera la tortura como la figura agravada de la violación del derecho a la integridad, aquella a la que se hace el mayor juicio de reproche, situándose en la categoría inmediatamente inferior "los otros tratos prohibidos". La definición normativa contiene, aunque con matices, determinados elementos que deben concurrir: un sujeto activo calificado, el elemento teleológico, la intención en el sujeto activo y un resultado: que la acción produzca sufrimiento, físico o mental, en la víctima.

Respecto al sujeto activo o agente del Estado, para la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975, se entiende por tortura un acto ejecutado por un "funcionario público u otra persona a instigación suya", es decir, un agente del Estado que actúa directamente, o bien por intermedio de otros, cuando el agente actúa como instigador. Esta primera hipótesis, será posteriormente ampliada en la Convención Contra la Tortura, que incluye, además de los supuestos señalados, la actuación de otra persona cuando actúa "en ejercicio de funciones públicas", o con el consentimiento o aquiescencia de un agente del Estado.

En el sistema interamericano la Convención Interamericana contra la Tortura contempla la actuación de "empleados o funcionarios públicos" que actuando "en ese carácter" "ordenen, instiguen, induzcan a su comisión", o bien "lo cometan directamente" o incluso llega a considerar que el Estado es responsable, cuando "pudiendo impedirlo, no lo haga". Con relación a la participación de particulares, considera que igualmente se comete tortura cuando dicha persona actúa a "instigación

(iii) Naciones Unidas (2004) ha manifestado a través de sus diversos órganos su gran preocupación por la situación de los derechos humanos en el mundo. Particularmente ha denunciado las crecientes amenazas a la protección de la persona contra la tortura y los otros tratos o penas crueles inhumanos y degradantes. El Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, de octubre de 2004, señala que "...los mecanismos de derechos humanos, incluidos los procedimientos especiales, habían determinado que diversos derechos se encontrarán bajo presión como resultado de las medidas de lucha contra el terrorismo. Entre esos derechos se incluían el derecho a la vida, y el derecho a no ser sometido a torturas y a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes..."

2 En el mismo sentido, Ana Salado Osuna (2005, 97): " Los malos tratos (la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) están prohibidos en el Derecho Internacional contemporáneo con carácter absoluto en el sentido de que no pueden ser objeto de derogación, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación. De ahí que en la actualidad tales prohibiciones tengan una doble dimensión normativa: norma del Derecho Internacional general (obliga a todos los Estados al margen de cualquier vínculo convencional) y norma convencional (obliga a todos los Estados que están vinculados con el tratado de derechos humanos que contenga la prohibición). Sin embargo, sólo la tortura en tanto norma del Derecho Internacional general ha alcanzado la categoría de *ius cogens* (imperativa y perentoria)".

de los funcionarios públicos o empleados públicos" y, en esta condición, ordene, instigue o induzca a su comisión, sea que lo cometa directamente o en calidad de cómplice.

Parte de la doctrina ha considerado que la tortura es esencialmente un delito de Estado (Tomas y Valiente 1994, 233 y 234). Sin apartarse de la exigencia de un sujeto activo calificado, existe un importante desarrollo por parte de los órganos de control internacional que admite la responsabilidad del Estado por actos de particulares. Esta responsabilidad se fundamenta en el bien jurídico protegido: la integridad personal, que también implica para el Estado obligaciones positivas, o deber de diligencia, cuyo fin es "evitar" que tanto poderes públicos como particulares puedan atentar contra este derecho (Villán Durán 2004, 59).

El elemento teleológico es uno de los aspectos de más amplio debate en la doctrina y se refiere a la finalidad u objetivo de la tortura.³ Probablemente este elemento se ha mantenido presente en la noción de tortura por razones históricas. Tomas y Valiente (1994, 99) sintetiza la noción de tortura conocida en España entre los S. XVI y XVII, como "una prueba del proceso penal, subsidiaria y reiterable, destinada a provocar por medios violentos la confesión de culpabilidad de aquel contra quien hubiera ciertos indicios; o dirigida, a veces, a obtener la acusación del reo contra sus cómplices, o también a forzar las declaraciones de los testigos". La finalidad de la tortura ha sido recogida en los instrumentos internacionales, que no por ello han dejado de incorporar finalidades más amplias de las concebidas en el pasado, ya que lamentablemente su práctica ha permitido apreciar en el ánimo de los autores nuevos objetivos, como la búsqueda de la aniquilación de la personalidad o el control social.

Tanto la Declaración de Naciones Unidas de 1975 como la Convención contra la Tortura de 1984, se refieren al elemento teleológico en idénticos términos: definen la tortura como aquella cuyo propósito es conseguir a) información, sea que quien deba proporcionarla sea la propia víctima o un tercero; b) un medio de castigo, por un hecho que ha cometido o se

sospecha que ha cometido; c) como medio para intimidar, coaccionarla a ella o a un tercero; d) por razón de discriminación.

La finalidad de la tortura ha sido recogida en los instrumentos internacionales, que no por ello han dejado de incorporar finalidades más amplias de las concebidas en el pasado, ya que lamentablemente su práctica ha permitido apreciar en el ánimo de los autores nuevos objetivos, como la búsqueda de la aniquilación de la personalidad o el control social.

La Convención Interamericana, por su parte, amplía los criterios anteriores, y refiere al elemento teleológico como aquél que tiene por finalidad: a) servir como "medio de investigación criminal"; b) "castigo"; c) "medida preventiva"; d) como "pena", o, e) "con cualquier otro fin". También considera como tortura aquella cuya finalidad es: f) "anular la personalidad de la víctima" o g) "disminuir su capacidad física o mental aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

A diferencia de la Declaración y la Convención en contra de la Tortura del sistema de Naciones Unidas, en el sistema interamericano se introduce un tipo abierto: "cualquier otro fin" que implica que la conducta debe tener una finalidad, sin que sea determinante su contenido. Respecto al elemento teleológico la doctrina oscila entre considerarlo el único elemento que diferencia la tortura de los otros tratos (Rodley 2002, 491) y aquellos que le consideran irrelevante.

Finalmente, en cuanto al resultado de la conducta o elemento material, la Declaración de Naciones Unidas exige que la acción produzca en la víctima "penas o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales". En términos similares se refiere a ella la

3 Para D. J. Harris, M. Boyle, y C. Warbrick (1995, 60) la cuestión que delimita la noción de tortura es la intensidad o gravedad del sufrimiento cuando ese dolor es producido con intención de dañar, en relación al elemento teleológico estima que su concurrencia no marca diferencias en la práctica: "Provided that the sadistic infliction of suffering can be regarded as being for a purpose, this additional requirement probably makes no difference in practice. Because of the absolute nature of article 3, the causing of 'very serious and cruel suffering' cannot be saved from being torture on the ground, for example, that its purpose is not extract information from terrorists that will protect innocent lives".



La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Convención de Naciones Unidas: "dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales". Para la Convención Interamericana es necesario que la acción produzca "penas o sufrimientos físicos o mentales", la gravedad o intensidad del sufrimiento no aparece señalada de manera expresa. La consideración de la intensidad del sufrimiento será desarrollada posteriormente por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

Los criterios para determinar la "gravedad o intensidad del sufrimiento", han sido abordados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.⁴ Para su examen se consideran dos contenidos: unos de orden objetivo y otros de naturaleza subjetiva. Los contenidos objetivos, se refieren a las circunstancias del caso concreto, mientras que la estimación del sufrimiento en su contenido subjetivo se analiza caso a caso. Está directamente vinculada a la víctima, a sus condiciones específicas como su edad, salud y, por su naturaleza puede variar en el tiempo, perspectiva que dará argumento a la Corte para la calificación de un hecho como tortura de manera evolutiva, como más adelante se verá.

Asimismo, se considera que el "sufrimiento o dolor", puede tener connotaciones tanto físicas como psíquicas y ambas afectaciones pueden llegar a constituir tortura. Pero no todo sufrimiento corresponde a la hipótesis de tortura u otros tratos. Las declaraciones y convenciones internacionales admiten que, en los casos de: "privación legítima de libertad" (Declaración contra la Tortura), o "sanciones legítimas" (Convención contra la Tortura) o "medidas legales" (Convención Interamericana contra la Tortura), se produzca un dolor o sufrimiento como resultado inherente a la aplicación de la medida.⁵

La intencionalidad es un elemento común a todas las convenciones internacionales, y se ha interpretado por algunos sectores como la voluntad, intención o ánimo del sujeto activo de "torturar" o causar dolor, lo que implicaría que aquellas conductas que, no obstante responder al criterio del autor --agente del Estado-- tener una finalidad y producir un resultado específico, sean ejecutadas sin "intención de", no serían consideradas tortura a efectos de estas declaraciones. Arribar a esta conclusión parece difícil considerando el actual contexto internacional, especialmente en lo que se refiere a aplicación de medidas de incomunicación y aislamiento en el marco de medidas especiales aplicadas a delitos de terrorismo, por lo que el elemento intencional tiende a debilitarse en el tratamiento jurisprudencial.⁶

Los elementos señalados, en su conjunto --agente calificado, elemento teleológico, intencionalidad y resultado de la acción-- definirán la noción de tortura. La gravedad del sufrimiento y elemento teleológico serán dos aspectos constantes en el desarrollo jurisprudencial. El tratamiento de la tortura en consideración a estos elementos también es aplicado por otros órganos especializados dedicados a la verificación para efectos de resarcimiento por graves y masivas violaciones al derecho a la integridad personal.⁷

4 Ana Salado Osuna (2005, 102) analiza la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y señala. " El TEDH, en el caso Irlandés, fundamentó su decisión sobre la base del criterio de gravedad de los sufrimientos inflingidos a las presuntas víctimas, reconociendo a este respecto que el criterio de 'gravedad' es por su propia naturaleza 'relativo', y depende 'del conjunto de las circunstancias del caso y, especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y a veces del sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etc.'... Con posterioridad, también se ha referido a otros criterios personales tales como la vulnerabilidad de la víctima".

5 En el Caso Lori Berenson Mejía, la Corte señala que "las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita". Sin embargo, las lesiones, sufrimientos y daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel, cuando, debido a las condiciones de encierro, exista deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la 'finalidad esencial' de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, 'la reforma y la readaptación social de los condenados'. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas". Corte IDH. "*Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*". Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C. No. 119, párr. 101.

6 En el caso Peers c Grecia, el Tribunal Europeo consideró que la ausencia de intención en el autor no es razón para descartar la violación al artículo 3 del CEDH. "In the light of the foregoing, the Court considers that in the present case there is no evidence that there was a positive intention of humiliating or debasing the applicant. However, the Court notes that, although the question whether the purpose of the treatment was to humiliate or debase the victim is a factor to be taken into account, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3.". European Court H.R., Case Peers v. Greece, Judgement of 19 April 2001, para. 74.

La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte IDH

Los matices contenidos en las definiciones normativas de la tortura y la escasa noción de los “otros tratos”, han inducido a la Corte Interamericana a emprender un trabajo minucioso para su delimitación. En el desarrollo de la noción de tortura llevado a cabo por la Corte hemos distinguido tres etapas o fases, que expresan el desarrollo paulatino de los distintos elementos o hipótesis en que se comete tortura.

Primera Fase

La primera sentencia dictada por la Corte en el sistema interamericano es la sentencia del caso Velásquez Rodríguez de 1988,⁸ planteado contra el Estado de Honduras por la desaparición forzada del estudiante Manfredo Velásquez, detenido en Tegucigalpa en septiembre de 1981 por elementos de las Fuerzas Armadas. La Corte condenó al Estado por la violación del derecho a la integridad (artículo 5 de la Convención Americana); derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención Americana); y derecho a la vida (artículo 4 de la Convención Americana).

Desde el punto de vista de los derechos afectados, en cuanto a la violación del artículo 5, la Corte consideró que se violó el derecho a la integridad personal del estudiante Velásquez en dos hipótesis: tortura y trato cruel e inhumano. En cuanto a la tortura la Corte estimó que aunque no fue acreditado mediante

prueba directa que la víctima fue torturada físicamente:

[...] la mera circunstancia de que su secuestro y cautiverio hayan quedado a cargo de autoridades que comprobadamente sometían a los detenidos a vejámenes, crueldades y torturas representa la inobservancia, por parte de Honduras, del deber que impone el artículo 1.1, en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención. En efecto, la garantía física de toda persona y de que todo aquél que sea privado de su libertad sea tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la prevención razonable de situaciones virtualmente lesivas de los derechos protegidos.⁹

Asimismo, se considera que el “sufrimiento o dolor”, puede tener connotaciones tanto físicas como psíquicas y ambas afectaciones pueden llegar a constituir tortura. Pero no todo sufrimiento corresponde a la hipótesis de tortura u otros tratos.

La Corte tuvo por probado que Manfredo Velásquez fue secuestrado y torturado aún sin contar con prueba directa.¹⁰ El criterio de la Corte Interamericana es compartido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,¹¹ reconocido en la Declaración sobre la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992,¹² pero no por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ETD),¹³ que sólo reconoce la

7 En Chile, el 24 de diciembre de 2004, la “Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura” publica en el Diario Oficial el resultado de su investigación acerca de las violaciones al derecho a la integridad y libertad personales ocurridas en el país entre septiembre de 1973 y diciembre de 1990. Según el informe, 28.459 personas fueron víctimas de tortura y prisión política. Para la calificación de los actos la Comisión combinó los elementos de la definición de tortura contenidos en la Convención de N.U. contra la tortura y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Los fines que persiga el agente pueden tener distinto carácter (no tienen que ser taxativos) y se requiere, asimismo, que el victimario sea un agente del Estado o cualquier persona en ejercicio de funciones públicas. Cabe hacer notar que existe responsabilidad respecto de la tortura aun en casos de conducta pasiva, de omisión de un deber jurídico de actuar. Para más detalles ver <http://www.comisionprisionpoliticaytortura.cl>.

8 Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el estudiante Manfredo Velásquez Rodríguez, había sido detenido violentamente sin mediar orden judicial, por elementos de la inteligencia de las Fuerzas Armadas de Honduras. Según testigos, había sido llevado junto con otros detenidos a Estaciones de la Fuerza de Seguridad Pública, donde habría sido sometido a torturas, mientras los cuerpos policiales negaban su detención. El gobierno admitió su desaparición no obstante no reconoció su detención. Corte IDH. *Caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

9 *Ibid.*, párr. 187.

10 La Corte resuelve en el mismo sentido en el *Caso Godínez Cruz v.s. Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C. No. 3; *Caso Castillo Páez v.s. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C. No. 34; *Caso Bámaca Velásquez v.s. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C. No. 70.

11 En el Caso Mojica contra República Dominicana, de 10 de agosto de 1994, el Comité presume que la víctima fue sometida a tortura.





La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

condición de víctima de violación al artículo 3 a los familiares del desaparecido, no a la víctima directa de la desaparición.

La consideración de que la víctima fue sometida a tratos crueles e inhumanos responde a que fue sometido a un "aislamiento prolongado" y a una "incomunicación coactiva". En el Caso Loayza Tamayo de 1997,¹⁴ la Corte introduce dos cuestiones relevantes: determina en qué casos el uso de la fuerza puede comprometer una violación al artículo 5 y verifica que en la violación del derecho a la integridad personal pueden observarse diversas connotaciones o grados, que van desde la figura agravada (tortura) hasta los tratos degradantes.

En cuanto al uso de la fuerza, la Corte considera que cualquier uso de la fuerza que no sea necesario, teniendo en cuenta el comportamiento del detenido, "constituye un atentado a la dignidad personal", por el contrario, no todo uso de la fuerza implica una vulneración al derecho a la integridad. El uso de la fuerza deja de ser legítimo cuando "no es estrictamente necesario"; más allá de este límite, entramos en el ámbito de protección del artículo 5.

Respecto a las distintas gradaciones en la infracción al derecho a la integridad personal, la Corte ha dicho que se trata de "...una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta".¹⁵ En consecuencia, concluye la Corte, la valoración de las secuelas se realizará caso a caso, considerando para ello tanto factores internos como externos, por lo que su calificación puede variar de un caso a otro.

Enseguida, refiriéndose a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*¹⁶, la Corte concluye que, como ha dicho el TEDH: "...aún en ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar, y de romper la resistencia física y moral de la víctima...".¹⁷ La Corte consideró que María Loayza había sido sometida a tratos crueles e inhumanos.

En esta sentencia aparece por primera vez una delimitación general a la violación al artículo 5, admitiendo que no todo uso de la fuerza implica necesariamente su infracción, y que una vez que la infracción se produce es posible apreciar distintos rangos, que van desde la tortura --figura agravada-- hasta los tratos degradantes a los que identifica por el sentimiento de humillación que provocan en la víctima.

Segunda Fase

A continuación hemos querido distinguir una segunda etapa señalada por en el momento en que la Corte se aparta de su anterior criterio y considera tortura tratos que antes consideró como crueles e inhumanos. Esta etapa se inicia con la sentencia del Caso Cantoral Benavides del año 2000,¹⁸ donde el Tribunal sostiene por primera vez la tesis de la necesidad de una "protección progresiva de los derechos humanos" y, alejándose del razonamiento sostenido en el caso Loayza Tamayo, considera que la víctima fue sometida a tortura. La mayor calificación, no obstante tratarse de casos cuyas circunstancias se asemejan (las víctimas habían sido detenidas y acusadas del delito de "traí-

12 Artículo 1.No 2 "Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola además el derecho a la vida o lo pone gravemente en peligro".

13 Eur. Court H.R., Case Kurt v. Turkey. Judgement of 25 May, 1998, para 116 y 117.

14 En febrero de 1993 María Loayza Tamayo, fue arrestada, junto a un familiar, sin orden de detención. Fue acusada de colaborar con el grupo "Sendero Luminoso". Durante 10 días permaneció incomunicada, sin que le fuera permitido contactar a su familia ni a un abogado, quienes tampoco fueron informados acerca de su detención. Según la denuncia durante su incomunicación fue torturada, y sujeta a tratos crueles inhumanos y degradantes, con el fin de que reconociera su pertenencia al grupo armado, respecto a lo cual ella declaró ser inocente. Fue presentada a la prensa con traje infamante, y se le imputó el delito de traición a la patria. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

15 Ibid., párr. 57.

16 Eur. Court H.R., Case Ireland v. United Kingdom. Judgement of 18 January, 1978 para 167.

17 *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, supra nota 14, párr. 57.

18 Según la demanda, la víctima habría sido privada ilegalmente de su libertad, encarcelada y sometida a tratos crueles inhumanos y degradantes. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

ción a la patria” y “terrorismo”, les fueron aplicados regímenes carcelarios idénticos y mientras estaban privadas de libertad, fueron golpeadas y amenazadas) responde a: “...las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales” a la que “debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas”.¹⁹

En su apreciación, el Tribunal considera las circunstancias del caso,²⁰ el contexto en que ellas se producen y califica los actos como tortura física y psicológica, considerando que fueron cometidos intencionalmente con “...un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigos adicionales a la privación de libertad en sí misma”.²¹ La Corte recuerda lo que ha dicho el TEDH, que ciertos actos que en el pasado fueron calificados como tratos inhumanos, pueden ser calificados en el futuro como tortura, ello por la necesidad de una protección progresiva a los derechos humanos y la exigencia de una mayor “firmeza” para censurar las violaciones, ya que la integridad personal y la dignidad del hombre son valores fundamentales en las sociedades democráticas.

La sentencia, asimismo, aborda la hipótesis de la tortura psicológica, contenida en la normativa internacional, también planteada por la jurisprudencia del TEDH. La Corte señala que según las normas internacionales de protección, no sólo la violencia física, sino también aquella que produce un sufrimiento *psíquico, o moral agudo*,²² puede ser considerada como tortura. Recuerda lo que ha dicho la Corte Europea: “es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas del artículo 3 de la Convención Europea para que pueda consi-

derarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato. En concordancia amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos «un trato inhumano»”.²³ Asimismo, la Corte se refiere al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que ha calificado “la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una tortura psicológica”.²⁴

La Corte recuerda lo que ha dicho el TEDH, que ciertos actos que en el pasado fueron calificados como tratos inhumanos, pueden ser calificados en el futuro como tortura, ello por la necesidad de una protección progresiva a los derechos humanos y la exigencia de una mayor “firmeza” para censurar las violaciones, ya que la integridad personal y la dignidad del hombre son valores fundamentales en las sociedades democráticas.

Desde el criterio de la necesidad de una *protección progresiva*, la Corte argumentará su cambio de criterio, bajando el umbral del dolor para los actos que considera tortura, haciendo operativo lo que ya declaró en el caso Loayza Tamayo: el análisis de la violación caso a caso.

En las sentencias analizadas hasta ahora, la Corte combina el elemento teleológico y la intensidad del sufrimiento para la definición de la hipótesis de tortura, a partir del caso Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala del año 2000,²⁵ dará

19 Ibid., párr. 99.

20 “Existen suficientes elementos para afirmar que, además de haber sido incomunicado, y haber sido sometido a condiciones de reclusión muy hostiles y restrictivas [...] fue en varias ocasiones golpeado y agredido físicamente de otras maneras y que esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales”. *Caso Cantoral Benavides v.s. Perú*, supra nota 18. Párr. 91.

21 *Caso Cantoral Benavides v.s. Perú*, supra nota 18, párr. 104.

22 “Merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico o moral agudo.” *Caso Cantoral Benavides v.s. Perú*, supra nota 18, párr. 100.

23 *Caso Cantoral Benavides v.s. Perú*, supra nota 18, párr. 102.

24 *Caso Cantoral Benavides v.s. Perú*, supra nota 18, párr. 102.

25 La denuncia señaló que Efraín Bámaca desapareció el 12 de marzo de 1992, luego de un enfrentamiento entre la guerrilla y el ejército. La víctima fue encarcelada de manera secreta en distintas dependencias del ejército donde habría sido torturada y finalmente ejecutada. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v.s. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No.70.



relevancia a la intensidad del sufrimiento como elemento delimitador entre la tortura y los tratos crueles e inhumanos:

[...] los actos denunciados en el presente caso fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de [...] obtener información relevante para el Ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado periodo de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional...²⁶



“Amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos «un trato inhumano»”.

Como se desprende de la sentencia, a la hora de desenmarañar la categoría de violación al artículo 5, la Corte, además de analizar los elementos contenidos en los instrumentos internacionales como venía haciendo hasta ahora, da preeminencia a la “intensidad” o gravedad del sufrimiento como indicador de la figura agravada de tortura, y articula la separación entre tortura y los tratos inhumanos por la gravedad del sufrimiento. Es particularmente esclarecedor el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, que considera que la tortura se

distingue “... en la intensidad del dolor –físico o moral–, que se le inflige, en las características de la acción lesiva y de la reacción que ésta provoque en quién la padece”.²⁷ El juez afirma que la calificación estaría sujeta a evolución, por las características de la acción y el efecto que ellas producen, cuestión que daría movilidad a la calificación.²⁸

Tercera Fase

La tercera etapa de la Corte se distingue porque se consolidan criterios, observándose un mayor desarrollo de otros aspectos como tortura psicológica o la responsabilidad estatal por actos cometidos por terceros con su tolerancia o aquiescencia.

En la sentencia del Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala de 2003,²⁹ la Corte Interamericana tendrá oportunidad de pronunciarse sobre un tema ya abordado en el caso Cantoral Benavides: la hipótesis de tortura psicológica.³⁰ La Corte recuerda que la prohibición comprende la tortura física y psicológica y “... respecto de esta última se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de grado que puede ser considerada «tortura psicológica»³¹, y agrega:

Asimismo considera la Corte que, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular, algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como tortura psíquica, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas

26 Ibid., párrafo 158.

27 *Caso Bámaca Velásquez v.s Guatemala*, supra nota 25. Voto Razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

28 “Es claro que el desarrollo de las condiciones generales de vida, con el impacto que tiene en la formación de la cultura y la sensibilidad de los individuos que participan de ésta, puede traer consigo una evolución en la forma en que son percibidos ciertos tratos y en la consecuente calificación que reciben. En tal virtud, podría variar su calidad en relación con las personas que los sufren en un medio y un tiempo determinados: los tratos crueles o inhumanos, e incluso los degradantes, pasarían a ser constitutivos de tortura en función de sus características y del efecto que ejercen sobre la víctima.” *Caso Bámaca Velásquez v.s Guatemala*, supra nota 25. Voto Razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 9.

29 El Presidente de la República de Guatemala, reconoció la responsabilidad internacional del Estado por los hechos de la demanda. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C. No. 103.

30 La Corte consideró probado que la Sra. Urrutia fue retenida en un centro clandestino de detención durante 8 días, fue encapuchada y recluida en un cuarto mientras era esposada a la cama donde permanecía, con la radio a todo volumen lo que le impedía dormir. Fue sometida a prolongados interrogatorios en los que se exhibían fotos de su familia, asimismo, le fueron mostradas fotografías con imágenes de guerrilleros muertos con signos de tortura, y fue amedrentada con sufrir las mismas penas. Fue amenazada con ser torturada, asesinada ella misma o los miembros de su familia si no colaboraba. Finalmente fue obligada a filmar un video contra su voluntad y luego de liberada se vio obligada a dar una conferencia de prensa ratificando las declaraciones hechas en el video. La Corte se pronuncia en el mismo sentido en la sentencia del caso Tibi v.s Ecuador, aquí estima que los actos produjeron en la víctima graves sufrimientos, tanto físicos como mentales. También, estima probado que fue sometido a amenazas y hostigamientos, que le produjeron pánico y miedo por su vida. Por estas consideraciones la Corte calificó los hechos como tortura. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C. No. 114.

31 Caso “*Maritza Urrutia v.s Guatemala*”, supra nota, 29, párr. 92.

32 Caso “*Maritza Urrutia v.s Guatemala*”, supra nota, 29, párrafo 93.

conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma.³²

En esta sentencia, la Corte se acerca al criterio sostenido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y más que un trato cruel e inhumano como sugiere el TEDH, califica que las amenazas y actos padecidos por la víctima responden a la calificación de tortura psicológica, si bien es importante resaltar que por su gravedad los hechos no podrían tener otra calificación.

En este fallo el juez Cançado Trindade agrega que el régimen jurídico internacional contra la tortura está integrado por diversos instrumentos y procedimientos, las convenciones de las Naciones Unidas (de 1984 y su Protocolo facultativo, de 2002) e Interamericana (1985) sobre la materia, hay que agregar la Convención Europea para prevención de la Tortura y Trato o Pena Inhumano o Degradante (1987), el Relator Especial sobre la Tortura (desde 1985), de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria (desde 1991) de la misma Comisión de Derechos Humanos (atento a la prevención de la tortura). Las tres Convenciones coexistentes de combate a la tortura --la de Naciones Unidas, de 1984, la Interamericana de 1985, y la Europea, de 1987-- son, más que compatibles, complementarias.³³

El juez plantea que la prohibición absoluta de la tortura es parte del "dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", y que tanto en la jurisprudencia de los tribunales internacionales como en la legislación, su prohibición "...emana de la fuente material del Derecho por excelencia, la conciencia jurídica universal. De ésta última emanan igualmente la consagración y expansión del dominio del *ius cogens* internacional".³⁴

En la sentencia del caso 19 Comerciantes vs. Colombia,³⁵ además de retomar la práctica de la desaparición forzada,

la Corte desarrolla otro elemento de la definición de tortura: la responsabilidad del agente del Estado.

En este caso, la Corte condenó al Estado de Colombia por la actuación de grupos "paramilitares"³⁶ que operaban sin que el Estado hubiera tomado las "...medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las actividades delincuenciales de tales grupos, a pesar de que ya eran notorias tales actividades".³⁷ La Corte consideró probado que esos grupos actuaron "incentivados" por las autoridades militares de la región para que desarrollaran "una actitud ofensiva ante los grupos guerrilleros". La Corte concluyó que se había producido la violación al artículo 5 en la hipótesis de trato cruel e inhumano tanto respecto de los comerciantes como de sus familiares.

La Corte retoma nuevamente el planteamiento del TEDH y considera que la amenaza de torturar a una persona puede constituir a lo menos un trato cruel e inhumano y, aunque presume la violación al artículo 5, considera que se produjeron tratos crueles e inhumanos y no tortura como en el caso Velásquez Rodríguez, ya que en el caso de los 19 Comerciantes no existió un desarrollo probatorio destinado a acreditar una práctica o *modus operandi*. En este mismo sentido, en el Caso de la Masacre Pueblo Bello,³⁸ la Corte retoma la responsabilidad del Estado por actos de terceros "... La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención".³⁹ Y respecto a la calificación, dando continuidad a lo sostenido en caso de los 19 Comerciantes, admite la posibilidad de que se cometiera tortura, aunque sin contar con prueba directa, fundamentando su consideración en

[...] el propio *modus operandi* de los hechos del caso y las graves faltas a los deberes de investigación permiten inferir que

33 Caso "Maritza Urrutia v.s Guatemala", *supra* nota 29. Voto Razonado Juez Cançado Trindade párrafo 2.

34 Caso "Maritza Urrutia v.s Guatemala", *supra* nota 29. párrafo 8.

35 Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

36 La Corte consideró probado que en Colombia, en el contexto de la lucha contra grupos guerrilleros, se emitió una legislación que organizaba la defensa nacional sobre la base de un esfuerzo conjunto y coordinado de los órganos de poder público y las "fuerzas vivas de la nación". A esta tarea debían incorporarse todos los ciudadanos colombianos. Asimismo el Ministerio de Defensa Nacional podía amparar, cuando a su criterio fuera pertinente, "como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas armadas". Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, *supra* nota 35, párr. 116. Los grupos de "autodefensa" operaban al amparo de la ley de defensa Nacional, Decreto legislativo 3398 de 1965.

37 Caso "19 Comerciantes Vs. Colombia", *supra* nota 35. párr. 122.

38 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C. No. 140.

39 Caso "de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", *supra* nota 38, párr. 113.





las personas secuestradas fueron objeto de tortura o graves tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues ha sido probado que a algunos de ellos les cortaron las venas, las orejas [...] En la menos cruel de las situaciones, fueron sometidas a graves actos contrarios a la integridad personal al presenciarse los actos proferidos contra otras personas y sus homicidios, lo cual les hizo prever su fatal destino...⁴⁰

Con esta sentencia la Corte retoma la construcción que ya planteó en el caso *Velásquez Rodríguez* acerca de la presunción de tortura o tratos crueles e inhumanos, ya que existen elementos probatorios que permiten inferir el profundo sufrimiento que afectó a las víctimas antes de su ejecución o desaparición.

Conclusiones

Los criterios desarrollados por la Corte IDH contribuyen a fortalecer el carácter absoluto de la prohibición de tortura. La Corte ha reconocido en los tres instrumentos específicos que combaten la tortura y los otros tratos en el plano internacional --las Convenciones de Naciones Unidas (de 1984, y su reciente Protocolo de 2002) e Interamericana (1985) y Europea (1987) contra la Tortura-- su aplicación con carácter complementario y no excluyente.⁴¹ Todas estas normas constituyen el régimen jurídico internacional contra la tortura, por lo que deben ser aplicadas de manera armónica dando prevalencia al mayor estándar de protección del derecho a la integridad personal.⁴²

En el desarrollo jurisprudencial, la concepción progresiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno de los elementos sobre el cual la Corte sustenta sus criterios. No en el sentido de crear nuevos derechos, sino en tanto que protege de mejor modo el derecho a la integridad personal, sin alterar el contenido esencial del derecho.⁴³

Noción de Tortura

1. La Corte fija de manera paulatina los elementos de la definición normativa de la tortura: sujeto activo calificado, elemento teleológico, intencionalidad y resultado.

a) Cualquier vulneración al derecho a la integridad exige un sujeto activo calificado, esto es, un agente del Estado que actúa directamente o bien cuando un particular actúa con su tolerancia o aquiescencia, o a instigación de un agente del Estado o incluso cuando éste se abstiene de impedir la conducta.⁴⁴

b) En la jurisprudencia de la Corte el elemento teleológico, es decir, la finalidad que se persigue con la acción (castigar, obtener información, o cualquier otro objetivo) está formalmente presente en la noción de tortura pero no es concluyente para su calificación. Aunque la Corte siempre procura desentrañar el objetivo perseguido por el autor de la violación, el contenido de la finalidad no es determinante, lo que guarda concordancia con la Convención Interamericana que admite cualquier finalidad como suficiente para calificar un acto como tortura. Esta conclusión está relacionada con el carácter absoluto de la prohibición de tortura, aunque el sujeto activo calificado reclame, por ejemplo, que sus actos no han tenido por objeto la investigación, castigo o discriminación de la víctima, ello no lleva a la Corte a descartar la hipótesis de tortura, la que valorará por la gravedad del sufrimiento.⁴⁵

c) La intencionalidad es un elemento debilitado en el desarrollo jurisprudencial.⁴⁶ Consideramos que la intencionalidad está relacionada con la exclusión del ámbito de protección del artículo 5 de la Convención, de los sufrimientos padecidos a consecuencia de hechos fortuitos, no provocados por la acción de terceros (como un detenido que tiene un accidente en la cárcel) o con el uso legítimo de la fuerza, siempre que los medios empleados sean proporcionados.

d) La intensidad o gravedad del sufrimiento es el criterio que distingue la tortura de los otros tratos, sea éste físico o mental; actual o potencial (cuando una persona es amenazada con ser torturada y la amenaza represente un peligro real e inminente). Su calificación se realiza caso a caso, atendidas

40 Caso "de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", *supra* nota 38, párr. 152.

41 Caso "Maritza Urrutia vs. Guatemala", *supra* nota 29. Voto razonado Juez Cançado Trindade, párrafo 2.

42 Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Artículo 1, numeral 2. "El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance."

43 Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, *supra* nota 14, párr. 57; Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra* nota 18, párr. 99; Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 25. Voto Razonado Juez Sergio García Ramírez. Párr. 9; Caso *Tibi vs. Ecuador*, *supra* nota 30, párr. 144.

44 Caso "19 Comerciantes vs. Colombia", *supra* nota 35, párr. 116, 122.

45 Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v.s Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C. No. 35. párr. 37; Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, *supra* nota 14, párr. 44; Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra* nota 18, párr. 95.

46 Eur Court H.R., Case Peers v Greece. Judgement of 18 April 2001, para 74.

circunstancias subjetivas y objetivas, por lo que la calificación puede variar de un caso a otro.⁴⁷

2. La Corte advierte oportunamente la situación de potencial peligro que supone toda medida de detención arbitraria, que implica que junto con el derecho a la libertad personal, otros derechos como la integridad pueden verse igualmente afectados.⁴⁸

3. La obligación de aportar pruebas, que en el sistema interamericano se impone a los Estados demandados, ha venido a modificar en la práctica la carga de la prueba. La Corte ha dicho que la defensa de los Estados no puede sustentarse en la incapacidad de los demandantes de aportar pruebas, especialmente cuando es el Estado quien tiene el control de los medios probatorios.⁴⁹

4. En el tratamiento de los familiares como víctima de la violación la Corte ha mostrado una posición más amplia que la sostenida por el Tribunal de Estrasburgo.⁵⁰ La Corte Interamericana en ciertos casos graves y calificados (ejecuciones extralegales, desaparición forzada) presume que el daño producido a la víctima se extiende a su familia (en un sentido amplio) y no exige que ese sufrimiento sea acreditado en el proceso ya que lo supone.⁵¹

El desarrollo progresivo de la protección al derecho a la integridad personal hasta ahora ha delimitado el umbral de protección desde el punto de vista del dolor y la legitimidad de la sanción. De forma paralela a este ejercicio, se desenvuelve el paradigma de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, practicados en abierta oposición a una norma, sea cual sea el carácter que le atribuyamos (convencional o consuetudinaria), que consiste en que ni el Estado ni los particulares tienen el derecho de infligir dolor más allá de lo que la humanidad permite.



47 *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, supra nota 18, párr. 91; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, supra nota 25, párr. 158; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, supra nota 29, párr. 94; *Caso Tibi vs. Ecuador*, supra nota 30, párr. 149; Eur Court H.R., *Case Ireland v United Kingdom*. Judgement of 18 January 1978, para 167.

48 *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, supra nota 25, párr. 150; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, supra nota 29, párr. 87; *Caso Tibi vs. Ecuador*, supra nota 30, párr. 147.

49 *Caso Velásquez Rodríguez*, supra nota 8, párr. 135-136; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, supra nota 18, párr. 54; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, supra nota 25, párr. 152-153.

50 Corte IDH. *Caso "Gutiérrez Soler vs. Colombia"*, párrafos 57, 58; Eur Court H.R., *Case Çakici v. Turkey*, Judgement of 8 July 1999, para 98-99.

51 *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de Reparaciones de 22 de febrero de 2002. párr. 63-65 c); Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C. No. 101. Voto Razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 54; *Caso Gómez Palominos vs. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C. No. 136. párr. 60-61; *Caso de La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, supra nota 38.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amnistía Internacional, *Comunicado de Prensa de mayo de 2005*.

García, Roca J. y Santolaya, Pablo (Coordinadores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Salado Osuna Ana. "La Tortura y los Otros Tratos Prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Harris, D.J., Boyle, M. y Warbrick. C., *Law of the European Convention of Human Rights*. Ed. Butterworths, Londres, Dublin, Edimburgo, 1995.

Organización de Naciones Unidas, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/59/428.

Rodley, Nigel., "The definition (s) of Torture in International Law", in Freeman, M.D.A. (Editor), *Current Legal Problems*, Vol. 55,2002.

Tomas y Valiente Francisco, *La Tortura en España*. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1994.

Villán, Durán C., *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*, Colección *Jornadas sobre derechos humanos*, XXII Cursos de Verano en San Sebastián, XV Cursos Europeos–UPV/EHU 2003. Ed. Ararteko, 2004.

Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia

Iván Cepeda
Castro*

Este artículo presenta un análisis del exterminio sistemático del movimiento político colombiano Unión Patriótica y la búsqueda de verdad y justicia por parte de víctimas y familiares. El autor señala tres rasgos centrales de la persecución sistemática e intencional sufrida durante dos décadas por este movimiento y que son la base para proponer que sea tipificado como genocidio por razones políticas. A partir de la documentación de la verdad jurídica e histórica de este caso --realizada por las víctimas, sus familiares, sobrevivientes del movimiento político y organizaciones de derechos humanos-- se da cuenta del orden y el sentido de la criminalidad masiva contra líderes, afiliados o simpatizantes, y de la impunidad en la que permanecen las graves violaciones a los derechos de los miembros del grupo. Finalmente, el texto destaca la importancia de las políticas de reparación, que en este caso, además del resarcimiento individual, debe trascender a transformaciones del sistema político en Colombia.

Palabras claves: Colombia, Unión Patriótica, Genocidio Político, Paramilitares, Criminalidad Masiva, Memoria Colectiva, Derechos Humanos, Verdad, Justicia, Reparación Política.

El genocidio practicado contra el movimiento político colombiano Unión Patriótica (UP) se inscribe en el proceso de exterminio de fuerzas políticas de oposición en el mundo. Se trata de un caso paradigmático de aniquilación de los miembros y líderes de un grupo en razón de sus convicciones ideológicas, así como de la persecución de sus simpatizantes y la destrucción de su entorno social. Ciertamente, éste no es el único caso de criminalidad masiva que se ha practicado en Colombia contra grupos y movimientos de oposición, e incluso contra los partidos políticos que han ejercido tradicionalmente el poder. La supresión violenta de

los adversarios ideológicos ha operado continuamente en la historia contemporánea del país, y ha impedido el surgimiento de opciones pluralistas y de una participación realmente democrática.¹ No obstante, lo sucedido con la UP y el Partido Comunista Colombiano --su componente mayoritario-- tiene rasgos sobresalientes y específicos.

La Unión Patriótica surgió como una convergencia de fuerzas políticas a raíz del proceso de negociación adelantado a mediados de la década de 1980 entre el gobierno del presidente Belisario Betancur y el estado mayor de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC. En 1984, y como fruto de

* Investigador en derechos humanos y director de la Fundación "Manuel Cepeda Vargas" en Colombia. fm_cepeda@yahoo.fr.

1 Algunas investigaciones elaboradas desde las organizaciones de derechos humanos y las asociaciones de víctimas se aproximan a un diagnóstico de estos fenómenos de violencia sociopolítica. El Proyecto Colombia Nunca Más, por ejemplo, ha logrado alimentar una base de datos en la cual hoy están documentados 41.400 casos de violaciones a los derechos humanos en Colombia perpetrados por agentes estatales desde el año 1966 hasta el año 1998. En esa investigación se ha logrado determinar regionalmente cómo se ha producido la persecución a movimientos sociales, grupos políticos y sindicales, pueblos indígenas y afrodescendientes. Además, se han ido definiendo las pautas y métodos empleados para la destrucción de estas organizaciones y colectividades.



esos diálogos, las partes pactaron varios compromisos sellados con la firma de los llamados "Acuerdos de La Uribe". En ellos se estipuló el surgimiento de un movimiento de oposición como mecanismo para permitir que la guerrilla se incorporara paulatinamente a la vida legal del país. Las condiciones que permitirían ese tránsito a la legalidad consistían en un compromiso oficial para garantizar plenamente los derechos políticos a los integrantes de la nueva formación, y la realización de una serie de reformas democráticas para el pleno ejercicio de las libertades civiles.

Desde sus mismos inicios la Unión Patriótica fue sometida a toda clase de hostigamientos y atentados.² En 1984, se presentaron los primeros asesinatos y "desapariciones" forzadas. Tras las agresiones se percibía la actuación de agentes estatales o de integrantes de grupos paramilitares. Las constantes violaciones a los acuerdos firmados, hicieron que se rompieran las negociaciones entre el Gobierno y la guerrilla. Los miembros de la nueva coalición quedaron en una situación de alto riesgo, pues al ser acusados abiertamente de ser portavoces de la insurgencia armada, los organismos estatales no les brindaron ninguna protección efectiva. Así comenzó un proceso de exterminio que se ha prolongado por más de 20 años.

Tres rasgos centrales configuran la especificidad de esta persecución sistemática. En primer lugar, la intencionalidad de los autores de la cadena de acciones criminales ha sido acabar con el grupo político, o al menos, expulsar de la vida pública a sus sobrevivientes y a las bases sociales que han resistido la ola de violencia. Por esta circunstancia, los familiares de las víctimas directas y los sobrevivientes del movimiento han reclamado que el caso sea tipificado como un genocidio por razones políticas. En segunda instancia, es notorio que se trata de un proceso de exterminio de una fuerza política legal en condiciones de un Estado considerado democrático y en el que se supone la existencia de una institucionalidad ajustada a las normas del derecho. La perpetración del genocidio en sí misma pone en duda tal condición democrática, y cuestiona seriamente esa

institucionalidad toda vez que las modalidades de persecución utilizadas han conjugado tanto formas legales --a través de disposiciones de carácter jurídico y administrativo-- como medidas ilegales --"guerra sucia", operaciones encubiertas, campañas de estigmatización oficial, acción paramilitar, etc.--. En tercer lugar, cabe destacar que los graves hechos de persecución se han llevado a cabo durante un prolongado período que abarca dos décadas y seis gobiernos de diferente filiación política, lo que demuestra que la intencionalidad persecutoria ha perdurado en el tiempo, y ha tenido unas consecuencias determinadas para el grupo político y para la convivencia social en Colombia.

A pesar de múltiples obstáculos, en la actualidad la sociedad colombiana comienza a reconocer paulatinamente que se ha librado, y se sigue librando, una guerra sin cuartel contra los miembros de la UP. Dicho reconocimiento no es un hecho dado. En las últimas dos décadas se ha negado constantemente que los miles de homicidios y "desapariciones" tengan naturaleza sistemática. Por efectos de la justificación o de la explicación oficial de los hechos, así como de su tratamiento mediático, ha primado la convicción de que lo ocurrido con la UP es una infortunada conjunción de eventos inconexos: acción delincinencial del narcotráfico o venganzas de particulares por ataques de la guerrilla.³

El problema hoy no radica entonces en que se oculte que ha ocurrido un exterminio; el debate consiste más bien en demostrar cuál es su verdadera naturaleza. O en otras palabras, la cuestión del reconocimiento social e internacional radica en que se admita que ha sido perpetrado un genocidio con móviles ideológicos. La dificultad de este reconocimiento estriba, entre otros factores, en que desde el punto de vista del derecho internacional la definición del crimen de genocidio no incluye a los grupos políticos.⁴

¿Cómo puede demostrarse el carácter sistemático e intencional de la destrucción de la UP? ¿Qué esfuerzos de documentación de la verdad jurídica e histórica han sido llevados a

2 "El nuevo partido recibió el apoyo de movimientos políticos de izquierda como el Partido Comunista, y rápidamente obtuvo un significativo resultado en las elecciones de 1986 y 1988, pero pronto sus miembros comenzaron a ser blanco de ataques violentos". Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia". CIDH, OEA/Ser.L/V/II. 102 Doc. 9 rev. 1 del 26 de febrero de 1999, Capítulo IX, La Libertad de Asociación y los Derechos Políticos, E. Partidos Políticos Alternativos, párrafo 51.

3 Reconocidos investigadores académicos expresan ese tipo de opiniones. En su libro *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia, 1875-1994*, (1995), el historiador Marco Palacio sostiene que la agresión contra la UP sería el resultado de un "fuego cruzado" de las partes del conflicto armado colombiano (p. 290). Por su parte el historiador David Bushnell en su obra *Colombia, una nación a pesar de sí misma*, (1996), habla de una "vendetta de los narcotraficantes contra la UP" para explicar esta cadena de crímenes políticos (pp. 353, 361 y 362).

cabo para fundamentar la tipificación de genocidio?

En este caso, diversos esfuerzos de esclarecimiento histórico y judicial han sido emprendidos por los familiares de las víctimas directas, los sobrevivientes del movimiento y las organizaciones de derechos humanos. Algunos de tales esfuerzos han comenzado a dar frutos legales y jurídicos, otros han incidido en la opinión pública, y en la percepción colectiva sobre este crimen masivo.

Después de un largo proceso de cabildeo parlamentario, realizado por los familiares de las víctimas y los sobrevivientes del grupo político, se logró que el Código Penal colombiano reconozca la figura de genocidio por móviles políticos; crimen atroz que este compendio normativo define como “destruir total o parcialmente un grupo por razones políticas” y ocasionar la muerte a sus miembros por “razón de su pertenencia al mismo”.⁵

En el campo de la justicia penal, disciplinaria y civil, algunas pocas decisiones de los tribunales nacionales han sancionado la responsabilidad de servidores públicos o de dependencias estatales por acción u omisión en casos de ataques contra miembros de la UP. En esas sentencias judiciales se aprecian elementos que indican la existencia de pautas de persecución utilizadas para la eliminación de los líderes o afiliados de la colectividad política. Lamentablemente, dichos fallos constituyen excepciones que confirman la impunidad generalizada en que se encuentra este genocidio.

En el terreno internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) admitió el caso colectivo No. 11.227, que presentaron la dirección nacional de la UP, la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas. En su informe de admisión (No. 5 del 12 de marzo de 1997)⁶ la CIDH señaló: “Los hechos alegados por los peticionarios exponen una situación que comparte muchas características con el fenómeno de genocidio y se podría entender que si lo constituyen, interpretando este término de conformidad con su uso corriente”. Y agregó que,

[l]os peticionarios han presentado argumentos que procuran establecer una práctica de asesinatos políticos en masa y la persecución extrema de los miembros de la Unión Patriótica con la intención de eliminar físicamente al partido y de diluir su fuerza política. Los peticionarios anexaron a su petición una lista de 1.163 miembros de la Unión Patriótica que fueron ejecutados extrajudicialmente entre 1985 y 1993. Presentaron, asimismo, una lista de 123 personas que fueron desaparecidas por la fuerza, otra de 43 personas que sobrevivieron atentados de asesinato y de 225 personas que recibieron amenazas durante el mismo período (parágrafos 24 y 25).

El problema hoy no radica entonces en que se oculte que ha ocurrido un exterminio; el debate consiste más bien en demostrar cuál es su verdadera naturaleza. O en otras palabras, la cuestión del reconocimiento social e internacional radica en que se admita que ha sido perpetrado un genocidio con móviles ideológicos.

En desarrollo del procedimiento ante la Comisión Interamericana, el Estado y los peticionarios comenzaron a explorar los pasos preliminares conducentes a una eventual solución amistosa. En marzo de 2000, suscribieron un acuerdo para propender por el esclarecimiento de los hechos y la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Por medio de ese acuerdo se conformó un grupo de trabajo para avanzar hacia una salida amistosa. No obstante, a comienzos de julio de 2006, se rompió el proceso de búsqueda de dicha salida pues, según los peticionarios del caso, durante el gobierno del presidente Uribe Vélez continuaron las violaciones y amena-

4 Como se sabe, la *Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (1948) consagra que solamente se podrá hablar de esta clase de crímenes cuando la acción de destrucción esté dirigida contra grupos de carácter nacional, étnico, racial o religioso. Sin embargo, el debate contemporáneo en el terreno de la doctrina del derecho internacional, y de las ciencias sociales encargadas del estudio de esta forma de violencia extrema, tiende a fortalecer la convicción de que es necesario ampliar el campo de aplicación del concepto de genocidio.

5 Hasta ahora, sólo otro país reconoce esta definición en América Latina. El Código Penal de Costa Rica (artículo 375) señala que el genocidio se realiza por “razón de creencia religiosa o política”.

6 Ver: <http://www.cidh.org/annualrep/96span/Colombia11227.htm>.



zas contra la agrupación política, y además el Gobierno alentó la persecución contra sus miembros.⁷

De otra parte, por sus circunstancias particulares, algunos otros casos de la UP se llevan ante la CIDH en forma individual. Así ocurre, por ejemplo, con el del asesinato del senador de la República Manuel Cepeda Vargas (caso No. 12.531)⁸ que involucra la participación conjunta de miembros del Ejército Nacional de diverso rango, y de jefes y miembros de grupos paramilitares en el homicidio de quien fue el último congresista elegido por la Unión Patriótica. Igualmente, en febrero de 1994, la Comisión Interamericana elaboró su informe final en el caso No. 10.473 por el homicidio contra el alcalde de la UP en el municipio de Sabana de Torres, Álvaro Garcés Parra.⁹ En dicho informe se declara que Colombia no cumplió con obligaciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales como salvaguardar el derecho a la vida, y brindar garantías y protección judiciales.

Estos avances preliminares son una base sólida para avanzar en el esclarecimiento y la justicia. Sin embargo, son apenas el comienzo. Además de la cuestión prioritaria de detener el genocidio que continúa cometiéndose contra los sobrevivientes del movimiento, se requiere finalizar la documentación de los miles de casos y demostrar con precisión el carácter sistemático del conjunto de hechos, o en otras palabras, la responsabilidad de agentes e instituciones estatales en la autoría y ejecución del genocidio, así como en la omisión de garantías políticas y judiciales a los integrantes del movimiento y sus familiares.

La perpetración del genocidio contra la Unión Patriótica (UP) como acción sistemática

En el caso de la persecución contra la Unión Patriótica y el Partido Comunista Colombiano aún es difícil determinar las dimensiones reales del impacto de la violencia ejercida. De una parte, el universo de víctimas es, como se acaba de afirmar, todavía provisional. De otra parte, los esfuerzos de documentación y esclarecimiento se realizan bajo condiciones de hostigamiento, y en zonas en las que los miembros de la organización política han tenido que optar por el silencio y renunciar a cualquier figuración pública.

A pesar de ello, existen algunos datos que permiten cuantificar la magnitud del genocidio. Según los líderes del grupo político, el saldo de los actos atroces perpetrados en su contra hasta hoy se aproxima a las 5.000 personas asesinadas, "desaparecidas" y torturadas, entre quienes se cuentan dos candidatos a la presidencia, ocho congresistas, cientos de alcaldes y concejales, y miles de activistas locales. De ese mismo cuadro hacen parte detenciones masivas y arbitrarias contra los miembros sobrevivientes del movimiento, poblaciones desplazadas de sus zonas de influencia, decenas de atentados dinamiteros contra sus oficinas y familias enteras exiliadas (Lozano 2002, iii-iv).

El mal causado a la influencia política del movimiento de oposición se evidencia en el comportamiento de sus resultados electorales. En las primeras elecciones que participó, en 1986, obtuvo más de 320.000 votos que le permitieron obtener una significativa representación parlamentaria y más de 350 concejales en todo el país. Hacia finales de la década de 1980, la UP se convirtió en una fuerza con opción de poder nacional, y su candidato a la presidencia, Bernardo Jaramillo Ossa --quien fue asesinado durante la campaña electoral de 1990-- figuraba en las encuestas como uno de los favoritos con una intención de voto que superaba el millón de sufragios. En 2002, después de haber pasado por las fases más intensivas del genocidio, la UP obtuvo menos de 50.000 votos.

En lo que se refiere al daño inflingido a las estructuras organizativas del movimiento, basta señalar que a su primer

7 "El Gobierno no sólo se sustrajo de su obligación de protección sino que, además, alentó nuevos hostigamientos. Muestra de esa actitud son los señalamientos del presidente Uribe contra los comunistas, y la cuña de la campaña reeleccionista que lanzaba fuertes acusaciones contra la UP". "No hubo voluntad política ni compromiso serio del Gobierno en el caso Unión Patriótica", declaración pública de la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas, 4 de julio de 2006.

8 Comunicación dirigida por el secretario ejecutivo de la CIDH, Santiago A. Cantón, a la Fundación "Manuel Cepeda Vargas" y al Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", peticionarios del caso, el 5 de diciembre de 2005.

9 Ver: <http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.iii.colombia10.473.htm> .

congreso nacional asistieron representantes de 2.229 juntas patrióticas de todo el país; núcleos locales que hoy han desaparecido por efectos de la persecución.

El hecho de que esta criminalidad masiva no ha acontecido de manera caótica o inconexa, y que por el contrario ha tenido un orden y unas modalidades precisas de ejecución, puede ser sustentado por la periodización que a continuación se propone. La definición de las etapas del genocidio muestra, entre otras cosas, que su ejecución ha coincidido con momentos estratégicos de la vida política y económica del país, y que en tales coyunturas se ha intensificado la criminalidad contra el movimiento como consecuencia de sus posiciones. También muestra que las graves violaciones a los derechos de los miembros del grupo han sido consumadas en razón de su pertenencia al mismo, y que las etapas del genocidio corresponden a la denuncia acerca de la existencia de planes de exterminio elaborados por las fuerzas militares.

Encontrar la lógica que ha tenido esta acción criminal masiva permite resaltar su intencionalidad subyacente --indicando qué tipo de móviles la han provocado--, y explicar mejor cuáles han sido sus repercusiones para la sociedad.

Desde esta perspectiva, entonces, pueden identificarse cuatro grandes momentos del genocidio, separados por hechos que los delimitan claramente.

Los antecedentes del genocidio

Como se dijo, el Partido Comunista Colombiano (PCC) es la formación mayoritaria dentro de la composición de la UP. Desde hace décadas se practica una feroz represión contra sus militantes y líderes, que en la historia más reciente se remonta a finales de la década de 1940. El hostigamiento oficial ejecutado en aquella etapa tenía como trasfondo ideológico el anticomunismo acuñado bajo la “guerra fría”, que acusaba a las organizaciones de izquierda de ser “embajadoras de la amena-

za soviética”. Pero, además, estas campañas tenían su apoyo en el anticomunismo local de raíz clerical, que se practicaba desde la década de 1930 a través de organismos como el Secretariado de la Acción Popular Colombiana, cuya función era “secundar por todos los medios posibles la lucha anticomunista” (Medina 1980, 326).

La práctica constante de esa propaganda ideológica, que presenta a los comunistas como una amenaza para la sociedad ha derivado en un estado de estigmatización pública, que valida cualquier agresión en su contra. La dinámica de acusaciones, el uso de un lenguaje denigrante y las persecuciones resultantes de estas prácticas, han permitido que la ola ininterrumpida de crímenes contra los militantes de izquierda se haya incorporado como un hecho habitual de la vida política del país, al punto de no suscitar ya asombro ni reacciones en las instituciones y líderes de opinión.¹⁰

El PCC fue ilegalizado en distintas etapas. Así ocurrió por una década, después del 9 de abril de 1948 --fecha en la que fue asesinado el líder popular Jorge Eliécer Gaitán y que dio lugar al período denominado de *La Violencia*--. Una medida similar fue tomada en 1967, siendo presidente de la República, Carlos Lleras Restrepo. En esos períodos de clandestinidad fueron llevados a las cárceles numerosos dirigentes comunistas, y otros fueron víctimas de asesinatos selectivos o “desapariciones”.¹¹ Contra los militantes de base del grupo político se practicaron masacres o agresiones colectivas.¹²

Los actos represivos también se dirigieron contra los órganos de prensa del partido. A *Voz de la Democracia*, su primera publicación periódica surgida en 1957, le suspendieron la licencia de funcionamiento en 1963. *Voz Proletaria*, el segundo periódico editado por el PCC, fue censurado a comienzos de la década de 1970, en el gobierno del presidente Misael Pastrana Borrero, quien adoptó medidas que revivían el delito de opinión en el país. En los meses de marzo, octubre y noviembre de 1971, el contenido del semanario fue sometido a revisión oficial por el Ministerio de Gobierno. En 1978, un atentado dinamitero

10 El término “mamerto” se usa en Colombia para identificar a los miembros del Partido Comunista y, en general, de las agrupaciones de izquierda. Su acepción es peyorativa pues significa que alguien tiene una posición política sectaria, y que defiende un radicalismo ideológico anquilosado. El empleo corriente de esta expresión es demostrativo del grado de incorporación social de una mentalidad segregacionista.

11 Dos casos emblemáticos de esa etapa fueron la “desaparición” forzada el 27 de febrero de 1953 de Ángel María Cano, líder sindical, diputado y fundador del PCC, y el asesinato de Julio Rincón, líder nacional del mismo partido, el 8 de junio de 1958.

12 Tal fue el caso de la masacre de 11 personas en el municipio de Puente Rojo, en septiembre de 1962, y de la represión policial de los habitantes del barrio “Policarpa Salavarieta” en Bogotá --urbanización construida en terrenos baldíos por personas desplazadas a la fuerza de las regiones de influencia comunista-- el 8 de abril de 1963; un episodio que sería conocido como el “Viernes sangriento”.



destruyó parcialmente las oficinas de la redacción. Igualmente, con frecuencia se ha practicado el decomiso y la quema pública de los ejemplares del periódico por parte de miembros del Ejército Nacional y de la Policía. Varios de los colaboradores del semanario han sido asesinados, entre quienes se cuenta Manuel Cepeda Vargas, su director durante varios lustros. Su director actual, Carlos Lozano Guillén ha sido víctima de amenazas constantes y de atentados contra su integridad.

La persecución contra los comunistas se ha extendido a los integrantes de las fuerzas políticas que han decidido realizar alianzas con ellos. De este modo, a mediados de la década de 1970, líderes de la alianza Unión Nacional de Oposición (UNO) fueron asesinados. Otro tanto ocurrió con los integrantes del Frente Democrático, una coalición de fuerzas de izquierda surgida a comienzos de la década de 1980 (NCOS 1995, 58 – 59).

Estas formas de criminalidad fueron las que antecedieron al genocidio contra la Unión Patriótica.

Fase del debilitamiento de todos los niveles organizativos del movimiento, 1984 – 1992

Los primeros años del genocidio se caracterizaron por una persecución intensiva que buscaba impedir la consolidación de la naciente colectividad, asfixiar sus bases sociales y atacar sus estructuras organizativas locales y nacionales.

El año de cierre de este período es 1992, pues en ese entonces, a petición de la Corte Constitucional colombiana, el Defensor del Pueblo elaboró el primer informe oficial sobre un conjunto de graves violaciones a los derechos de los miembros de la Unión Patriótica. En dicho informe se registraron 717 casos de ejecuciones extrajudiciales y “desapariciones” forzadas. El Defensor del Pueblo concluyó que: “[e]xiste una relación directa entre el surgimiento, la actividad y el apoyo electoral de la Unión Patriótica y el homicidio de sus militantes en regiones donde la

presencia de ese partido fue interpretada como un riesgo para el mantenimiento de los privilegios de ciertos grupos”¹³.

Tal conclusión se entiende mejor si se analiza el contexto político de la segunda mitad de la década de 1980. En aquel momento se inició un proceso de descentralización política que permitió, por primera vez en la historia republicana del país, la elección popular de alcaldes. Sectores ganaderos y empresariales, y grupos de los partidos liberal y conservador manifestaron su rechazo a la posibilidad de que las alcaldías escaparan a su control. La campaña contra la UP adquirió la forma de pronunciamientos públicos en los que se invitaba a que ninguna personalidad o tendencia política hiciera alianzas con el “proselitismo armado”. La advertencia sobre las consecuencias que podrían tener los pactos electorales con la nueva colectividad sirvió para abonar el terreno de los actos de violencia.¹⁴

Sobre la visión que tenían las élites acerca de la elección popular de alcaldes, es diciente de la posición de la prensa conservadora. “Las alcaldías que queden en manos de las guerrillas y bajo la inspiración administrativa y política de los grupos de extrema izquierda serán muchas más de lo previsto. Habrá de suponerse, por forzosa consecuencia, que desaparezcan los lazos de unidad con el gobierno nacional, que no opera, y el municipal, en que actuarán los dirigentes marxistas”.¹⁵

Por estas razones, entre 1986 y 1988, años electorales, se registraron hechos de criminalidad generalizada en las zonas de influencia de la UP. Esa violencia se hizo sentir especialmente en aquellos municipios y ciudades donde el grupo político obtuvo poder local y comenzó a desarrollar programas de gobierno que incluían la construcción de obras públicas, hospitales y escuelas. Un caso ejemplar de esta situación fue el del municipio de El Castillo, Meta. Allí, uno tras otro, fueron destituidos o asesinados cuatro alcaldes de la UP junto con otros funcionarios de la administración local de la misma filiación.¹⁶

13 Informe del Defensor del Pueblo, 1992. Citado en: “La Ley de ‘Justicia y Paz’ no es un instrumento para esclarecer el genocidio contra la Unión Patriótica”, Corporación Reiniciar, Bogotá, 2006, 6.

14 En febrero de 1986, a pocas semanas de la elección de diputados locales y congresistas, la 45 asamblea de la Conferencia Episcopal, bajo la dirección del cardenal Alfonso López Trujillo, emitió una declaración pública en la que expresó la condena de la alta jerarquía de la Iglesia Católica colombiana a las coaliciones con la izquierda.

15 La República, 19 de febrero de 1988, 4 A. Un análisis de la relación entre la descentralización política y el surgimiento de la violencia paramilitar puede consultarse en el texto de Mauricio Romero (2002).

16 Por petición del Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, la Comisión Interamericana examina actualmente la admisibilidad del caso de los alcaldes de El Castillo, Meta.

En este periodo fueron puestos en ejecución en varias partes del país una serie de modelos represivos. Sobrevino una ola de atentados, tanto durante las campañas electorales, como luego de la posesión de los elegidos. Más tarde se denunciaría la existencia de planes de exterminio elaborados desde el seno de las propias fuerzas militares para acabar con las bases de la organización política en varias regiones del país y con sus líderes más destacados. El "Plan Esmeralda" (1988), por ejemplo, tuvo por objeto barrer con la influencia de la UP y el Partido Comunista en los departamentos del Meta y Caquetá; dos de las regiones en las que se obtuvieron los mejores resultados en los comicios, superando incluso a los partidos liberal y conservador. Adicionalmente, los dirigentes de izquierda denunciaron que mandos militares habían trazado otros dos planes -la "Operación Cóndor" (1985) y el "Plan Baile Rojo" (1986)- concebidos para socavar las estructuras de dirección nacional del movimiento y asesinar o secuestrar a sus dirigentes elegidos a las corporaciones públicas (Quiroga 2003, 137).

Estos planes tuvieron diferentes pautas de persecución que siguen siendo utilizadas hasta hoy. En algunas de las regiones de amplia adhesión al grupo, la estrategia de aniquilación tomó la forma de un proceso ascendente. Primero se intentó eliminar a las bases sociales y a las estructuras locales, para luego arrinconar y liquidar a los líderes regionales. Para lograr estos fines se aplicó la estrategia de la conformación y crecimiento de grupos paramilitares que actuaban bajo el amparo oficial. Estos grupos se especializaron en el empleo de métodos de tortura y de tratamientos crueles practicados públicamente en el contexto de masacre planificadas como forma de aterrorizar a la población, y prevenirla acerca de las implicaciones que tenía su simpatía hacia los militantes de izquierda. Las masacres como espectáculos de terror tuvieron como resultado el aislamiento social de los sobrevivientes, o el desplazamiento de quienes se negaban a abandonar las regiones.¹⁷

En otros lugares, como en el caso ya mencionado del departamento del Meta, el exterminio contra los dirigentes se in-

tensificó en los primeros años, luego vino un periodo de relativa calma que antecedió a operaciones de terror realizadas con el fin de provocar el desplazamiento forzado de la base social. En determinados sitios fue la Fuerza Pública la que actuó directamente, en otros lo hicieron los grupos paramilitares o el mismo Ejército usando prendas distintivas de los paramilitares.

Los homicidios llevados a cabo en los municipios perseguían no sólo erradicar la competencia electoral que representaba la militancia de izquierda, sino además saldar los conflictos sociales relacionados con los problemas laborales, de tenencia y acumulación de tierras, o de cobertura y costo de servicios públicos en el ámbito local. Entre las víctimas se han contado personas que junto a su filiación política estaban vinculadas a sindicatos, eran miembros de movimientos cívicos y organizaciones comunitarias, educadores o personas que, en su mayoría, tenían simplemente una relación de simpatía con la organización. Como puede verse, la interpretación de que el genocidio de la UP ha sido una "cuenta de cobro" a la guerrilla encubre la desarticulación y destrucción de procesos de oposición social (Gaviria 2004, 88-90).¹⁸

Contra los dirigentes nacionales, los candidatos a la Presidencia y los parlamentarios emplearon la táctica del atentado individual; utilizando para ese fin operaciones encubiertas: contratación de sicarios adolescentes, operaciones mixtas entre unidades de inteligencia del Ejército y grupos paramilitares, acción directa de los escuadrones de la muerte, etc. De esta forma ocurrieron los magnicidios de los dos candidatos presidenciales de la UP, Jaime Pardo Leal y Bernardo Jaramillo Ossa, asesinados en 1987 y 1990 respectivamente.

Fase del "golpe de gracia" al movimiento y de la normalización social del genocidio, 1992 – 2002

La década de 1990 trajo cambios significativos para el país. Además de la adopción de una nueva carta constitucional, el gobierno del presidente César Gaviria puso en marcha la ejecu-

17 Un caso ilustrativo de estas estrategias fue la masacre de Segovia. El 11 de noviembre de 1988, 40 integrantes de la UP fueron asesinados públicamente en la plaza central del municipio de Segovia, Antioquia.

18 En el mismo estudio se indica que de un total de 689 homicidios registrados para el periodo analizado, sólo 6 de los casos correspondían a guerrilleros en tregua.



ción de un conjunto de políticas neoliberales, bajo el nombre de "apertura económica". Siguiendo las fórmulas de la banca internacional, se proponían medidas como la reducción del Estado y la privatización de las empresas públicas. Los parlamentarios de la UP realizaron frecuentes debates parlamentarios contra estas políticas. Como alternativa a las políticas aperturistas propusieron proyectos de ley tendientes a ampliar las funciones sociales y la cobertura del Estado en campos como la educación, la salud, el trabajo y la cultura (Motta 1995).



Al mismo tiempo, se ha desarrollado la persecución selectiva contra los viejos militantes con el fin de extinguir toda fuente de memoria viviente del genocidio, o de la historia del movimiento. También se ha perseguido a los familiares, y en no pocos casos se ha desaparecido a familiares de los desaparecidos, o se ha asesinado a familiares de los asesinados. Esta situación muestra con claridad que la intención genocida busca destruir al grupo político, y su entorno social, hasta las raíces.

En 1993, miembros de la dirección de la UP se reunieron con varios ministros del gobierno del presidente Gaviria, para denunciar la existencia de una nueva operación en su contra, el "Plan Golpe de Gracia", elaborado, según sus informaciones, por el alto mando militar. A la salida de la reunión los voceros gubernamentales declararon ante los medios de comunica-

ción que con estas denuncias la izquierda pretendía mejorar los resultados en las elecciones parlamentarias de 1994.¹⁹ Pocos meses después de esta reunión, un equipo mixto compuesto por suboficiales del Ejército y paramilitares asesinó a Manuel Cepeda Vargas, el último parlamentario que le quedaba al grupo político en el Congreso de la República.

En ese mismo período la actividad de los grupos paramilitares alcanzó nuevas formas de legalidad a través de decretos que permitían a civiles el porte de armas y la organización de las cooperativas de seguridad "Convivir". En el departamento de Antioquia, donde tuvo lugar este experimento de legitimación paramilitar, los frentes guerrilleros intensificaron sus acciones. El escalamiento del conflicto armado en la región trajo como consecuencia la multiplicación de los ataques contra la población civil. Cientos de militantes y simpatizantes de la UP fueron asesinados bajo el llamado "Plan Retorno" (1993), elaborado por el Ejército Nacional, cuyo propósito era "pacificar" la región. En Urabá, zona perteneciente a ese departamento, quienes no perecieron en los atentados, fueron detenidos y acusados de haber perpetrado la masacre de La Chinita, en la que 36 personas fueron asesinadas, luego de ser acusadas de pertenecer o simpatizar al desmovilizado grupo guerrillero Ejército Popular de Liberación. Varios alcaldes y 20 sindicalistas y miembros de la UP fueron detenidos y sentenciados por "jueces sin rostro" a penas de 40 años de prisión como responsables de ese crimen.²⁰

Durante esta misma fase se incrementaron considerablemente las cifras de las poblaciones desplazadas en zonas de influencia de la UP. Adicionalmente, aumentó el número de personas y familias exiliadas. En 1996, luego de un atentado con *rocket* del que salió ilesa, la presidenta de la Unión Patriótica, Aida Abella Esquivel, tuvo que exiliarse. Según las cifras del movimiento, en esta etapa se refugiaron cerca de 200 familias perseguidas, por el hecho de contar con uno o varios miembros de la organización.

19 En un debate parlamentario en octubre de 1993, el congresista Manuel Cepeda afirmó: "Hace pocos días la dirección del PC denunció al señor Ministro de Defensa la existencia de un plan denominado 'Operación golpe de gracia', urdido por los altos mandos militares para eliminar la dirigencia comunista o empapelarla mediante juicios amañados. El Ministro manifestó su total incredulidad ante tales afirmaciones, hoy corroboradas escandalosamente por las incitaciones provocadoras del Comandante de las Fuerzas Militares" (Gaceta del Congreso 1993, 21).

20 El total de las condenas totalizó 1.008 años de prisión, entre los condenados se encontraba una mujer de 65 años de edad. Si bien los alcaldes acusados fueron absueltos en la investigación disciplinaria del Ministerio Público, uno de ellos, Nelson Campos, continuó por años en la cárcel. Uno de los absueltos, Albeiro Bustamante, regresó a la región y fue asesinado; las demás personas absueltas se encuentran desplazadas o en el exilio por temor a ser asesinadas; un matrimonio condenado decidió suicidarse en las celdas del Complejo Penitenciario La Picota, en Bogotá. En junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad del proceso y concedió la libertad a quienes quedaban en prisión.

Al lado de estos nuevos golpes, y luego de años de constantes arremetidas, se hizo cada vez más notorio que la sociedad colombiana se fue acostumbrando imperceptiblemente a los hechos cotidianos de violencia dirigidos contra el grupo político. Los asesinatos y atentados contra sus militantes dejaron de ser noticia en los medios de comunicación.

A ello contribuyó el discurso justificatorio del genocidio que alcanzó amplia difusión social. La legitimación de las acciones de terror contra la UP se hizo por medio de declaraciones públicas de funcionarios estatales de todos los niveles, oficiales de alto rango de la Fuerza Pública, líderes políticos y empresariales, jefes paramilitares, miembros de la jerarquía eclesíástica, directores de grandes medios de comunicación, y reconocidos académicos. Las denuncias sobre nuevas amenazas fueron banalizadas por las autoridades, calificándolas como una artimaña publicitaria de los líderes de izquierda, para disimular la decadencia de su proyecto ideológico como consecuencia de la caída del Muro de Berlín.

La estigmatización alcanzó la forma del aislamiento social. En muchas partes del país a los militantes del grupo de oposición les era negado el crédito bancario, el cupo en los colegios para sus hijos y, en ocasiones, se les obligaba a dejar sus sitios de vivienda por temor a que ellos fueran blanco de atentados.

El período del “golpe de gracia” al movimiento se cerró el 30 de septiembre de 2002, cuando el Consejo Nacional Electoral expidió la resolución No. 5659 en la que le retiró el estatuto legal para el funcionamiento. La justificación de esta medida consistió en que el grupo no reunía el número de sufragios electorales necesarios (50.000 votos) para mantener su personería jurídica. Esta medida se constituyó en un impedimento legal para la acción pública de los sobrevivientes del movimiento, y tuvo un alto significado simbólico: después de la aniquilación física y sociológica perpetrada, el poder estatal legalizó su “defunción” con una decisión administrativa.

Fase del exterminio de los sobrevivientes, de 2002 hasta el presente

La cadena de crímenes y hostigamientos contra la UP no es cuestión del pasado. Hoy en día continúa el exterminio de los sobrevivientes, los familiares, los testigos de los hechos o sus abogados. Según la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas, durante el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez han sido asesinados 136 miembros de la Unión Patriótica y del Partido Comunista Colombiano, otros 38 han sido desaparecidos y 28 más sobrevivieron a atentados personales.²¹

El genocidio corresponde a la pérdida de espacios políticos después de un primer ensayo de democratización local a través de la elección popular de alcaldes y gobernadores [...] Un desafío fundamental para la salida de la violencia en Colombia consiste en una reparación plena de la cadena de crímenes políticos cometidos en este caso.



El presidente Uribe Vélez, aseguró durante la campaña electoral para su elección, que el “error” cometido con la UP es comprensible, pues no se puede querer “combinar la política con los fusiles”.²² A pesar de haber prometido respetar a la oposición en reiterativos pronunciamientos públicos, bajo la administración Uribe se han presentado nuevas modalidades de persecución contra los sobrevivientes de la diezmada colectividad política: detenciones masivas y arbitrarias, procesos judiciales montados sobre la base de testimonios suministrados por cooperantes anónimos de la llamada “red de informantes”, abusos de toda índole en “zonas de rehabilitación” en las que la autori-

21 “No hubo voluntad política ni compromiso serio del Gobierno en el caso Unión Patriótica”.

22 Álvaro Uribe-Vélez, *Manifiesto democrático. 100 puntos del programa de Gobierno*. (<http://www.alvarouribevelez.com.co/>).

23 En la cuña difundida por los medios de comunicación, un campesino, supuesto ex militante del grupo político, afirmaba: “Señor Presidente: Yo pertenecía a la UP, me parecía un buen movimiento, pero nos fuimos torciendo. Matar por matar, hacer daño a los demás, matar civiles, eso está mal hecho. Está bien que usted los esté combatiendo, por eso hoy día lo apoyamos a usted con toda la que tenemos (sic). ¡Adelante, Presidente!”.



En el presente caso, una reparación debe partir de la comprensión de que una fuerza política es mucho más que sus miembros individuales, y mucho más que sus representantes en instancias de poder local o nacional [...] En Colombia es impensable el fin negociado de la violencia sin que el caso del exterminio de la Unión Patriótica sea reparado de una manera satisfactoria, y sin que quede inscrito en la memoria colectiva como algo que no puede volver a ocurrir nunca más.

dad civil es sustituida por mandos militares, etc. Los atropellos se han cometido con especial intensidad en los departamentos de Arauca, Tolima, Meta, Norte de Santander, Cundinamarca, y Caquetá, entre otros. Durante su campaña de reelección para un segundo mandato, el equipo del Presidente utilizó una cuña publicitaria en la que se realizaba una abierta apología al genocidio contra la UP, que dio lugar, como se mencionó anteriormente, a la ruptura de la búsqueda de una solución amistosa en el caso colectivo ante la CIDH.²³

Gobierno Nacional, cuya supuesta finalidad sería la desmovilización de los grupos paraestatales, en realidad se ha consolidado un poder autoritario que ha recurrido al fraude electoral y a la presión armada para afianzarse localmente y para garantizar una significativa presencia en el Congreso de la República.

Como sustento normativo para la denominada desmovilización de los paramilitares, el gobierno colombiano y el parlamento han adoptado una serie de instrumentos legales, como la Ley 975/05 --llamada ley de "justicia y paz"-- y su reglamentación, así como el Decreto 128/03. Estas disposiciones no garantizan los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia, pues no disponen de procedimientos adecuados para esclarecer los crímenes cometidos por los miembros y jefes de los grupos paraestatales. Este marco legal no permite la dilucidación adecuada de la responsabilidad de los agentes estatales implicados. Tampoco proporciona instrumentos para sancionar a los aliados y beneficiarios de la acción paramilitar. Como resultado de estas debilidades esenciales, la ley de "justicia y paz" no asegura un desmantelamiento exitoso de las estructuras paramilitares, y más bien implica la legalización de sus capitales ilícitos y la legitimación social de su control territorial.

Actualmente, la existencia de esta normatividad que aparenta justicia, pero en realidad auspicia la impunidad, se convierte en un obstáculo que deberá ser removido para la solución del caso del genocidio ejecutado contra la Unión Patriótica.²⁴

Al mismo tiempo, se ha desarrollado la persecución selectiva contra los viejos militantes con el fin de extinguir toda fuente de memoria viviente del genocidio, o de la historia del movimiento. También se ha perseguido a los familiares, y en no pocos casos se ha desaparecido a familiares de los desaparecidos, o se ha asesinado a familiares de los asesinados. Esta situación muestra con claridad que la intención genocida busca destruir al grupo político, y su entorno social, hasta las raíces.

Pero es sin duda alguna el control de vastas zonas del territorio nacional por redes paramilitares y mafiosas el fenómeno que configura la nueva etapa de persecución contra la oposición política. Al amparo de un proceso de diálogos con el

Conclusión

Como puede verse, esta periodización ubica el orden y el sentido que ha tenido el genocidio. Los periodos mencionados han coincidido con momentos fundamentales de la implantación de modelos políticos y económicos en el país. El momento del debilitamiento esencial del movimiento --a comienzos de la década de 1990-- coincidió con la irrupción de la llamada apertura económica y del modelo neoliberal. Y en el terreno político significó el deterioro considerable de la democracia local. El genocidio corresponde

24 Algunas de las razones de fondo que muestran las limitaciones jurídicas del conjunto de normas y disposiciones expedidas actualmente han sido señaladas por la Corporación Reiniciar (2006).

a la pérdida de espacios políticos después de un primer ensayo de democratización local a través de la elección popular de alcaldes y gobernadores.

Por todas estas razones, el genocidio contra la UP se ha convertido en uno de los factores más poderosos de la clausura de una salida política al conflicto armado en Colombia. Para muchos sectores, su perpetración ha ratificado que los procesos democráticos en Colombia se estrellan inmediatamente con la barrera de la violencia sistemática y el homicidio político como únicas vías para resolver los conflictos sociales. La suerte que corrieron miles de miembros de la UP, y esto suele olvidarse en el debate sobre la naturaleza del conflicto armado en Colombia, es el mayor argumento que tienen quienes desconfían de la acción política legal.

En consecuencia, un desafío fundamental para la salida de la violencia en Colombia consiste en una reparación plena de la cadena de crímenes políticos cometidos en este caso.

No es posible entender el proceso de reparación de una fuerza política como la simple indemnización económica de los familiares de las víctimas directas, ni como un proceso de restitución del número de sus parlamentarios o diputados locales en el momento del exterminio. En el presente caso, una reparación debe partir de la comprensión de que una fuerza política

es mucho más que sus miembros individuales, y mucho más que sus representantes en instancias de poder local o nacional. Como se ha expuesto anteriormente, el genocidio contra la UP ha comprendido la destrucción de redes y espacios sociales en los cuales su programa político tenía la posibilidad de desarrollarse. La reparación del daño al proyecto político comprende, por lo tanto, la aplicación de medidas que permitan reestablecer esta visión política alternativa acerca de los cambios que requiere la sociedad colombiana.

Mientras continúe aconteciendo un hecho de la magnitud y el significado del genocidio prolongado de todo un grupo político, la sociedad colombiana no podrá ser considerada una sociedad auténticamente democrática. En este sentido, las políticas de reparación en este caso deben considerar el plano del resarcimiento individual de los miembros del grupo perseguido y sus familias, pero adicionalmente trascender a transformaciones del sistema político.

Esas transformaciones atañen directamente a la búsqueda de una salida del conflicto armado. En Colombia es impensable el fin negociado de la violencia sin que el caso del exterminio de la Unión Patriótica sea reparado de una manera satisfactoria, y sin que quede inscrito en la memoria colectiva como algo que no puede volver a ocurrir nunca más.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Buenaventura, Nicolás & Fajardo, Nelson, *Tregua y Unión Patriótica*, Centro de Estudios Sociales (CEIS), Bogotá, 1985.

Campos, Yezid, *Memoria de los silenciados. Baile Rojo*, Grafiq Editores, Bogotá, 2003.

Cepeda, Iván & Girón, Claudia (ed.), *La memoria frente a los crímenes de lesa humanidad*, Fundación "Manuel Cepeda Vargas", Defensoría del Pueblo, La Imprenta Editores Ltda, Bogotá, 1996.

Colombia Nunca Más, *Verdad, memoria y lucha contra la impunidad. 1966-1998*. Bogotá, Colombia Nunca Más, 2003.

Corporación Reiniciar, *La ley de 'justicia y paz' no es un instrumento para esclarecer el genocidio contra la Unión Patriótica*, Bogotá, 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-439, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 2 de julio de 1992.



Defensor del Pueblo de Colombia, Jaime Córdoba Treviño, *Informe para el Gobierno, el Congreso y el Procurador General de la Nación. Estudio de caso de homicidio de miembros de la Unión Patriótica y Esperanza Paz y Libertad*, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá, 1992.

Dueñas R., Oscar José, *Unión Patriótica. Venciendo Dificultades*, UNINCCA, Bogotá, 1990.

Gaceta del Congreso 1993, 21, 5 de octubre de 1993.

Gaviria S., Julia Manuela, *Personajes anónimos y un proyecto colectivo. Unión Patriótica: una mirada municipal. 1985-1990*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Carrera de Ciencia Política, Bogotá, 2004.

Guillén Lozano, Carlos, Prólogo *Poder capitalista y violencia política en Colombia*, Bogotá, 2002.

Matta Aldana, Luis Alberto, *Poder capitalista y violencia política en Colombia. Terrorismo de Estado y Genocidio contra la Unión Patriótica*. Bogotá: Ideas y Soluciones Gráficas, 2002.

Medina, Medófilo, *Historia del Partido Comunista de Colombia*, Tomo I, Centro de Estudios e Investigaciones Sociales, Bogotá, 1980.

Motta, Hernán, *Acción Parlamentaria de la UP*, Imprenta Korina, Bogotá, 1995.

NCOS, Terre des Hommes, *Tras los pasos perdidos de la guerra sucia*, France, Bruselas, 1995.

Quiroga Carrillo, Jahel, "La Unión Patriótica: el exterminio de una esperanza", en: *Memorias del Seminario sobre el Proceso de Búsqueda de Solución Amistosa en el Caso de la Unión Patriótica que se adelanta ante la CIDH*. Procuraduría General de la Nación – Embajada de Suiza en Colombia, 2003.

Romero, Mauricio, "Democratización Política y Contrarreforma Paramilitar en Colombia", en: *Política y Sociedad*, Vol. 39 No. 1, Universidad Nacional de Colombia, 273 – 292, Madrid, 2002.

Vanegas, Napoleón, *Es un Soplo la Vida. Bernardo Jaramillo Ossa*, Ed. Fondo Nacional por Colombia, Bogotá, 1991.

Carta de Helen Mack

Helen Mack*

Helen Mack no pudo estar personalmente para el lanzamiento del primer número de la Revista CEJIL en enero de 2006. Sin embargo, nos hizo llegar su aliento con estas cálidas palabras. En este número reproducimos aquel texto de Helen Mack que además da cuenta de su experiencia ante el sistema interamericano a través del caso de su hermana Myrna.

En esta ocasión, es un gusto dirigirme a ustedes para expresar mis más calurosas felicitaciones a CEJIL y a todo el personal que labora en tan honorable organización, por el lanzamiento de esta revista, la cual promete convertirse, desde ya, en un espacio importante para la discusión en torno a la protección de los derechos humanos en la región latinoamericana y el tratamiento que se da a la temática desde las diversas instancias que conforman el Sistema Interamericano.

Sin duda, un esfuerzo de esta naturaleza propiciará, a través de valoraciones, análisis y perspectivas, un debate amplio acerca del impacto del funcionamiento del Sistema Interamericano en la situación de derechos humanos.

Además, realzará y potenciará el papel protagónico que han representado tanto la Comisión como la Corte Interamericanas en la atención de víctimas y en la resolución de casos de violaciones de derechos humanos, que por diversas razones no han prosperado en los sistemas de justicia nacionales.

Puedo asegurarles que no existe mayor sensación de frustración e impotencia para quienes hemos sufrido la pérdida de un ser entrañable, o para aquellos que han experimentado en carne propia el impacto de una violación a sus derechos más elementales, que enfrentarse a un aparato judicial excluyente e inaccesible, que obstaculiza sistemáticamente el esclarecimiento de la verdad y la aplicación inmediata de la justicia, como sucede en mi país, Guatemala.

Para ustedes no es ajeno saber que mi familia y yo sufrimos la pérdida de Myrna, mi hermana, quien, como se comprobó posteriormente a través de tres sentencias judiciales -dos en el plano nacional y una del Sistema Interamericano-, fue ejecutada extrajudicialmente por un comando especial del Estado Mayor Presidencial, producto de un operativo ilegal de inteligencia militar.

A partir de su muerte, acaecida el 11 de septiembre de 1990, nos embarcamos en una lucha larga y llena de vicisitudes, por más de catorce años, con el fin de esclarecer tan abominable crimen, perpetrado a una guatemalteca poseedora de grandes valores humanos, espirituales y culturales, dedicada a su vida profesional y familiar.

En todos esos años experimentamos la amargura y, por qué no decirlo, la desesperación y la desilusión, de toparnos con recurrentes obstáculos y diversas manifestaciones de impunidad que nos impedían acercarnos a la justicia y esclarecer los motivos que llevaron al asesinato de mi hermana.

Y no fue sino hasta que recurrimos al Sistema Interamericano, que vimos una luz al final del túnel.

Hago alusión a esta expresión -luz al final del túnel-, porque haber presentado el caso ante el Sistema Interamericano, primero a la Comisión y luego a la Corte, fue, sin duda, una de las decisiones más acertadas, que sirvió como un potente mecanismo de presión para que el proceso lograra avanzar en el plano nacional, y también como un aliciente y un consuelo

* Presidenta de la Fundación Myrna Mack en Guatemala; miembro del Consejo Directivo de la Fundación Legal para el Debido Proceso y de CEJIL.

ante la insatisfecha búsqueda de justicia.

Por varios años no vimos avances significativos en el proceso interno que se seguía por la autoría intelectual del asesinato, y no fue sino hasta octubre del 2002, cuando el caso Mack ya se encontraba en trámite dentro del Sistema Interamericano, que el Tribunal Tercero de Sentencia, en Guatemala, emitió una resolución histórica en la que condenaba a uno de los militares implicados.

No obstante, los tentáculos de la impunidad se hacían presentes cada vez con más fuerza y cortaban toda posibilidad real de alcanzar la justicia y establecer la verdad. Tanto fue así que en una de esas manifestaciones abiertas y frontales de denegación de justicia, la Sala Cuarta de Apelaciones revirtió la decisión del tribunal de sentencia y absolvió al imputado de los cargos, propinando un duro golpe a quienes habíamos sentido una gran satisfacción por el avance registrado.

Afortunadamente, los esfuerzos sostenidos y el apoyo constante de personas y organizaciones que siguieron de cerca, que nos acompañaron en el desarrollo del proceso judicial, y que apostaron con firmeza en el buen funcionamiento del Sistema Interamericano, tales como Human Rights First, Hogan & Hartson y CEJIL, dieron sus frutos, y con creces.

A finales del 2003, la Corte Interamericana, en una sentencia también histórica y sin precedentes, condenó al Estado de Guatemala por su responsabilidad institucional en la ejecución extrajudicial de Myrna y por la constante denegación de justicia a la que fuimos sometidos.

Sin precedentes, porque por primera vez la Corte IDH fue más allá de una condena a un Estado en términos generales y particularizó e identificó a la estructura responsable de la ejecución: el Estado Mayor Presidencial.

La sentencia de la Corte, más que una repercusión meramente legal con sus efectos en ese ámbito, tuvo un profundo sentido reparador moral, en la medida en que expuso los hechos y circunstancias que rodearon el execrable asesinato de Myrna.

Puso en evidencia la magnitud de la impunidad que afecta al sistema de justicia guatemalteco, y dimensionó la responsabilidad del Estado de Guatemala en la comisión de sendas violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de un conflicto armado que nos convirtió en un país de víctimas.

Reivindicó y reconoció el trabajo académico que Myrna desarrollaba, en ese entonces, alrededor del fenómeno

del desplazamiento interno, desde una perspectiva antropológica social: el drama y el dolor sufrido por miles de guatemaltecos que se vieron forzados a abandonar de manera silenciosa y tortuosa sus tierras, bienes y viviendas por la despiadada política contrainsurgente; y el funcionamiento perverso del aparato estatal y, particularmente, del sistema de justicia, que con su actuación propició y fomentó comportamientos sociales e institucionales de carácter criminal.

El empuje que dio esta trascendental sentencia internacional al caso Mack se vio fortalecido aún más, cuando a menos de dos meses, en enero del 2004, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, de Guatemala, anuló el fallo de la Sala Cuarta y confirmó lo resuelto por el Tribunal Tercero de Sentencia. Con lo cual, los conceptos de justicia, verdad y reparación cobraron vigencia, para satisfacción nuestra, en tres sentencias judiciales.

Es de resaltar, que todo este esfuerzo no pudo haber sido posible sin el apoyo de un importante grupo de personas y organizaciones que emprendieron con nosotros esta lucha, entre ellas CEJIL.

Por ello, hago propicia esta ocasión para expresar mi más profundo sentimiento de admiración y agradecimiento a esta organización, por su invaluable labor y trabajo en el desarrollo del caso, y por ser una de las pocas organizaciones que en la actualidad emprenden eficientes gestiones judiciales ante el Sistema Interamericano en favor de innumerables víctimas de violaciones de derechos humanos.

Y la edición de esta revista se enmarca en todos estos esfuerzos que CEJIL desarrolla con vehemencia y dedicación, para mejorar y avanzar progresivamente en la protección integral de los derechos humanos en la toda la región.

Para finalizar, quiero resaltar la loable decisión, por parte del equipo editorial de CEJIL, de dedicar el primer número de esta revista a una de las más connotadas y reconocidas juristas y defensoras de los derechos humanos, Maggie Popkin, quien dedicó enormes esfuerzos por mejorar la situación de derechos humanos en distintos países.

Su personalidad, plena de compromiso, acción y prudencia, la llevó a jugar un papel fundamental en el trabajo de organizaciones 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.

Helen Mack

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, Maggie nos acompaña en este esfuerzo, y su recuerdo, energía y la memoria que compartimos todos de ella, la mantendrá presente en nuestros proyectos de trabajo social y público, y nos alentará para que no abandonemos la ruta que forjamos junta a ella, en diversidad de temas.

Reitero mis felicitaciones más cumplidas por el lanzamiento del primer número de esta revista. Estoy segura que será

acogida con mucho interés por un amplio segmento de personas interesadas en conocer a mayor profundidad las bondades, las particularidades, los obstáculos y los principales retos que afronta el Sistema Interamericano en la protección y defensa de los derechos humanos en toda la región americana.

Éxitos, y adelante.

Muchas gracias.

Helen Mack





Jon de los desaparecidos

Nancy Marín
Espinoza*

La llegada del sacerdote jesuita Jon Cortina a El Salvador fue una esperanza para las comunidades rurales asediadas por la guerra. Cortina no sólo les dio consuelo sino que, frente al desinterés de las autoridades estatales, creó la Asociación Pro Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos y a través de ella ayudó a encontrar a los niños y las niñas desaparecidos debido al conflicto armado. Este artículo hace una reseña de la labor del Padre Cortina en defensa de los derechos humanos en el país centroamericano y de su vida, que se vio truncada en diciembre de 2005 a causa de un derrame cerebral.

Palabras claves: Niñez Desaparecida, El Salvador, Jon Cortina, Asesinato de los Jesuitas, Hermanas Serrano, Víctimas

*“Que nos digan los que tienen las heridas, es decir, las víctimas,
que nos digan ellos si las heridas están cerradas”*

Padre Jon Cortina

Este artículo intenta retratar al sacerdote Jon Cortina y su aporte a la sociedad salvadoreña. Es imposible hablar de él, sin hablar del conflicto armado y sus consecuencias en ese país. El asesinato del sacerdote Rutilio Grande, de Monseñor Romero y de sus compañeros jesuitas marcó a Jon Cortina de manera especial. Es necesario también señalar el aporte del sacerdote a la Comisión de la Verdad, su compromiso con las víctimas, su empeño para fundar la Asociación Pro Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos (Pro Búsqueda). Jon Cortina buscó justicia en los tribunales salvadoreños y cuando no la consiguió acudió al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Pero su lucha no terminó allí, él continuó hasta los últimos días de su vida defendiendo los derechos humanos del sufrido pueblo salvadoreño.

Jon... el imprescindible

Jon Cortina Garaigorta adoptó como su patria a El Salvador. Y desde su llegada hasta su muerte trabajó por el bienestar del pueblo salvadoreño. Es así como se convirtió en una persona imprescindible. La mano de Cortina se ve en todos los rincones de este pequeño país.

Este sacerdote jesuita e ingeniero español recorrió el país, primero, construyendo puentes, pozos y carreteras y después dándole consuelo y esperanza a los humildes campesinos y campesinas víctimas del conflicto armado, que sacudió al país en los años ochenta. Luchó porque se construyera el monumento recordando a las víctimas de la guerra, por encontrar a la niñez desaparecida y por mejorar las condiciones de vida en las zonas rurales. Era un hombre incansable.

* Periodista. CEJIL Mesoamerica nmarin@cejil.org.

Llegó a ese país en 1955, cuando sólo tenía 21 años. Era delgado, alto, con las cejas tupidas y a pesar de haber vivido muchos años en este país centroamericano aún mantenía su acento español. De vez en cuando encendía un cigarrillo, a pesar de que los médicos se lo habían prohibido. Su tono de voz grave, su buena memoria y su empuje eran más que conocidos. Realizó documentales, editó libros y cuando debía pronunciarse frente a alguna injusticia no dudaba en alzar su voz de manera enérgica y en varias ocasiones hasta convocó a la prensa internacional.

Impartió clases de ingeniería en la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA) durante 30 años. Fue Licenciado en Humanidades Clásicas, Filosofía y Doctor en Ingeniería. Su amigo Jon Sobrino cuenta que Cortina fue el impulsor de los estudios de Sismología y de la construcción de estructuras seguras en El Salvador. Sus estudios fueron tomados por la Comisión Atómica de Canadá y por la NASA.¹

La locura

Cortina sufrió la guerra salvadoreña, como la sufrió el resto de la población, sus amigos fueron asesinados y su vida corrió peligro. Él decidió quedarse al lado de la gente más humilde, en los pueblos rurales, los cuales sufrieron la peor parte de las ofensivas militares.

La guerra en El Salvador duró poco más de una década. Oficialmente desde 1980 hasta 1991 se dieron masacres, desapariciones forzadas de personas, torturas y múltiples violaciones a los derechos humanos. El resultado fueron más de 75 mil muertos civiles lanzados a los precipicios, quemados, enterrados en fosas comunes, todo en el territorio del país más pequeño de América Central.

En este trabajo analizaré críticamente esta decisión advirtiendo los avances y fallas en que incurrió la Corte. Dedicaré la primera parte a hacer un breve resumen del caso.

La Comisión de la Verdad destaca en su informe que

"un poco más del 60 por ciento de las denuncias correspondió a ejecuciones extrajudiciales. Algo más del 25 por ciento se refirió a desapariciones forzadas, y más del 20 por ciento a la tortura. Los denunciantes atribuyeron casi el 85 por ciento de los casos a agentes del Estado, mientras que el 5 por ciento responsabilizó al FMLN" (Comisión de la Verdad 1993).

Según el informe presentado por la Comisión de la Verdad (1993) el período comprendido entre 1980 y 1983 es en el que se dio un mayor número de muertes y de violaciones de derechos humanos. En ese momento surgieron los llamados escuadrones de la muerte.

"Grupos civiles y militares practicaban asesinatos con total impunidad de forma sistemática bajo el amparo displicente de instituciones del Estado [...] A partir de 1980 se suceden varios ataques sin discriminación contra la población civil no combatiente y ejecuciones sumarias colectivas que afectan particularmente a la población rural" (Comisión de la Verdad, 1993).

Los pueblos fueran rurales o urbanos, que el ejército identificaba como posibles colaboradores de la guerrilla, eran arrasados. Era la estrategia de "quitarle el agua al pez", es decir que la guerrilla ya no tuviera posibilidades de reclutar recurso humano en los pueblos. Con esa lógica fueron asesinados hombres, mujeres, niños, niñas y ancianos/as.

En el libro *El día más esperado* de la Asociación Pro Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos (2001), uno de los testigos de las masacres relata: "Fui viendo el gran cachimbo de gente muerta. Unas gentes quemadas, otras gentes todas balaceadas, debajo de las camas, otras encima de las piedras de moler, otras en unas hamacas... En una sola casa conté 37 muertos".

Algunas de las violaciones de derechos humanos sucedidas durante este período llegaron ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, algunas de ellas gracias al impulso que le dio el Padre Cortina. Pero lo más importante para él era que se conservara la memoria histórica de los hechos, y es por eso es que Cortina coordinó el proyecto del "muro de la verdad". Este monumento, esfuerzo de las or-

1 "Yo no gritaría hagan santo al Papa ya" Periódico Digital *El Faro.net*, 19 de diciembre del 2005. http://www.elfaro.net/Secciones/platicas/20051219/Platicas1_20051219.asp.

* Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional.

* Cachimbo: número.

ganizaciones de derechos humanos, dedicado a las víctimas de violaciones de los derechos humanos durante los últimos treinta años en El Salvador, fue un gran orgullo para el sacerdote.

pasado 25 años desde el asesinato de Monseñor Romero y este crimen continúa en la impunidad.

La muerte

“Después de una guerra tan larga en el Salvador, con tanto derramamiento de sangre, no llega una paz que merezca la pena. Parece sangre malgastada”

Jon Cortina

La guerra y la violencia no sólo se ensañaron con la población rural, sino que se apoderaron del país y la polarización fue tal que el gobierno consideraba a todo aquel que no fuera su amigo como un posible blanco. Algunos sacerdotes de la Iglesia Católica se pronunciaron en contra de la violencia, del conflicto armado y de las acciones del ejército con lo cual se convirtieron en enemigos.

Cortina trabajó en la comunidad de Aguilares con el padre Rutilio Grande, quien fuera asesinado en 1977. Cortina tuvo una relación muy cercana con Rutilio y posteriormente a su muerte le fue otorgada esa misma comunidad.

Después Jon trabajó con Monseñor Romero, quien fuera asesinado el 24 de marzo de 1980, por agentes del Estado salvadoreño durante una ceremonia eucarística que se celebraba en la Capilla del Hospital de la Divina Providencia, en San Salvador. El obispo era reconocido por su beligerancia. En sus homilias criticaba abiertamente la violencia, la guerra y la represión a la que estaba siendo sometida la población en general.

Este caso fue analizado por la Comisión Interamericana y este órgano dictó recomendaciones para el Estado salvadoreño, las cuales hasta la fecha no han sido cumplidas. El Estado no ha realizado una investigación judicial completa, imparcial y efectiva para identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales del asesinato de Monseñor Romero, como se lo ordenó la CIDH, en el año 2000.² Han

Cuando mataron a Cortina

“Tenemos que decir la verdad, sin ver a quién le va a molestar”

Jon Cortina

Después de haber perdido a dos de sus compañeros religiosos en el inicio del conflicto, aún no había pasado lo peor. En el año 1989 parecía entreverse el final de la guerra. Sin embargo, el 16 de noviembre de ese año, Jon Cortina estaba escuchando *Radio Venceremos* cuando dieron la noticia del asesinato de sus amigos, los sacerdotes jesuitas en la UCA. El locutor comenzó a dar los nombres de los muertos, el tercer nombre que dijo fue el de Jon Cortina. “Me quedé tremendamente impactado. Yo me tocaba el cuerpo y decía: Yo estoy vivo. Quedé como un sonámbulo, como un autómatas” (Asociación Pro Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos 2001).

Los jesuitas asesinados ese día fueron: Segundo Montes Mozo, Ignacio Ellacuría, Armando López, Ignacio Martín-Baró, Joaquín López y López, Juan Ramón Moreno y las colaboradoras Julia Elba Ramos y Celina Mariceth Ramos. Todos ellos fueron asesinados por miembros del Batallón Atlacalt, uno de los cuerpos élites del ejército salvadoreño que ha sido señalado como el responsable de múltiples violaciones a los derechos humanos. La acción fue ejecutada con pleno consentimiento y conocimiento del alto mando militar salvadoreño, como respuesta a una ofensiva del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), que tuvo lugar en San Salvador.

José María Tojeira, sacerdote jesuita y actual rector de la UCA, comenta en un artículo que, en la búsqueda de la verdad, los jesuitas habían llevado a cabo investigaciones sobre los efectos de la guerra, de las posibles soluciones a la misma y habían criticado el manejo que hizo el gobierno del conflicto armado. Esto provocó que la mira estuviera puesta sobre los

2 CIDH, Caso 11.481. Monseñor Oscar Arnulfo Romero Galdámez, El Salvador, Informe 37/00, de 13 de abril de 2000, párr 4.



jesuitas de la UCA y entre ellos estaba Jon Cortina. Tojeira señala: “en este contexto trabajaban los jesuitas asesinados, y en él fueron protagonistas, no exclusivos, por supuesto, de la tarea de hacer verdad en El Salvador. Y en ese trabajo, y por esa razón, fueron asesinados. Antes que ellos muchos otros, entre los que quiero mencionar a Monseñor Romero, habían dado su vida por la misma causa” (Tojeira 1996).

Jon Cortina salvó su vida porque en el momento del atentado se encontraba en el departamento de Chalatenango, al norte del país. El mismo día del atentado había ido a celebrar misa a San José Las Flores, pensaba regresar ese día a la UCA, pero comenzó la ofensiva del FMLN y la población de la comunidad lo convenció de que se quedara porque era peligroso trasladarse. “Me tocaba esperar. Esperar que terminara la ofensiva, que ganara la guerrilla o el ejército o que hubiera un repliegue, porque antes no podía salir de la comunidad” (Asociación Pro Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos 2001).

Un mes después Cortina pudo salir del pueblo, porque se requería llevar a un niño al hospital. Durante el viaje el sonido de los disparos no cesó y continuamente debía pasar por retenes militares:

Durante el viaje tuve un incidente en un retén, porque el soldado me decía que no podía sacar a aquel niño porque era guerrillero. ¿Y cómo iba a ser guerrillero ese pobre angelito que tenía dos años y medio y escasamente sabía caminar? Un militar se me puso delante del carro para que no avanzara. Le dije: Si se muere éste niño el culpable va a ser usted. Usted tendrá que cargar con esta muerte. . . Terminé poniéndole velocidad al carro. . . Con el *bumper* iba empujando al soldado poco a poco. Y al final se apartó y me dejó pasar (Asociación Pro Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos 2001).

Después de haber dejado al niño a salvo, el sacerdote se fue para la UCA a la misa en conmemoración de la muerte de sus compañeros jesuitas. Al día siguiente regresó a Chalatenango, ya que tenía una deuda pendiente con el pueblo que le había salvado la vida.

Verónica Ardón conoció a Cortina en Chalatenango y posteriormente colaboró con él en la Asociación Pro Búsqueda.

Ella lo recuerda con cariño: “No se puede olvidar la alegría, el entusiasmo y el cariño del Padre Jon al acompañar a las comunidades que no estaban siendo atendidas por la Iglesia y que estaban tan alejadas de San Salvador, no sólo por la distancia y las condiciones de las carreteras, sino por la situación de guerra que se vivía en esos años en nuestro país”.³

“Tenemos que buscarlos hasta encontrarlos, porque están vivos”

“Cuando las familias perdidas a causa de la guerra se abrazan, se reconocen y rompen con la angustia de vivir perdidos, encontramos nosotros el sentido de nuestra misión. No pretendemos que la persona reencontrada se quede con su familia biológica. Pretendemos que conozca su propia identidad, que se reencontre con su propia historia”

Jon Cortina

Cuando se firmaron los acuerdos de paz, Cortina colaboró con la Comisión de la Verdad, la cual dispuso de tan sólo seis meses para recabar la información de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante más de una década de conflicto armado en El Salvador. Evidentemente el tiempo no fue suficiente para investigar los hechos ocurridos y muchas violaciones de derechos humanos ni siquiera fueron mencionadas en el informe o fueron analizadas de manera muy escueta.

En enero de 1992 se dieron los acuerdos de paz que dieron por finalizada la guerra en El Salvador. Jon Cortina colaboró con la Comisión de la Verdad y motivó a la gente a no tener miedo y a que acudieran a dar sus testimonios. La Comisión fue hasta Chalatenango a tomar declaraciones. Durante todo el día que estuvieron allí, el Padre Jon los acompañó y fue tanta gente que fue necesario que él también tomara declaraciones a las personas. Según sus propias declaraciones fue el día más largo

3 Entrevista personal con Verónica Ardón, quien colaboró con Jon Cortina en la Asociación Pro Búsqueda.

* La Guinda de Mayo fue un operativo militar entre finales de mayo y principios de junio de 1982.

4 Transcripción no oficial de las declaraciones del sacerdote Jon Cortina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador. Septiembre de 2004.

de su vida. Años después el sacerdote diría ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Durante estas declaraciones en el cantón Guarjila, tres mujeres, madres cuyos hijos habían sido arrebatados en la Guinda de Mayo por el ejército, Magdalena Ramos, Francisca Ramirez y María Victoria Cruz Franco [...] declararon como a sus hijos e hijas se las habían llevado".⁴

Cuando la Comisión de la Verdad publicó su informe tan sólo mencionó algunos casos de niños y niñas desaparecidas durante el conflicto, pero la Comisión no tuvo tiempo de examinarlos, porque la Organización de Naciones Unidas (ONU) le dio un plazo de 6 meses para rendir su informe. Por esta misma razón sólo se incluyeron algunas desapariciones de personas menores de edad, en el apartado general de desapariciones forzadas. Sin embargo no se hizo ninguna averiguación sobre el paradero de esos niños y niñas. Días después de publicado el informe, se decretó la Ley de Amnistía que dejó en la impunidad las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la guerra.

Cortina en sus declaraciones ante la Corte IDH señaló lo siguiente al respecto:

Ciertamente no tuvieron tiempo para investigar los hechos y el 21 de abril del 93, es decir un mes y unos días después acudimos a los tribunales de Chalatenango a preguntar por estos niños, se nos dijo que no había opción de preguntar y que no había posibilidad de nada porque el batallón Atlacatl había sido disuelto y por consiguiente no se podía conseguir ninguna información.⁵

A pesar de que se les habían cerrado las puertas por la vía judicial, siguieron buscando. Y lograron organizarse para empezar a buscar otros caminos para encontrar a sus hijos e hijas. Jon Cortina se mantuvo con ellos:

Existía conocimiento entre nosotros, en las comunidades éstas en las que yo vivía de lo que había ocurrido en la Guinda de Mayo y por eso decidimos empezar a trabajar en la búsqueda de estos niños. En diciembre del 93 encontramos a los cinco primeros jóvenes, en un orfanato de la ciudad de Santa Tecla, una ciudad próxima a San Salvador. El 10 de enero de 1994, es decir unos días después, se dio el primer reencuentro en el cantón Guarjila y allí aparecieron las niñas Marta Abrego,

Angélica Abrego su hermana [...] Hubo muchos asistentes y ante lo que allí ocurrió una nueva esperanza entró en la gente. Si estos niños están vivos los nuestros también lo pueden estar. Entonces no teníamos nosotros que ir a buscar que niños podían haber sido desaparecidos sino que la gente vino a contárnoslo⁶.

Es así como en 1994, Jon funda la Asociación Pro Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos (Pro Búsqueda). En agosto de ese año se celebró la primera asamblea de familiares de la organización, a la cual acudieron 48 personas. El padre Tojeira en su artículo *In memoriam*, llamado *Jon Cortina* retrata cómo fue concebida la Asociación Pro Búsqueda por Cortina: "Cuando, en conversación con la gente, sintió el dolor de padres y madres que habían perdido niños durante la guerra, nació Pro Búsqueda, esa institución tan profundamente humana y reconciliadora, tan llena de ternura social y amor a las raíces salvadoreñas" (Tojeira 2006).

El Día internacional del niño, es decir el primero de octubre de ese año, la Asociación llevó a cabo una vigilia. A la actividad llegaron más de 500 personas. Se alquilaron cuatro camiones para transportar a los familiares de Chalatenango a la Iglesia de San Francisco, en Mejicanos.

En su primer año la Asociación logró encontrar nueve niños desaparecidos que se encontraban viviendo con otras familias o en instituciones y con nombres diferentes a los que les habían puesto sus padres. Desde su fundación Pro Búsqueda, ha contabilizado 754 solicitudes de búsqueda, se han resuelto más de 300 casos, de los que se han producido 174 reencuentros y se han tramitado 39 casos de niños y niñas fallecidos y/o asesinados.

Alrededor de 90 jóvenes todavía no se han reencontrado con sus familias, ya que la política de Pro Búsqueda es que la persona reencontrada decida si quiere o no conocer a su familia biológica. Hay más de 400 casos de niños y niñas que no se sabe dónde están y por ellos continúa el trabajo de Pro Búsqueda, que ha presentado casos a nivel jurídico nacional e internacional.

Pro Búsqueda desarrolla una exhaustiva labor de investigación para averiguar el paradero de las niñas y los niños.

5 Idem.

6 Idem.

Se tratan de reconstruir los últimos momentos donde fueron vistos por sus familiares o vecinos y posteriormente se entrevistan a las personas y organizaciones que puedan aportar información. Asimismo se indaga en archivos y documentos.

Desde que fue creada, la Asociación ha tratado de incidir en diversas instancias gubernamentales las cuales, lamentablemente, no han prestado atención a una problemática tan sensible como la de los niños y las niñas desaparecidos durante la guerra. Es así como, hasta la fecha, los órganos estatales no se han ocupado del problema, ni han creado mecanismos tendientes a encontrar el paradero de los niños y las niñas, ni han iniciado procesos para encontrar a los responsables de esos graves hechos. No obstante que todo eso ha sido solicitado por diversas instancias internacionales, como Amnistía Internacional, el Comité de Derechos del Niño y, más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su trabajo con la Asociación Pro Búsqueda, Jon Cortina recibió en el 2001 el premio español Memorial por la Paz *Josep Vidal y Llecha*, además de otros premios y reconocimientos internacionales.

El Salvador al banquillo

“Las víctimas tienen derecho a una reparación moral y material. Lo material va a ser muy difícil, pero al menos que se les pida perdón”

Jon Cortina

La nula acción gubernamental para reencontrar a la niñez desaparecida provocó la primera condena contra El Salvador, en marzo del 2005 por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso de las hermanas Serrano Cruz.

Las hermanas Ernestina y Erlinda Hermano Serrano Cruz fueron secuestradas por el ejército salvadoreño en junio 1982, en la operación conocida como la Guinda de Mayo. Soldados del Batallón Atlacatl descubrieron las niñas, quienes

entonces tenían 7 y 3 años de edad, ocultas en la montaña y se las llevaron. Hasta la fecha se desconocen sus paraderos, pese a los esfuerzos de sus familiares y de la Asociación Pro Búsqueda para encontrarlas. Los padres de las niñas Serrano Cruz se vieron obligados a huir del ejército, el cual, asesinó miles de personas en el departamento de Chalatenango.

El caso de las hermanas Serrano Cruz está estrechamente vinculado a Jon Cortina y a la Asociación. La señora María Victoria Cruz Franco, madre de Ernestina y Erlinda, acudió a la Comisión de la Verdad en 1993, cuando ésta viajó a la ciudad de Chalatenango. Aproximadamente un mes después de la emisión del informe de la Comisión, el Padre Jon Cortina y María Cruz acudieron a los tribunales para preguntar por el paradero de las niñas desaparecidas. Este fue el comienzo del largo trámite del caso ante varios tribunales salvadoreños e internacionales, hasta que el caso llegó, acompañado también por CEJIL, primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2003.

Cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso Serrano Cruz a la Corte Interamericana en junio del 2003, CEJIL actuó como representante de las víctimas, junto con Pro Búsqueda. El Padre Jon Cortina declaró como testigo ante dicho alto tribunal. En su declaración dibujó un panorama general en cuanto a las desapariciones, y expuso las dificultades que la Asociación enfrentaba en el proceso de búsqueda de niños y niñas. En su discurso también mencionó las deficiencias y los malos tratos que recibían cuando acudieron a los órganos de administración de justicia: “El 30 de abril del 93 [...], fuimos a la Fiscalía General de la República de allí fuimos despedidos con malas razones y palabras degradantes”.⁷

El 29 de marzo 2005, 23 años después de la desaparición de las hermanas Serrano, la Corte Interamericana emitió sentencia en el caso. El alto tribunal obligó al Estado salvadoreño a adoptar un número de medidas en favor de las víctimas, entre ellas: investigar los hechos y sancionar a los responsables, crear una página de Internet de búsqueda de personas desaparecidas, crear un sistema de búsqueda a partir de información genética, pedir perdón a los familiares en un acto público y designar un día de las niñas y los niños desaparecidos.

7 Transcripción de las declaraciones del sacerdote Jon Cortina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador.

Además ordenó la creación de una comisión nacional de búsqueda de niños y niñas desaparecidos. Esta sentencia dio esperanza a muchas familias, quienes todavía hoy están buscando a sus familiares. Para el padre Jon Cortina, la sentencia constituyó un reconocimiento oficial de su trabajo con la Asociación, y un paso adelante en el proceso de encontrar los niños y las niñas desaparecidos. Lamentablemente, el Estado salvadoreño no ha demostrado suficiente diligencia con respecto al cumplimiento de las medidas ordenadas por la Corte, y muchas de ellas continúan pendientes. El sistema de búsqueda por material genético no ha sido implementado, la página de Internet fue construida y luego retirada de la red, el Estado no pidió perdón a los familiares de las víctimas y el día de los niños y las niñas desaparecidos nunca fue decretado.

Con el paso de los años, la relación de Jon Cortina con la familia de las hermanas desaparecidas se volvió más cercana, sobre todo con la niña Victoria, como cariñosamente le decían a la madre de las hermanas Serrano. Desafortunadamente, ella murió en el año 2005, meses antes de que la Corte emitiera su sentencia. Poco antes de morir, ya casi ciega a causa de la diabetes, le comentó a Jon Cortina: "me gustaría no perder la vista porque tal vez todavía puedo ver a mis hijas". Victoria nunca perdió la esperanza de ver a sus hijas de nuevo, y siguió soñando con una reunificación hasta sus últimos días de vida.

Otros casos de niñez desaparecida en El Salvador continúan en el proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos gracias al empuje que les ha dado la Asociación Pro Búsqueda y CEJIL que se ha sumado a este esfuerzo.

Se lucha hasta el último aliento

En septiembre del año 2005 se acabó el primer plazo otorgado al gobierno salvadoreño para cumplir con algunas de las acciones que ordenó la Corte Interamericana a El Salvador. Cortina estaba molesto con las

autoridades estatales y señaló a la prensa que las declaraciones del gobierno acerca de lo que había hecho para cumplir la sentencia eran medias verdades y que eso era un "desprecio absoluto a las víctimas",⁸ añadiendo que de ese modo pretendían engañar y cultivar más la impunidad.

El padre organizó una conferencia de prensa en las instalaciones de Pro Búsqueda calificando las acciones del gobierno como "una burla". Al día siguiente de la conferencia fue a una entrevista televisiva con una abogada de CEJIL, una hermana y un hermano de las hermanas desaparecidas y después acudió a una reunión con Cancillería en la cual le expuso al canciller Francisco Lainez su molestia por el incumplimiento del Estado y por no hacer participe a Pro Búsqueda de la Comisión de Búsqueda que conformó el gobierno con motivo de la sentencia de la Corte.

El entusiasmo por lo que hacía era evidente en Cortina, la búsqueda de la niñez desaparecida se convirtió en su obsesión, en su lucha diaria. Entre sus últimas actividades vale la pena mencionar su participación en el *Congreso Internacional de la Ayuda Médica: La Justicia Cura –La lucha Internacional contra la impunidad* que se realizó en octubre del 2005 en Alemania. Allí el sacerdote se refirió a los altos niveles de impunidad que afectan a El Salvador y también sobre el incumplimiento del Estado en el caso de las hermanas Serrano Cruz.

Un mes después fue a Guatemala a participar en un evento al cual había sido invitado por la Cruz Roja. Y mientras estaba en dicho país sufrió un derrame cerebral, el 24 de noviembre de 2005. Fue ingresado en el Hospital Nuestra Santísima Señora del Pilar, donde murió semanas después, el 12 de diciembre de 2005, a la edad de 70 años.

Su amigo Jon Sobrino escribió lo siguiente acerca del Padre Cortina "en las escuelas se dice que Jon Cortina fue un defensor de los derechos humanos. Pero fue mucho más. No por profesión, sino por vocación, no por pura ética, sino por amor, defendió al pueblo porque lo amó".⁹

8 "El país debe probar que cumplió sentencia CIDH". Periódico *La Prensa Gráfica* 3 de octubre de 2005.

9 Jon Sobrino, "Padre de las comunidades" *Carta a las Iglesias* n. 548, diciembre, 2005. San Salvador.

Nancy Marín Espinoza

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asociación Pro Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos. *El día más esperado*. El Salvador, San Salvador. UCA Editores 2001.

CIDH, Caso 11.481. Monseñor Oscar Arnulfo Romero Galdámez. El Salvador. Informe de fondo 37/00 de 13 de abril de 2000.

Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador: *De la Locura a la esperanza*. Naciones Unidas. El Salvador, San Salvador 1992-1993.

Sobrino, Jon. *Padre de las comunidades*. Carta a las Iglesias n. 548, diciembre, 2005. San Salvador. El Salvador.

Tojeira, José María. *Verdad, justicia y reparación*. Revista ECA. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, El Salvador. UCA Editores, 1996.

Tojeira, José María. *Jon Cortina*. Revista En Búsqueda. Asociación Pro Búsqueda. El Salvador. Marzo, 2006.





Invisibility in the Americas: minorities, peoples and the Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance

Cynthia Morel*

The experience of afro-descendants in Latin America provides one of the most striking examples of invisibility in the Americas. Nevertheless, discrimination is clearly experienced by a range of other ethnic, linguistic and religious communities throughout the Americas. The aim of this article is to show the importance given to the discrimination problem by incorporating opinions regarding minority rights. In this context, certain regional Human Right Systems such as the Inter-American system have implemented certain laws and instruments in order to end the discrimination problem.

Key words: Minority Rights, Marginalization, Distinct Communities, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), Objective Criteria, Non-dominance, Effective Participation, Intolerance, Ethnicity

Introduction

There is a growing consensus that, in the Americas, race and ethnicity have contributed to the disproportionately high levels of poverty and economic discrimination amongst Afro-descendant, indigenous and other marginalized communities. The legacy of “racial democracy”, which prevailed and arguably continues to prevail in many nations of Latin America, is largely to blame. The absence of overt legal exclusionary mechanisms such as the segregation or apartheid that existed respectively in the United States and in South Africa was often perceived as proof of harmonious race policies. Moreover, commentators

have suggested that the notion of racial democracy, rooted in the “mixed” nature of the Continent’s population, has effectively camouflaged diversity, suppressed the consciousness of non-whites to develop their own identity and demands, while making conditions ripe for excluding anyone who falls outside the norm of dominant or mestizo society (Dulitzky 2005; Burke and Gurr 2000, 103-104). The overall effect has been the pervasive invisibility of Afro-descendants and other marginalized ethnic or linguistic groups in Latin America.

The Inter-American system has pro-actively sought to address the problem of discrimination from its very inception, through the Charter of the Organization of American States.² Numerous other instruments have followed suit, including the American Declaration on the Rights and Duties of Man (ar-

* Legal Cases Officer at Minority Rights Group International (MRG), London, United Kingdom. cynthia.morel@mrghmail.org. The author thanks Corinne Lennox and Kathryn Ramsay whose reports for various UN Bodies also informed the content of this paper.
2 The Charter acknowledges “the right of all human beings with no distinction of race, gender, nationality, creed or social status to material well-being and spiritual development under conditions of freedom, dignity, equal opportunity and economic security” (Article 45).

ticle 2); the American Convention on Human Rights (articles 1, 13(5), 22(8), 24 and 27(1)); and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights, "San Salvador Protocol" (articles 3 and 13(2)). Numerous General Assembly resolutions have been adopted on the matter, in addition to declarations issued by the Hemispheric Summits. It is also worth noting that much of the Durban text on Afro-descendants comes directly from the preparatory Regional Conference of the Americas, held in Santiago in 2000. Finally, in 2006, the Inter-American system welcomed a Draft Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance.

While anti-discrimination law is indeed an important step in challenging many of the attitudes and practices that have contributed to the exclusion of Afro-descendants and other communities from economic, social and political spheres, the purpose of this article is to highlight the added-value of incorporating certain tenets of minority rights into the Draft Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance.³ Conceptualizing Afro-descendants as "peoples" will also be briefly explored. The benefit of exploring these approaches stem from their ability to address inequality beyond the individual experience of discrimination. Minority rights and the rights conferred upon peoples both address the structural and root causes of marginalization suffered by ethnic, linguistic or religious communities, noting the collective dimension of the violations suffered by these entities.

Key minority rights provisions, which are inherently anti-discriminatory in both their application and scope, and thus relevant for achieving the wider object and purpose of the Draft Convention, include the protection of existence, the promotion of identity, and standards for effective participation. Far from incompatible, traditional anti-discrimination principles and minority rights are mutually reinforcing and therefore together best equipped to bridge the existing protection gap that currently denies equality to Afro-descendants and other marginalized communities throughout the Americas.

While the primary focus of this article will draw on the merits of a minority rights approach to non-discrimination, attention will first be drawn to who generally classifies as a minority. Special attention will also be accorded to dispelling popular myths about minority rights. In this regard, minority rights must

be understood as a source of legal empowerment, not a vulnerable label; they allow for individual expression within a wider group rather than imposing a homogenous identity upon that community; and far from affording undue privileges to the detriment of the majority, minority rights are an essential framework for ensuring fully integrated and democratic societies.

Traditional anti-discrimination principles and minority rights are mutually reinforcing and therefore together best equipped to bridge the existing protection gap that currently denies equality to Afro-descendants and other marginalized communities throughout the Americas.



Who is a minority?

Although there is no internationally accepted legal definition of a "minority", there can be no doubt that minorities do exist. The diversity of cultures globally is clear evidence that human beings can form or constitute distinct communities.

Criteria beyond numbers

Many States recognize that minorities exist within their territories; for example, through direct constitutional recognition of groups, or through indirect policies or programs such as identification in census data. Other States may deny that minorities exist in their territory; indeed the non-recognition of minorities is a common obstacle set by States and an excuse for not respecting minority rights. The UN has confirmed, however, that the existence of minorities is a matter of fact and "does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria".⁴

3 This will henceforth be referred to as "the Draft Convention".



Objective criteria used to define minorities are generally acknowledged to include group characteristics such as ethnicity, language, or religion. With regard to population size, more important than numbers is the position of power held by various groups, a concept commonly referred to as *non-dominance*.⁵ Most minorities (but not all) are in a position of non-dominance; that is, they are wholly or partly marginalized in the economic, political and/or social spheres. Dominant minorities (that is, minority groups that hold significant political or economic power) are still entitled to protection of their rights as distinct ethnic, religious or linguistic groups to practice their culture, religion and language; but generally the minority rights regime is intended for a situation where the participation, identity and existence of ethnic, religious or linguistic groups is *under threat* from a dominant group(s). Responding to this threat requires some State intervention.

While reference to Afro-descendants as a minority may indeed be contentious in a country such as Brazil, where they count for approximately 50% of the population, what remains clear is that they figure in a position of social, political and economic non-dominance in this country, and that they could arguably benefit from the empowerment tools afforded by minority rights. Beyond this, the added value of exercising minority rights as a tool for combating the causes and effects of invisibility in other countries of the Americas where these communities find themselves in a clear position of non-dominance, should - at a minimum - not be discarded.

Freedom of Choice

It is important to note that, in addition to objective requirements, subjective criteria also play a key role in defining minorities. Subjective criteria include the wish of individual members to col-

lectively preserve and develop their distinct ethnic identity. The subjective criteria of *self-identification* is also of particular importance for defining who is and who is not part of a minority, as is the case with indigenous peoples.⁶

Opting-out

Fears or resistance of articulating minority rights out of concern that such mobilization would force all members of that ethnic, linguistic or religious group to self-identify as such have no legitimate basis on the grounds that the *right to 'opt-out'* and thus not self-identify as part of a minority is a fundamental principle of minority rights. In this regard, existing standards, such as the Framework Convention on National Minorities not only emphasize the right to freely choose to be treated or not to be treated as minorities, but also that *no disadvantage* shall result from this choice.⁷

Beyond recognizing that not all within a minority group may wish to identify as such, this principle also recognizes the reality that individuals within a minority are not homogenous. Different realities will indeed require different forms of protection, the most notable example stemming from the contrast between rural and urban areas.

Despite minority rights' inherent recognition of diversity within a given minority group, as well as the definition of a minority extending beyond the question of numbers, certain communities find the term "minority" ill-suited for their purposes. Resistance for some may stem from a State's real or perceived reluctance to recognizing groups as minorities. For others, as some resistance within the Americas' Afro-descendant activists would suggest, the term "minority" simply does not correspond to their self-perception. In such cases, what other alternatives exist?

4 UN Human Rights Committee, General Comment 23, The rights of minorities (Art. 27): 08/04/94, parr. 5.2.

5 One of the definitions most commonly referred to is that of former UN Special Rapporteur Francesco Capotorti, who in 1977, defined minorities as follows: 'A group, numerically inferior to the rest of the population of a State, *in a non-dominant position*, whose members- being nationals of the State- possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.' Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. UN Document E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7 (1977). [Emphasis added].

6 Tensions associated with self-identification pose particular difficulties when it comes to data collection. If governments rely purely on self-identification of individuals in data collection, then there is often under-reporting of minorities in the statistics due to minority fear of discrimination if they self-identify as such. This then leads to inaccurate data being used in developing policies and programs which could undermine their effectiveness. In some cases, the opposite is also true. Where programs are established for particular groups, for example a program to assist members of minorities obtain jobs, individuals who do not meet any of the objective criteria for membership of a particular ethnic group (culture, ethnicity, religion, language), may attempt to self-identify with that group in order to benefit from the program; however, there is no right to arbitrarily choose to belong to a particular minority. 'The individual's subjective choice is inseparably linked to objective criteria relevant to the person's identity'. See Council of Europe, Framework Convention for the protection of National Minorities (FCNM), Article 3.1 and Explanatory Report, H(1995)010, para. 35.

7 FCMN, Article 3(1), Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, Article 3(2) (1992).

Afro-descendants as people? Indigenous people? Vulnerable communities

It has been recognized that, on the surface, “the interests of Afro-descendants – principally to end discrimination, to promote their cultural heritage and to participate equally in society – match well with the international minority rights framework”. It has also been observed, however, that in practice, “Afro-descendants in Latin America have aligned their claims much more closely to those institutions and rights recognized for indigenous peoples, including land rights” (Lennox 2006, 6).

From the outset, it would appear that the traditional understanding of indigenusness in the Americas somewhat limits the extent to which Afro-descendants could legitimately articulate their claims within the indigenous legal or political discourse.¹⁰ This understanding, of course, relates to the concept of “indigenusness” belonging to those pre-colonial peoples occupying their traditional lands since time immemorial. Nonetheless, whilst the indigenous are “peoples” whose self-determination has been denied by colonialism, the self-determination of Afro-descendants can also be arguably construed as having been denied by colonialism.¹¹

While the right to self-determination – often exercised through territorial autonomy – is a right conferred upon “peoples”, and that such autonomy might indeed best reflect the needs of Afro-descendant communities such as the Quilombolas, asserting the right to self-determination ranks among the most contentious claims under international law.¹²

Whether or not Afro-descendants in the Americas will attempt to use their experience of colonialism as a basis for articulating their claims as “peoples” (as per the meaning under international law) remains to be seen. What may unfortunately limit

them from succeeding is the fact that, while the right of colonial peoples to exercise their right to self-determination by breaking away from the “imperial” power is now undisputed, Afro-descendants would almost certainly be barred from relying on this angle, as the “imperial power” is generally construed as the colonizing powers of the past; not independent sovereign States of the present. And beyond colonial peoples, there is very little political or legal consensus on who “peoples” are.¹³ Together, these factors would suggest that - at least in theory - the concepts of “peoples” and self-determination fall outside of the scope of the Draft Convention. Whether it may be successfully articulated as part of the wider Afro-descendant advocacy strategy in pursuit of justice and equality remains to be seen.

Case of *Moiwana Village v. Suriname*

Fortunately, in practice, the Court has helped bridge an important protection gap for communities falling outside of the classic indigenous framework by adopting a flexible approach in the recent case of *Moiwana Village v. Suriname*. As such, in its response to a forced eviction of the affected Afro-descendant community, the Court recognized the “all-encompassing relationship” of the N'djuka tribal people to their traditional lands.¹⁴ The Court also lent special recognition to the fact that “their concept of territory was not centered on the individual, but rather on the community as a whole”.¹⁵ While this is certainly cause for celebration, it remains but a first step in looking beyond the individual experience of discrimination of Afro-descendants and other minorities.

Minorities vs “vulnerable or marginalized communities”

The potential for minority rights to meaningfully contribute towards further closing the protection gap beyond the *Moiwana* judgment has been reflected in the Preliminary Draft of the Inter-

10 To date, the Garifuna are the only Afro-descendants who have succeeded in articulating their claims as indigenous peoples. While doing so may be viewed as a welcomed opportunity to some, it raises at the same time important questions as to the effect it may have on the integrity of indigenous advocacy, which has been carefully crafted over several decades.

11 Id.

12 The concept of self-determination has proven to be the most contentious point of debate in the negotiations relating to the UN Draft Declaration on the Human Rights of Indigenous Peoples. For case law on the right to self-determination, see: Reference re Secession of Quebec, Supreme Court of Canada, [1998] 2 S.C.R.

13 For instance, Article 1(3) of ILO Convention 169 states that, “the use of the term ‘peoples’ in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law”. See also Article 1, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples Adopted by General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960; Reference re Secession of Quebec, Supreme Court of Canada, [1998] 2 S.C.R.

14 *Case of Moiwana Village v. Suriname*. Judgment of June 15 2005. Series C No.124, para 133.





American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance. The importance of specific references to minorities and minority rights standards within the Convention draws largely from the fact that the exclusive reference to alternative wording such as “vulnerable or marginalized communities” would deny the extensive body of law that has been developed in relation to minority rights.¹⁶ The term “vulnerable or marginalized groups” has no standing in international law, and therefore relying solely on those terms would pose serious obstacle the application of minority rights in the Inter-American context, in turn, undermining the level of protection potentially afforded to communities needy of broader protection. The following sections attempt to elucidate the content and meaning of these rights.



Discrimination against minorities, who disproportionately count amongst the poorest of the poor, is one of the most important barriers to their full human development. It is also one of the most important barriers to the economic prosperity of countries throughout the Americas.

Key pillars of minority rights as a means to bridge the protection gap¹⁷

Failure to speak at some level of the situation of Afro-descendant, indigenous and other communities in their collective dimension compromises our ability to effectively challenge the historical, socio and political structures that have enabled the discrimination and invisibility to persist from past centuries through to present times. In order to fully appreciate the vital role minority rights can play in closing the protection gap that currently exists with regard to the

discrimination faced by Afro-descendants and other non-dominant communities in the Americas, this section will first refer to underlying principles of non-discrimination that are most relevant to minorities. It will then outline the key pillars of minority rights, a complimentary field of law whose foundations lie on the protection and promotion of identity, the protection of existence, and effective participation.

Non-discrimination

The right to non-discrimination is firmly established in international law and in most domestic law, but discrimination widely persists in practice. Discrimination may be direct or indirect (an intended or unintended effect). In some cases discrimination may be deeply embedded in social and cultural norms that are not questioned. In these situations, discrimination is not about “leaving out” certain groups, but is rather an active process of oppression. Discrimination against minorities, who disproportionately count amongst the poorest of the poor, is one of the most important barriers to their full human development. It is also one of the most important barriers to the economic prosperity of countries throughout the Americas.

The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD) is the core international treaty on the right to non-discrimination. It requires the establishment of effective remedies for the prohibition and elimination of discrimination in the enjoyment of such rights as the right to work; the right to housing; the right to public health, medical care, social security and social services; and the right to education.¹⁸

One remedy that ICERD allows for are “special measures”¹⁹ in the ‘social, economic, cultural and other fields’ to be taken to achieve full and equal enjoyment of human rights for groups that are targets of discrimination.²⁰ This has most commonly taken the form of affirmative action policies (also known as “positive discrimination”), such as those to improve access to employment or education. These policies aim to overcome the barrier posed by discrimination in order to ensure that certain groups can access their rights equally, e.g.

15 Id., para 133.

16 See, for instances, the numerous references to the interchangeable use of both “minorities” and “vulnerable communities” throughout the Santiago Summit Plan of Action, Santiago April 18-19, 1998.

17 This section draws heavily from papers produced by Corinne Lennox and Kathryn Ramsay from Minority Rights Group International for the attention of the Office of the High Commissioner on Human Rights and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination.

18 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), Article 5.

to employment and education, and should terminate once the barrier of discrimination is no longer a factor in preventing the enjoyment of these rights.

Given the high degree of complementarity between the anti-discrimination and minority rights approaches, it is clear that the above ICERD provisions play an important role for the protection of minorities, including Afro-descendants in the Latin American context, independently of whether or not individuals from this group wish to identify themselves as such. Affirmative action policies and all references to promote cross-cultural understanding found in ICERD should therefore inform the new Inter-American Convention.

In addition, suggestions by various activists to consider a horizontal application of the Draft Convention, on the grounds that much racial discrimination occurs in the private sphere (for example, in employment, in housing, and in access to bars, restaurants and other public accommodations) is also vital to minorities. One practitioner has explicitly cautioned that, "a legal norm which limited its application only to government action would fail to address some of the most important problems that racial and ethnic minorities face" (Goldston 2005, 36-43)²². The obligations to prevent, investigate, sanction and remedy violations in a non-discriminatory manner in accordance to the principle of due diligence is a further consideration of extreme importance to incorporate into the Draft Convention, given the degree of vulnerability in which most ethnic, linguistic and religious minorities find themselves. What is then the added value of incorporating an added minority rights perspective?

Protection of Identity

Having a distinct ethnicity, religion, culture or language is part of an individual's identity. Minority rights help to protect these identities from being eliminated and help to enable these identities to flourish. Identities may entail many aspects, including language, livelihoods, traditional territories, customary laws and other cul-

tural practices. The protection of cultural heritage essential to a group's identity is also vital, including for example burial sites, buildings, religious places, documents and/or libraries (Thornberry 1995, 41).

Having a distinct ethnicity, religion, culture or language is part of an individual's identity. Minority rights help to protect these identities from being eliminated and help to enable these identities to flourish.



As previously stated, the starting point for protecting distinct identities is recognizing that they exist.²⁴ A second important step towards protecting identities is through State obligations to take positive measures to ensure that minorities can express and nurture their distinct identities. Positive measures to protect identities may include provision of minority language education, recognition of traditional land titles, or subsidies to create cultural centers that preserve cultural knowledge.

In this regard, positive measures for the protection of minorities extend beyond the classic understanding of anti-discrimination; an approach which generally frames its provisions in the negative terms of to "fight", to "eliminate", and to "eradicate" discrimination. Moreover, while a classic affirmative action approach under the principle of non-discrimination focuses primarily on facilitating the *individual's* access to services or employment, positive measures afforded by minority rights prove not only vital for individuals' more equitable access, but also for the more effective accommodation and inclusion of these individuals' ethnic, linguistic or religious *communities* in the wider "dominant" society.

In essence, the protection of identity therefore relates to the protection of minorities from forced assimilation. Signs

19 The provisions and conditions for taking special measures are outlined in Article 1(4) of ICERD.

20 ICERD Article 2(2).

22 Goldston points to the obligation under ICERD "to prohibit and bring to an end . . . racial discrimination by any persons, group or organization . . ." (Art 2(d)); and also to the EU Race Directive's explicit recognition of discrimination in both the public and private spheres through article 3(1).

24 This non-recognition of some or all minority groups typically stems from fear of claims to economic resources, political power, or secession. However, as previously stated, the UN Human Rights Committee that monitors compliance with the ICCPR clearly states that the existence of minorities is a matter of fact, not a matter of law, and should be assessed based on objective criteria. See UN Human Rights Committee, General Comment 23, The rights of minorities (Art. 27): 08/04/94.



of states with assimilationist policies include the denial of the existence of minorities and the promotion of “nation-building” through a single national language and/or religion.²⁵ The denial of identity through these actions, or through culturally inadequate or inaccessible education would constitute discrimination under the ICERD if perpetrated by a State party against a particular minority group. It should also constitute discrimination under the proposed Convention.²⁶

Promotion of Identity

The importance of promoting identity, in addition to protecting it, may not immediately strike human rights defenders as essential or within the natural scope of normative standards pertaining to non-discrimination. The relevance nonetheless stems from the dynamic nature of cultures, and the ability of the dominant group(s) within a state to exercise their right to promote their identity automatically, for example through use of the language and cultural programs in the media. In some states, the promotion or development of national identity is contained in the Constitution. Enabling minorities to promote their identity does not afford them with “special rights” to the detriment of the majority; it simply ensures that they can also promote their identity on an equal footing with the dominant groups, therefore ensuring non-discrimination.

As a means to effectively promoting the identity of minorities, the Permanent Court of International Justice, nearly a century ago already established that:

[T]here would be no true equality between a majority and a minority if the latter were deprived of its own institutions and were consequently compelled to renounce that which constitutes the very essence of its being as a minority.²⁷

The Court considered it necessary in this respect for states to “ensure for the minority elements suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions and their national characteristics”.²⁸

The UNDM in Article 4(2) further elaborates the issue of the promotion of identity and culture, requiring States:

[T]o take measures to create favorable conditions to enable persons belonging to minorities to express their characteristics and to develop their culture, language, religion, traditions and customs, except where specific practices are in violation of national law and contrary to international standards.

In this regard, tolerance of, or non-interference in, minority cultures is not sufficient. Article 4(2) requires active measures from the state to create the favorable conditions mentioned in the Article. What those measures are will depend on the situation of the minority in question but they may require resources from the state (depending on the availability of those resources). If a State provides funding for the development of the language or culture of the majority then it should, proportionately, provide resources for the minority also. Provisions in the ICERD require non-discrimination in the provision of resources to different groups, as should the final draft of the Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance. Failure to do so could contribute to assimilation and an atmosphere of intolerance.²⁹

Protection of Existence

The UNDM Article 1(1) requires states to protect the existence of minorities ‘within their respective territories. While the physical existence of groups is generally understood as the right to be protected against genocide,³⁰ the denial of the existence of a minority need not involve the physical destruction of members of the

25 France, which has made a reservation against Article 27 of the ICCPR based on the justification that all individuals in France are French, serves as an excellent example. Numerous observers agree that the denial of recognition of ethnic, religious and linguistic communities by the French Government has contributed to the escalation of racial violence in this country in recent years. Minority rights contribution to conflict prevention cannot be understated.

26 Article 6, sub paragraph XXX, of the Preliminary Draft Convention recognizes the protection of identity.

27 *Minority Schools in Albania* (1935), PCIJ Ser. A/B, No. 64, 17.

28 *Id.*

29 Note that the degree to which the state is obliged to provide resources will depend on the size of the group and its territorial concentration. All measures to be taken by the State should be developed with the effective participation of the minority.

30 The Genocide Convention does not define genocide in terms of the existence of groups but in terms of their destruction: “genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. Article 6 of the Rome Statute draws on the same definition.

group. A minority could be denied existence where their cultural identity is destroyed or they are forced to give up that identity.³¹

Though the protection of existence afforded by minority rights may at first glance seem out of context in the present-day reality of the Americas, one must acknowledge, at the very least, the genocidal foundations on which the Continent was first colonized. One must also consider the crimes against humanity, such as deportations or forcible population transfers, which disproportionately affect minorities around the world.³² Notable examples in the Americas in this regard include the experience of the people of Haitian-descent in the Dominican Republic. The State-planned massacre of 1986 against the Moiwana Community in Suriname is a further testament to the physical insecurity certain peoples face at the hands of their governments.³³

While serving as a modest contribution to the actual protection of (cultural if not physical) existence of minorities in the Americas, recognition of the existence of ethnic, cultural, religious and linguistic minorities within the preambular paragraphs of the final draft of the Convention would certainly constitute an important first step in guaranteeing their protection. As asserted throughout this article, protection cannot be afforded without first recognizing that these groups, these communities, these minorities indeed *exist*.

An operative paragraph guaranteeing substantive rights to individuals belonging to minorities, as currently afforded through Article 6 of the Preliminary Draft Convention, should indeed draw on the wording of Article 3(1) of the UNDM.³⁴ Alternatively, the term "minorities" or "minority status" could be considered as one of the listed grounds of discrimination.

Participation

The right to participate for minorities has three aspects: the right to participate in public life and decision-making, in particular on issues that affect them; the right to participate in the life of their own community; and the right to participate in the benefits of economic progress and development.

The right of everyone to participate in the conduct of public affairs is outlined in Article 25 of the ICCPR.³⁵ The definition of discrimination in Article 1(1) of the ICERD covers any distinction that impairs the enjoyment of human rights in the "political, economic, social, cultural or any other field of public life".³⁶ Some states place clear legal restrictions on the participation of minorities, for example by requiring that the head of state be from a particular group or religion. This is a clear violation of the ICERD.

A minority could be denied existence where their cultural identity is destroyed or they are forced to give up that identity.



Even where overt legal restrictions do not exist, minorities may still be denied, or have difficulties in exercising the right to participation. If the majority, or dominant groups in society, are able to participate, then the principle of non-discrimination requires that the participation of minorities be also ensured by the state. The final draft of the Convention should therefore be equipped to identify and remedy the *de facto* exclusion of minor-

31 Patrick Thornberry provides insight on the meaning of existence for minorities: "Existence is a notion which has special sense for a collectivity. An individual exists or he does not; his non-existence is his individual death. A collectivity such as a minority group exists in the individual lives of its members; the physical death of some members does not destroy the existence of the group, though it may impart its health. There is, however, another existence for a minority through the shared consciousness of its members, manifested perhaps through language, culture, or religion, a shared sense of history, a common destiny. Without this existence, it is possible to say that individuals live but the group does not: it has been replaced by something other than itself, perhaps a new group, larger or smaller" (Thornberry 1994, 57).

32 Article 7(d) of the Rome Statute includes Deportation or forcible transfer of population as one of the acts constituting a crime against humanity.

33 See *Moiwana Village v Suriname*, Inter-American Court of Human Rights, Ser.C, No. 124, Judgment of June 15, 2005.

34 UNDM Article 3(1): "Persons belonging to minorities may exercise their rights, including those set forth in the present Declaration, individually as well as in community with other members of their group, *without any discrimination*". [Emphasis added] Inspired by the wording of Article 27 of the ICCPR, Article 3(1) of the UNDM provides a more recent and positive formulation for the protection of persons belonging to minorities, and should therefore serve as the primary point of reference for future normative instruments.

35 "Every citizen shall have the right and the opportunity . . . (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives". Public affairs in the meaning of this Article have been interpreted as "a broad concept, which relates to the exercise of political power, in particular the exercise of legislative, executive and administrative powers". HRC General Comment 25 on the right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service, Art 25 (1996), UN doc. CCPR/C/21/Rec.1/Add.7, para 5.

36 ICERD, Article 1(1).



ity groups from political and economic participation at all levels, including local government, and call on governments to address it. This may require special measures as permitted by Article 1(4) of the ICERD. Remarkably, the Preliminary draft of the Convention extends beyond the mere adoption of special measures, providing for nothing less than the “individual *and collective* right to free and informed participation in all areas of society, particularly in matters that affect or concern one’s own interests”.³⁷

Public life in the UNDM

must be understood in the same broad sense as in the ICERD article 1 [...] Additionally included in “public life” are, among others, rights related to election and to be elected, the holding of public office and other political and administrative domains.³⁸

The right of minorities to participate in the life of their own communities facilitates this participation in decision-making, by allowing minorities to form their own associations – political or otherwise – to represent their concerns and interests. This right extends to forming associations and contacts across territorial boundaries with members of the same minority group or with other minorities.³⁹

Finally, the right to participate in the benefits of development ensures that minorities are not disadvantaged in development, for example by having their land or resources removed to make way for a development project from which they receive no benefits. It also ensures that minorities are not discriminated against and left behind in the process of development while other sections of the population benefit.⁴⁰ This integration of minorities into the development process must take place with their full informed consent, in ways that ensure minorities can preserve their identity.

The key in all these provisions is *effective* participation. This has two elements. States must ensure that any measures they take or mechanisms they establish are not tokenistic.

It is not sufficient for one member of a minority to rubberstamp a decision taken by the State. The measures should include opportunities for consultation before decisions are made and the state must take into consideration the outcomes of the consultation process when making decisions. The second element is that no culture is homogenous and the State must make efforts to ensure that the consultation process includes as wide a range of opinions as possible within the minority community. Problems may arise when a State only deals with selected community “leaders” because these “leaders” may not be representative of the community as a whole.

Anti-discrimination in ICERD: an evolution

While the above sections argue that both the individual and collective experience of discrimination must be taken into account in order to combat the deep-rooted exclusion and marginalization of ethnic, linguistic and religious minorities, it must be noted that the collective dimension of identity is not explicitly recognized in the original drafting of the ICERD Convention. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) has nonetheless since incorporated this important dimension to the interpretation of the Convention through various General Recommendations in recent years, and the content of these recommendations should transpire from the Preliminary Draft currently in circulation, to its inclusion into the final Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance.⁴²

One of the most important steps taken by the CERD in understanding the interplay between discrimination and the respect for a collective way of life was first addressed in General Recommendation XXIII on Indigenous Peoples, where the Committee called upon States parties to “recognize and respect indigenous distinct culture, history, language and way of life as

37 Article 4 (paragraph xi) of the Preliminary Draft Convention. [Emphasis added]

38 A. Eide, *Final Commentary to the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2, 2001.

39 UNDM, Article 2(5). The only limit on this is that contact must be peaceful.

40 This is of particular relevance given minorities’ over-representation amongst the world’s poorest of the poor.

42 Key CERD General Recommendations include: General Recommendation XXIII: Indigenous Peoples (1997); General Recommendation XXV: Gender-Related Dimensions of Racial Discrimination (2000); General Recommendation XXVII: Discrimination Against Roma (2000); General Recommendation XXIX: Descent (2002); and General Recommendation XXX: Non-citizens (2005).

an enrichment of the State's cultural identity and to promote its preservation".⁴³ General Recommendation XXVII on the Elimination of Discrimination Against Roma, for its part, underscored the core minority rights principle of self-identification.⁴⁴ A reference to this principle is regrettably absent from the Preliminary draft of the Convention.⁴⁵

That said, perhaps one of the most relevant provisions for the future protection of minorities in the Americas is the attention drawn by CERD to provisions for bilingual education where relevant and the need for recruitment of teaching personnel from within the minority community,⁴⁶ as well as the need:

[t]o include in text books, at all appropriate levels, chapters about history and culture of [minority communities], and encourage and support editing and disseminating books and other publications as well as television and radio programs, as appropriate, about their history and culture, including in languages spoken by them.⁴⁷

Both recommendations were conceivably drafted in an effort to create a less alien environment for Roma; a set of recommendations that would thus arguably apply also to numerous other ethnic, religious or linguistic community living in a position of non-dominance, such as Afro-descendants in the Americas.⁴⁸ Alienation through perpetuation of stereotypes in school materials or lack of cultural sensitivity to minorities' way of life and needs has been widely documented as a reason for high drop-out rates among these communities. Also well documented is the inextricable link between low levels of education and so-

cio-economic marginalization and political exclusion.

While classic anti-discrimination principles may indeed be well equipped to tackle denial of individual access to education, the present article argues that failure to acknowledge the needs and characteristics of different ethnic, linguistic and religious minorities will inevitably result in failure to not only identify the *de facto* inaccessibility to (or inadequacy of) education systems, but also of other public services including housing or health care.

The fact that a provision on indirect discrimination figures prominently within the preliminary draft of the Convention is a step of paramount importance if the *de facto* marginalization (and related invisibility) of Afro-descendants and other communities is to be adequately addressed. Two existing instruments dealing squarely with this form of discrimination includes ICERD's Article 1(1), which prohibits "any distinction, (...) which has the *purpose or effect* of nullifying or impairing the recognition, (...) on an equal footing of human rights (...)"⁴⁹ A further normative instrument to draw from in this respect is the EU Race Directive, where both direct and indirect discrimination is recognized, and where discriminatory intent therefore has no relevance.⁵⁰

43 CERD General Recommendation XXIII: Indigenous Peoples (1997), para 4(a). Given their position of non-dominance and distinct culture and way of life, indigenous peoples are generally agreed to also constitute minorities. Minorities, however, cannot interchangeably self-identify as indigenous given the lack of pre-colonial relationship to ancestral land (among other criteria).

44 *Id.*, para. 3.

45 Note that the principle is nonetheless so well established in international law that there is little cause to fear that a failure to explicitly mention this principle in the convention would bar access of any genuine minorities to make claims under this instrument.

46 *Id.*, para 18: "To prevent and avoid as much as possible the segregation of Roma students, while keeping open the possibility for bilingual or mother tongue tuition; to this end, to endeavour to raise the quality of education in all schools and the level of attainment in schools from the minority environment, to recruit school personnel from among members of Roma communities and to promote inter cultural education."

47 CERD General Recommendation XXVII: Discrimination Against Roma (2000), para. 26.

48 With regard to minority rights in the sphere of education, see also: Article 14 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities; Article 8 of the European Charter for Regional or Minority Languages; Article 4 of the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities; Paragraph 8 of the Council of Europe Recommendation 1201 (1993) on an Additional Protocol on the Rights of National Minorities to the European Convention on Human Rights; and Recommendations 11-16 of The Hague Recommendations regarding the Education Rights of National Minorities.

49 [Emphasis added]. Eliminating the need to prove any intent through recognizing actions or policies whose purpose "or effect" is discriminatory is crucial for an effective remedy in the Americas where the concept of racial democracy is so deeply entrenched.

50 Council Directive 2000/43/EC: Implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (29 June 2000). The EU Race directive also provides for the reversal of the burden of proof once a *prima facie* case has been established.





Conclusion

Despite their significant numbers, Afro-descendants experience a high degree of marginalization and invisibility in the Americas. It has been argued that much of this marginalization has been sustained because of the current system of protection's inability to reach beyond the individual experience of discrimination, or to challenge the historical, social and political structures that have enabled the discrimination and invisibility to persist from past centuries through to present times.

This article has sought to demonstrate how minority rights can be used as a valuable set of tools for bridging the current protection gap through not only protecting, but to also promoting the identity and viable existence of different ethnic, linguistic and religious groups. These forms of protection, coupled with non-discrimination provisions that are sensitive to alternative needs, address a vast number of invisibility's root causes by affording these groups the possibility of integrating without the need to assimilate.

By creating new spaces for effective participation in

wider society, in addition to tackling direct and indirect discrimination in access to various public spaces, it is clear that minority rights also serve as an important tool for individual and collective empowerment, and in turn, for strengthening of democratic institutions across the Americas. Far from increasing the vulnerability of ethnic, linguistic and religious minorities, or further entrenching their marginalization, the spaces that minority rights create for these communities in the process of development is also central to successfully addressing the economic exclusion that Afro-descendants and indigenous peoples in particular have suffered for centuries throughout the Hemisphere.

In light of the above, minority rights articulated in conjunction with anti-discrimination principles thus enable to protect the "project of life" of communities.⁵¹ The degree to which minority rights - or at least the collective experience of discrimination - is acknowledged in the Inter-American Convention Against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance will nonetheless greatly determine the extent to which the project of life of marginalized communities throughout the Americas can indeed aspire to a project of life that is sensitive to their history, their needs, and their dignity as distinct communities.

⁵¹ The concept of "project of life" has been referred to in cases such as *Villagran Morales et al. v Guatemala*, Inter-American Court of Human Rights, Ser. C, No. 63, Judgment of November 19, 1999; and also *Moiwana Village v Suriname*, Inter-American Court of Human Rights, Ser.C, No. 124, Judgment of June 15, 2005.

REFERENCES

Anani Dzidzienyo and Suzanne Oboler(eds.),*Neither Enemies nor Friends:Latinos, Blacks, Afro-Latinos*,Palgrave Macmillan, New York, 2005.

Burke, Pamela and Ted Robert Gurr,*People Versus States: Minorities at risk in the New Century*,United States Institute of Peace, Washington DC, 2000.

Burke, Pamela and Ted Robert Gurr., "Afro-Brazilians: Poverty Without Protest", in Ted Robert Gurr (ed.),*People Versus States: Minorities at Risk in the New Century*, United States Institute of Peace, Washington DC, 2000.

Dulitzky, Ariel., "A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America" in Anani Dzidzienyo and Suzanne Oboler (eds)., *Neither Enemies nor Friends: Latinos, Blacks, Afro-Latinos* ,2005.

Goldston, Dr. James A., "Preparing a Regional Convention on Racial Discrimination in the Americas – Suggestions from the European Experience", in Special Meeting to Examine and Discuss the Nature of a Future Inter-American Convention Against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance (OEA/Ser.G, CAJP/GT/RDI-15/05), Washington D.C., November 28 and 29, 2005.

Lennox, Corinne, *The Changing International Protection for Minorities and Indigenous Peoples:Experiences from Latin America and Africa* , London School of Economics, San Diego , USA, March 2002.

Phillips, A. and Ross, A.(eds.), *Universal Minority Rights*, Abo Akademi University Institute for Human Rights and Minority Rights Group International, London, 1995.

Thornberry, P. "The UN Declaration on the Rights of Persons belonging to National of Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations and an Update" in Phillips, A. and Rosas, A. (eds), *Universal Minority Rights*, London, Abo Akademi University Institute for Human Rights and Minority Rights Group International, 1995.

Thornberry, Patrick. *International Law and the Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1994.





La Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia: una oportunidad de aporte para la sociedad civil

Carlos Quesada*

Este artículo hace un recuento de la elaboración de la Convención contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia que se adelanta en la Organización de Estados Americanos. Para ello, señala los diferentes momentos y acciones que marcan el desarrollo de la Convención en el seno de la OEA, la creación del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el proyecto, de la Relatoría Especial en este tema de la Comisión Interamericana y de los diferentes aportes organizaciones de la sociedad civil. Finalmente, el autor indica algunos de los aspectos que considera deben ser incluidos en la Convención.

Palabras claves: Racismo, discriminación, Convención Interamericana contra el Racismo, Relatoría Especial para los Derechos de los Afro Descendientes y Discriminación Racial, Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Discriminación Racial, Sistema Interamericano, Sociedad Civil

Introducción

Aunque el tema de la discriminación no es nuevo dentro la OEA, no fue sino hasta hace una década que esta organización comenzó a reconocer el grave impacto de este problema. En el 2000, la Asamblea General sugirió por primera vez la creación de una Convención Interamericana contra el Racismo. A partir de aquel momento se inició un proceso que podría finalizar con la aprobación de un nuevo instrumento regional para proteger los derechos de grupos vulnerables que sufren de discriminación en las Américas.

Dicho documento brindaría la oportunidad de manifestar todas las formas de discriminación que existen en el continente. Además, podría identificar a los grupos de la población que estén afectados por ella. Un papel importante estaría reservado tanto a la Comisión, como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para promover la protección de los derechos establecidos por la Convención. Los aportes de la sociedad civil son de importancia vital para llegar a la realización del nuevo instrumento en un futuro cercano.

* Director del Programa de América Latina. Global Rights-Partners for Justice, carlosq@globalrights.org.

La OEA

La problemática relacionada con la discriminación racial ha sido tratada superficialmente dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA) y en sus diferentes órganos. No es sino hasta hace una década que la Organización viene reconociendo que la discriminación racial es un problema grave en la región, que conlleva a una serie de violaciones a los derechos humanos, y que por tanto, hay que iniciar un proceso, desde el ente regional, por combatirla.

Sin embargo, el tópico del "racismo y toda forma de discriminación e intolerancia" no es nuevo en la OEA. La Carta de la Organización de los Estados Americanos establece en su artículo 3.I que "los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". El artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en dicha declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo...". Por su parte, en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) se prohíbe la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹


La Asamblea General de la OEA en 1994 hace referencia al tema por primera vez.² Consideró que el racismo y la discriminación en sus distintas formas atentan contra los principios y prácticas de la democracia como forma de vida y de gobierno y, en definitiva, persiguen su destrucción. En 1996 no hubo una resolución específica sobre la materia, pero la Asamblea General³ instó a los Estados miembros a que garanticen y den especial vigilancia a la protección de los derechos humanos de, entre otros, las víctimas de discriminación racial.

En 1999, la Asamblea General⁴ instó a los Estados miembros a que respalden las actividades para organizar la *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial,*

la Xenofobia y las formas Conexas de Intolerancia, e invitó a los Estados miembros a cooperar con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en sus esfuerzos encaminados a apoyar los trabajos preparatorios de la reunión interamericana previa a la Conferencia Mundial.

En 2000, la Asamblea General⁵ introduce por primera vez la idea de una Convención Interamericana contra el Racismo, a través del Embajador de Brasil ante la Organización de Estados Americanos, Valter Pecley Moreira. La resolución titulada "Elaboración de un proyecto de convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia", encomendó al Consejo Permanente que estudiara la necesidad de elaborar un proyecto de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

La discriminación racial es un problema grave en la región, que conlleva a una serie de violaciones a los derechos humanos



En ese mismo año se envía un cuestionario a los Estados miembros, para que éstos formulen sus recomendaciones con referencia al proyecto de Convención, en especial sobre la necesidad o no de que exista este instrumento regional. De los ocho Estados que contestan el cuestionario, Estados Unidos es el único que considera que no es necesario. Además se plantea en ese momento la posibilidad de que el Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) pueda solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de una Convención.

En el 2002 la CIDH hace una presentación ante el CAJP en la que resalta los elementos de la Conferencia Regional Preparatoria para la Conferencia Mundial contra el Racismo, que

1 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Capítulo I Enumeración de Deberes. Obligación de Respetar los Derechos.

2 Resolución AG/RES.1271 (XXIV-O/94) "No discriminación y tolerancia".

3 Mediante resolución AG/RES.1404 (XXVI-O/96) "Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos".

4 Mediante resolución AG/RES.1695 (XXIX-O/99) "Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia".

5 Mediante resolución AG/RES.1712 (XXX-O/00).



La Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia: una oportunidad de aporte para la sociedad civil

se realizó en Santiago de Chile en el año 2000, y que considera importante retomar para el ente regional. En primer lugar se reconoció la diversidad de los grupos raciales y étnicos; en segundo lugar, que el racismo y todas las formas de discriminación agravan las condiciones de pobreza, marginación y exclusión social; en tercer lugar, el deber de proteger y promover los derechos humanos; y, finalmente, que el desarrollo democrático es fundamental para erradicar la discriminación racial.

En el 2003 Global Rights --conocido entonces como el International Human Rights Law Group (IHRGLG) -- elabora un documento que es presentado por la delegación de Brasil ante el CAJP, en el que expone la importancia jurídica de elaborar una Convención. La evaluación estableció, entre otros elementos, que la Convención reforzaría y complementaría las normas y mecanismos nacionales e internacionales ya existentes. Mencionó además que aunque en el sistema de protección interamericano existen referencias a la discriminación basada en la raza, éstas no expresan de forma detallada

la discriminación racial, e hizo hincapié en la escasez de casos sobre discriminación racial que se presentan ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Asamblea General en el 2003,⁶ encomienda al Centro de Justicia de las Américas (CEJA) un estudio donde se detallan manifestaciones de racismo dentro de los sistemas de justicia de las Américas. Si bien el estudio no decía que debía enfocarse en afro descendientes, el CEJA realiza su enfoque sobre las prácticas de racismo e intolerancia que afectan a los afro descendientes en Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana, así como las medidas jurídicas que estos países han tomado para combatir y prevenir el racismo y la discriminación.

El estudio se enfoca más en como los afro descendientes no acceden a puestos de poder dentro de los sistemas judiciales, más que como víctimas de los sistemas de justicia penal; sin embargo, deja claro que el racismo y la discriminación afectan a esta población, en especial sobre cómo es percibida a nivel social y cómo los afro descendientes son excluidos de las

Relatoría para los Derechos de los Afro descendientes y Discriminación Racial

En el camino hacia la Convención, es importante mencionar la creación de la Relatoría Especial para los Derechos de los Afro Descendientes y Discriminación Racial en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en febrero de 2005, cuyas funciones fueron asignadas al señor Clare Roberts, comisionado de Antigua y Barbuda.

Entre los mandatos de la Relatoría están el preparar informes especiales sobre los derechos de los afro descendientes en las Américas y formas de eliminar la discriminación racial; analizar las quejas de racismo y discriminación racial recibidas por la Comisión; realizar visitas in loco y hacer recomendaciones a la misma Comisión sobre la pertinencia de audiencias temáticas y estar presente en audiencias temáticas relativas a discriminación racial.⁷

Es muy pronto para evaluar su impacto, pero el Relator ha participado en distintas actividades, organizadas por Global Rights o por diferentes gobiernos, en los que ha mostrado interés y sensibilidad por la temática. Un aspecto relevante, para la discusión que nos toca tener hoy, es que la Relatoría ha mostrado una creciente sensibilidad hacia los derechos económicos, sociales y culturales; aspecto que en el caso afro descendiente, toma una relevancia mayor y para otros grupos toma una mayor importancia.

6 Mediante AG/RES 1930 (XXXIII-O/03).

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa 3/2005.

oportunidades sociales y económicas de la sociedad.

Lo importante del estudio es que genera conciencia entre los Estados miembros de la OEA, sobre la necesidad de contar a mediano plazo con una Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Es a partir de diciembre de 2004, luego de la presentación del estudio de CEJA, que el gobierno de Brasil empieza a trabajar en un proyecto de resolución encaminado hacia la creación de un Grupo de Trabajo que inicie el proceso de redacción del nuevo instrumento regional.

Grupo de trabajo inicia proceso de discusión de la Convención con apoyo de la sociedad civil

En la Asamblea General de la OEA de junio de 2005 y celebrada en Fort Lauderdale, Florida (E.E.U.U.) se crea el Grupo de Trabajo encargado de Elaborar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.⁸ Dentro de las actividades principales adelantadas por este colectivo cabe mencionar la realización de dos sesiones especiales, que contaron con una amplia participación de la sociedad civil. La primera el 28 y 29 de noviembre del 2005 y la segunda el 7 de marzo del 2006, ambas en la ciudad de Washington D.C.

En la primera sesión,⁹ participaron representantes de organizaciones de la sociedad civil, académicos, expertos en el tema, representantes de Estados miembros y de expertos de Naciones Unidas. En esta ocasión, se hizo referencia a las principales formas y fuentes de racismo; a los instrumentos e iniciativas regionales e internacionales para combatirlo y a ejemplos de buenas prácticas. En este evento, se recogieron las demandas de distintos grupos, cuyos derechos estarían protegidos en dicha Convención.

• Daniel Mariaschin, Presidente Ejecutivo de *B'nai Brith Internacional*, organización judía internacional, manifestó su preocupación por los recientes ataques antisemitas en las Américas, manifestaciones que se han hecho evidentes en los medios de comunicación y en la Internet. Si bien resaltó que la OEA ha reconocido que la intolerancia religiosa existe en la región, considera que es necesario combatirla en el ámbito nacional e internacional.

• Carlos Quesada de Global Rights reiteró la forma en que las comunidades afro descendientes sufren discriminación en el continente e introdujo a Geiler Romana, Presidente de la Asociación de Afro Colombianos Desplazados (AFRODES), quien manifestó que una Convención contra el Racismo ayudaría a erradicar las desigualdades sociales generadas por este flagelo, en especial, se refirió a la situación de las comunidades afro colombianas en el pacífico de Colombia.

• Hussein Ali Kalout, Director del Centro de Cooperación Jurídica Internacional de Brasil, destacó que ésta era la primera ocasión que el tema de la discriminación hacia los árabes y musulmanes era discutido abiertamente en el seno de la OEA.

• Alejandra Sarda de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para los Gays y Lesbianas (IGLHRC) hizo mención al efecto agravante de las múltiples formas de discriminación y exclusión basadas en la sexualidad, la violencia en general y la discriminación y exclusión basadas en la condición frente al VIH/SIDA. Manifestó que la violación del derecho inherente de cada persona a su identidad de género y a su desarrollo personal es una violación que conlleva a la acumulación de distintas formas de discriminación y exclusión.

• Tanya Hernández, académica estadounidense resaltó que la educación es la base del progreso en una sociedad, y que en nuestro continente, un gran porcentaje de la población es discriminado por su raza u origen étnico. Dejó claro que una convención promovería significativamente el combate contra la discriminación en la educación y ofrecería mecanismos de promoción y protección de estos derechos.

• Michael McIntock, Director de Investigaciones de *Human Rights First* habló sobre los crímenes de odio y sobre cómo un gran porcentaje de personas son atacadas por motivos de raza, origen étnico, religión u orientación sexual entre otros. Planteó la necesidad de que los gobiernos promuevan y apliquen leyes que ataquen estas conductas.

• En dicha sesión también hubo representantes de organismos de Naciones Unidas y de otras organizaciones interna-



8 Resolución AG/RES 2126 (XXXV-0/05).

9 OEA.CAJP/GT/RDI-16/05. Grupo de Trabajo para Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia. Informe de Relatora de la Sesión Especial de Reflexión y Análisis sobre la Naturaleza de una Futura Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.



cionales que hicieron hincapié en las buenas prácticas. James Goldston, Director Ejecutivo de *Open Society Institute Justice Initiative* se refirió a la experiencia europea en materia de instrumentos legales contra el racismo y el desarrollo de la jurisprudencia al respecto.



Este nuevo instrumento regional debe explicitar las formas de racismo que se expresan en nuestro continente y los grupos que son afectados por dichas manifestaciones de racismo e intolerancia, incluyendo las implicaciones de los avances tecnológicos en las nuevas formas de expresión del racismo e intolerancia. Por lo anterior, debe de plantearse una definición del concepto de racismo en el contexto americano.

- Mario Ellington, en representación de la Comisión Presidencial contra el Racismo y la Discriminación de Guatemala planteó que si bien es cierto su país ha hecho esfuerzos por establecer el principio de igualdad en la Constitución Política y ha trazado estrategias para combatir la discriminación y el racismo, queda mucho por hacer. De ahí la importancia de contar con una convención interamericana que combata la discriminación.
- Por su parte, Ariel Dulitzky de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó que la no discriminación, constituye un principio básico relativo a la protección internacional de los derechos humanos y agregó que la eliminación de toda forma de discriminación contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana, de ahí la importancia de definir el alcance de una futura convención.

Una nueva sesión especial, fue organizada por el Presidente del Grupo de Trabajo y la sociedad civil, aprovechando las sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En dicha reunión se hicieron presentaciones individuales y elaboraron recomendaciones específicas encaminadas hacia la voluntad de la sociedad civil de aportar al proyecto de Convención y en el texto de la misma.

La Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia: una oportunidad de aporte para la sociedad civil

¿Qué debemos esperar de la Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia?

Esta Convención, si bien parte de la Convención Internacional contra Todas las Formas de Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas de 1965, debe ir más allá, y adecuarse a un contexto universal y regional que demanda nuevas acciones.

Debe tener como base los instrumentos internacionales y regionales existentes, donde se establece el principio de no discriminación. Entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Democrática de las Américas.

Este nuevo instrumento regional debe explicitar las formas de racismo que se expresan en nuestro continente y los grupos que son afectados por dichas manifestaciones de racismo e intolerancia, incluyendo las implicaciones de los avances tecnológicos en las nuevas formas de expresión del racismo e intolerancia. Por lo anterior, debe de plantearse una definición del concepto de racismo en el contexto americano, así como el de discriminación e intolerancia, conceptos que deben ser adecuados a nuestros tiempos.

Debería incluir un capítulo sobre cuáles son las formas de racismo, discriminación e intolerancia en nuestro continente. Esto brindaría la oportunidad de poder manifestar todas las formas de racismo e intolerancia, que desde la Conferencia de Santiago de Chile (2000), vienen denunciando los distintos grupos: entre ellos, los afro descendientes, los indígenas, los migrantes, los refugiados, las minorías sexuales, étnicas, religiosas y las personas sero positivas VIH o con el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA). Sería en esta sección, donde los grupos estarían identificados.

Tanto la sociedad civil, como los expertos académicos y los mismos Estados, han planteado una serie de manifestaciones de racismo e intolerancia que podrían estar incluidas en la Convención. Ante esas manifestaciones, se debe regular la protección de los derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, que afectan el desarrollo indi-

vidual y colectivo de los beneficiarios de esta Convención. Toda protección, conlleva también una serie de responsabilidades de los Estados para garantizar el goce de los derechos regulados, responsabilidades tanto por acción, como por omisión.

Finalmente debe estar regulado el mecanismo de protección, dando un papel protagónico a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para esto se puede estipular la elaboración de informes periódicos, como lo establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –CERD-- en Naciones Unidas.

La importancia de los informes radica en la posibilidad de los Estados para hacer una auto evaluación de las políticas en términos de esfuerzos por la implementación de acciones afirmativas en el ámbito educativo, salud, empleo, etc. Permitiría a la Comisión hacer una evaluación comparativa y fomentar el ejercicio de las buenas prácticas. Además las organizaciones de la sociedad civil podrían complementar el informe del país, o elaborar informes paralelos que demuestren prácticas sistematizadas de discriminación racial e intolerancia.

La Convención vendría a fortalecer el actual sistema de peticiones individuales y facilitar la presentación de nuevos casos contenciosos. Ésta es la riqueza del sistema interamericano de protección y promoción: la reparación por el daño causado o la posibilidad de que se puedan prevenir futuras violaciones de derechos humanos.

El papel de las distintas relatorías especiales sería fundamental para este mecanismo de monitoreo. En especial ampliaría las acciones de la Relatoría Especial para Pueblos Afro Descendientes y Discriminación Racial, pero además reforzaría la razón de ser de todas las demás relatorías existentes, incluyendo la de pueblos indígenas, entre otras.

Un aspecto a considerar sería el papel que podría jugar la Corte Interamericana, más allá de sus funciones contenciosas, que enriquecerían la lucha contra el flagelo de la discriminación en la región.

Conclusiones

La Organización de Estados Americanos se encamina con paso sólido hacia la redacción de un borrador de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia. Camino en el que las organizaciones de la sociedad civil hemos contribuido, no sólo en cuanto a la exposición de la problemática de los distintos grupos, sino en cuanto a las propuestas de solución.

Aquellos que hemos venido participando seguiremos de cerca el proceso, así como las discusiones. Vamos a continuar informando a las demás organizaciones de la región, con el fin de que se apropien de la iniciativa.

La Organización de Estados Americanos se encamina con paso sólido hacia la redacción de un borrador de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia. Camino en el que las organizaciones de la sociedad civil hemos contribuido, no sólo en cuanto a la exposición de la problemática de los distintos grupos, sino en cuanto a las propuestas de solución.

Las organizaciones de la sociedad civil siguen siendo actores activos dentro de la OEA y sus distintos órganos. Nuestro trabajo ha sido informar a nuestras contrapartes en todos los países de las Américas sobre este nuevo instrumento. Quedan muchos retos, tanto en el proceso de redacción y negociación de la Convención, como en su aprobación y ratificación, por lo que las alianzas y el trabajo de incidencia serán esenciales para que este instrumento regional sea una realidad en un futuro cercano.

Los Estados de las Américas tienen un compromiso con sus pueblos, especialmente con aquellos que han sido tradicionalmente excluidos y discriminados y es la búsqueda de ese compromiso lo que nos impulsa a buscar este nuevo instrumento regional.





La Convención Interamericana contra el Racismo y
toda forma de Discriminación e Intolerancia:
una oportunidad de aporte para la sociedad civil

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OEA. Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

CIDH. Comunicado de Prensa Número 3, 2005.

OEA. Resolución de Asamblea General AG/RES.1271 (XXIV-O/94).

OEA. Resolución de Asamblea General AG/RES.1404 (XXVI-O/96).

OEA. Resolución de Asamblea General AG/RES.1695 (XXIX-O/99).

OEA. Resolución de Asamblea General AG/RES.1712 (XXX-O/00).

OEA. Resolución de la Asamblea General AG/RES 1930 (XXXIII-O/03).

OEA. Resolución de la Asamblea General AG/RES 2126 (XXXV-O/05).

A Advocacia Geral da União, na defesa e implementação dos Direitos Humanos

Helio Bicudo*

O artigo discorre sobre a pouca capacidade que os mecanismos internos vêm apresentando para coibir graves violações de direitos humanos no país. Nos casos referidos pelo autor sobre o tema não há precedentes de efetiva responsabilização dos envolvidos. O autor analisa o recém criado mecanismo de federalização dos casos de violação de direitos humanos, o qual prevê a possibilidade do deslocamento de competência desde inquéritos até julgamentos de crimes de direitos humanos para Polícia e Justiça Federais. O artigo questiona a partir de casos específicos a atuação do Estado Brasileiro ao implementar as decisões e recomendações dos órgãos de proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano. O autor focaliza a discussão reclamando para a Advocacia Geral da União a devida competência em representar o Estado Brasileiro nos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. Especialmente, no que diz respeito ao cumprimento de recomendações e determinações da Comissão e Corte Interamericana. Defende que os advogados da União deveriam atuar junto aos entes internacionais em favor da sociedade civil e da Nação Brasileira, entendendo ser a natureza dessa instituição mais próxima dos interesses da sociedade civil se comparada aos órgãos do estado Brasileiro que atualmente vêm desempenhando esse papel.

Palabras claves: Advocacia Geral da União, Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Federalização, Decisões Organismos Internacionais

No empenho de transmitir e formar conceitos jurídicos fundamentais para a identificação de parâmetros que permitam a determinação do interesse público no cotidiano da vida do cidadão, convém, antes de mais, que façamos uma reflexão sobre que princípios se assenta a República Federativa do Brasil, nos termos postos pela Constituição de 1988.

Diz o artigo 1º de nossa Lei Maior que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E logo em seguida temos, como objetivos fundamentais da República: construir

uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. (I, II e III. do artigo 3º da Constituição Federal). E prossegue salientando que, nas suas relações internacionais, rege-se pela prevalência dos direitos humanos, bem como de outros princípios que se encontram em seu art. 4º.

Acho importante que façamos, de início, essa leitura, porque, de um modo geral, buscamos na Constituição circunstâncias fáticas, deixando de lado os princípios formadores de seu todo.

Ora, o Brasil nem sempre foi uma Federação. Esta se constituiu a partir da proclamação da República, quando as

* Jurista brasileiro, Presidente da Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos e ex- Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Jan 1998- Dez 2001).



provincias, no sistema unitário do Império, transformaram-se em Estados autônomos, mas subordinadas à União, esta soberana. A história administrativa do Brasil, como sua história política, tem-se desenvolvido em torno das atribuições do Império e das províncias no regime imperial, da União e dos Estados, no regime republicano.

A Constituição estabelece, com bastante clareza as competências da União, as competências concorrentes, bem como as competências privativas dos Estados e Municípios. Neste ponto gostaríamos de pedir a atenção para o disposto no art. 21, I, que nos diz competir à União manter as relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Isto quer dizer que é da responsabilidade da União a representação do Estado brasileiro nas instâncias internacionais.

É neste ponto que, diante da ênfase que vem sendo dada aos Direitos Humanos pelo direito internacional, que a União é chamada a responder, nos fóruns internacionais, pela implementação dos direitos fundamentais. E não só, porque deverá fazer valer no País as decisões dos entes internacionais: Comissão Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos, Corte Interamericana e Comitês da ONU que monitoram esses direitos. É que esses direitos pressupõem concepções de Estado e de constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-conciliadora das normas constitucionais (cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p.515). Isto significa que os direitos fundamentais, concebidos como sistema ou ordem, constituiriam, assim, um ponto de referência sistêmica para a teoria da constituição e do Estado.

A Constituição de 1988, deixando de lado a teorização dos direitos fundamentais e, sobretudo, para significar a sua prevalência, como base na construção do Estado Democrático de Direito, tratou de enunciar esses direitos logo em seguida aos fundamentos do Estado e aos seus objetivos, contrariando, assim, o sistema das constituições anteriores. Temos, então, o extenso rol do artigo 5º. Mas, se tivermos em atenção o dispositivo no § 2º, iremos verificar que também são direitos fundamentais aqueles que constam de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, bem como aqueles decorrentes dos princípios adotados pela própria Constituição. Diz o §2º, do artigo 5º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (os princípios estão no artigo 1º da Constituição), ou dos tratados internacionais em que a República Federativa

do Brasil seja parte”.

Quais são esses tratados? São inúmeros: os pactos internacionais sobre direitos civis e políticos, a convenção sobre tortura, a convenção sobre crianças e adolescentes, a convenção sobre direitos da mulher, os protocolos adicionais a esses instrumentos. Em nível de nosso hemisfério, a Convenção Americana de Defesa dos Direitos Humanos, subscrita por grande número dos países que constituem a OEA. A Convenção, inicialmente, em parte ratificada pelo Brasil, e assinada em novembro de 1969 em São José da Costa Rica, teve sua vigência, com a ratificação por onze Estados, a partir de 18 de julho de 1978. Diga-se de passagem que o Brasil somente ratificou a Convenção em 1992 e, assim, mesmo, com uma série de reservas, atendo-se sobretudo ao reconhecimento da competência da CIDH, deixando, entretanto, de admitir o livre trânsito desse órgão da OEA, na investigação de violação de direitos humanos ocorridos em território nacional. Somente em 1998, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana, assim mesmo para violações ocorridas após dia 10 de dezembro daquele mesmo ano.

Quero, neste passo, salientar que o chamado “sistema interamericano de direitos humanos” não supre os sistemas nacionais que reúnem órgãos do judiciário, do Ministério Público e, porque não, da Advocacia Geral da União. Acredito que não foi por outro motivo que se buscou transferir para a esfera federal (processo e julgamento), os casos graves de violações dos direitos humanos, para evitar o corporativismo das justiças estaduais, tidas estas no sentido mais amplo, para abranger desde as investigações até a atuação do Ministério Público Estadual e do Judiciário, nos procedimentos que objetivam o esclarecimento das autorias e responsabilidades do poder público nessas violações (artigo 109, inciso V-A e §5º, com a nova redação conferida pelo artigo 1º. da Emenda Constitucional nº. 45/04).

Entretanto, a maneira pela qual esse deslocamento de competência foi concebido, não favoreceu em nada a defesa dos direitos humanos nos casos de graves violações pelo Estado. Os obstáculos começam no afunilamento dos pedidos de transferência de competência na pessoa do Procurador Geral da República, funcionário de confiança do Presidente da República. Desde a promulgação da emenda 45 em dezembro de 2004, nenhum caso foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão incumbido de julgar as solicitações feitas pelo chefe da Procuradoria Geral da República. Oito casos, segundo afirmou

a procuradora da República Ela Castilho perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, foram apresentados ao Procurador Geral e todos eles foram arquivados. O único caso apresentado pelo Procurador Geral ao Superior Tribunal de Justiça, sobre o homicídio da Irmã Dorothy, assassinada no Estado do Pará, não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Casos emblemáticos como a chacina do “Castelinho” quando a polícia paulista emboscou e matou doze pessoas que, supostamente, iriam assaltar um avião que aterrissava em Sorocaba com avultada soma de dinheiro. Assalto sem objetivo pois a Diretoria de Aviação Civil (DAC) informou a inexistência dessa aeronave. Da mesma forma, recusou-se o Procurador Geral da República a pedir ao Superior Tribunal de Justiça a federalização do processo em que foram mortos na Capital do Estado de São Paulo, sete moradores de rua. Num caso e noutro encontramos diante de claras omissões do aparelho do Estado em apurar e propor a punição dos culpados.

Tenho a impressão de que os autores da emenda 45 não perceberam de que não é possível afunilar-se o exame de questões de tanta relevância em uma só pessoa. A sugestão é a de que pudessem suscitar o desvio de competência as pessoas e órgãos mencionados no artigo 103, da CF, segundo o qual podem propor a ação de inconstitucionalidade, I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. E por que não acrescentar a AGU?

E depois, entregar-se ao Superior Tribunal de Justiça o exame da questão é procrastinar-se a decisão que demorando no tempo torna-se absolutamente inócua. Melhor seria que a matéria fosse decidida pelo Conselho Nacional de Justiça.

Com esse novo dispositivo da Constituição, auto-aplicável, faz-se entender aos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos que estamos melhor aparelhados para essa proteção, conquanto o método adotado anule a possível vontade do legislador constituinte.

No mesmo sentido, lei editada em 08 de maio de 2002 (Lei nº 10.446) permite que a Polícia Federal faça investigações em casos graves de violações de direitos humanos.

E, não obstante, inúmeras solicitações tenham sido feitas, em nenhum caso a Polícia Federal aceitou investigar.

Não foi por outro motivo, dentre tantos outros, que a Presidente do Comitê de Direitos Humanos da ONU, senhora Christine Channet, observou, ainda recentemente, à delegação brasileira que respondia, no final do último mês de outubro, a questionamentos perante aquele órgão, a propósito de violações pelo Estado brasileiro do pacto de direitos civis e políticos, que tomava conhecimento de que o Governo Brasileiro exibia uma enxurrada de projetos e programas, mas não explicava convincentemente as violações pelo Estado brasileiro de diversos dispositivos de pactos e protocolos adicionais sobre os Direitos Civis e Políticos, que o Brasil firmara e ratificara.

Permitam-me, ainda, voltar ao Sistema Interamericano de Defesa dos Direitos Humanos. Para que se possa obter pronunciamento, primeiro, da CIDH e depois da Corte Interamericana, é necessário que se esgotem os recursos nacionais. Diga-se, porém, que o dispositivo da Convenção Americana que disciplina a matéria não tem sido interpretado de forma restritiva. Quando a procrastinação no exame de uma violação pelo Estado parte revela a intenção de obter a impunidade ou quando são adotados pelos Estados medidas que ao longo do tempo podem levar a esse resultado, a CIDH considera esgotados os recursos internos e passa ao exame do fundo da questão para emitir recomendações a que os Estados violadores estão obrigados a cumprir, segundo dispõe o Tratado de Viena sobre o direito dos tratados. A CIDH, não cumpridas suas recomendações pelos Estados, leva o caso à Corte, cujas decisões têm força coativa, estando os Estados obrigados a cumprir com suas determinações.

Eu penso que nesse passo é importante que os advogados da União – que não são e não devem ser advogados do Governo – dado o significado que se dê ao que seja União, ente que compreende não apenas o Estado, mas o conjunto da Sociedade Civil, possam atuar junto aos entes internacionais, o que raramente acontece e que, a meu sentir, deveria ser atribuição específica da advocacia geral da união.

Ocupando, por assim dizer, um espaço vazio, o Ministério das Relações Exteriores atuando sem contar com a necessária infra-estrutura, vem representando, veja-se bem, o Governo e não o Estado brasileiro. O Ministério das Relações Exteriores –Itamaraty, é responsável pela assessoria ao Presidente da República na formulação da política externa. Acontece



que os direitos humanos são um problema de direito interno e a representação do Estado brasileiro, a partir da Constituição de 88, cabe indubitavelmente, à Advocacia Geral da União.

A União, mediante seus representantes, deveria comparecer perante os órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, não para uma defesa estreita dos interesses governamentais, como tem acontecido, mas para defender a União, na concepção acima mencionada.

Desde que se convença, a Advocacia Geral da União, de que realmente ocorreu uma violação dos direitos humanos pelo Estado, não pode ela atrelar-se aos interesses governamentais, mas partir para uma defesa daqueles direitos, que são os direitos fundamentais, segundo os princípios maiores da Constituição Federal.

Como a União é parte diante dos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, não se compreende a ausência da Advocacia Geral da União nas pendências ante a CIDH e o próprio Comitê de Direitos Humanos da ONU.

E mais.

Diante de uma recomendação da CIDH, cabe à Advocacia Geral da União conduzir as medidas adotadas pelo Governo a fim de cumprir o estabelecido por aquele órgão da OEA. Tenha-se em mente que os Estados partes quando firmam um tratado internacional, ainda quando não ratifiquem não podem, segundo o Direito dos Tratados, contemplado no já mencionado Tratado de Viena, adotar caminhos que lhes sejam contrários, porque então estariam frustrando o cumprimento daquilo sobre o que assentiram. Ora, como o Brasil firmou e ratificou o Pacto de São José, não pode, com maior força de razão, deixar de cumprir aquilo que ele mesmo aceitou.

No que respeita às decisões da Corte, estas, uma vez adotadas, têm o valor de coisa julgada, que devem ser executadas de imediato. Veja-se, não se trata de decisão de país estrangeiro, que necessita para ser cumprida de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. São decisões de um Tribunal Internacional, cuja jurisdição foi aceita pelo Brasil. Ainda, sob esse aspecto, importante a atuação do Advogado Geral da União, velando pelo cumprimento integral dessas decisões.

Como se vê, a Advocacia Geral da União, instituída com a Constituição de 1988, vai pouco e pouco, se impondo como um órgão cuja atuação encontra na promoção dos direitos humanos, talvez a sua maior relevância.

Nas atribuições do Advogado Geral da União, que por natural refletem as altas funções a serem desenvolvidas pela Advocacia Geral da União, está escrito: "art. 4º, VI – desistir, transgredir acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União; VII – assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes; IX – sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público; X – fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos; XI – verificar a jurisprudência administrativa para garantir a correta aplicação das leis, prevenir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal".

Ora, no momento em que existem obrigações determinadas pelos órgãos do Sistema Interamericano de defesa dos Direitos Humanos – sob monitoramento da CIDH, e medidas provisionais nos casos de violências ocorridas no Presídio de Urso Branco (Rondônia) e na Febem (SP) – é de maior relevância a presença do Advogado Geral da União nas soluções amistosas propostas pelas partes em litígio perante a CIDH, nas medidas cautelares solicitadas pela CIDH e fazendo cumprir as decisões da Corte Interamericana. Medidas chamadas provisionais emanadas da Corte para serem cumpridas pelo Estado brasileiro permanecem, como se costuma dizer, "em banho maria", pois até hoje, no caso do Presídio Urso Branco, medidas impostas há alguns anos e mais recentemente, no mesmo sentido, à Febem, encontram-se descumpridas.

Num e noutro caso, impunham-se e impõe-se uma atuação mais decidida da Advocacia Geral da União, que pode ter relevante contribuição à sociedade, na implementação de tratados, convenções ou protocolos internacionais, concretizando junto à Administração do País um verdadeiro sistema nacional para a defesa e implementação – como compete ao Poder Público – dos direitos fundamentais que integram a cidadania.

Muitas vezes as leis desenham contornos que passam, por aqueles que têm o dever de cumpri-las, ao largo daquilo que realmente representam. É pois, reafirmando tudo que já dissemos a respeito, um dos caminhos a serem trilhados pela Advocacia Geral da União, desvendando novas competências e ajudando, com a alta competência de seus membros, a construir o Estado Democrático de Direito.

El papel de los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento y promoción del sistema interamericano. La experiencia suscitada desde la Comisión de DDHH del DF

**Emilio
Álvarez Icaza
Longoria***

En aras de consolidar los procesos de transición democrática aún hoy abiertos en Latinoamérica, existe el interés de fortalecer los mecanismos de promoción y defensa de los derechos humanos en la región. Enmarcado en tal escenario, el contenido del artículo hace el planteamiento en torno al enlace entre los Organismos Públicos de Derechos Humanos (OPDH) -defensorías, comisiones, procuradurías, etcétera- de los distintos países de la región y el sistema interamericano de protección a los derechos humanos; relación que si bien se entiende como natural y coherente, resulta ajena a la dinámica actual de los procesos en donde se han ido instaurando los derechos humanos. El artículo presenta la experiencia de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, como ejemplo paradigmático respecto al modo en que se han establecido alianzas estratégicas entre un OPDH y las herramientas con que cuenta el sistema interamericano.

Palabras claves: Derechos Humanos, Ombudsman, México, Sistema Interamericano, Estado de Derecho, Defensorías de Derechos Humanos

Introducción

Ubicados en el contexto que ofrecen los procesos de transición democrática vividos en el ámbito latinoamericano los últimos treinta años, resulta ineludible hablar de la evolución lograda en el seno de los derechos fundamentales¹ (DF) y sus mecanismos de salvaguarda; situación por demás entendible, si se asume que en éstos es donde ha descansado la función

instrumental clave para consolidar los distintos modelos de Estado que, abrevando del afluente democrático, han devenido en opciones de gobiernos cuya finalidad supone el pleno respeto y promoción a la dignidad humana.

En tal sentido, la posibilidad dada para que el concepto meta teórico de los derechos humanos (DH) tome arraigo en la vida cotidiana que enlaza al Estado con la ciudadanía, habrá de implicar la transformación paulatina de los procesos que han signado el vínculo entre gobernantes y gobernados. A tal grado

* Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. ealvarezl@ms.cdhdh.org.mx. El autor agradece las aportaciones de Jorge Sánchez Arellano para la elaboración de este texto.



El papel de los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento y promoción del sistema interamericano. La experiencia suscitada desde la Comisión de DDHH del DF

que en aras de hacer más efectiva la vivencia democrática, se hayan fortalecido las instancias tradicionales de protección ante abusos de autoridad, así como incentivado la creación, adopción o reapropiación de figuras novedosas que coadyuvan y amplían la tarea de construir una gobernabilidad democrática.

Si bien esta dinámica no ha sido cursada en exclusiva por el Estado, cierto es que al momento de darse el cambio hacia gobiernos de raíz democrática, éstos han venido a reforzar las acciones emprendidas por distintos actores sociales. En el entendido que a los objetivos de promoción y defensa de los derechos fundamentales adicionan su papel central de supervisión y autorregulación en el uso legal de la violencia controlada, así como la construcción de condiciones sociales para la convivencia en un marco de justicia y equidad.

Una de las directrices que con mayor o menor medida se enfatizan ante el arraigo de un modelo democrático, será la de promover la inversión de recursos que hagan plausible el fortalecimiento a los mecanismos de protección a tales derechos, sean del tipo jurisdiccional o administrativo.

Al respecto, la mayoría de los procesos de reforma estructural ocurridos en la región consideraron incorporar el discurso de los derechos, ya sea por iniciativa propia del Estado o derivado de la presión ejercida por la comunidad internacional. De tal suerte, para el caso de fortalecer sistemas jurisdiccionales que fuesen respetuosos y garantes de los derechos fundamentales --aunque con un sesgo marcado hacia los derechos civiles y políticos y menoscabando el interés por los DESCAs--, sobresalen las directrices que con el objetivo de generar certeza

y seguridad jurídica han sido impulsadas desde los organismos económicos multilaterales.²

Referido a los sistemas de control administrativo, no jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, el impulso se ha dado a partir del ejemplo multiplicador, además de los esfuerzos que desde los organismos internacionales se han instrumentado. Como la adopción de los *Principios de París* --relativos al estatuto de las instituciones nacionales de defensa y promoción de los derechos humanos-- en 1991, el espacio generador de iniciativas en que se convirtió la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993,³ así como el establecimiento en 1994 de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; articulándose todo ello para configurar un ambiente propiciatorio a la creación y desarrollo de este tipo de instituciones.⁴

Sobre la gama de sistemas antes aludidos, Guillermo O'Donnell --citado por Concha (2002, 268)-- apunta hacia una diferenciación esquemática que permite ubicar las distintas posibilidades y actuaciones que son establecidas para cumplimentar dicha tarea. Al respecto, el autor argentino habla de "instituciones de responsabilidad o accountability" y hace una clasificación de ellas según sean del tipo horizontal, vertical o social.

Respecto a las verticales, trátense de instituciones que vigilan la respetuosa relación entre gobernantes y gobernados, estableciendo como ejemplo de ello a los órganos de vigilancia electoral, pues es de sabido que en una democracia son las elecciones el barómetro que permite medir la aprobación de los equipos de gobierno, así como sus líneas de proyección política.

En relación con las sociales, son aquellas organiza-

- 1 Utilizamos el término *derechos fundamentales* en su acepción que refiere a la traducción jurídica - normativa de los *derechos humanos*; en cuanto a éste último, define más la posición de los derechos como decálogo meta - teórico el cual no necesariamente encuentra reflejo en el texto constitucional. Sin embargo, al ser utilizado de manera genérica en el contexto de su ejecución práctica en el ámbito local, regional e internacional, a lo largo del texto habremos de utilizar indistintamente cualquiera de los dos términos. Respecto al concepto "derechos fundamentales" --aquél que requiere de mayor precisión ante su poca difusión en ámbitos ajenos al campo científico--, utilizamos la definición que aporta Ferrajoli (1999, 37) por ser la que nos parece más amplia e incluyente. Al respecto, dicho autor señala que serán "... todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por '*status*' la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".
- 2 Con relación al tema de cómo se gestan las reformas judiciales que han venido impulsándose en la región latinoamericana, ver Burgos Silva, G. (1998, 200); Rodríguez, Cesar (2000); Carvalho, Cristina (2000).
- 3 Resultado palpable de la *Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos* realizada en Viena en el año de 1993, será la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, en donde además de señalarse el "importante y constructivo papel" desempeñados por las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (Parte I, numeral 36); se hace hincapié en que cada Estado valore la posibilidad de elaborar un plan de acción nacional en el que se determinen las medidas necesarias para mejorar las condiciones de promoción y protección de los derechos humanos (Parte II, numeral 71). <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)> [Consulta: 5 mar. 2006].
- 4 Sin carácter exhaustivo y más en el ánimo de dar un marco referencial, sugerimos ver dos textos que dan cuenta en forma analítica sobre el origen y devenir de los OPDH en el contexto mundial: Kjærum, M. (2003); Lindsnaes, B. L. Lindholt y Kristine Yigen (2001).

ciones que descansando en la multiplicidad del abanico social, habrán de encargarse de establecer medidas de control a las autoridades políticas. Sin embargo, al no tener la potestad de implementar una coacción y/o ejercicio sancionador físico, su herramienta más eficaz será la denuncia y exhibición de los errores y desviaciones en los equipos de gobierno, ya sea que se hagan señalamientos de forma general o temática, tanto por los medios de comunicación, foros académicos, o el híbrido resultante de ellos en la figura de los llamados "observatorios".⁵

Los horizontales comprenden aquellos mecanismos en los que habrá de descansar la mayor parte de la operatividad -o de lo que nosotros denominamos como tangible viabilidad- de esta tarea. Si bien su estructura y atribuciones resulta variada, ejemplos de ello lo encontramos en las contralorías, defensorías del pueblo, procuradurías de protección o comisiones de derechos. Éstas en sus distintos niveles y ámbitos de competencia habrán de supervisar, prevenir, exhibir, desalentar y promover sanciones, derivadas éstas de acciones u omisiones cometidas por los agentes del Estado.

Contexto

Enmarcado en tal escenario, es comprensible suponer que la emergencia de los Organismos Públicos de Derechos Humanos (OPDH) como figura de horizontalidad asignada haya ido ganando terreno en los Estados europeos y americanos, destacando el protagonismo

logrado en el entorno latinoamericano. Ello se refleja de manera evidente en el número de instituciones creadas, las múltiples denominaciones que recibe, así como la diversidad en los perfiles, mandatos, atribuciones y competencias que las constriñen.

En la experiencia que guarda México ello no es la excepción, pues sin contar con los antecedentes históricos⁶ y ubicándonos al momento actual, en el corto tiempo que corre de 1990 a la fecha no sólo se ha creado la red más extensa de organismos públicos --de ámbito federal y local-- pertenecientes a un solo país,⁷ sino que incluso presentan una evolución inusitada.

Haciendo referencia a nuestra institución, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) se crea mediante la publicación de su Ley en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1993, convirtiéndose así en el primer sistema no jurisdiccional de protección a derechos Humanos con que contarían las y los habitantes de la ciudad de México. No obstante que su desempeño en la primera época es aceptable, la dinámica evolutiva no cesa en ella por lo que a partir del año 2001 empiezan a sucederse cambios importantes en todo su conjunto, a fin de irse adaptando a las necesidades y exigencias del contexto actual, el cual de alguna manera ha cambiado con respecto al escenario de partida.

Para el caso particular de México --aunque también extendido al resto de Latinoamérica--, tal cambio puede ser condensado en la verificación de dos grandes fenómenos: el primero referido al proceso de globalización imperante a nivel mundial, y el segundo, lo dará la transición democrática.⁸

5 Ejemplos concretos sobre este tipo de observatorios los tenemos en el espacio latinoamericano; así, para contextos regionales será el *Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR* <<http://www.observatorio-mercosur.org.uy/portal>>; circunscritos a la experiencia que estos suscitan en México, destaca *FUNDAR Centro de Análisis e Investigación* <<http://www.fundar.org.mx>>.

6 El antecedente más remoto que existe en la experiencia mexicana, será la *Procuraduría de los Pobres* de San Luis Potosí, creada en 1847 por Ponciano Arriaga.

7 Acorde con el modelo de República Federal que existe en México, el *sistema no jurisdiccional de protección a derechos humanos* está conformado por 33 organismos, uno de nivel federal y con competencia en todo el territorio nacional; así como 32 que se ciñen a la competencia territorial del mismo número de entidades federativas que integran al país. El sistema adquiere rango constitucional el 28 de enero de 1992 y ello queda estipulado en el Art. 102, B de nuestra Carta Magna: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos" <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/constitucion.php>> [Consulta 5 mar. 2006].

8 Respecto de la transición democrática en México, es conveniente anotar que tal experiencia se encuentra desfasada en cuanto a lo que ha sucedido en otros puntos del subcontinente. Si bien cada caso comporta elementos específicos que le dotan de singularidad, podemos encontrar una explicación al respecto, si se tiene en cuenta el hecho de que en México el autoritarismo se mantuvo oculto tras la fachada de un régimen democrático --en donde se verificaba la existencia de elecciones a la que concurrían distintos partidos políticos, si bien los resultados marcaban siempre el triunfo del partido dominante y la alternancia se limitaba a la que se daba entre los equipos pertenecientes a éste-- . En consecuencia, el mantenimiento de un autoritarismo en su versión *light* permitió que el modelo se extendiese más tiempo que el verificado por las experiencias limitrofes, en donde el ejercicio de una versión dura, encabezada por cúpulas militares, exacerbó el ánimo de los sectores inconformes y aceleró el cambio.





El papel de los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento y promoción del sistema interamericano. La experiencia suscitada desde la Comisión de DDHH del DF

Así entonces, la etapa que iniciamos hace más de cuatro años ha tenido como prioridad no sólo continuar las tareas marcadas bajo el esquema original con la que fue creada, sino que a partir del contexto de nuestra naciente democracia y a través de un ejercicio permanente de diagnóstico institucional, se han ido trazando nuevos desafíos que hemos integrado en un modelo de gestión cuyos principios rectores giran en torno a la profesionalización, ciudadanía, integralidad e incorporación de estándares internacionales.

No será excesivo decir que esta puesta en marcha ha dado pie a un proceso refundacional, donde el objetivo primordial ha sido impactar a la Comisión en la vida pública y el actuar cotidiano de las y los habitantes de la ciudad de México. Se trata, en suma, de hacer patente una realidad democrática que por alguna razón había sido relegada al ámbito estrictamente electoral,⁹ siendo que el objetivo final de ésta reside en la edificación y/o fortalecimiento del espacio social donde los principios y derechos fundamentales tienen carta de naturalidad y se convierten en límite a las acciones del Estado frente a la persona.

Bajo esta segunda perspectiva será donde nos encontramos todos los que hemos venido impulsando el trabajo de la CDHDF, dando pautas para establecer una serie de directrices que guarden coherencia respecto del compromiso contraído con la ciudadanía. Éstas habrán de ser lo suficientemente efectivas para responder a las nuevas problemáticas, sumadas a las ya tradicionales, que respecto a la implementación de los derechos fundamentales se presentan tanto en ciudad de México como en el resto del país.

Acciones

En consecuencia, frente a la necesidad de construir sinergias con las cuales fortalecer los procesos abiertos en el ejercicio de nuestra institución, nos abocamos a la búsqueda de insumos que respon-

diesen a los compromisos antes aludidos; encontrando en la infraestructura internacional creada para la defensa y promoción de derechos humanos, una herramienta útil que hasta ese momento, paradójicamente, era poco aprovechada.

De esta forma, la posibilidad de articular acciones con un enfoque radicado en el derecho internacional de los derechos humanos nos ha permitido entrar, literalmente, en otra dimensión; ampliando la perspectiva de acción institucional, pero además, aprovechándonos del marco de contraste que ofrece para poder así construir una concepción más amplia en torno a los alcances y potestades de tales instrumentos.

Si bien nacido de la reflexión interna acerca del cómo fortalecer los mandatos de la CDHDF y las acciones derivadas de los mismos, tal ejercicio de internacionalización empata con las tareas que para el ámbito nacional ha venido implementando el Estado Mexicano en los últimos seis años, correspondiendo ello al gobierno del presidente Vicente Fox Quesada.

La relación que el Estado guarda con el ámbito exterior ha estado regida siempre por un conjunto de principios constitucionales, entre los que se encuentran la autodeterminación de los pueblos, la no intervención en los asuntos internos de los Estados, la solución pacífica de las controversias, la igualdad jurídica de los Estados, la cooperación internacional para el desarrollo, la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza, y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

Sumado a este marco tradicional es que al día de hoy la defensa y promoción de los derechos humanos aparecen como las principales directrices de la política exterior mexicana. Esto ha significado, entre otras cosas, aceptar por parte del gobierno el escrutinio internacional a través de los sistemas de protección tanto de las Naciones Unidas como el que tiene su sede en el espacio interamericano. En igual medida, la política exterior en la materia, cuyo sustento reside en la cooperación y apertura con organismos internacionales, ha conformado el objetivo de mejorar la situación que respecto al cumplimiento e implementación de los derechos guardan en el país, sea por la

9 Resultará fundamental para que todo proceso de transición democrática se consolide, el concebirlo más allá de garantizar elecciones libres y en la vía de establecer una cultura de vivencia democrática por parte del Estado y la sociedad, ajustándose así al marco ferrajoliano que exige la convergencia de lo *formal* y *sustancial* en ella. Ubicando ello en el contexto que ofrece la realidad mexicana, Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (2002, 425) es claro al sostener lo siguiente: "debe tenerse presente que la democracia no se agota en lo electoral, comienza con ello. Procedimientos electorales libres y equitativos, son presupuesto del ejercicio de la vida democrática; pero sin juridicidad, sin el sometimiento cotidiano de los detentadores del poder a la norma constitucional y al sistema jurídico en general, es imposible hablar de un país que viva bajo el imperio de los principios libertarios de la democracia".

doble vía de impulsar cambios estructurales, o bien fortaleciendo su marco legal e institucional de protección internacional.

Así, en el mes de diciembre de 2000 el Ejecutivo Federal suscribió un *Acuerdo de Cooperación Técnica* con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuyo resultado inmediato fue el establecimiento de la oficina que en el año 2003 habría de publicar el *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*. Derivado de éste es que al año siguiente se presenta el *Programa Nacional de Derechos Humanos* (PNDH), el cual contendrá en su agenda cuatro objetivos de carácter general: consolidar una política de Estado en materia de derechos humanos; crear una amplia cultura en ese ámbito; transversalizar el quehacer gubernamental y armonizar al derecho internacional con la normatividad nacional; así como potenciar la participación social como ejercicio genuino de una vida en democracia.

Situados en tal contexto y sumando las posibilidades que para la concreción de los derechos fundamentales se ofertan en el escenario internacional, desde la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal consideramos necesario impulsar un plan de acción a través del cual reconocer el lugar que ocupan los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento del sistema interamericano. Ello de advertir que en la práctica cotidiana del sistema pareciese que tales organismos han sido dejados de lado, pese a que al ser parte del Estado muestran un carácter de interlocución natural.

Al respecto, convendrá señalar que cuando hablamos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no lo hacemos en la referencia que lo acota únicamente al ejercicio activo de la Corte y la Comisión. Nuestra percepción se torna incluyente e incorpora también como sujetos activos tanto a interlocutores gubernamentales como no gubernamentales. De ello se desprende que la posibilidad de intervención por parte de los OPDH no sólo es viable sino que se torna como un insumo de ingente necesidad, si lo que se quiere es que el sistema adquiera un protagonismo mayor y sus acciones repercutan en los planos nacionales y locales.

Bajo esta tesitura, los OPDH tenemos el reto de trabajar activa e integralmente en el espacio que brinda el sistema interamericano, sea por medio de una interlocución directa a través de la presentación de casos; en un plano más protagónico, como el brazo ejecutor que a nivel local le toque articular las decisiones de aquello que la Corte y Comisión habrán instrumentado a nivel regional; o bien, incorporando en nuestras acciones cotidianas las herramientas y directrices que han emanado de tales organismos.

Para la CDHDF ha quedado claramente asumida dicha tarea al ir animando el proceso tendente a transformar el papel de las defensorías públicas de derechos humanos y su interlocución con los organismos del sistema interamericano, dejando constancia de ello en que la nuestra fue la primera vez que el titular de la CDHDF visitaba la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰ Dicho evento, en la medida que resulta histórico para nosotros, lo consideramos en sí mismo un parte aguas sobre el modo cómo han de plantearse a futuro las relaciones entre la Corte y los OPDH de la región.

En la práctica cotidiana del sistema pareciese que tales organismos han sido dejados de lado, pese a que al ser parte del Estado muestran un carácter de interlocución natural.



Sumado a esta experiencia, destacamos el acercamiento logrado con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concretándose en la visita realizada a su sede en la ciudad de Washington D. C., los días 28 de febrero al 4 de marzo del 2005. En esa ocasión, además de conocer las instalaciones y establecer un diálogo fructífero con sus miembros acerca de los instrumentos y uso del sistema interamericano, se da la posibilidad de sostener una entrevista e intercambiar puntos de vista con el Secretario Ejecutivo, Santiago Cantón, y

10 Suscitada en el marco de un encuentro que permitiese vincular a las defensorías regionales con el sistema interamericano de derechos humanos, del 25 al 30 de abril del 2004 se realiza una visita a la ciudad de San José, Costa Rica. En dicha ocasión se da también la oportunidad de conversar con Sergio García Ramírez, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como el estar presente en las sesiones del primer caso de México ante esta instancia, el cual versó acerca del asunto de Alfonso Martín del Campo Todd; caso del cual la CDHDF había emitido previamente una recomendación en el año de 2002.



El papel de los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento y promoción del sistema interamericano. La experiencia suscitada desde la Comisión de DDHH del DF

con José Zalaquett, quien en ese momento fungía como Relator para México por parte de dicho organismo.

Para nosotros, el conjunto de tales actividades con ambas instancias engarzan de forma coherente en la lógica que

misma materia, ha significado el fortalecimiento del trabajo a partir de la creación de equipos técnicamente cualificados, los cuales habrán de aprovechar mejor los instrumentos que ofrece el derecho internacional de derechos humanos, así como los diversos procedimientos que consideran los órganos consultivos y jurisdiccionales en la materia.

En cuanto a las acciones derivadas del ejercicio de vinculación con el sistema y que se han visto reflejadas directamente en el actuar cotidiano de nuestra institución, podemos destacar la incorporación de los estándares construidos en el ámbito de la Corte y la Comisión. En tal sentido, los procedimientos de calificación e integración de quejas, así como el referido a la investigación de violaciones, han sido homologados a los que cotidianamente se usan en los órganos regionales. Asimismo, se ha dado la incorporación de los instrumentos internacionales como herramienta eficaz para fortalecer jurídicamente los documentos que sustentan nuestra labor. Por último, la experiencia ya narrada en torno a la profesionalización nos ubica en una posición vanguardista que permite hacer frente a las exigencias y requerimientos de la compleja realidad en la que se sitúan los derechos humanos en la actualidad.

Requiere mención especial hablar de cómo hemos ido incorporando los protocolos mediante los cuales exigir que el Estado tome las medidas precautorias, específicas y urgentes, evitando así que se concreten daños graves e irreparables a personas cuyos derechos humanos han sido amenazados. No obstante que tales medidas han estado consideradas en la ley de la CDHDF desde su publicación el 22 de junio de 1993, la operatividad asignada actualmente resulta de tal magnitud que se han convertido en instrumentos esenciales, para de forma inmediata frenar la comisión de acciones que podrían derivar en violaciones de los derechos humanos.

En consecuencia, el aporte que extraemos de las medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido el de considerar que para la sustanciación de nuestras herramientas locales habrá de incorporarse tanto los instrumentos jurídicos como la jurisprudencia producida por el sistema interamericano.

Así también, para el caso de las *Recomendaciones* y

La posibilidad de intervención por parte de los OPDH no sólo es viable sino que se torna como un insumo de ingente necesidad, si lo que se quiere es que el sistema adquiera un protagonismo mayor y sus acciones repercutan en los planos nacionales y locales.

hemos venido impulsando desde el inicio de nuestra gestión; radicada ésta en la visión integradora de hacer más rentable al sistema, para de este modo impulsar el fortalecimiento de los mecanismos regionales de protección a derechos humanos.

Aunado a ello y bajo la misma tónica es que se han dado los acercamientos con las instancias coadyuvantes al sistema como lo son el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).¹¹ Un ejemplo claro de las sinergias construidas con tales actores ha sido el *Programa de Fortalecimiento Institucional de Organismos Públicos de Derechos Humanos* auspiciado por la Comisión Europea y la Fundación MacArthur; mostrándose como un ejercicio modélico en la forma de coordinar esfuerzos para lograr la asociación estratégica entre el IIDH, la Oficina en México del ACNUDH y los OPDH de las seis entidades federativas participantes.

El éxito en la estrategia por hacer converger los recursos de actores provenientes de ámbito local, regional e internacional --amén de lo ya señalado en cuanto a la participación activa de la CDHDF en el plano del sistema interamericano-- son evidentes en los resultados logrados. De esta forma, la integración de una red de educadores y promotores en derechos humanos, así como otra de defensores en la

11 En el tiempo que se corresponde con nuestro primer tramo de gestión --entre octubre de 2001 y octubre de 2005-- hemos celebrado con CEJIL un Convenio Marco y dos acuerdos específicos de colaboración institucional. Asimismo, en lo correspondiente al IIDH se ha realizado, también, un Convenio Marco y dos acuerdos específicos de colaboración.

los *Informes Especiales* que emitimos ante la certeza jurídica de que se ha cometido una violación a derechos humanos, el proceso seguido en su elaboración ha sido ajustado tomando como parámetro los instrumentos que con finalidad parecida expiden tanto la Corte como la Comisión. La justificación para implementar cambios de tal naturaleza obedece a la práctica realizada a lo largo de estos cuatro años, a lo que se agrega la toma de conocimiento acerca de experiencias suscitadas en los ejercicios de distintas defensorías públicas de derechos humanos.

El resultado de ello se da en advertir que a la par de la probidad moral del titular del organismo, el respeto institucional se logra mediante la emisión de documentos que cuenten con el blindaje jurídico que los haga prácticamente inexpugnables e irrefutables por parte de la autoridad a quien se les ha remitido.

Otro aporte destacado y que ha sido extraído de la práctica profesional realizada por los órganos titulares del sistema es el que refiere a la reparación del daño, y en éste, el que se hayan adoptado los modelos seguidos para su desahogo. La puesta en operación de tal protocolo ha rendido frutos al grado de motivar el orgullo de quienes en la CDHDF instrumentamos el procedimiento en un caso que resulta ser paradigmático.¹²

En suma, la incorporación de un ejercicio profesional que empatase con la perspectiva buscada por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ha supuesto un cambio radical en la formación --capacitación de los cuadros operativos, situación que era inexistente al inicio de nuestra gestión--. De ahí se explica el interés y la necesidad por incentivar un espacio de mayor comunicación e intercambio entre los OPDH de la región, así como entre estos, la Corte y la Comisión.

Sin embargo, no es posible considerar ello como lo único destacable en la tarea de fortalecer vínculos entre las defensorías públicas y los actores protagónicos del sistema; de hacerlo así parecería que de nuestra parte nos hemos limitado a extraer su riqueza sin existir retroalimentación u oferta alguna.

En tal sentido, consideramos que la vinculación resulta también vital tanto para la Corte como la Comisión, en la

medida que somos nosotros como organismos públicos quienes podemos interceder y cabildear ante los Estados a fin de que se logre erradicar esa perversa indiferencia de éstos a la hora de coadyuvar en la integración de sus presupuestos. De igual manera, recae en nosotros la tarea de implementar las directrices que desde el marco del sistema se proyecten y cuya finalidad sea el que se vivan plenamente los derechos humanos en la región.

Consideramos que la vinculación resulta también vital tanto para la Corte como la Comisión, en la medida que somos nosotros como organismos públicos quienes podemos interceder y cabildear ante los Estados a fin de que se logre erradicar esa perversa indiferencia de éstos a la hora de coadyuvar en la integración de sus presupuestos. De igual manera, recae en nosotros la tarea de implementar las directrices que desde el marco del sistema se proyecten y cuya finalidad sea el que se vivan plenamente los derechos humanos en la región.



Conclusiones

Recapitulando acerca de lo que ha sido nuestro caminar en la tarea de procurar una útil y eficaz defensa de los derechos humanos de las y los habitantes de la ciudad de México, debemos estar ciertos en reconocer que a pesar de los esfuerzos aportados queda un largo trayecto por recorrer, en el cual si bien no en todo podemos endosarnos

12 Respecto a este caso, la persona agraviada en sus derechos había sufrido heridas graves en las manos derivado de la negligencia médica ocurrida por una intervención terapéutica errónea. Tal situación provocó el que se emitiese una recomendación dirigida a la Secretaría de Salud del Distrito Federal en la que además de solicitar una investigación para el deslinde de responsabilidades del personal sanitario involucrado, la instancia responsable debía llevar a cabo acciones necesarias para otorgar de manera pronta, adecuada y efectiva las medidas de reparación integral de los daños de carácter patrimonial y extra patrimonial que fueron ocasionados al paciente. Después de un largo y difícil proceso en donde al final destacaron los acuerdos respetuosos y el trabajo interinstitucional entre operadores de nuestro organismo y aquellos pertenecientes al sector salud del Distrito Federal, se logró la reparación consistente en el otorgamiento de una vivienda y un contrato laboral. Así, el caso referido se convierte en un ejemplo tangible de cómo pueden gestionarse exitosamente este tipo de asuntos.



El papel de los organismos públicos de derechos humanos en el fortalecimiento y promoción del sistema interamericano. La experiencia suscitada desde la Comisión de DDHH del DF

una responsabilidad, existen aun muchas posibilidades donde incidir proactivamente para lograr los resultados deseados.

En consecuencia, habremos de advertir que en el contexto donde nos toca transitar, el proceso globalizador ha permitido la integración de vasos comunicantes en el ámbito regional, fortaleciendo la lucha por hacer vitales los derechos humanos; pero de igual modo, tal fenómeno ha resquebrajado la soberanía y debilitado el papel del Estado, potenciando la imposición de las reglas del mercado como las únicas de vigencia a nivel global.

En tal sentido, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos puede funcionar como un neutralizador de esa dinámica, pero sólo en la medida que el Estado se sienta parte del mismo y se involucre con él, a través de los sistemas del *horizontal accountability*, o por la vía de encontrar en los equipos de gobierno al socio estratégico para que de forma local impulse las directrices construidas en sede regional.

De esa manera la percepción hacia el sistema también ha cambiado, al dejar de ser el ojo vigilante y confrontador, para pasar a la condición de coadyuvante en la tarea por construir los andamiajes del Estado democrático. Tal perspectiva es donde ahora la CDHDF se sitúa, a fin de trascender más allá de las competencias tradicionales que cabría esperar de un

organismo no jurisdiccional; utilizando a tal fin los mecanismos ofertados en los escenarios locales, nacionales, regionales e internacionales. Así, la interlocución natural que gozamos frente al Estado habrá de transformarse en el puente idóneo a ser utilizado por el sistema a fin de llegar a incidir eficazmente en los contextos locales.

Respecto al futuro que nos aguarda en la relación establecida con los diversos actores del Sistema Interamericano, consideramos que ésta se encuentra ubicada en una etapa inicial; por lo que a pesar de haberse dado resultados positivos y claramente identificables, la tarea de fortalecer los mecanismos nacionales y regionales de promoción y defensa a derechos humanos exigen la creatividad mutua para explorar nuevas formas de vinculación, así como para la generación de proyectos en común.

Por último, creemos que de ir sumándose más experiencias como la nuestra en los diversos escenarios regionales donde exista la presencia de OPDH, habremos de fortalecernos a través de un mayor empoderamiento en nuestras acciones locales, dando por resultado el que logremos aportar mayor utilidad a los intereses y requerimientos que de parte nuestra espera la ciudadanía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Burgos Silva, G., "Reforma judicial, desarrollo económico y banca multilateral (una aproximación crítica al tema)" en *El Otro Derecho. Revista de Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*. ILSA. No. 22., Bogotá, 1998.

"El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial ¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992 – 1998" en *El Otro Derecho. Revista de Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*. ILSA. No. 24. Bogotá, 2000.

Carvalho, Cristina, "Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial de América Latina" en *El Otro Derecho. Revista de Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*. ILSA. No. 25., Bogotá, 2000.

CDHDF, Informe Anual 2004, CDHDF, Ciudad de México, 2005a.

_____. *Catálogo para la calificación e investigación de violaciones a derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Serie Documentos Oficiales No. 5*, CDHDF, Ciudad de México, 2005b.

_____. *Ley y Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Serie Documentos Oficiales No. 6*, CDHDF, Ciudad de México, 2005c.

Concha, H., "América Latina: Entre el impulso democratizante y la creación de un Estado de derecho". En *Estado de derecho. Concepto, fundamento y democratización en América Latina* Carbonell, Orozco y Vásquez (coordinadores), IJ – ITAM – Siglo XXI, Ciudad de México, 2002.

Cossio, J. R., *Cambio Social y Cambio Jurídico*, ITAM – Miguel Ángel Porrúa, Ciudad de México 2001.

Ferrajoli, L., *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999.

Gross, H., *Derechos Humanos y Vida Internacional*. IJ – CND, Ciudad de México, 1995.

Kjaerum, M., *National Human Rights Institutions Implementing Human Rights*, The Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, 2003.

Lindsnaes, B. L. Lindholt y Kristine Rigen., *National Human Rights Institutions. Articles and working papers*, The Danish Centre for Human Rights, Copenhagen, 2001.

Lechner, N., "Estado, Derecho y Gobierno en la Sociedad Global", en *La Modernidad Atrapada en su Horizonte*, Pozas, R. – coordinador. Academia Mexicana de Ciencias – Miguel Ángel Porrúa, Ciudad de México, 2002.

OACNUDH, *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, OACNUDH, Ciudad de México, 2003.

Rodríguez, César., "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho: El regreso de los programas de derecho y desarrollo" en *El Otro Derecho. Revista de Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*. ILSA. No. 25., Bogotá, 2000.

Santos, B., *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Traducción de Cesar Rodriguez, ILSA – Universidad Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 1998.

Van Beuren, I. y Oscar Soto (coordinadores), *Derechos Humanos y Globalización Alternativa: Una Perspectiva Iberoamericana*, UIA Puebla, Puebla, 2004.

Zaldívar Lelo de Larrea, "La justicia constitucional en México. Balance y retos" en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ, Ciudad de México, 2002.





The OAS in Colombia: MAPP/OEA, Paramilitary Demobilization and Civil Society

Michael J. Camilleri*

This article presents a brief synopsis of recent developments with regard to the Organization of American States' Mission to Support the Peace Process in Colombia. The article further addresses ongoing debates about the Mission's verification of the paramilitary demobilization process and its relation with the Inter-American Commission on Human Rights, as well as the relevant considerations of national and international civil society organizations.

Key words: Paramilitary Combatants, Demobilization, MAPP/OEA, Government Programs, Peace Process, Human Rights Norms, Civil Society Organizations, Working Groups

The OAS Secretary General's reports on the organization's Mission to Support the Peace Process in Colombia are usually greeted with minimal fanfare. However, when Secretary General Insulza issued his sixth quarterly report on the Mission in late February, 2006, the impact was devastating. Insulza's report showed that while thousands of paramilitary combatants were laying down their arms within the framework of a negotiated settlement with the Colombian government, underlying paramilitary structures often remained intact. This evidence of paramilitary "cloning"¹ raised grave questions about the demobilization scheme that had become the flagship program of Alvaro Uribe's presidency, and appeared to put the entire peace process at risk.²

The Mission to Support the Peace Process in Colombia (known by its Spanish acronym, MAPP/OEA) was created by the OAS Permanent Council via Resolution 859 in February of 2004. The Mission's chief task is to verify the cessation of

hostilities, demobilization, disarmament, and reinsertion of illegal armed groups that have reached agreements with the government.³ Notwithstanding recent discussions between the Colombian government and the guerilla groups FARC and ELN—in the latter case these discussions are ongoing and relatively advanced—MAPP/OEA's work has thus far focused almost exclusively on the demobilization of the paramilitary group *Autodefensas Unidas de Colombia* (AUC).

The demobilization of the AUC neared its conclusion in May of 2006 with over 30,000 members of the organization having demobilized collectively in the preceding two-and-a-half years.⁴ Secretary General Insulza's sixth quarterly report, however, highlighted three emerging and troublesome phenomena with regard to AUC demobilization: 1) the regrouping of demobilized combatants into criminal gangs that control specific communities and illicit economic activities; 2) the existence of holdouts who have not demobilized; and 3) the emergence of new armed

* CEJIL staff attorney. mcamilleri@cejil.org. The article was updated on May 20, 2006 and reflects developments until this date.
1 See "OEA denuncia 'clonación' paramilitar", *Semana.com*, March 2, 2006.
2 See "OEA denuncia 'conejo' en desmovilización de bloques 'paras' y dice que está en riesgo el proceso", *El Tiempo*, March 1, 2006.
3 "Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y la Secretaría General de la Organización de los estados Americanos para el Acompañamiento al Proceso de Paz en Colombia," January 23, 2004.
4 "Paras', lejos del fin," *El Tiempo*, May 2, 2006.

actors and/or the strengthening of those that already existed in areas abandoned by demobilized groups (OEA 2006a).

As previously mentioned, the sixth quarterly report on MAPP/OEA created a splash in Colombia and beyond, with the government (among other measures) convening a security council meeting in response to the report's findings. Meanwhile, the press and the public began seriously questioning the effectiveness of government programs to reinsert demobilized combatants into civilian life. The very notion that the AUC's demobilization represented a genuine peace process seemed to be in doubt, and to some extent still is.⁶

The sixth quarterly report marked something of a departure for MAPP/OEA, which had previously issued reports that were highly supportive of the demobilization process and rather superficial in their analysis. Civil society groups in particular expressed ongoing apprehensions about MAPP/OEA's lackluster monitoring of the ceasefire declared by the AUC in December of 2002.⁷ Concerns were also raised regarding the Mission's failure to incorporate human rights norms into its verification work.⁸ These shortcomings were acknowledged by Secretary General Insulza in October of 2005, when he delivered his first report on the Mission since taking office as head of the OAS. Insulza recognized that "verification of the human rights considerations of demobilization must be shored up significantly." (OEA 2006a). He further asserted that "the time has come to redefine the [OAS's] role in Colombia," and announced plans to double the Mission's size (OEA 2006b).

Secretary General Insulza's October, 2005 report—which constituted a diagnosis of MAPP/OEA's ills and a roadmap for addressing them—included a proposal to establish a working group of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) in the field that would collaborate with MAPP/OEA (OEA 2006b). The initiative was clearly meant to address one of the most significant shortfalls of the Mission, namely its failure to integrate human rights concerns into its verification functions.

To understand what Insulza had in mind, it is useful

to recall that the resolution authorizing MAPP/OEA called on the Mission to act consistently with the effective exercise of human rights and international humanitarian law, and invited the IACHR to provide advice to the Mission (OEA 2004). However, during the first year-and-a-half of its existence MAPP/OEA did not succeed in reaching an agreement with the IACHR regarding the scope of this advice. Meanwhile, the Mission issued reports that failed to consider violations of the AUC ceasefire from a human rights perspective, and which declined to address the serious implications for victims' rights to truth, justice and reparation of a controversial new law governing the demobilization of illegal armed groups, the so-called Justice and Peace Law passed in July of 2005 (see, e.g., CEJIL 2006). Insulza's October, 2005 proposal put the issue of the IACHR's advice to MAPP/OEA back on the table.

In this context, several civil society organizations held a thematic hearing before the IACHR in March of 2006 to address the Inter-American Commission's role in advising MAPP/OEA. The organizations in attendance asserted that the IACHR, while providing advice to MAPP/OEA, should be careful to maintain its independence and autonomy and should interact regularly with victims and with organizations that use the Inter-American system. The assembled organizations further delivered four specific recommendations: first, that the IACHR issue a detailed public statement regarding the conformity of the Justice and Peace Law with international human rights standards; second, that the IACHR issue quarterly reports simultaneously with those of MAPP/OEA analyzing the peace process's human rights effects, especially with regard to victims' rights; third, that the IACHR's rapporteur for Colombia participate directly in the Commission's field visits to Colombia; and fourth, that the Commission issue a special report on land issues and forced displacement in Colombia, bearing in mind the particular relevance of these issues to the structural dismantlement of paramilitary groups.¹⁴

As of this writing, the IACHR was still studying Secretary General Insulza's invitation to establish a working group in

6 See, for example, "En Nariño hay 2.000 paramilitares 'desmovilizados' activos", *Semana.com*, May 2, 2006; "Paras', lejos del fin," *El Tiempo*, May 2, 2006.
7 See, for example, letter from Gustavo Gallón, Director of the Colombian Commission of Jurists, to MAPP/OEA chief Sergio Caramagna, June 21, 2005.
8 See, for example, CEJIL, "Observations to the OAS Permanent Council regarding the Mission to Support the Peace Process in Colombia (MAPP/OEA)", October 12, 2005.
14 See Comité de Solidaridad con Presos Políticos, Comisión Colombiana de Juristas, Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, Sisma Mujer, Red Nacional de Mujeres, Corporación Jurídica Libertad, Corporación Reiniciar, Comisión Intereclesial Justicia y Paz, and CEJIL, "Asesoría de la CIDH a la MAPP/OEA: Observaciones presentadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos," March 6, 2006.





Colombia. The Commission is, however, conducting frequent visits to the country within the framework of its advisory role to MAPP/OEA. The IACHR made four such visits between January and May of 2006, and the latter two included the participation of the Commission's new Rapporteur for Colombia, Commissioner Victor Abramovich. On one of these visits, in April of 2006, Commissioner Abramovich attended the second phase of the demobilization of the Élder Cardenas Block of the AUC, which operated in Urabá. The Commissioner also met with local officials and with members of the population affected by the violence. A second visit, in May, 2006, took Commissioner Abramovich and his colleagues to Bogotá, where they met with government officials as well as Colombian human rights organizations. The IACHR plans to release a second report on the paramilitary de-

mobilization process in the near future (its first such report was issued in December, 2004).

Meanwhile, Secretary General Insulza's plans to expand MAPP/OEA have met with some success; a more robust verification mechanism was clearly reflected in the sixth quarterly report's details of continuing paramilitary activity. Still, questions remain regarding MAPP/OEA's capacity to contribute positively to Colombia's nascent and often troubled peace process, and regarding the scope of the IACHR's role in advising the Mission about the human rights implications of this process.¹⁵ Insofar as the Colombian experience represents uncharted territory for both the OAS and the Inter-American Commission, future developments will undoubtedly be closely observed by both OAS member states and civil society groups in Colombia and beyond.

REFERENCES

CEJIL position paper, "Justicia y paz en Colombia: El derecho a la verdad, la justicia y la reparación: Análisis de la Ley 975 y Decreto 4760 de 2005 según estándares internacionales de protección de los derechos humanos" (2006).

Inter-American Dialogue, "Responding to the Hemisphere's Political Challenges: Report of the Inter-American Dialogue Task Force on the Organization of American States" (June, 2006).

OEA, Support to the Process in Colombia, OEA/Ser.G ,CP/RES. 859 (1397/04). February 6 ,2004.

OEA, Sixth Quarterly Report of the Secretary General to the Permanent Council on the Mission to Support the Peace Process in Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G ,CP/doc.4075/06. February 6, 2006a.

OEA, Fifth Quarterly Report of the Secretary General to the Permanent Council on the Mission to Support the Peace Process in Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G ,CP/doc.4062/05.October 5, 2006b.

15 The majority of an Inter-American Dialogue Task Force on the OAS recently concluded, for example, that the IACHR should rarely if ever assume operational roles in OAS missions that are not plainly part of its human rights mandate. "The human rights body should be especially careful to avoid politically controversial initiatives (such as assisting the demobilization process), which could end up compromising its independence and diminish its professional credibility." See Inter-American Dialogue 2006, 16-17.