

AÑO IV | NÚMERO 5 | Diciembre de 2009

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

El trabajo de CEJIL es posible gracias a las generosas contribuciones de las siguientes agencias:

Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de Dinamarca
Diakonia
Fundación para la Promoción de una Sociedad Abierta (FOSI)
MISEREOR

Save the Children Suecia

Fundación Ford

Fundación John Merck

Fundación Moriah

Fondo Nacional para la Democracia

Fundación Oak

Fondo Sigrid Rausing

Fondo de contribuciones voluntarias de las Naciones Unidas para las víctimas de la tortura

Y donantes individuales y privados que desean mantenerse en el anonimato

Dan Church Aid

HIVOS

Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega

Fundación John D. y Catherine MacArthur

Fundación W.K. Kellogg

Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) oficina regional para Brasil y el Cono Sur

Se agradece especialmente a la Fundación John D. y Catherine MacArthur por su apoyo para la impresión de esta revista

ISSN 1659-2123

Esta publicación se terminó de imprimir
en diciembre de 2009, en San José, Costa Rica.



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.



Staff de la Revista

Consejo Editorial

Viviana Krsticevic
Ariela Peralta
Alejandra Nuño
Liliana Tojo
Beatriz Affonso
Francisco Quintana

Equipo de Producción y Edición

Nancy Marín
Helena Rocha
Osvaldo Muñoz

Diseño Gráfico

Ultradesigns

Diagramación

Clara Inés Angarita Castro

Corrección de estilo

Myriam Stella Aponte

Impresión

Impresión Comercial
Grupo Nación S.A.

CEJIL – Responsables por Área

Viviana Krsticevic

Directora Ejecutiva
direccion@cejil.org

Ariela Peralta

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

Francisco Quintana

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

Alejandra Nuño

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 Bolivia y el Cono Sur
sur@cejil.org

Alejandro Bautista

Coordinador de Desarrollo
Institucional

Mauricio Herrera

Director de Comunicación

Nancy Marín

Difusión y Prensa
difusion@cejil.org

José Miguel Vivanco

Presidente

Alejandro Garro

Vicepresidente

Helen Mack

Secretaria

Mariclaire Acosta

Benjamín Cuellar

Gastón Chillier

Gustavo Gallón

Sofía Macher

Juan Méndez

Julieta Montaña

Consejo Directivo

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

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



Política

Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos:
un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 1
Joaquín A. Mejía R.

A propósito del Principio 12 y la regulación sobre
radiodifusión y otros servicios de comunicación audiovisual | 13
Damián Miguel Loreti



Jurídica

La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana
en casos de desapariciones forzadas:
una crítica del caso Heliodoro Portugal vs. Panamá | 20
Francisco J. Rivera Juaristi

Aciertos y desaciertos de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Caso Ley 25) | 38
Soraya Long Saborío

La censura indirecta dentro de los sistemas de protección
de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión | 50
Francisco R. Barbosa Delgado

El derecho indígena a la propiedad como ocasión
de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos | 65
Christopher Campbell-Duruffé

Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa:
una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios | 75
Claudio Fuentes Maureira

Transitional Justice in South America:
The Role of the Inter-American Court of Human Rights | 83
Carolina de Campos Melo



Historias de América

Golpe de Estado en Honduras
significó un retroceso para los derechos humanos | 93
Nancy Marín Espinoza



Información

El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano
en el derecho internacional y en Costa Rica | 104
Gabriela Cuadrado Quesada

Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

**Joaquín A.
Mejía R.***

El comercio entre países es una herramienta fundamental para su desarrollo si se realiza en un plano de igualdad, si se toman en cuenta las condiciones de cada uno y, sobre todo, si se constituye en un medio para lograr el respeto y la promoción de los derechos humanos (DDHH). Con la adopción de una serie de Tratados de Libre Comercio (TLC) en la región, dicha visión queda en entredicho ya que, tal como están estructurados, ignoran la obligación de los Estados americanos de respetar y garantizar el libre ejercicio de algunos de los derechos de las personas sujetas a sus jurisdicciones. La pretensión de este artículo es reflexionar sobre el impacto de los TLC en los Derechos Humanos, y sobre los instrumentos que ofrece el Sistema Interamericano para afrontar el desafío que representa el poder de ciertos actores privados cuyas actividades ponen en riesgo la vigencia efectiva de tales derechos.

Palabras claves: derechos humanos, tratados de libre comercio, actores no estatales, arbitraje y Sistema Interamericano.

El tema de las inversiones y de la propiedad intelectual tiene implicaciones que van más allá de lo meramente económico, especialmente en lo relacionado con el conocimiento ancestral de los pueblos indígenas y tribales; y, por último, muchos de los aspectos mencionados dentro de los TLC constituyen una seria limitación para que los Estados puedan diseñar e implementar políticas públicas de desarrollo...

* (Doctor y Maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (U. Carlos III de Madrid), y Doctor (c) y D.E.A en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (U. Complutense de Madrid). Investigador del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (Honduras). Agradezco a José Javier Acevedo Bustillo, del Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos de Honduras (CIPRODEH) por su colaboración. Las reflexiones aquí sostenidas son sólo responsabilidad del autor y no comprometen a institución alguna. Correo electrónico: joaquinarmandos@yahoo.com



Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Introducción

En el marco de la globalización económica han aparecido en la escena de los DDHH actores privados con capacidad para influir en la orientación de las políticas públicas estatales, especialmente en lo relativo a la privatización de los servicios públicos y la explotación de los recursos naturales, lo cual hace que a través de sus actividades tengan una relación más directa o indirecta con los DDHH.



Este artículo pretende reflexionar sobre las posibles consecuencias de los TLC sobre los DDHH con base en la experiencia de la implementación del TLCAN y el CAFTA-RD, examinando brevemente el contexto en el que se dan, los contenidos más conflictivos con relación a los DDHH y las herramientas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para enfrentar este nuevo desafío.

En América Latina los procesos de integración económica están facilitando que poderosas empresas transnacionales adquieran mayor protagonismo en el comercio, la inversión y los servicios, y en otros aspectos claves de las economías nacionales que parecen afectar las capacidades de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de DDHH. Aunque debe reconocerse que estas empresas generan empleo para millones de personas, también es necesario señalar que algunas de sus prácticas pueden tener un efecto negativo sobre tales derechos, sobre todo por la forma en que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente¹.

Una de las formas en que dicha integración se visibiliza es la adopción de acuerdos comerciales bilaterales y

multilaterales como el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado de Libre Comercio entre EEUU, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-RD), etc., los cuales, de acuerdo con sus promotores, representan una herramienta necesaria para el progreso y el desarrollo de los países. No obstante, debido a que estos acuerdos no toman en cuenta las asimetrías existentes entre las naciones pactantes, *prima facie* pareciera que este libre comercio entre socios desiguales pudiera tener efectos negativos, especialmente en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de las poblaciones de los países más débiles.

Por otro lado, estos tratados tienen el mismo carácter vinculante que instrumentos como la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador, y al regular ambas directa o indirectamente cuestiones relativas a DDHH, los posibles conflictos de prevalencia entre DDHH y derechos comerciales son tema de preocupación, sobre todo porque los TLC contienen mecanismos precisos que garantizan severas sanciones en caso de incumplimiento, mientras que algunos tratados de DDHH no están acompañados de los mecanismos idóneos para su cumplimiento². En un caso hipotético, un Estado parte podría violar el derecho a la salud consagrado en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador sin que pueda ser sancionado, pero si el mismo Estado violara la prohibición de expropiación establecida en los TLC sería objeto de denuncia por parte de la empresa afectada y de una posterior sanción por las instancias instituidas.

Este artículo pretende reflexionar sobre las posibles consecuencias de los TLC sobre los DDHH con base en la experiencia de la implementación del TLCAN y el CAFTA-RD, examinando brevemente el contexto en el que se dan, los contenidos más conflictivos con relación a los DDHH y las herramientas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para enfrentar este nuevo desafío.

1 Amnistía Internacional. *Informe de Política exterior y derechos humanos del Gobierno español 2004-2005. ¿Una política de gestos?*, Madrid: Amnistía Internacional España, 2005. P. 47-48.
2 Como se sabe, el Protocolo de San Salvador sólo reconoce la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para dos derechos (el derecho a la educación y la libertad sindical), mientras que el resto queda sujeto a un sistema de informes.



Los TLC en contexto

En 1994 se celebró la I Cumbre de las Américas (Miami, EEUU) en donde se presentó la iniciativa de formar un Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA), que para el año 2005 potenciaría el comercio entre 34 países con excepción de Cuba. En términos concretos, el ALCA representaría la extensión del TLCAN adoptado en 1993 entre EEUU, Canadá y México a los otros países de la región. Sin embargo, ante la lentitud y los obstáculos encontrados en el proceso de negociación, el ALCA fue prácticamente enterrado en el 2005 con la IV Cumbre de las Américas (Mar del Plata, Argentina)³. Ante la imposibilidad de implementar el ALCA, EEUU celebró TLC bilaterales y subregionales con Chile (2003), Centro América y República Dominicana (2005), Perú (2005), Colombia (2006) y Panamá (2007).

Aunque oficialmente se sostiene que estos TLC generarán grandes beneficios para los países subscriptores, diversos sectores dudan de ello, ya que desde un inicio el proceso de las negociaciones se ha caracterizado por su hermetismo, desarrollado a puertas cerradas, en cumbres ministeriales, con lo cual pareciera que el interés de los negociadores es que la población no se entere sobre lo que ahí se discute⁴; y aunque lo económico es el contenido central, también la pobreza y los DDHH han sido discutidos, por lo que la aplicación de estos tratados tendría efectos directos sobre los derechos de más de 800 millones de personas y sobre la soberanía de los Estados.

El contenido de los TLC y sus potenciales efectos sobre los DDHH

Los temas más importantes dentro de los TLC son acceso a mercados, inversiones, servicios, compras del sector público, agricultura, propiedad intelectual, subsidios *antidumping* y derechos compensatorios,

política de competencia y solución de controversias.

Para América Latina, el acceso al mercado y su impacto en la agricultura es de vital importancia para la seguridad alimentaria, pues este sector es una fuente fundamental de financiamiento y de subsistencia en la región. Los temas de las inversiones y la propiedad intelectual tienen implicaciones que van más allá de lo meramente económico, especialmente en lo relacionado con el conocimiento ancestral de los pueblos indígenas y tribales; y por último, muchos de los aspectos mencionados dentro de los TLC constituyen una seria limitación para que los Estados puedan diseñar e implementar políticas públicas de desarrollo, que tal como lo ha señalado la Comisión

Para EEUU son solamente acuerdos comerciales, jerárquicamente inferiores a la Constitución y a las leyes federales; para los países del CAFTA-RD tienen un rango superior que las leyes ordinarias...



Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), junto a “[I]a política económica, al igual que la defensa nacional constituyen asuntos vinculados estrechamente a la soberanía nacional”⁵.

El acceso a los mercados tiene como objetivo la eliminación gradual de los aranceles en la exportación de las mercancías por sectores productivos, las medidas no arancelarias y las salvaguardias. Uno de los sectores más sensibles en este rubro es el sector agropecuario, ya que en nuestra región el 25% de la población depende de la agricultura, y de éste el 63.7% vive en la pobreza. El aspecto más controvertido de las políticas de liberalización agrícola incluidas en los TLC son los subsidios a la producción y a la exportación que mantienen los países desarrollados. Por ejemplo, EEUU quiere eliminar cualquier barrera al comercio para poder exportar sus productos, pero al mismo tiempo su ley agrícola de 2002 (*The Farm Bill*) incrementó la partida presupuestaria para subsidios

3 La falta de consenso entre los gobernantes fue casi insalvable, debido sobre todo al disenso de Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Venezuela. La discrepancia fue tanta que en el párrafo referido al ALCA de la declaración final no se logró ningún acuerdo y fue necesario incluir las dos posiciones en conflicto; al respecto, véase IV Cumbre de las Américas. *Declaración de Mar de Plata. "Crear trabajo para enfrentar la pobreza y la gobernabilidad democrática"*, Mar de Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005, artículo 19.

4 La forma en que se han negociado estos acuerdos restringe varios derechos importantes para la gobernabilidad democrática que tienen que ver con el acceso a la información y la participación política.

5 CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*, 2 de octubre de 1980, Capítulo VI. Párr. 5.



Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

y superó los 180.000 millones de dólares. Esto contrasta con las políticas agrícolas de América Latina, que a partir de los 80 disminuyeron los aranceles y otras barreras no arancelarias a la importación, así como el apoyo estatal al campo, cumpliendo con lo dispuesto en los programas de ajuste estructural ordenados por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM)⁶.

Es revelador el hecho de que para 1999 se calculaba que EEUU otorgaba subsidios por 21.000 millones de dólares en promedio a cada productor de tiempo completo; Canadá lo hacía con 9.000 millones, y México con 1.000 millones, lo cual desvela la clara asimetría en la que compiten los socios comerciales⁷. Este subsidio les permite a los agricultores disminuir los costos y vender más barato, por lo que ante el hecho de que la mayoría de los gobiernos latinoamericanos subsidian poco o nada a sus agricultores, y más aún, los TLC eliminan dichos subsidios, esta situación los coloca en desventaja y desigualdad frente a los agricultores estadounidenses, provocando consecuencias negativas para su subsistencia, el desarrollo del campo y la soberanía alimentaria.

Se podría decir que la experiencia de México con el TLCAN ha sido mixta, pues ha habido beneficios como el crecimiento de las exportaciones mexicanas a un ritmo rápido del 10% anual durante los 90 y el aumento de la inversión extranjera directa. Los salarios reales han descendido, los productos agrícolas estadounidenses han inundado el mercado y bajado los precios de los productos nacionales, y la pobreza y la inequidad han incrementado⁸. Así, la agricultura mexicana vive una grave crisis a tal grado que se compra en el exterior el 50% del arroz y el 40% de la carne que se consume. Las importaciones de maíz han crecido en un 3.000% y su precio cayó entre 1993 y 1999 un 45%. Desde que entró en vigencia dicho tratado, 6 millones de mexicanos han abandonado el

campo y casi 2 millones de hectáreas de tierra se han dejado de cultivar, trayendo consigo un aumento de la migración hacia EEUU por cuyas fronteras cada año pasan de forma indocumentada más de medio millón de mexicanos, del cual el 70% es deportado⁹.

Con respecto a la propiedad intelectual, si bien teóricamente es un tema que debería establecer un equilibrio entre el interés de los creadores de productos socialmente útiles y los intereses de la sociedad, en virtud del Acuerdo sobre Comercio de Propiedad Intelectual (TRIP) se ha favorecido la actividad comercial por encima del interés público y el desarrollo sustentable de los países del Sur, al otorgar a los dueños de las patentes monopolios de hasta 20 años. Bien es sabido que los principales impactos de este acuerdo se producen en las patentes farmacéuticas y agroindustriales, en tanto las empresas transnacionales buscan dominar la venta y compra de sus productos, aún por encima del interés general. Además, la posibilidad de patentar materia viva y los conocimientos sobre el uso de las plantas, afecta directamente a los pueblos indígenas y pequeños agricultores de los países en desarrollo, que tienen casi el 90% de los recursos biológicos del mundo¹⁰.

Como la propiedad intelectual tradicional no está protegida, la regulación permite, mediante una pequeña modificación, apropiarse de esos conocimientos por parte de cualquiera y tener el monopolio. También se limita la posibilidad de producir medicinas genéricas más accesibles pese a que la Declaración Ministerial de Doha del 2001 en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), estableció el principio de que la salud pública debe tener prioridad frente a los intereses comerciales¹¹. No obstante, los TLC ignoran tal principio y tienden a ir más allá que el TRIP; por ejemplo, el TLCA-RD obliga a los Estados a ratificar una serie de tratados como la Convención Internacional para la Protección de las

6 Amat, Patricia, Fried, Mark, et al. *Comercio con justicia para las Américas. Agricultura, inversiones y propiedad intelectual, tres razones para decir no al ALCA*. Oxfam Internacional, enero de 2003. P. 3-8.

7 Arroyo Picard, Alberto. *Resultados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en México: Lecciones para la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas*. México: Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio/Oxfam Internacional, diciembre de 2001. P. 76-77.

8 Stiglitz, Joseph E. and Charlton, Andrew. *Fair trade for all. How trade can promote development*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2005. P. 23. Traducción libre. En lo sucesivo, entiéndase que todas las citas de documentos en inglés han sido traducidas libremente por el autor de este artículo.

9 Gómez, Manuel Ángel y Schwentesius Rindermann, Rita. *Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario mexicano. Evaluación a 10 años*, En AA. VV., *Lecciones del TLCAN: El alto costo del "libre" comercio*. México: Alianza Social Continental/Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, noviembre de 2003. P. 50-53; Arroyo Picard, Alberto. *Resultados del Tratado de Libre Comercio...* Op. Cit. P. 79-90.

10 Amat, Patricia, Fried, Mark, et al. *Comercio con justicia...* Op. Cit. P. 23-30.

11 Dillon, John y Dawkins, Kristin. *Análisis del Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas sobre derechos de propiedad intelectual*. En AA. VV., *El ALCA al desnudo: críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*. Alianza Social continental, enero de 2003. P. 98-106.



Nuevas Variedades Vegetales, que aumenta la protección de las transnacionales en la producción y suministro de semillas, pero no menciona el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que reconoce el derecho de los Estados sobre sus propios recursos¹².

Otra de las principales asimetrías en los TLC es el diferente efecto jurídico que tiene en el derecho interno de los Estados. Para EEUU son solamente acuerdos comerciales, jerárquicamente inferiores a la Constitución y a las leyes federales; para los países del CAFTA-RD tienen un rango superior que las leyes ordinarias. Obviamente, esto supone un debilitamiento del Estado de derecho en estos últimos en tanto sufren limitaciones para establecer políticas públicas encaminadas a proteger y promover los intereses nacionales. Además, quienes negocian y firman los TLC son miembros del Poder Ejecutivo, y una vez que estos tratados llegan a las asambleas legislativas éstas sólo pueden aceptarlos o rechazarlos, pero no discutirlos para posibles modificaciones, con lo cual se restringe el principio democrático y el equilibrio de poderes.

Con respecto a las inversiones, los TLC profundizan la tendencia que ha caracterizado a los países latinoamericanos en los últimos años en el marco de las regulaciones previstas por la OMC, pues en su pugna por atraer inversión extranjera se desregulan los controles sobre el capital, se flexibilizan las leyes laborales y ambientales, y se aumenta la protección de los inversionistas¹³. La regulación de la inversión extranjera se basa en cuatro principios fundamentales: (a) El principio de trato nacional y nación más favorecida, que implica que los Estados tienen que tratar a las compañías extranjeras al menos con las mismas condiciones que a las nacionales y a los inversionistas de otros países¹⁴. Así, un Estado no puede, por ejemplo, dar preferencia a pequeñas empresas o a empresas de zonas económicamente deprimidas. (b) La prohibición de

requisitos de desempeño, en virtud de la cual los Estados no pueden regular la inversión, para que estos contribuyan a alcanzar objetivos económicos y sociales del país. Por ejemplo, no pueden establecer condiciones a la explotación de recursos naturales que respondan a objetivos nacionales (transferencia tecnológica, servicio a las zonas más deprimidas, etc.). (c) La prohibición de expropiación directa o indirecta, lo que implica que los Estados no pueden implementar regulaciones que amenacen con disminuir las ganancias esperadas por las empresas, porque podría constituir expropiación indirecta. Por ejemplo, la promulgación de una ley para proteger el medio ambiente puede ser considerada una expropiación indirecta si supone una pérdida de beneficios futuros para un inversionista. (d) El mecanismo de solución de controversias en virtud del cual los inversionistas pueden demandar a los Gobiernos ante paneles arbitrales internacionales y exigirles compensaciones cuando incumplan sus compromisos. Este tipo de mecanismos otorga a las corporaciones extranjeras derechos especiales para el uso de arbitrajes internacionales al margen de verdaderos controles públicos y sustituyen las legislaciones y jurisdicciones nacionales.

Aunque el arbitraje es un mecanismo que ofrece muchas ventajas en el ámbito del comercio internacional debido a la celeridad del procedimiento y a la neutralidad que teóricamente lo caracteriza, su éxito depende no sólo de sus virtudes sino también de aquellos agentes que lo han promocionado y que han hecho de él un medio idóneo para la resolución de diferencias¹⁵. En este sentido, resulta preocupante que el derecho a aplicar por un árbitro internacional en caso de controversia es el que hemos venido analizando.

Examinemos uno de los ejemplos más emblemáticos al respecto en el que la empresa de residuos sólidos METALCLAD Inc. demandó al Estado mexicano ante el

12 Capítulo Quince. *Derechos de propiedad intelectual*. Los textos del CAFTA-RD y el TLCAN pueden consultarse en <http://asamblea.racsa.co.cr/tlc/tlc.htm> y http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp, respectivamente.

13 Pese a que en los TLC existe un capítulo expreso para las inversiones, se considera también que los capítulos de liberalización de servicios (que incluyen desde la banca hasta el tratamiento de agua, la electricidad, etc.) y de compras públicas están directamente relacionados con la inversión de capital extranjero.

14 El TLCAN fue el primero en incluir el principio de trato nacional para las inversiones, ya que anteriormente sólo se aplicaba a las mercancías. En Pérez Rocha, Manuel, Porter, Steve, et al. *El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas. 'Un TLCAN Plus': Un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA*. En AA. VV., *El ALCA al desnudo*. . . Op. Cit. P. 45-46.

15 Calvo Caravaca, Alfonso L. y Fernández de la Gándara, Luis. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989. P. 41-43. Para estos autores, el arbitraje es "un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas —por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica— a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria —el laudo arbitral— que ponga fin a la diferencia entre ellas". P. 19.



Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Centro Internacional para la Resolución de Disputas en Inversión (CIADI)¹⁶ por impedirle instalar un vertedero en el Estado de San Luis Potosí. La sociedad civil de la región, preocupada por su salud y por los posibles efectos sobre el agua potable, logró convencer al Gobernador del Estado y al Gobierno federal a no autorizar tal proyecto. Sin embargo, el tribunal mencionado declaró inválido el derecho de México a negar la autorización, evidenciando que cuando un Gobierno promulga medidas de protección a la salud humana, del interés público o del medio ambiente, se expone a ser demandado por lesionar el “derecho” de los inversionistas. México fue condenado a pagar 16,7 millones a METALCLAD por su negativa a permitir la instalación de un vertedero de desechos tóxicos¹⁷.

El tribunal arbitral se pronunció sin rodeos sobre el derecho de la empresa e incluso afirmó que la oposición de la sociedad civil había sido “*amplia y agresiva*” en sus manifestaciones públicas, y que las autoridades competentes “*estaban en realidad fuertemente influidas por las presiones sociales y sus consecuencias políticas* [...]”. Inexplicablemente, este tribunal ni siquiera consideró los efectos ecológicos de la inversión de esta empresa y afirmó que

[...] el Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Eco-

lógico no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó el artículo 1110 del TLCAN [...] En conclusión, el Tribunal sostiene que “[...] México expropió indirectamente [...]”, porque para el CIADI “[...] estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del Gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó [...], equivalen a una expropiación indirecta¹⁸.”

Este ejemplo nos muestra el alcance y las consecuencias que pueden tener los TLC en relación con los DDHH, pues con este laudo arbitral quedó claro que los intereses de los inversionistas estaban por encima del derecho a la salud y a un medio ambiente sano¹⁹. Se puede sostener entonces que los TLC, tal como están estructurados, excluyen o ignoran la obligación genérica de los Estados americanos de respetar y garantizar el libre ejercicio de algunos de los derechos de las personas sujetas a sus jurisdicciones, con lo que parece que el derecho interamericano de DDHH corre importantes riesgos ante el avance de la lógica del derecho mercantil de los TLC²⁰. Por ello, desde diversas instancias de la ONU se ha criticado la renuencia de las instituciones encargadas del comercio

16 El CIADI fue establecido en el marco del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, en vigor desde el 14 de octubre de 1966.

17 Para un análisis más detallado del caso puede consultarse Bejarano, Fernando. *El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí*. En Salazar, Hilda y Carlsen, Laura (Eds.). *Respuestas sociales ante la integración: impactos socioambientales del TLCAN*. México: Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, 2001. P. 17-21.

18 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *METALCLAD CORPORATION Demandante y ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CASO No. ARB(AF)/97/1*, 30 de agosto de 2000. Las citas textuales corresponden en su orden a Párr. 107, 111 y 112. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caselD=C155. [Consulta: 12 de marzo de 2009].

19 Para un análisis sobre la relación entre los DDHH e intereses comerciales y de inversión, véase Pipan, Anita. *Los derechos humanos y la OMC*, Buenos Aires/Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2006.

20 En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha sostenido que los Estados “*deben velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho a la salud (lo que también es aplicable a otros DESC) y, con tal fin, deben considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos legales. En relación con la concertación de otros acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medidas para cerciorarse de que esos instrumentos no afecten adversamente al derecho a la salud. Análogamente, los Estados partes tienen la obligación de velar por que sus acciones en cuanto miembros de organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas instituciones*”. En CDESC, *Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Párr. 39.



internacional a reconocer y respetar el valor fundamental de los DDHH²¹, y se ha ratificado la obligación de todos los sectores de respetarlos y protegerlos²².

No se niega que el comercio entre las naciones es una herramienta fundamental para su desarrollo, pero sólo si se realiza en un plano de igualdad real, si se toman en cuenta las condiciones de cada país, y sobre todo si se constituye en un medio para lograr el bienestar general mediante el respeto y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales²³. Los países desarrollados podrían jugar un importante papel al respecto, y entre otras cosas, deberían asumir seriamente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar que sus empresas que desarrollan o tienen relaciones económicas y comerciales con los países del Sur, respeten las normas internacionales de DDHH, y no abusen de su poderío económico o de la existencia de vacíos legales en dichos países²⁴.

Las herramientas del SIDH ante posibles violaciones de DDHH en el marco de los TLC

Hoy en día es evidente que los poderes públicos ya no son los únicos capaces de violar los DDHH, y que las funciones del Estado están cada vez más dispersas y trasladadas al sector privado, lo que hace difícil trazar una línea clara entre las acciones estatales y las acciones privadas. En el contexto de

los DDHH se pueden distinguir tres dimensiones del binomio derechos-obligaciones: (a) Las obligaciones verticales, en tanto el Estado (*E*) tiene la obligación de hacer o no hacer *X* en sus relaciones con un actor privado (*N*), porque *N* puede invocar un DDHH contra *E*; (b) las obligaciones diagonales, en tanto el Estado tiene la obligación de proteger a un actor privado (*N1*), asegurándose de que otro actor privado (*N2*) haga o no haga *X* a *N1*, porque *N1* puede invocar un DDHH contra el Estado; y (c) las obligaciones horizontales, en tanto *N1* debe hacer o no hacer *X* a *N2*, porque *N2* tiene un DDHH correspondiente a una obligación de *N1*²⁵.

... el poder acumulado de ciertos actores privados, como las empresas transnacionales, presenta el desafío de proteger los DDHH también de estos poderes, lo que en otros términos implica responder a la pregunta de cómo conseguir que el derecho internacional de los DDHH se pueda aplicar a las actuaciones u omisiones de dichas empresas.



Aunque los DDHH han estado asociados principalmente con la primera dimensión en virtud de su aparición histórica en el contexto de la lucha contra el Estado opresor, el poder acumulado de ciertos actores privados, como las empresas transnacionales, presenta el desafío de

21 Al respecto véase Oloka-Onyango, J. and Udagam, Deepika. *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*. Preliminary report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission resolution 1999/8 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 June 2000.

22 Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Statement on Globalization and Economic and Cultural Rights: 11/05/98 (Other Treaty-Related Documents)*. 18 session, April 27 - May 15, 1998; Íd., *Statement of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization*. Seattle, November 30–December 3, 1999, 26/11/99, Doc. UN E/C.12/1999/9.

23 Tal como lo ha señalado Danilo Türk, que muchos Estados abrazen románticamente al mercado como la solución definitiva de todos los males de la sociedad, y se dan prisa en desnacionalizar y dejar la economía, la política y los asuntos sociales a los caprichos del sector privado, aunque el tema del día inevitablemente tiene un impacto en la plena realización de los DESC. Por un lado, el sector privado, en sentido amplio, puede tener un efecto positivo mensurable sobre determinados aspectos de estos derechos, en particular en los ámbitos relacionados con iniciativas de autoayuda para el desarrollo. Por otro lado, sin embargo, la historia ha demostrado suficientemente que numerosos aspectos de la política social no pueden alcanzarse a través de la confianza ciega en las fuerzas del mercado. En *The realization of economic, social and cultural rights*. Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Forty-fourth session, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 July 1992. Párr. 98.

24 Amnistía Internacional. *Informe de Política exterior y derechos humanos...* Op.Cit. P. 48.

25 Hessbruegge, Jan Arno. *Human rights violations arising from conduct of non-state actors*. En Buffalo Human Rights Law Review. Vol. 11, 2005. P. 25.



Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

proteger los DDHH también de estos poderes, lo que en otros términos implica responder a la pregunta de cómo conseguir que el derecho internacional de los DDHH se pueda aplicar a las actuaciones u omisiones de dichas empresas. Más allá de las posiciones doctrinales al respecto²⁶ y aunque el derecho internacional ha reconocido en ciertas situaciones la eficacia inmediata o directa de los DDHH²⁷, la posición mayoritaria ha sido asumir la dimensión diagonal de las obligaciones, que en vez de crear deberes directos entre los actores privados exige que los Estados protejan a un actor privado de otro en determinadas situaciones.

Se puede argumentar que este enfoque podría ser inefectivo porque su naturaleza indirecta hace que el proceso legal para el establecimiento de las respectivas responsabilidades tome demasiado tiempo y porque los Estados tienen un gran margen de apreciación al respecto. Sin embargo, esta última razón es realmente un argumento a favor para optar por la dimensión de las obligaciones diagonales en el contexto internacional, ya que el propósito de los tratados internacionales de DDHH no es limitar las opciones de política pública de los Estados, sino garantizar que las políticas escogidas permitan a las personas ejercer sus derechos y libertades. Aunque tanto la dimensión horizontal como la diagonal pueden regular las relaciones en la esfera privada, la dimensión diagonal deja que los Estados decidan cómo cumplir con su obligación; así, un Estado podría admitir que las normas internacionales de DDHH sean directamente aplicables a las personas en el marco de su derecho interno, mientras que otro podría decidir que dichas normas orienten a los tribunales nacionales al momento de interpretar las normas de derecho privado²⁸.

En el ámbito del SIDH se pueden observar tres etapas en las cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha construido toda una teoría sobre la vigencia

de los DDHH en las relaciones entre particulares. La primera está constituida por un buen número de sentencias que se centran en el análisis de la obligación de respeto y garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana; la segunda se caracteriza por centrar el análisis en el carácter de la norma violada en el sentido de consagrar la idea de que los derechos reconocidos en el Pacto de San José generan obligaciones *erga omnes* respecto de las actuaciones del Estado y de terceros particulares; y la tercera etapa en la que, con la adopción de la OC-18, se establece definitivamente la eficacia directa de los DDHH en las relaciones entre particulares²⁹, lo cual constituye una herramienta importante de cara a la protección de los DDHH frente a los posibles efectos negativos que pudiera tener la vigencia de los TLC.

Así, cuando un Estado ratifica la Convención Americana, se compromete a respetar y garantizar el ejercicio de los derechos. El deber de respetar implica una prohibición absoluta al abuso de poder por parte del Estado, ya que *"el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado"*³⁰. Y aunque *prima facie* es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana cometida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, también la responsabilidad estatal puede verse comprometida cuando *"un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"*³¹.

26 Véase, Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. al cast. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Venegas Grau, María. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004; y Naranjo de la Cruz, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

27 Para el análisis de algunos ejemplos al respecto véase Jochnick, Chris. *Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights*. En *Human Rights Quarterly*, Vol.21, No. 1. The Johns Hopkins University Press, February 1999. P. 61-63; y Courtis, Christian. *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2007. Pp. 53-78.

28 Hessbruegge, Jan Arno. *Human rights violations arising from conduct of non-state actors...* Op. Cit. P. 27-28.

29 Para un interesante análisis sobre este tema, véase Mijangos y González, Javier. *La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Teoría y Realidad Constitucional* No. 20, UNED. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. P. 583-608.

30 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Párr. 165.

31 *Ibid.* Párr. 172.



De esta manera, la Corte IDH ha considerado que un Estado incumple su obligación de respetar los derechos reconocidos cuando no demarca los límites de la propiedad comunal de las comunidades indígenas y cuando otorga concesiones a terceros “para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”³².

Por tanto, la obligación de respetar requiere que los Estados organicen el poder público para garantizar el libre y pleno ejercicio de los DDHH, extendiéndose esta obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad. Si en el marco de los TLC se profundizan los procesos de privatización de los servicios públicos, ello no excusa a los Estados de asegurar que tales empresas presten los servicios respetando los DDHH de la población, ya que aunque los Estados “pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción [...]”³³.

El deber de garantizar incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana, y el deber de restablecer los derechos conculcados, y en su defecto, reparar los daños producidos. Por ende, los Estados tienen la obligación de proteger a las personas sujetas a su jurisdicción de los actos y omisiones imputables a los agentes que ejercen el poder público y también a personas o grupos particulares, y no de-

ben tolerar que estos últimos “actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos reconocidos en la Convención”³⁴.

En el contexto de los TLC, la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos es fundamental, ya que es posible denunciar al Estado ante los órganos del SIDH si, por ejemplo, permite que alguna empresa transnacional contamine un río con consecuencias negativas para la salud o la vida de las personas; si tolera que empleadores privados restrinjan el derecho a la libertad sindical; si en el marco de los programas de ajuste estructural reduce el presupuesto destinado a la educación y como consecuencia se limita el acceso a la misma a algunos sectores de la sociedad; si otorga concesiones a terceros para la explotación de los recursos pertenecientes a las comunidades indígenas sin escuchar su opinión y sin tomar en cuenta sus intereses, etc.³⁵.

Si bien los Estados tienen la libertad de otorgar concesiones para explotar sus recursos y abrirse a las inversiones internacionales, la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente y a la salud que se traduzcan en violaciones de DDHH. Las normas del SIDH no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones de respeto y garantía de tales derechos, por lo que en caso de haberse cometido anomalías en la explotación de los recursos, tanto el Estado como las empresas concesionarias son responsables y ambos tienen la obligación de corregirlas. El Estado, además, tiene la obligación de verificar que tales anomalías sean corregidas³⁶.

En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, cuando un Estado permita concesiones para la explotación de recursos naturales debe garantizar la participación efectiva de los miembros de los pueblos con relación a todo plan de desarrollo, inversión,

32 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Párr. 153.

33 La Corte IDH encontró responsable al Estado de Brasil por la conducta del personal de un centro psiquiátrico privado que ejercía los elementos de autoridad estatal al prestar el servicio público de salud, y que provocó la muerte de un paciente. El tribunal interamericano estimó “que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud”. En Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia del 4 de julio de 2006. Párr. 96-100.

34 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. . . *Op. cit.*, párr. 176.

35 Para un excelente análisis al respecto véase, Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003. P. 171-211.

36 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 24 de abril 1997, Capítulo III: La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo.



Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios; que dichos pueblos se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo; y que no se emita ninguna concesión dentro de tales territorios a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental³⁷.



Se puede sostener, entonces, que los TLC, tal como están estructurados, excluyen o ignoran la obligación genérica de los Estados americanos de respetar y garantizar el libre ejercicio de algunos de los derechos de las personas sujetas a sus jurisdicciones, con lo que parece que el derecho interamericano de DDHH corre importantes riesgos ante el avance de la lógica del derecho mercantil de los TLC.

Bajo esos parámetros, la obligación de respeto y garantía de los DDHH que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones entre particulares, ya que los Estados son los que determinan en su ordenamiento jurídico la regulación de las relaciones entre particulares (derecho privado), por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los DDHH, so pena de resultar responsables internacionalmente por la violación de tales derechos por parte de los actores no estatales³⁸. Así las cosas, la obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana se concreta en tres vertientes respecto de los Estados: (a) como una responsabilidad directa; (b) como una responsabilidad de adecuar el

derecho interno a los estándares convencionales; y (c) como una responsabilidad subsidiaria cuando, mediante sus políticas públicas, fomenta y/o tolera acciones y prácticas de terceros que constituyan violaciones de DDHH³⁹.

Consideraciones finales

A diferencia de algunos órganos de la ONU, la CIDH y la Corte IDH no se han pronunciado directamente sobre las posibles afectaciones a los DDHH con la implementación de los TLC. La CIDH ha concedido audiencias sobre este tema durante sus períodos de sesiones; así, el 22 de octubre de 2004 durante el 121° período ordinario de sesiones la CIDH otorgó a varias organizaciones no gubernamentales (ONG) del continente una audiencia para que expusieran sus preocupaciones sobre el *"impacto de los procesos de integración económica sobre los derechos humanos en las Américas"*; posteriormente, en su 125° período extraordinario de sesiones, celebrado en Ciudad Guatemala, la CIDH otorgó una audiencia general el 19 de julio de 2006 a varias ONG centroamericanas junto con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), para que expusieran sobre la *"Violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana"*.

En esta última audiencia, las organizaciones solicitaron a la CIDH, entre otras cosas, que preparara un informe en virtud del artículo 41 del Pacto de San José sobre la afectación de los DDHH por los TLC y que procediera a activar la competencia consultiva de la Corte IDH⁴⁰.

37 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Párr. 126-158.

38 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Párr. 146-147.

39 Mijangos y González, Javier. *La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. . . Op. Cit. P. 603.

40 AA. VV., *Violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana*. En Audiencia General "Tratado de Libre Comercio y Derechos Humanos en Centroamérica", celebrada durante el 125° período extraordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ciudad de Guatemala, 19 de julio de 2006. P. 12 (Copia del documento en manos del autor). También puede consultarse en http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=5343

Pese a que la CIDH dio a entender que sólo abordaría este tema cuando se le presentaran casos que contuvieran denuncias de violaciones concretas de DDHH por la implementación de los TLC, el simple otorgamiento de las dos audiencias es señal de la creciente preocupación que generan para este órgano interamericano los posibles efectos de la vigencia de tales tratados sobre los DDHH en el continente. Así que es importante que la sociedad civil ejerza un monitoreo permanente sobre la implementación de los TLC para construir un caso que pueda ser sometido a conocimiento de los órganos del SIDH y comenzar a generar jurisprudencia al respecto.

Mientras se activan las competencias de ambos órganos para hacer frente a esta nueva amenaza a los DDHH, las organizaciones deben hacer uso de los precedentes legales y las directrices que tanto la CIDH como la Corte IDH han construido con relación a las obligaciones estatales relativas al debido proceso, la transparencia, el monitoreo de los programas de desarrollo, los estudios de impacto ambiental, y la consulta y la participación de las comunidades en los proyectos de de-

sarrollo y la explotación de recursos. Estos medios representan un punto de partida para la defensa de los DDHH en general y los DESC en particular, frente a los TLC, y pueden proporcionar insumos importantes para exigir que los actores no estatales también cumplan con la obligación de respetar los DDHH reconocidos en la Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en los demás instrumentos interamericanos⁴¹.

Así que es importante que la sociedad civil ejerza un monitoreo permanente sobre la implementación de los TLC, para construir un caso que pueda ser sometido a conocimiento de los órganos del SIDH y comenzar a generar jurisprudencia al respecto.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. al cast. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Amat, Patricia, Fried, Mark, et al. *Comercio con justicia para las Américas. Agricultura, inversiones y propiedad intelectual, tres razones para decir no al ALCA*. Oxfam Internacional, enero de 2003.
- Amnistía Internacional. *Informe de Política exterior y derechos humanos del Gobierno español 2004-2005. ¿Una política de gestos?* Madrid: Amnistía Internacional España, 2005.
- Arroyo Picard, Alberto. *Resultados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en México: Lecciones para la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas*. México: Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio/Oxfam Internacional, diciembre de 2001.
- Bejarano, Fernando. *El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí*. En Salazar, Hilda y Carlsen, Laura (Eds.). *Respuestas sociales ante la integración: Impactos socioambientales del TLCAN*. México: Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, 2001.
- Calvo Caravaca, Alfonso L. y Fernández de la Gándara, Luis. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989.
- Courtis, Christian. *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares*. Nuevos horizontes. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2007.

41 Jochnick, Chris. *Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights...* Op. Cit. P. 78-79.



Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Dillon, John y Dawkins, Kristin. Análisis del Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas sobre derechos de propiedad intelectual, en AA. VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas* de noviembre de 2002. Alianza Social continental, enero 2003.

Gómez, Manuel Ángel y Schwentesius Rindermann, Rita. Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario mexicano. Evaluación a 10 años. En AA. VV., *Lecciones del TLCAN: El alto costo del "libre" comercio*. México: Alianza Social Continental/Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, noviembre de 2003.

Hessbruegge, Jan Arno. Human rights violations arising from conduct of non-state actors. En *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2005.

Jochnick, Chris. Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights. En *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, No. 1. The Johns Hopkins University Press, February 1999.

Melish, Tara. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos. Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School and Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003.

Mijangos y González, Javier. La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Teoría y Realidad Constitucional* N° 20, UNED. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.

Naranjo de la Cruz, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Pérez Rocha, Manuel, Porter, Steve, et al. El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas. 'Un TLCAN Plus': Un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA. En AA. VV., *El ALCA al desnudo: críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas* de noviembre de 2002. Alianza Social continental, enero 2003.

Pipan, Anita. *Los derechos humanos y la OMC*. Buenos Aires/Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2006.

Stiglitz, Joseph E. and Charlton, Andrew. *Fair trade for all. How trade can promote development*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2005.

Venegas Grau, María. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

A propósito del Principio 12 y la regulación sobre radiodifusión y otros servicios de comunicación audiovisual

Damián Miguel Loreti¹

En octubre de 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expuso la Declaración de Principios de Libertad de Expresión. A través del Principio 12 se ha señalado la necesidad de que los Estados fijen normas antimonopólicas en la actividad de los medios de comunicación. Del mismo modo, se ha pronunciado en la necesidad de que las asignaciones de licencias se realicen de modo democrático y transparente, y reconoce la importancia de preservar la igualdad de oportunidades. Esta declaración se formula en precedentes, como los de la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 5/85, en la que considera inadmisibles los monopolios en la actividad de los medios de comunicación, independientemente de su naturaleza pública o privada. Teniendo en consideración que los niveles de concentración en la actividad de los medios de comunicación en América Latina son altísimos y que son efectivamente una restricción a la libertad de expresión, se entiende necesario analizar las consecuencias de la adopción concreta de los postulados de este principio. A la fecha, varios países de la región estudian la modificación de las reglas de telecomunicaciones y comunicación audiovisual, las cuales incluyen, por supuesto, las vinculadas a la concentración de medios de comunicación y de derechos de exhibición. El objeto de este escrito es acercar ciertas condiciones e interrogantes sobre las modalidades que deberían tener las regulaciones para dar cumplimiento a lo recomendado por el Principio 12, cuyos estándares guardan los pronunciamientos específicos del Sistema Interamericano.

Palabras claves: concentración, monopolios, expresión, comunicación y medios.

Introducción: El contexto

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) proclamó en octubre de 2000 su Declaración de Principios de Libertad de Expresión. Entre sus trece postulados, el duodécimo señala:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia

al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos².

En los últimos años y en distintos países de la región, debido a los cambios generados a partir de la introducción de las tecnologías, los Estados han empezado a discutir reformas a las legislaciones sobre radiodifusión y telecomuni-

1 Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Titular de la Cátedra Libre Unesco-Libertad de Expresión de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata. Fue Director de la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (2002-2006). Actualmente es Vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y titular de la Cátedra de Derecho a la Información de la Carrera de Ciencias de la Comunicación de esa Facultad. *Correo electrónico:* dloreti@sinectis.com.ar



De la mano de la oportunidad histórica que ofrecen para modificar sus legislaciones, se intenta plantear algunas referencias, estándares y principios que tendrían que ser bienvenidos por las regulaciones en la materia, así como algunos interrogantes en su desarrollo.

caciones, ligadas a la comunicación social. No será el objeto de tratamiento en este aporte el análisis de las circunstancias por las cuales cada Estado llega a la decisión del cambio. De la mano de la oportunidad histórica que ofrecen para modificar sus legislaciones se intenta plantear algunas referencias, estándares y principios que tendrían que ser bienvenidos por las regulaciones en la materia, así como algunos interrogantes.

En este contexto, se debe anotar la vigencia de tratados de derechos humanos que de modo específico imponen a los Estados obligaciones de prestación en materia de libertad de expresión y opinión, tales como la Declaración de Derechos del Niño. Por ejemplo se destaca su artículo 17, cuando define la importante función que desempeñan los medios de comunicación y reclama que los Estados deben velar porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales.

La primera cuestión es sobre el rol del Estado en materia de libertad de expresión, ejercida en un soporte distinto al papel o a la toma de la voz pública. En el particular se indica que existe una tensión teórica entre quienes sostienen que el Estado satisface sus obligaciones de respeto a la libertad de expresión como derecho humano con la abstención de censurar, y aquellos que entienden que los Estados tienen una obligación mucho más extensa y, por tanto, importa el cumplimiento de obligaciones de prestación con una agenda

A propósito del Principio 12 y la regulación sobre radiodifusión y otros servicios de comunicación audiovisual

más activa y permeable. Dicha agenda incluye la facilidad de acceso a la información pública y otras intervenciones sobre posiciones más cercanas a entender que, en la deliberación democrática sobre asuntos de políticas públicas, la protección conlleva a la regulación de aspectos complejos, como lo son los medios electrónicos, las campañas electorales, la pornografía o el discurso del odio.

En otro orden de ideas, ha quedado sentado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –interpretando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos– que la negativa de un Estado a renovar el registro de una publicación no sólo constituye una violación al derecho de libertad de expresión de los medios, sino que también importa una violación a los derechos de los lectores a recibir información³.

En este contexto, se debe anotar la vigencia de tratados de derechos humanos que –de modo específico– imponen a los Estados obligaciones de prestación en materia de libertad de expresión y opinión, tales como la Declaración de Derechos del Niño. Por ejemplo, se destaca su artículo 17, cuando define la importante función que desempeñan los medios de comunicación y reclama que los Estados deben velar porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales. En especial, menciona la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral, y su salud física y mental. A su vez, define que los Estados deben alentar a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para niños y niñas, y la producción y difusión de libros para niños y niñas; a los medios de comunicación, a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas de niños y niñas pertenecientes a un grupo minoritario o que sean indígenas; y a la promoción y elaboración de directrices apropiadas para proteger niños y niñas contra toda información y material perjudicial para su bienestar.

2 CIDH. *Declaración de Principios de Libertad de Expresión*. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>. Octubre de 2000.
3 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Caso Mavlonov and Sa'idi vs. Uzbekistan*. Del 19 de marzo de 2009.



En este sentido, se recomiendan los convenios contra la discriminación⁴ y de protección a la diversidad cultural⁵, de eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer⁶, o sobre telecomunicaciones⁷.

Revisado ya el marco de los convenios cuya aplicación excede al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y a los fines de tratar la problemática de nuestro interés central, la segunda cuestión es qué criterios y principios fija el artículo 13.3 de la Convención Americana –reconocido ya el artículo 13 como el más generoso en materia de protección a la libertad de expresión al ratificar no sólo nuevamente el concepto del sujeto universal del derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información, sino también el marco de la protección contra las restricciones indirectas y los estándares de interpretación.

Uno de los estándares sobre su aplicación e interpretación recae, cierta pero no únicamente, en los contenidos de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de octubre de 2008 y, con particular énfasis, en el Principio 12 de dicha Declaración, cuyo texto fue transcrito al inicio de la presentación.

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Los estándares, principios y recomendaciones

Es entonces el Principio 12 desde el cual se deberían conformar los procesos reglamentarios de la legislación en radiodifusión. Este principio ha sido contenido y desarrollado por diferentes estamentos de las entidades supranacionales y sus representantes, así como por los órganos del SIDH. En aplicación de estos principios sentados en la Declaración de octubre de 2000, en marzo de 2001 la CIDH elaboró un informe sobre derechos humanos en Paraguay⁸ que establece un antecedente para toda la región. En una de las tres recomendaciones planteadas al Gobierno paraguayano por el actual Secretario Ejecutivo de la CIDH, se establece

Este principio ha sido contenido y desarrollado por diferentes estamentos de las entidades supranacionales y sus representantes, así como por los órganos del SIDH.



4 *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. Art. 7. "Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la presente Convención".

5 *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad en las Expresiones Culturales*.

6 En particular el artículo 5, que establece la obligación de los Estados que tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

7 *Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones*, cuyo articulado específico en la Recomendación 2 de la Resolución 69 UIT (incorporada a los Acuerdos de Ginebra de diciembre 1992 en Kyoto durante 1994), expone: "... teniendo en cuenta la Declaración de Derechos Humanos de 1948, la Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, consciente de los nobles principios de la libre difusión de la información y que el derecho a la comunicación en un derecho básico de la comunidad recomienda: a los Estados parte que faciliten la libre difusión de información por los servicios de telecomunicaciones".

8 OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52 9 marzo 2001. *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*. Capítulo VI.



A propósito del Principio 12 y la regulación sobre radiodifusión y otros servicios de comunicación audiovisual

... la necesidad de aplicar criterios democráticos en la distribución de las licencias para las radioemisoras y canales de televisión. Dichas asignaciones no deben ser hechas basándose solamente en criterios económicos, sino también en criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidad al acceso de las mismas⁹.

En la misma inteligencia, la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA sostiene que *"la radiodifusión sigue siendo la fuente más importante de información para la mayoría de los pueblos del mundo"*, en el marco de las consideraciones por las que declara que

la promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión¹⁰.

En el año 2004, la Relatoría Especial dedica al tema un capítulo específico de su Informe Anual, donde indica como una de sus hipótesis:

Desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces difícilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como pluralidad o diversidad en la información¹¹.

En la misma línea, afirma que,

Siguiendo esta tendencia, en los últimos años se ha venido

interpretando que uno de los requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público. Y es por ello que el control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho el derecho de información de toda la sociedad. [11] La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes.

Finaliza en el punto 25,

"su preocupación por el peligro que representan los esquemas de concentración en la propiedad de los medios de comunicación para la formación de la opinión pública.

Con la participación de los demás Relatores Especiales de Libertad de Expresión de los otros sistemas (ONU, OSCE y la Comisión Africana), también la Relatoría Especial se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en relación con la necesidad de pluralismo, desconcentración, protección de la diversidad respecto a la regulación de la radiodifusión y su razón de ser.

En 2001, en la Declaración Conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo¹² se señala, entre otros aspectos, que

... la promoción de la diversidad debe ser el objetivo

9 Recomendaciones en el mismo sentido fueron presentadas al Gobierno de Guatemala en abril del mismo año. El Informe recomienda: *"Que se invistiga a profundidad la posible existencia de un monopolio de hecho en los canales de televisión abierta, y se implementen mecanismos que permitan una mayor pluralidad en la concesión de los mismos. (...) Que se revisen las reglamentaciones sobre concesiones de televisión y radiodifusión para que se incorporen criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades en el acceso a los mismos"*.

10 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad De Expresión - *Declaración Conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo*, por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA). 19 y 20 de noviembre de 2001.

11 CAPÍTULO V – *Violaciones indirectas a la libertad de expresión* – Informe año 2004. Punto 2.

12 *Declaración conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo*. El Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA),



primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión; Deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión; . . .

En el 2005, la Declaración indicó que

La libertad de expresión requiere que distintos puntos de vista puedan ser oídos. El control estatal de los medios de comunicación, así como las leyes y prácticas que permiten los monopolios en la propiedad de los medios de comunicación, limitan la pluralidad y evitan que el público conozca ciertos puntos de vista¹³.

En 2007, los apartados relacionados con tipologías de medios de comunicación y diversidad hacen constar en la declaración anual que:

Se debe asignar suficiente espacio para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación. En términos de difusión terrestre, ya sea análoga o digital, esto implica una asignación apropiada de las frecuencias para usos de radiodifusión. Los diferentes tipos de medios de comunicación comerciales, de servicio público y comunitario deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles. Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con *must-carry rules* (sobre el deber de transmisión), requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o interoperables, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica¹⁴.

La declaración considera que en la planificación de la transición de la radiodifusión análoga a la digital se debe

considerar el impacto que tiene en el acceso a los medios de comunicación y en sus diferentes tipos. Esto requiere un plan claro para el cambio que promueva, en lugar de limitar los medios públicos. Se deben adoptar medidas para asegurar que el costo de la transición digital no limite la capacidad de los medios comunitarios para operar. La radiodifusión comunitaria debe estar expresamente reconocida en la ley como una forma diferenciada de medios de comunicación, debe beneficiarse de procedimientos equitativos y sencillos para la obtención de licencias, no debe tener que cumplir con requisitos tecnológicos o de otra índole severos para la obtención de licencias, debe beneficiarse de tarifas de concesionaria de licencia y debe tener acceso a publicidad.

Aunque no de modo explícito respecto de la actividad radiodifusora, la Corte Interamericana ya había fijado posición sobre la necesidad del pluralismo en los medios de comunicación desde la Opinión Consultiva 5/85, cuando dice en su numeral 34:

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas. . .

Del mismo modo, el considerando 56 señala:

Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la

13 *Declaración Conjunta sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas* del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión.

14 *Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión* del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información.



intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”¹⁵.

Si se limita la cita de una resolución reciente, la CIDH ilustra en el considerando 106 del fallo *Ríos y otros vs. Venezuela*:

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público e impulsar el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas¹⁶.

Antes, en *Kimel vs. Argentina*¹⁷, la misma Corte por mayoría ya había sentado idéntica posición en el considerando 57.



Las reflexiones y preguntas que se plantean con el límite explícito de atender al mandato de prevenir las situaciones de monopolios y oligopolios que reclama el Principio 12 de la Declaración de la CIDH del 2000, se ponen a consideración de los lectores para ayudar a visualizar distintas circunstancias que las legislaciones deberían tener para ser compatibles con los mandatos y doctrinas del Sistema Interamericano.

A propósito del Principio 12 y la regulación sobre radiodifusión y otros servicios de comunicación audiovisual

Consideraciones finales: premisas, tensiones y posibles estándares

Planteado el conjunto de directrices y estándares interpretativos destinados a la concepción del rol que debería tener el Estado en materia de regulación de medios de comunicación social, se pueden plantear preliminarmente algunas premisas y dudas sobre la problemática que está siendo abordada.

Respecto de la primera ¿cuál es el rol del Estado en materia de libertad de expresión ejercida en un soporte distinto al papel o a la toma de la voz pública? —, se pueden apuntar estas reflexiones:

- a. La regulación de la radiodifusión aparece como una circunstancia distinta a la de otras expresiones como la gráfica e Internet. De hecho, aún cuando no existe referencia a esta última, las declaraciones de los relatores han hecho la distinción respecto a la diferencia que existe entre ambos soportes.
- b. En todas las instancias se plantea la necesidad de considerar no sólo los derechos de los medios y de quienes trabajan en ellos, sino también de quienes reciben la información. El pluralismo no está únicamente destinado a satisfacer la necesidad de quien quiera expresarse, sino también de los que dependen de las informaciones, opiniones o expresiones en general, para estar vinculados a la vida democrática.
- c. Desde la adopción del Principio 12, la afectación de los monopolios y oligopolios en la comunicación social a la libertad de expresión y a la vida en democracia ha dejado de ser un supuesto doctrinario. Es claramente un paradigma del respeto a los derechos humanos. Este fenómeno afecta tanto el derecho a recibir como a difundir e investigar.

La segunda cuestión, con relación a los interrogantes sobre estándares destinados a su inserción legislativa, para

15 Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5

16 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

17 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.



que una eventual ley resulte compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos es la siguiente:

- a. Si el impacto de la concentración en la comunicación social debe entenderse limitado a la situación monopólica u oligopólica de la propiedad de los medios o debe ponerse bajo análisis el abuso de posición dominante sobre los derechos de exhibición de los contenidos relevantes, como ocurre en la Directiva Europea sobre Servicios de Comunicación Audiovisual de diciembre de 2007.
- b. Aún cuando la hipótesis se limitara a la propiedad de los medios, habría que definir si los modos de limitar los monopolios se ajustan sólo a la cantidad de licencias o se asumen otras medidas tales como el fomento de nuevos actores, la incorporación de nuevos soportes tecnológicos y los topes a la penetración de mercados por porcentajes.
- c. Los proyectos legislativos deberían estudiar los límites a los oligopolios y monopolios que conllevan la necesidad y/o razonabilidad de establecer controles a la propiedad cruzada y a la integración de la cadena de valor de las industrias de infocomunicación.
- d. La forma de consagrar las tres franjas de tipologías de emisoras que reclaman los relatores de libertad de

expresión, si se quiere asegurar la igualdad de condiciones e igualdad de oportunidades.

- e. Los legisladores deben constatar si existen formas diferentes para garantizar tal modelo de franjas y si ello se logra con mecanismos idénticos para los distintos tipos de operadores o es recomendable establecer mecanismos diferenciados.
- f. El cuestionamiento de los procedimientos de adjudicación que recomienda el Principio 12 implica fijar estándares diferenciados de acceso a las licencias para cada tipo de emisoras.

Sin lugar a dudas, la regulación de la radiodifusión tiene problemáticas específicas y estándares a los cuales sujetarse, no sólo por imperio de cuestiones técnicas (y aún teniendo en cuenta las económicas), sino por respeto y sujeción a principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las reflexiones y preguntas que se plantean con el límite explícito de atender al mandato de prevenir las situaciones de monopolios y oligopolios que reclama el Principio 12 de la Declaración de la CIDH del 2000 se ponen a consideración de los lectores para ayudar a visualizar distintas circunstancias que las legislaciones deberían tener para ser compatibles con los mandatos y doctrinas del Sistema Interamericano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

De Carreras Serra, Lluís. *Régimen jurídico de la información*. Barcelona: Ariel, 1996.

Duhalde, Eduardo Luis y Alen, Luis. *Teoría Jurídico-Política de la Información*. Buenos Aires: EUDEBA, 1998.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La Libertad de Expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. San José de Costa Rica: IDH, 2003.

Mendel Toby. *The Right to Communicate: An Overview*, ARTICLE 19. Londres, octubre de 2003. En http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=9436&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.



La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso Heliodoro Portugal vs. Panamá

Francisco J. Rivera Juaristi*

En el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó el alcance de su competencia *ratione temporis* con relación a una víctima de desaparición forzada, cuyos restos mortales fueron encontrados. Teniendo en cuenta las particularidades del caso, la Corte Interamericana consideró que la víctima posiblemente había muerto con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoció la competencia del Tribunal. Consecuentemente, con base en el principio de irretroactividad de los tratados internacionales, dicho Tribunal declaró que podía ejercer su competencia *ratione temporis* únicamente sobre la violación del derecho a la libertad personal y excluyó de su competencia la violación del derecho a la vida y a la integridad personal. Desde una perspectiva crítica, en el presente artículo se argumenta lo siguiente: 1) La desaparición forzada, dada su naturaleza autónoma, continua, pluriofensiva e indivisible, no debe estar sujeta a un análisis fragmentado para determinar cuestiones de competencia *ratione temporis* respecto a los diferentes derechos que se pueden ver afectados por ésta (derecho a la vida, derecho a la integridad personal, y derecho a la libertad y seguridad personal); 2) La *fecha crítica* para la determinación de la competencia *ratione materiae* de la Corte es aquella en que un Estado asume sus obligaciones convencionales, siempre y cuando dicho Estado no haya incluido una limitación de temporalidad en el instrumento de reconocimiento de competencia; 3) El principio de irretroactividad de los tratados aplica únicamente a las obligaciones convencionales de los Estados y no es aplicable a los instrumentos de reconocimiento de competencia contemplados en el artículo 62 de la Convención Americana; y 4) La muerte o no de la víctima no es un elemento constitutivo de una desaparición forzada, por lo que el hallazgo de los restos mortales de una persona desaparecida es irrelevante, tanto para la determinación de una violación de desaparición forzada como para el análisis del alcance de la competencia *ratione temporis* del Tribunal.

Palabras claves: desaparición forzada, violación continua, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la libertad y seguridad personal, competencia *ratione temporis*, principio de irretroactividad de los tratados y fecha crítica.

“En el año 1970, el señor Heliodoro Portugal fue víctima de una desaparición forzada”.

* Abogado *senior* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Correo electrónico:* franciscorivera@corteidh.or.cr o fran_rivera@hotmail.com. Las opiniones vertidas en el presente artículo pertenecen únicamente al autor y no reflejan necesariamente las opiniones de la Corte Interamericana o sus funcionarios.

Introducción

En el año 1970, el señor Heliodoro Portugal fue víctima de una desaparición forzada. Los hechos ocurrieron en el contexto de una dictadura militar en Panamá en la cual, según el informe de la Comisión de la Verdad de dicho Estado¹, se pudieron documentar al menos 40 casos de personas desaparecidas, "aprehendidas por agentes [estatales] obrando bajo las órdenes de protección de superiores, privados de su libertad, en su mayoría golpeados y torturados, para luego ser ejecutados"².

La Comisión de la Verdad constató que al menos 70 personas también fueron asesinadas durante este período por agentes de la dictadura panameña³. Como lo expresa la Comisión de la Verdad, "en ambos casos, los actos se daban al margen de toda autoridad judicial, demostrando un comportamiento delictivo por parte de quienes estaban llamados a velar por [la] seguridad e integridad [de los ciudadanos]"⁴.

El 12 de agosto de 2008, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y dictaminó una sentencia parcialmente condenatoria. En dicho fallo, al analizar una excepción preliminar basada en la supuesta falta de competencia *ratione temporis* del Tribunal para conocer del caso, la Corte dividió y separó la violación de desaparición forzada en sus diferentes componentes convencionales tradicionales (derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la libertad personal) y analizó su competencia temporal respecto a cada uno de estos derechos individuales, reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵.

Consecuentemente, el Tribunal declaró que "no e[ra] competente para pronunciarse sobre la muerte [entiéndase el derecho a la vida] o posibles torturas o malos tratos [entiéndase el derecho a la integridad personal] que se alega sufrió el señor Portugal"⁶, ya que tales supuestos hechos violatorios habrían ocurrido "con anterioridad a la fecha [en que Panamá reconoció la] competencia del Tribunal"⁷ y, por tanto, quedaban fuera del alcance de su competencia temporal. Como fundamento jurídico para declararse incompetente sobre las violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal en este caso, la Corte se basó en el principio de irretroactividad de los tratados internacionales⁸. No obstante, la Corte se declaró competente para analizar la desaparición forzada del señor Portugal como una violación continua al derecho a la libertad personal, que permaneció en el tiempo hasta que se encontraron sus restos mortales⁹.

En el presente artículo trato cuatro temas que surgen directa o indirectamente del análisis que hizo la Corte Interamericana en el caso *Heliodoro Portugal*, respecto a las desapariciones forzadas y su competencia *ratione temporis* para analizarlas. Primero, examinaré la impertinencia de analizar por

La desaparición forzada de personas encuentra diferentes definiciones en el derecho internacional de los derechos humanos, pero todas coinciden en que se trata de una violación autónoma, continua y pluriofensiva.



1 Esta Comisión fue creada por medio del Decreto Ejecutivo No. 2 del 18 de enero de 2001, con el objetivo de "contribuir al esclarecimiento de la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos fundamentales cometidas [...] durante el régimen militar que gobernó a la República de Panamá a partir de 1968". En Informe Final de la Comisión de la Verdad de Panamá, del 18 de abril de 2002. P. 1 [en adelante Informe Final].

2 *Ibid.*, supra nota 1. P. 9.

3 *Ibid.*, supra nota 1. P. 9.

4 *Ibid.*, supra nota 1. P. 9.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. Párr. 21 al 39 [en adelante *Heliodoro Portugal*]. Si bien la Corte también analizó el alcance de su competencia temporal respecto a otros alegatos (como el de la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada o el de la violación del derecho a la integridad personal de los familiares del señor *Heliodoro Portugal*, entre otros), tales asuntos no serán analizados directamente en el presente artículo.

6 *Heliodoro Portugal*. Párr. 32, 36 y 104.

7 *Ibid.* Párr. 32.

8 *Ibid.* Párr. 24 a 27.

9 *Ibid.* Párr. 37 y 117.



La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*

separado la competencia temporal de la Corte Interamericana respecto al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal en casos de desapariciones forzadas. Segundo, argumento que las desapariciones forzadas conllevan una violación, no sólo del derecho a la libertad personal, sino también del derecho a la seguridad personal reconocido en el artículo 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tercero, critico la aplicación del principio de irretroactividad de los tratados internacionales que hizo la Corte Interamericana en el caso *Heliodoro Portugal*, así como en otros casos, al instrumento de reconocimiento de la competencia del Tribunal que depositan los Estados. Por último, examino la repercusión jurídica que tuvo el haber encontrado los restos del señor Portugal en su condición de víctima de una desaparición forzada y en la competencia *ratione temporis* del Tribunal para analizar esta violación.

La desaparición forzada de personas es una sola violación autónoma, continua, pluriofensiva e indivisible

La desaparición forzada de personas encuentra diferentes definiciones en el derecho internacional de los derechos humanos, pero todas coinciden en que se trata de una violación autónoma, continua y pluriofensiva¹⁰. El artículo 1.2 de la *Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992*, señala que la desaparición forzada 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.

Asimismo, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* señala que

se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o de personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Por otro lado, los artículos II y III de la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994* disponen lo siguiente:

Para los efectos de la presente Convención, se considerará desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

[...] Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Por su parte, años antes de que existieran los instrumentos específicos señalados en los párrafos precedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a analizar casos de desapariciones forzadas a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que no menciona en su texto la prohibición específica de la desaparición forzada de personas. No obstante dicha omisión, la Corte Interamericana analizó la desaparición forzada de personas, desde sus primeros casos, particularmente desde el caso *Velásquez Rodríguez*, como una violación de naturaleza autónoma, continua y pluriofensiva, que atenta simultáneamente

10 UNCHR. "Report by the Independent Expert Charged with Examining the Existing International Criminal and Human Rights Framework for the Protection of Person from Enforced or Involuntary Disappearances, pursuant to paragraph 11th of the Commission Resolution 2001/46" (8 January 2002) UN. *Doc E/CN.4/2002/71*. Párr. 75, 76 y 84.

contra varios derechos reconocidos en la Convención Americana¹¹.

La desaparición forzada como violación autónoma

La autonomía de la violación se observa en su diferenciación de otros tipos de violaciones individuales en el derecho internacional, como lo son por ejemplo la ejecución extrajudicial, la tortura y la detención ilegal o arbitraria. Es decir, la desaparición forzada puede afectar los mismos derechos que se ven vulnerados en cada una de estas otras violaciones autónomas, entre otros, pero a su vez se distingue de éstas en razón de su naturaleza compleja, la cual determina su tratamiento jurídico como una violación diferente a las anteriores. Así lo ha determinado la Corte Interamericana desde su sentencia en el referido caso *Velásquez Rodríguez*, en el que señaló que “*el fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral*”¹². Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado más recientemente que:

En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas [cita omitida], no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura u homicidio, entre otras [cita omitida]. La desaparición forzada de personas es un fenó-

meno diferenciado, caracterizado por la violación múltiple y continua de varios derechos protegidos en la Convención¹³.

La desaparición forzada como violación continua

Se considera que es una violación continua en razón de que permanece en el tiempo en todo momento, hasta que se conozca el paradero y la suerte de la víctima desaparecida¹⁴. En este sentido, el Tribunal ha reconocido que “*mientras no sea determinado el paradero de [...] personas [desaparecidas], o debidamente localizados e identificados sus restos, el tratamiento jurídico adecuado para [tal] situación [...] es [el] de desaparición forzada de personas*”¹⁵. Su carácter continuo resulta, además, relevante para el análisis de la competencia temporal del Tribunal, ya que la permanencia de la violación en todo momento hasta que sea determinada la suerte y paradero de la víctima permite que la Corte ejerza competencia sobre desapariciones que comiencen con anterioridad al alcance de su competencia temporal, pero que continúen con posterioridad a dicha fecha. Este tema será abordado en la sección IV del presente artículo. Sin embargo, cabe enfatizar que la Corte Interamericana ha señalado en múltiples ocasiones que

puede ejercer su competencia *ratione temporis* para examinar, sin infringir el principio de irretroactividad, aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o

11 CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 1. Párr. 155 [en adelante *Velásquez Rodríguez*] (señalando que la “desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”); CIDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Párr. 81 al 85 [en adelante *Goiburú y otros*]; CIDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136. Párr. 92 [en adelante *Gómez Palomino*]; y *Heliodoro Portugal*. Párr. 106, 107, 111 y 112. Ver también Méndez, J.E. y Vivanco, J.M., “Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience” (1990). En *Hamline L. Rev.* P. 546-549.

12 *Velásquez Rodríguez*. Párr. 150.

13 *Heliodoro Portugal*. Párr. 181 (señalando en su nota al pie 151 que “de conformidad con el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la desaparición forzada “constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana”, y su práctica sistemática “constituye un crimen de lesa humanidad”); CIDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. Párr. 100 a 106 [en adelante *Hermanas Serrano Cruz*]; *Gómez Palomino*. Párr. 92, y *Goiburú y otros*. Párr. 82.

14 Ver artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Ver también Brody, R. y González, F., “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on “Disappearances” (1997) 19. En *Human Rights Quarterly*. P. 365-405, at P. 387-389.

15 *Heliodoro Portugal*. Párr. 34, y *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Párr. 114 [en adelante *La Cantuta*].





La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*

permanente, es decir, aquellas que tuvieron lugar antes de la fecha [en que comienza el alcance temporal de la competencia del Tribunal] y persisten aún después de esa fecha¹⁶.

La desaparición forzada como violación pluriofensiva

En la gran mayoría de los casos de desaparición forzada que ha conocido¹⁷, la Corte ha considerado que una desaparición forzada, en cuanto a su pluriofensividad, afecta los derechos reconocidos en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal) y 7 (derecho a la libertad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetar derechos) del mismo instrumento¹⁸.

Cabe reiterar que la Convención Americana no contempla una prohibición expresa contra las desapariciones forzadas, por lo que la Corte ha tenido que aproximar una definición de los derechos que dicho fenómeno afecta a la luz de la Convención Americana, prestando consistentemente un énfasis particular en el conjunto básico de los derechos reconocidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención. Dicho enfoque ha sido necesario en aras de decidir los casos de desaparición forzada que fueron sometidos al conocimiento de la Corte con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas en 1994 y respecto de aquellos Estados que, con posterioridad a dicha fecha, aún no hayan ratificado dicho instrumento especializado.

Una vez establecido el carácter autónomo, continuo y pluriofensivo de la desaparición forzada de personas, corresponde proceder al análisis que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto en el caso *Heliodoro Portugal*. Los alegatos presentados en dicho caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de la víctima y sus familiares pretendían que la Corte declarara que el Estado panameño había violado este conjunto básico de derechos (vida, integridad y libertad personal)¹⁹ reconocidos en la Convención Americana²⁰. Sin embargo, Panamá alegó que la Corte Interamericana carecía de competencia temporal para pronunciarse sobre la desaparición forzada de Heliodoro Portugal, ya que los hechos habrían sucedido años antes de



“Al analizar el alcance de su competencia *ratione temporis* sobre la desaparición forzada en el caso *Heliodoro Portugal*, la Corte se declaró competente únicamente sobre la violación del derecho a la libertad personal y excluyó de su competencia la violación del derecho a la vida y a la integridad personal”.

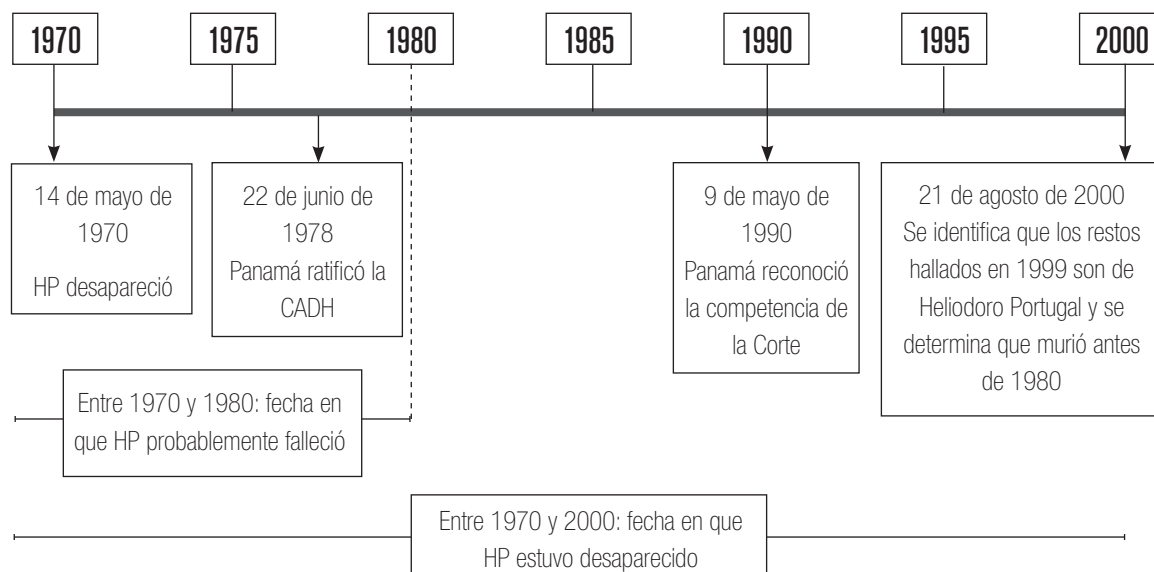
- 16 *Heliodoro Portugal*. Párr. 25; *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 65; CIDH. *Caso Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia del 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161. Párr. 45 [en adelante *Nogueira de Carvalho y otros*]; y CIDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Párr. 63 [en adelante *Vargas Areco*].
- 17 *Velásquez Rodríguez*. Párr. 185 a 188; CIDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Párr. 144, 166 y 175 [en adelante *Bámaca Velásquez*]; CIDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106. Párr. 43 [en adelante *Molina Theissen*]; *Gómez Palomino*. Párr. 35 y 36; CIDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138. Párr. 58 [en adelante *Blanco Romero y otros*]; *Goiburú y otros*. Párr. 49; y CIDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34. Párrs. 55, 56, 57, 66 y 71 [en adelante *Castillo Páez*].
- 18 Ver Méndez, J.E. y Vivanco, J.M., “Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience” (1990), 13. En *Hamline L Rev.* P. 547-552. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas también considera que estos derechos se vulneran cuando existe una desaparición forzada; ver *E/CN.4/1435 [184]*; Fact sheet No. 6, at I available at <http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs6.htm>. Ver también: Taqji, I., “Adjudication Disappearance Cases in Turkey: An Argument for adopting the Inter-American Court of Human Rights’ Approach” (2001), 24. *Fordham International Law Journal*. P. 940-987. Para un mayor análisis de los derechos afectados en casos de desapariciones forzadas, ver Pérez Solla, María Fernanda, *Enforced Disappearances in International Human Rights Law*, North Carolina: McFarland & Company Inc. Publishers, 2006.
- 19 También se alegó la violación del artículo 13 (Libertad de expresión y pensamiento) de la Convención Americana, pero para efectos del presente artículo el análisis se centrará en la desaparición forzada como una violación de los artículos 4, 5 y 7 de dicho instrumento. Lo anterior no debe significar que el artículo 13 de la Convención, o inclusive otros, no puedan verse afectados en una desaparición forzada.
- 20 Para efectos del presente artículo, que pretende realizar una crítica del Fallo en el caso *Heliodoro Portugal* en relación con la declaración de incompetencia *ratione materiae* que hizo el Tribunal respecto de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el análisis de competencia sobre la figura de la desaparición forzada de personas se hará con base en dicha Convención Americana y no sobre la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas. Cabe señalar que en el caso *Heliodoro Portugal* el Tribunal se declaró competente para declarar una violación de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas. *Heliodoro Portugal*. Párr. 105 y 117.

que Panamá ratificara la Convención Americana y hubiera reconocido la competencia contenciosa del Tribunal.

Al analizar el planteamiento realizado por el Estado, la Corte Interamericana tomó en consideración los siguientes hechos: la desaparición del señor Portugal presuntamente comenzó en el año 1970 y sus restos fueron encontrados en el año 1999 e identificados mediante estudios de ADN en el año 2000. Según el Tribunal, el examen que se hizo de los restos

“permite concluir que [Heliodoro Portugal] habría fallecido al menos veinte años antes de haber sido encontrado [...], es decir, al menos 10 años antes de que el Estado reconociera la competencia del Tribunal”²¹.

La siguiente gráfica indica las fechas relevantes para el análisis de competencia temporal que realizó la Corte en el caso *Heliodoro Portugal*:



Al analizar el alcance de su competencia temporal sobre la desaparición forzada que comenzó en el año 1970, la Corte examinó por separado los supuestos hechos que sustentarían una violación propia de cada derecho que se alegó fue violado, en vez de analizar si tenía competencia sobre una única violación integral y autónoma —la desaparición forzada—, que se manifestó de manera continua y pluriofensiva desde el año 1970 hasta el año 2000. El Tribunal comenzó su análisis examinando si se podría comprobar que el desaparecido había fallecido con anterioridad a la fecha en que Panamá reconoció la competencia del Tribunal, a saber, el año 1990. Luego de presumir que dicho fallecimiento efectivamente ocurrió con anterioridad a esta fecha, el Tribunal consideró que no era “competente para pronunciarse sobre la muerte del señor Portugal” ni sobre “los presuntos hechos de tortura y malos tratos que se alegó sufrió el señor Portugal, ya que tales

hechos conformarían violaciones de ejecución instantánea que, en todo caso, hubieran ocurrido con anterioridad a 1990”²² y estarían, según el Tribunal, fuera del alcance temporal de su competencia.

Al dividir el análisis de la desaparición forzada en tres violaciones individuales —la “muerte”, la “tortura y malos tratos”, y la “detención”—, la Corte desnaturalizó la violación autónoma, continua y pluriofensiva cuyo *nomen juris* es desaparición forzada de personas.

21 *Heliodoro Portugal*. Párr. 31.

22 *Heliodoro Portugal*. Párr. 36.



La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*

La desaparición forzada no debe estar sujeta a un análisis fragmentado para determinar cuestiones de competencia *ratione temporis* respecto de los diferentes derechos que se pueden ver afectados por esta

Al dividir el análisis de la desaparición forzada en tres violaciones individuales —la “muerte”, la “tortura y malos tratos”, y la “detención”—, la Corte desnaturalizó la violación autónoma, continua y pluriofensiva cuyo *nomen juris* es desaparición forzada de personas. Si bien es cierto que la Corte ha analizado por separado las violaciones del derecho a la vida, integridad personal y libertad personal en otros casos de desapariciones forzadas, considero que el tratamiento jurídico adecuado de dicha violación debe realizarse de manera unitaria e integral, conforme a su naturaleza propia. Irónicamente, así lo ha establecido el propio Tribunal, inclusive en la Sentencia en el caso *Heliodoro Portugal*, en la que señaló que

[...] la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación en cada momento. Es necesario entonces considerar integralmente la desaparición forzada en forma autónoma y con carácter continuo o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados. En consecuencia, el análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada, [es decir,] sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser [...] el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana [...] ²³.

No obstante, la Corte consideró que el Estado únicamente violó el derecho a la libertad personal de *Heliodoro*

Portugal y que esta violación, para efectos de la competencia *ratione materiae* del Tribunal, ocurrió desde el año 1990 (cuando Panamá reconoció la competencia del Tribunal) hasta que se identificaron los restos mortales en el año 2000. Sin embargo, el Tribunal también encontró que la víctima efectivamente habría muerto al menos en el año 1980. En vista de estas conclusiones, resulta necesario preguntarse lo siguiente: ¿Quién estuvo privado de su libertad hasta el año 2000, si Heliodoro Portugal había muerto al menos 20 años antes? Sería absurdo que se condene a un Estado por mantener privado de libertad unos restos mortales. Sin embargo, este pareciera ser el resultado del análisis que hizo el Tribunal de la desaparición forzada de *Heliodoro Portugal* como únicamente una violación de su derecho a la libertad personal.

Estimo que la Corte se limitó indebidamente a analizar el fenómeno pluriofensivo de la desaparición forzada bajo el prisma singular del derecho a la libertad personal. La desaparición forzada afecta mucho más que la libertad personal de la víctima. Inclusive la definición más estricta que existe de la desaparición forzada de personas incluye una afectación múltiple y simultánea de varios derechos. Si bien la Corte intentó dar mayor énfasis en la Sentencia a este carácter autónomo y pluriofensivo de la desaparición forzada, en el caso concreto el único derecho que el Tribunal encontró vulnerado fue el de la libertad personal y, por tanto, pareciera que se condenó al Estado por haber detenido (no desaparecido) a Heliodoro, aún después de su muerte. La aplicación de la figura autónoma de la desaparición forzada de personas en este caso, sin fragmentaciones indebidas, hubiera evitado tales conclusiones aparentemente ilógicas.

En otras palabras, no se debe apreciar la desaparición forzada como una serie de violaciones distintas y separadas que pueden afectar de manera individual el derecho a la vida, a la integridad personal o a la libertad personal. La desaparición forzada de personas se trata de una violación distinta al homicidio, la tortura o el secuestro, y debe ser tipificada como tal a nivel doméstico a diferencia de otras violaciones contra la vida, integridad y libertad personales. Ésta afecta el derecho a la vida (no se trata del derecho a no morir arbitrariamente), al ponerla en grave riesgo, así como el derecho a la integridad personal (no se trata del derecho a no ser

23 *Heliodoro Portugal*, en el párr. 112.

torturado), al ser colocado en una situación de completa indefensión, y también afecta el derecho a la libertad y a la seguridad personal (no se trata únicamente del derecho a no ser detenido ilegal o arbitrariamente), al estar bajo el control del Estado sin que éste informe sobre el paradero de la víctima.

Si bien es cierto que el Tribunal declaró que Heliodoro Portugal fue desaparecido —por lo que encontró una violación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas— el análisis fragmentado que realizó de los diferentes derechos afectados resultó en un aparente retroceso jurisprudencial en materia de desapariciones forzadas analizadas a la luz de la Convención Americana. Por tanto, reitero que una interpretación integral de las desapariciones forzadas como la que sugiero aquí evitaría llegar a conclusiones aparentemente incoherentes, tanto en hechos como en derecho, como la que pareciera desprenderse del caso *Heliodoro Portugal*.

En conclusión, el Tribunal no debió analizar si podía ejercer su competencia sobre la muerte, o tortura y malos tratos o la detención del señor Portugal como si se tratara de tres violaciones distintas, sino que debió analizar si la víctima estuvo desaparecida dentro del período sobre el cual la Corte podía ejercer competencia. En caso afirmativo, el Tribunal debió declararse competente para analizar la desaparición forzada como una violación conjunta de tales derechos.

La desaparición forzada no sólo afecta el derecho a la libertad personal, sino también a la seguridad personal

Antes de pasar a analizar el segundo problema que encuentro con el análisis de competencia que hizo la Corte en el caso *Heliodoro Portugal*, estimo necesario hacer una observación adicional en cuanto a las conclusiones a las que ha llegado la Corte respecto de la violación del artículo 7 de la Convención Americana en éste y otros casos de desapariciones forzadas. Si bien el Tribunal se declaró incompetente para analizar una violación del derecho a la vida y a la integridad personal en el caso *Heliodoro Portugal*,

La seguridad personal es un concepto que no ha sido abordado de manera directa y determinante en la jurisprudencia de la Corte.

cabe resaltar que la Corte sí declaró que hubo una violación al derecho reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana. Al hacerlo, la Corte fue clara en declarar que el derecho que se violó fue el de la “libertad personal”, lo cual encuentra cierto sustento en la definición que hace la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas. Recordemos que dicha Convención especializada pone énfasis particular en que la desaparición forzada es una “privación de la libertad [...] seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad [...]”²⁴. Por lo tanto, no sería irrazonable presumir que la Corte centrará su análisis en el derecho a la libertad personal cuando analice otros casos de desapariciones forzadas respecto a Estados que sean Partes tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas.

Sin embargo, propongo una lectura más integral del derecho protegido por el artículo 7 de la Convención Americana. El inciso primero de dicho artículo dice: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”. Considero que esta última frase, al referirse a “la seguridad personal”, describe más adecuadamente el derecho afectado por las desapariciones forzadas a la luz de la Convención Americana, que el derecho a la libertad personal analizado de manera aislada. La seguridad personal es un concepto que no ha sido abordado de manera directa y determinante en la jurisprudencia de la Corte. Si bien el Tribunal ha transcrito en múltiples sentencias el texto del citado inciso primero del artículo 7 de la Convención Americana en casos de desapariciones, el enfoque principal siempre ha estado en el derecho a la libertad personal.

La libertad y la seguridad personal son conceptos relacionados, pero a su vez tienen contenidos jurídicos distintos. La seguridad personal es un derecho que se asemeja más



24 Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.



La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*

JURÍDICA

a lo que se pretende proteger mediante la suma del núcleo básico de tres derechos tradicionalmente analizados en casos de desapariciones (vida, integridad y libertad personal). Por lo tanto, estimo que sería interesante —y sugiero respetuosamente que la Corte así lo considere— desarrollar en sus próximas sentencias este concepto de la desaparición forzada como una violación del derecho a la seguridad personal.



“La fecha crítica para la determinación de la competencia *ratione materiae* de la Corte es aquella en que un Estado asume sus obligaciones convencionales, siempre y cuando dicho Estado no haya incluido una limitación de temporalidad en el instrumento de reconocimiento de competencia”.

El segundo problema que surge del análisis de competencia que realizó la Corte en este caso es el siguiente: no existía motivo para que el Tribunal adoptara como punto de partida la fecha en que Panamá depositó su instrumento de reconocimiento de competencia del Tribunal (1990), ya que Panamá no realizó ninguna limitación temporal de competencia junto con dicho instrumento. Ante la ausencia de una limitación temporal de competencia, la Corte debió haber considerado la fecha en que la Convención entró en vigor para Panamá (1978) como la fecha crítica desde la cual el incumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado sería justiciable ante el Tribunal. De haber analizado su competencia temporal a partir del año 1978, fecha en que Panamá ratificó la Convención, la Corte podría haberse declarado competente inclusive para analizar la ejecución extrajudicial de Heliodoro Portugal (como violación adicional a su desaparición forzada), ya que éste alegadamente murió “al menos veinte años antes” del año 2000 (cuando fueron identificados sus restos). Dicho de otra manera, Heliodoro Portugal pudo haber estado vivo con posterioridad a la fecha crítica de 1978, por lo que el Estado tenía la obligación convencional a partir de esa fecha de respetar y garantizar el derecho a la vida, integridad personal, y libertad y seguridad personal de éste, así como de dar a conocer su suerte y paradero, y poner fin a la continuidad de su desaparición.

La Corte tenía la potestad de conocer el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales a partir de tal fecha.

El principio de irretroactividad de los tratados aplica únicamente a las obligaciones convencionales de los Estados y no es aplicable a los instrumentos de reconocimiento de competencia contemplados en el artículo 62 de la Convención Americana

Considero que la Corte Interamericana interpretó indebidamente el principio de irretroactividad de los tratados, tanto en el caso *Heliodoro Portugal* como en otros casos en que se planteaban situaciones similares de incompetencia temporal. En virtud de dicha interpretación, el Tribunal ha excluido del alcance temporal de su competencia contenciosa violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos que ocurrieron durante la vigencia de dicho tratado internacional, respecto de Estados que aún no hubieran reconocido la competencia de la Corte.

A mi entender, el Tribunal es competente para decidir sobre la veracidad de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de un tratado para un Estado determinado, así como para declarar las consecuencias jurídicas que surgen de tales hechos, aún cuando dicho Estado haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte con posterioridad a los mismos. El ejercicio de la competencia del Tribunal en tales casos no violaría el principio de irretroactividad de los tratados, siempre y cuando el Estado en cuestión no haya limitado expresamente la competencia temporal de la Corte en el texto del instrumento mediante el cual tal Estado reconoce la competencia de la Corte. Tampoco se afectaría la seguridad jurídica de los Estados, ya que estos asumen voluntariamente sus obligaciones convencionales al momento de ratificar la Convención Americana, no al momento de reconocer la competencia de la Corte para conocer violaciones a dicha Convención.

Cabe señalar que a diferencia del sistema europeo, en el sistema interamericano la Corte Interamericana no puede ejercer competencia sobre un Estado Parte en la Convención

Americana sobre Derechos Humanos que no se la haya reconocido expresamente mediante el depósito de lo que se conoce como un instrumento de reconocimiento de competencia. Así lo dispone el artículo 62 de dicha Convención Americana. Surgen problemas de determinación de competencia *ratione temporis* cuando un Estado, como Panamá, ratifica la Convención Americana en una fecha (1978) y reconoce la competencia del Tribunal en otra (1990), pero al hacerlo no limita expresamente el ejercicio de la competencia del Tribunal a partir de esta última fecha, tal y como lo han hecho otros Estados Parte.

El debate aquí se centra en la determinación de lo que se conoce en el derecho internacional como la “*fecha crítica*”²⁵, es decir, aquella que determina el alcance temporal de la competencia del Tribunal u órgano de supervisión. En reiteradas ocasiones, la Corte Interamericana ha considerado que la fecha crítica es aquella en que un Estado demandado haya depositado el instrumento de reconocimiento de competencia de la Corte de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana²⁶. Como fundamento de lo anterior, la Corte ha señalado que el artículo 62 de la Convención Americana se debe interpretar a la luz del principio de la irretroactividad de los tratados, reconocido ampliamente en el derecho internacional y dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Difirió del razonamiento de la Corte sobre la aplicabilidad del principio de la irretroactividad de los tratados al instrumento mediante el cual los Estados reconocen la competencia del Tribunal.

Los siguientes párrafos de la Sentencia de la Corte en el caso *Heliodoro Portugal* resultan ilustrativos del razonamiento de la Corte en este punto:

23. [...] *Los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria [del Tribunal] (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por*

los Estados que la presentan, de [la competencia] de la Corte [para] resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción [cita omitida]. Para determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence), debe tomar en cuenta exclusivamente el principio de irretroactividad de los tratados establecido en el derecho internacional general y recogido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 [cita omitida], el cual establece que:

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

24. *Consecuentemente, la Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional son anteriores al reconocimiento de dicha competencia [cita omitida y énfasis añadido]. A contrario sensu, el Tribunal es competente para pronunciarse sobre aquellos hechos violatorios que ocurrieron con posterioridad a la fecha en que el Estado reconoció la competencia de la Corte o que a tal fecha no hayan dejado de existir*²⁷.

A primera vista, el lector puede ver cierta incongruencia entre el principio de irretroactividad de los tratados, por un lado, y la aplicación que le hace la Corte al instrumento de reconocimiento de competencia de la Corte. Este último instrumento no es un tratado per se. El instrumento de reconocimiento de competencia de la Corte no genera obligaciones, tal y como lo hacen los tratados y la propia Convención Americana. La obligación de acatar las decisiones del Tribunal, las cuales son definitivas e inapelables, por ejemplo, emanan de la propia Convención (artículo 67), no del instrumento de

25 Este término ha sido empleado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos para describir la fecha desde la cual el Tribunal puede ejercer su competencia respecto al incumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por un Estado. La Corte Interamericana también empleó dicho término en el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*.

26 Véase, Caso Cantos vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia del 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85. Párr. 35 a 37 [en adelante Cantos]; *Nogueira de Carvalho y otros*. Párr. 43 y 44: *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Párr. 105 [en adelante *Niñas Yean y Bosico*]; y CIDH. *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168. Párr. 38 [en adelante *García Prieto y otros*].

27 Énfasis nuestro.



La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso Heliodoro Portugal vs. Panamá

reconocimiento de competencia. Además, la propia Corte Interamericana ha reconocido implícitamente que el instrumento de reconocimiento de competencia no es un tratado. Así se entiende cuando la Corte declaró en su momento que el Perú no podría retirar su reconocimiento de competencia del Tribunal sin denunciar la Convención Americana. Al respecto, la Corte señaló lo siguiente:

El Estado Parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo [...]. El instrumento de aceptación de la competencia de la Corte debe, pues, ser apreciado siempre a la luz del objeto y propósito de la Convención Americana como tratado de derechos humanos²⁸.

Al depositar un instrumento de reconocimiento de competencia de conformidad con el artículo 62 de la Convención, los Estados únicamente están realizando un acto procesal que permite que violaciones de las obligaciones ya existentes al ratificar la Convención también sean justiciables en sede jurisdiccional, a saber, ante la Corte Interamericana. El instrumento en sí no genera obligaciones nuevas o diferentes a aquellas señaladas en la Convención que puedan ser exigidas retroactivamente, ya que la obligación de respetar los derechos señalados en la Convención surge al momento en que ésta entra en vigor para un Estado. Por tanto, el principio de irretroactividad de los tratados no debe ser aplicado al instrumento de reconocimiento de competencia de la Corte para efectos de determinar la fecha crítica, sino a la fecha en que el tratado entra en vigor para determinado Estado.

La confusión al respecto se debe en parte a que algunos Estados han depositado su instrumento de reconoci-

miento de competencia el mismo día en que han ratificado la Convención. En tales casos, la Corte ha interpretado que la fecha crítica es aquella en que el Estado reconoció su competencia, cuando lo correcto sería que la fecha crítica fuera aquella en que las obligaciones convencionales entraron en vigor, aún cuando la fecha es una y la misma. A mi entender, la confusión al respecto comenzó en el año 2001, cuando el Tribunal analizó por primera vez la aplicabilidad del principio de irretroactividad de los tratados (artículo 28 de la Convención de Viena)²⁹ al instrumento de reconocimiento de competencia (artículo 62 de la Convención Americana), en la sentencia de excepciones preliminares dictada en el caso Cantos contra Argentina.

En el instrumento de reconocimiento de competencia del Tribunal, Argentina dejó *"constancia [... de] que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento"*. El "mencionado instrumento" necesariamente se refiere a la Convención Americana, ya que éste es el único instrumento sujeto a la "ratificación" señalada en el texto. Esto no se puede interpretar como una limitación temporal de competencia que tiene como punto de partida el instrumento de reconocimiento de competencia, sino una reiteración del principio de la irretroactividad de la Convención Americana.

En el caso de Argentina, ésta depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana y de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte en la misma fecha. Consecuentemente, la Corte interpretó la frase *"hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento"* –que es el texto literal que se encuentra en el instrumento de reconocimiento de competencia– como si se

28 Énfasis nuestro.

29 El Tribunal, en el ejercicio de su competencia contenciosa, se refirió por primera vez a la Convención de Viena en el contexto del artículo 62 respecto de países que pretendían denunciar la Convención indirectamente a través del instrumento facultativo de competencia. En dichos casos, el Tribunal no discutió el tema de la irretroactividad de los tratados, sino más bien estableció que la Convención de Viena puede ser considerada como una fuente de interpretación de la Convención. Respecto a Perú, el Tribunal señaló que, de conformidad con el principio de buena fe contemplado en la Convención de Viena, "un Estado Parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado", por lo que no puede, mediante el instrumento facultativo de competencia, pretender sustraerse de la competencia del Tribunal, sino que debe hacerlo "mediante la denuncia del tratado como un todo". (Véase *Tribunal Constitucional, Competencia*. Párr. 39, 45, 49). Respecto de Trinidad y Tobago, la Corte consideró que la declaración de reconocimiento de competencia que realizó el Estado pretendía subordinar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal a las disposiciones del derecho interno. (Véase *CIDH. Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82. Párr. 74 [en adelante *Caso Constantine y otros*]; *CIDH. Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia dl 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81. Párr. 75 [en adelante *Benjamin y otros*]; y *CIDH. Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80. Párr. 83 [en adelante *Hilaire*]). En ninguno de estos casos la Corte consideró asuntos relacionados con la competencia temporal del Tribunal o el principio de irretroactividad contemplado en el artículo 28 de la Convención de Viena. No obstante, dichos casos sirvieron de antecedentes para la aplicación del referido artículo 28 de la Convención de Viena al contexto estipulado en el artículo 62 de la Convención Americana.

refiriera a “hechos o actos jurídicos acaecidos con posterioridad al depósito de la ratificación de la Convención y *de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte*”³⁰—que es la interpretación que hizo la Corte del referido texto—. Esta última frase, resaltada en *itálicas*, no se encuentra en el instrumento de reconocimiento de competencia de la Argentina, sino que fue añadida arbitrariamente por la Corte en su sentencia, lo cual ha generado cierta confusión respecto de la determinación de la fecha crítica.

Dado que la Argentina ratificó la Convención Americana y reconoció la competencia del Tribunal en la misma fecha, la Corte consideró que ésta, al ser la misma en ambas situaciones, sería la fecha crítica para ejercer su competencia y declaró que “debe aplicarse el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general³¹, observando los términos en que la Argentina se hizo parte en la Convención Americana”³². Partiendo de este precedente, el Tribunal ha considerado en varias ocasiones—en mi opinión indebidamente— que el principio de irretroactividad de los tratados y la limitación temporal de la competencia de la Corte se refieren a lo mismo y establecen una misma fecha crítica³³.

El caso de las Hermanas Serrano Cruz resulta ejemplar. En dicho caso, el Tribunal señaló que “la Corte debe tener presente [el principio de irretroactividad de los tratados], al determinar si tiene o no competencia para conocer un caso”³⁴. Para tales efectos, la Corte transcribió el texto del artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, como se señaló anteriormente, que

... las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con

anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo³⁵.

Con base en lo anterior, el Tribunal declaró que

[E]l anterior principio de irretroactividad se aplica a la vigencia de los efectos jurídicos del reconocimiento de la competencia de la Corte para conocer de un caso contencioso, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Corte puede conocer de los actos o hechos que hayan tenido lugar con posterioridad a la fecha de reconocimiento de la competencia del Tribunal y de las situaciones que a dicha fecha no hubieren dejado de existir³⁶.

Contrario a lo señalado por la Corte, considero que el principio de irretroactividad de los tratados se refiere expresamente a que los Estados no asumen obligaciones por hechos ocurridos con anterioridad a la “*fecha de entrada en vigor del tratado*”, y que la fecha a la que se refiere el artículo 62.1 de la Convención es el “*momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de (la) Convención, o (a) cualquier momento posterior, (en el cual el Estado reconozca) como obligatoria (...) la competencia de la Corte (...)*”. Ambas fechas (la fecha de entrada en vigor de la Convención y la fecha en que un Estado reconoce la competencia del Tribunal) pueden coincidir, como sucedió en el caso Cantos respecto de Argentina, pero usualmente ese no es el caso.

Dicho de otra manera, el principio de irretroactividad se refiere únicamente a la fecha en que el Estado asume obligaciones y deberes en razón de haber ratificado un tratado. Es decir, un Estado no está obligado a cumplir con las disposiciones

30 *Cantos*. Párr. 36. Énfasis nuestro.

31 Si bien la Convención de Viena señala en el artículo 1 que ésta únicamente “aplica a los tratados entre Estados”, y en su artículo 3 que no aplica “a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional”, el Tribunal consideró pertinente en este caso, así como en otros, hacer referencia a ella en tanto recoge principios generales del derecho internacional.

32 *Cantos*. Párr. 37.

33 CIDH. *Caso Blake vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 2 de julio de 1996. Serie C No. 27. Párr. 30 y 33 [en adelante *Blake I*]; CIDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie C No. 36. Párr. 3 y 53 [en adelante *Blake II*]; *Nogueira de Carvalho y otros*. Párr. 43 y 44; CIDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. Párr. 38 y 39 [en adelante *Comunidad Moiwana*]; *Caso Caesar*. Sentencia del 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123. Párr. 108 [en adelante *Caesar*]; *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 64 a 66; y *Niñas Yean y Bosico*. Párr. 104.

34 *Hermanas Serrano Cruz*, supra No. 12, Párr. 64.

35 Énfasis nuestro.

36 *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 65.





La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso Heliodoro Portugal vs. Panamá

de un tratado hasta que éste entre en vigor para tal Estado. Por el contrario, el artículo 62 de la Convención se refiere al momento en que la Corte puede comenzar a ejercer su competencia "sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención" respecto de dicho Estado.

Si bien también resulta discutible, para efectos del presente argumento asumiré que el artículo 62.2 de la Convención Americana permite que los Estados limiten ese ejercicio de competencia. Sin embargo, cabe reiterar que la "aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétreas que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.2 de la Convención Americana"³⁷. Es decir, la propia Convención, de conformidad con el referido artículo 62.2, les permite a los Estados aceptar la competencia de la Corte voluntariamente y admite ciertas limitaciones a ésta, ya sea "incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos".

Por otro lado, el artículo 74.2 establece que la "Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión". Consecuentemente, según el principio de irretroactividad, las obligaciones de un Estado respecto de la Convención comienzan desde el momento en que ésta entre en vigor para dicho Estado, no antes. Esto es así, independientemente de si el Estado adicionalmente reconoce o no la competencia del Tribunal. El hecho de que el Tribunal no pueda ejercer competencia sobre un caso, o incluso respecto de un Estado, no significa que ese Estado no haya asumido obligaciones convencionales a partir del momento en que la Convención entró en vigor para el Estado³⁸.

Lo anterior se desprende, de igual manera, de la diferencia en cuanto a la naturaleza de un tratado de derechos humanos y un instrumento de reconocimiento de competencia.

Por ejemplo, la Corte ha distinguido entre "la posibilidad de los Estados de realizar "reservas a la Convención" Americana, de acuerdo con los términos del artículo 75 de la misma, y el acto de "reconocimiento de la competencia" de la Corte, de acuerdo con el artículo 62 de dicho tratado"³⁹.

Respecto de esta diferencia, el Tribunal ha señalado que el

... "reconocimiento de la competencia" de la Corte [...] es un acto unilateral de cada Estado[,] condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no está sujeto a reservas. Si bien alguna doctrina habla de "reservas" al reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional, se trata, en realidad, de limitaciones al reconocimiento de esa competencia y no técnicamente de reservas a un tratado multilateral⁴⁰.

En un instrumento de reconocimiento de competencia no podría un Estado, por ejemplo, modificar una determinada disposición convencional o excluir su aplicación. Tal situación sería, en su caso, propia de una reserva al tratado⁴¹. Un instrumento de reconocimiento de competencia, en cambio, podría limitar la competencia del Tribunal para declarar el incumplimiento, en su caso, de tales obligaciones. Así lo parece establecer la propia Convención y así lo ha interpretado el Tribunal, al señalar que los Estados pueden "utilizar la facultad estipulada en el artículo 62 de dicho tratado y establecer una limitación temporal respecto de los casos que podrían someterse al conocimiento del Tribunal"⁴².

La diferencia entre ambos conceptos también se ve reflejada en el hecho de que la competencia de la Corte es complementaria a la nacional. Aún cuando la Corte no sea competente para pronunciarse sobre alguna violación

37 CIDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55. Párr. 35 [en adelante *Tribunal Constitucional*].

38 En este mismo sentido, la Corte ha señalado en varias ocasiones que "desde que entra en vigor [...] la [...] Convención Interamericana contra la Tortura [...], es exigible al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado". CIDH. *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Párr. 159; Vargas Areco. Párr. 86; CIDH. *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C No. 147. Párr. 158; y CIDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Párr. 54.

39 *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 61. En tal caso, la Corte observó que "el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador contempla una limitación temporal a dicha competencia, y no se trata técnicamente de una reserva a la Convención Americana. Es decir, El Salvador utilizó la facultad estipulada en el artículo 62 de dicho tratado y estableció una limitación temporal respecto de los casos que podrían someterse al conocimiento del Tribunal". *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 62.

40 *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 61; CIDH. *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113. Párr. 68 [en adelante *Alfonso Martín del Campo*]; y *Cantos*. Párr. 34. Énfasis nuestro.

41 Corte Eur.DH. *Bellios vs. Suiza*. Sentencia del 29.04.1988. Serie A, No. 132. P. 20-28. Párr. 38-60 (considerando que una declaración interpuesta por Suiza equivaldría a una reserva a la Convención Europea de Derechos Humanos, lo cual sería incompatible con el objeto y fin de esta última).

42 *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 62. Énfasis nuestro.

de la Convención Americana, por ejemplo, a nivel interno el Estado tendría que responder por cualquier inobservancia de sus obligaciones convencionales. En este sentido, el Tribunal incluso ha declarado que los Tribunales internos deben analizar no sólo la “constitucionalidad” de sus normas, por ejemplo, sino también la “convencionalidad” de éstas⁴³. Dicha obligación existe independientemente de si la Corte Interamericana tiene competencia o no sobre el asunto.

En este sentido, la Corte ha señalado en varias oportunidades que:

Resulta claro del texto de la Convención que un Estado puede ser parte en ella y reconocer o no la competencia obligatoria de la Corte. El artículo 62 de la Convención utiliza el verbo “puede” para significar que el reconocimiento de la competencia es facultativo. Hay que subrayar también que la Convención crea obligaciones para los Estados. Estas obligaciones son iguales para todos los Estados partes, es decir, vinculan de la misma manera y con la misma intensidad tanto a un Estado parte que ha reconocido la competencia obligatoria de la Corte como a otro que no lo ha hecho⁴⁴.

El compromiso internacional asumido por un Estado Parte de la Convención Americana no depende del ejercicio de competencia de este Tribunal, sino que surge a partir del momento en que la Convención entra en vigencia para el Estado. Es esta fecha la que es “crítica”, para efectos de determinar la competencia *ratione temporis* del Tribunal. De conformidad con el artículo 62 de la Convención, el instrumento de reconocimiento de competencia que depositen los Estados Parte únicamente puede limitar el momento desde el cual la Corte Interamericana puede ejercer su competencia sobre un caso, pero no afecta el momento desde el cual el Estado asume sus obligaciones convencionales.

Por tanto, varios Estados Partes han limitado la competencia temporal del Tribunal en el texto de sus instrumentos de reconocimiento de competencia⁴⁵. Algunos textos son más precisos que otros, como por ejemplo los de El Salvador y México, que expresamente limitan la competencia del Tribunal a “*sola y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación*” y a “los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos”, respectivamente.

Panamá, en cambio, no incluyó ningún tipo de limitación temporal a la competencia del Tribunal al momento de reconocer su competencia. Más bien, la redacción de dicho instrumento es igual de amplia que la del artículo 62 al reconocer “*como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

De lo anterior se desprende que el alcance de la competencia temporal de la Corte dependerá no sólo de la fecha en que entró en vigor la Convención en el Estado en cuestión, sino también de la limitación temporal que dicho Estado haya incluido en su instrumento de reconocimiento de competencia. Así lo establece la Convención Americana en su artículo 62.3, el cual dice:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial⁴⁶.

43 *Heliodoro Portugal*. Párr. 180; CIDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. Párr. 78; y CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 124.

44 *Hermanas Serrano Cruz*. Párr. 60; *Alfonso Martín del Campo*. Párr. 68; *Cantos*. Párr. 34 y 35.

45 Al reconocer la competencia del Tribunal, Brasil, por ejemplo, lo limitó “para hechos posteriores a [su] declaración [de reconocimiento de competencia]”. Colombia igualmente reconoció la competencia del Tribunal “para hechos posteriores a [dicho reconocimiento]”. Nicaragua también limitó su reconocimiento de competencia a “solamente hechos posteriores o hechos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha de depósito de [su] declaración [de reconocimiento]”. De manera similar, Chile “dejó constancia que [su] reconocimiento de competencia [...] se refiere a hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación [de la Convención] o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990[], fecha en que Chile regresó a la democracia”. Por su parte, Paraguay señaló que su “reconocimiento se refiere expresamente a los hechos ocurridos con posterioridad a este acto [de reconocimiento de competencia]”. Por último, Guatemala declaró “que los casos en que [...] reconoce la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha en que [su] declaración sea presentada al Secretario de la Organización de los Estados Americanos”. Véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>

46 Énfasis nuestro.



La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*

Cabe resaltar que el artículo 62.3 indica expresamente que la Corte puede ejercer su competencia contenciosa “siempre que” el Estado la haya reconocido, y no “desde que” lo hacen. A *contrariu sensu*, ante la ausencia de alguna limitación temporal en el instrumento de reconocimiento de la competencia del Tribunal, éste es competente para conocer de los actos o hechos que hayan tenido lugar con posterioridad a la fecha en que entró en vigor la Convención respecto del Estado en cuestión. Es decir, la Corte deberá realizar un análisis de su competencia a la luz del principio de irretroactividad de los *tratados*.

En el caso *Heliodoro Portugal*, el Tribunal encontró que la fecha crítica era aquella en que Panamá reconoció su competencia, y así lo declaró aún cuando Panamá no incluyó ninguna limitación temporal en su instrumento de reconocimiento de competencia. Ante esta interpretación que hizo la Corte respecto del cálculo de la fecha crítica, cabe preguntarse qué diferencia existe —para efectos del cálculo de la competencia *ratione temporis*— entre un caso contra un Estado que sí incluye una limitación temporal en su instrumento de reconocimiento de competencia (como El Salvador y México) y uno en que el Estado no incluye tal limitación (como Panamá). Pareciera que en ambos casos, con o sin limitación expresa, la Corte siempre interpretará que existe tal limitación implícita y determinará que la fecha crítica siempre será aquella en que un Estado deposita

su instrumento de reconocimiento y no aquella en que asume sus obligaciones convencionales.

Las consecuencias de la aplicación del principio de irretroactividad de los tratados al instrumento de reconocimiento de competencia no son menores. En el caso *Heliodoro Portugal*, por ejemplo, ya se señaló que existe la posibilidad de que la víctima haya fallecido con posterioridad a la fecha de ratificación de la Convención, pero con anterioridad a la fecha de reconocimiento de competencia. De haber encontrado que la fecha crítica era la primera y no la segunda, el Tribunal hubiera podido analizar la posible ejecución extrajudicial de la víctima y declarar una violación del artículo 4 de la Convención Americana en su perjuicio⁴⁷.

En conclusión, el principio de irretroactividad de los tratados se debe aplicar únicamente a las obligaciones que surgen para los Estados al momento en que un tratado entra en vigor respecto de éste. El origen del deber estatal nace al momento en que ocurren los hechos, es exigible al Estado desde que la Convención entra en vigor para éste y la Corte puede conocer una violación a dicho deber a partir de la fecha crítica, tomando en cuenta los hechos que a tal fecha no hayan dejado de existir.

Ante la ausencia de una limitación temporal expresa por parte de tal Estado al momento de reconocer la competencia de la Corte Interamericana, dicho Tribunal no debe presumir que exista tal limitación. De lo contrario, las violaciones cometidas contra víctimas como Heliodoro Portugal quedarán totalmente impunes ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Un tercer problema que encuentro con el análisis de competencia que hizo la Corte en el caso *Heliodoro Portugal* tiene que ver con el efecto que para el Tribunal tuvo la identificación de los restos mortales de Heliodoro Portugal. De manera similar a lo fallado en el caso Blake, la Corte nuevamente encontró que no es competente para pronunciarse sobre una violación del derecho a la vida de una persona desaparecida cuando se demuestre que ésta murió con anterioridad a la



La muerte no es un elemento constitutivo de una desaparición forzada, por lo que el hallazgo de los restos mortales de una persona desaparecida es irrelevante, tanto para la determinación de una violación de desaparición forzada como para el análisis del alcance de la competencia *ratione temporis* del Tribunal.

47 Otro caso que se podría analizar sería el caso Blake, el cual fue citado por la Corte al determinar la consecuencia que tiene en su competencia *ratione temporis* el que se hayan encontrado los restos mortales de una persona desaparecida y se haya determinado que ésta murió fuera del alcance de la competencia del Tribunal. Guatemala ratificó la Convención en el año 1978, la víctima murió en el año 1985 (lo cual se determinó en el año 1992) y posteriormente el Estado reconoció la competencia del Tribunal en el año 1987. A diferencia de Panamá, Guatemala señaló expresamente en su instrumento de reconocimiento de competencia que “*los casos en que se reconoce la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha en que [dicha] declaración [fue] presentada*”. Por lo tanto, la fecha crítica para el análisis de la ejecución extrajudicial del señor Blake sería esta última, en el año 1987, por lo que la Corte no tendría competencia sobre dicha violación (aunque sí la tendría sobre la desaparición forzada que continuó en todo momento hasta que se determinó la suerte y el paradero del señor Blake en el año 1992).

fecha crítica. El Tribunal encontró que la muerte de Heliodoro Portugal ocurrió en todo caso fuera del alcance temporal de ésta y, consecuentemente, decidió que no era competente para pronunciarse sobre ninguna violación al derecho a la vida de la víctima. Es decir, la Corte únicamente analizó la violación del derecho a la vida con un enfoque en el fallecimiento de la víctima y desde la perspectiva de una ejecución extrajudicial. El Tribunal no se pronunció sobre la violación del derecho a la vida dentro del contexto de la desaparición forzada. Considero que la Corte debió haber analizado ambas situaciones para determinar si la violación al derecho a la vida se encontraba dentro del alcance de su competencia.

Cuando una persona desaparecida fallece mientras se encuentra desaparecida, se conforman dos violaciones diferentes: una posible ejecución extrajudicial (o al menos una violación independiente al derecho a la vida) y una desaparición forzada. Ambas merecen un análisis diferenciado. La primera es de ejecución instantánea e implica primordialmente una violación de la obligación negativa que tienen los Estados de respetar el derecho a la vida. La segunda es de naturaleza continua e implica primordialmente una violación de la obligación positiva que tienen los Estados de garantizar el derecho a la vida, aún cuando la desaparición comience con anterioridad a la fecha crítica. Dicho de otra manera, si bien es cierto que en una ejecución extrajudicial se afecta el derecho a la vida porque la víctima muere, también es cierto que en una desaparición forzada se afecta el derecho a la vida de la víctima porque se le coloca en una situación de extrema vulnerabilidad que pone en grave riesgo su vida.

En este sentido, resulta de suma importancia hacer una distinción entre las dos violaciones del derecho a la vida a las que apuntan los hechos del caso. Por un lado, los hechos indican que Heliodoro Portugal murió presuntamente en manos de agentes estatales. La consecuencia jurídica de tal hecho, de ser cierto, sería que el señor Portugal fue víctima de una posible ejecución extrajudicial (o al menos de una violación al derecho a la vida) y el Estado habría incumplido con su obligación de respetar el derecho a la vida. Ya que la ejecución extrajudicial no es considerada como una violación continua, sino que se consume en el instante en que la víctima fallece, correspondía

a la Corte evaluar si tal hecho ocurrió dentro del alcance de su competencia temporal. Así lo analizó el Tribunal y encontró que la muerte de Heliodoro Portugal en todo caso ocurrió antes del año 1980 y quedaba fuera de su competencia *ratione temporis* al haber ocurrido antes del año 1990, fecha en que Panamá reconoció la competencia de la Corte. Cabe reiterar que, según el análisis realizado en la sección anterior, la fecha crítica para establecer la competencia del Tribunal sobre este hecho no es el año 1990, sino el año 1978, fecha desde la cual Panamá asumió obligaciones bajo la Convención Americana, por lo que reitero que la Corte debió declararse competente para analizar la presunta ejecución extrajudicial del señor Portugal.

Una vez concluido el examen de competencia respecto de la muerte y presunta ejecución extrajudicial de la víctima, correspondía a la Corte realizar un análisis de competencia temporal por aparte respecto de la alegada desaparición forzada y la obligación positiva que tenía el Estado de garantizar el derecho a la vida del desaparecido. El enfoque de dicho análisis no debió centrarse en la fecha en que la víctima falleció (ésta es sólo relevante para el análisis relativo a la posible ejecución extrajudicial), sino en la fecha en que la desaparición cesó. El Tribunal debió analizar si la desaparición, como violación continua, cesó con posterioridad a la fecha crítica.

En este sentido, aún si la víctima hubiera muerto en el año 1970, es decir, mucho antes de cualquier posible fecha crítica, su desaparición forzada no hubiera cesado cuando falleció sino cuando se supo que falleció. Recordemos que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala que “dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”⁴⁸. El destino y paradero de Heliodoro Portugal se estableció en el año 2000 mediante la identificación de sus restos. Antes de esa fecha se encontraba desaparecido ante la ley, aún si ya hubiera muerto, siempre y cuando su fallecimiento se desconociera.

En otras palabras, si bien Heliodoro Portugal había muerto antes del año 1980, en todo momento desde el año 1970 – fecha en que desapareció – hasta el año 2000 – fecha en que se identificaron sus restos – la víctima se encontraba desaparecida ante su familia y ante la sociedad, quienes

48 Artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.



La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*

desconocían de su suerte y paradero⁴⁹. La determinación de la suerte y el paradero del desaparecido, en este caso mediante el hallazgo de sus restos en un cuartel de la policía panameña, únicamente tuvo como efecto el cese de la desaparición.

Resulta importante señalar que aún si la víctima hubiera sido encontrada con vida en el año 2000, se configuró una desaparición forzada hasta esa fecha, ya que la muerte no es un elemento de dicha violación. Lo anterior no debe confundirse con que la desaparición forzada no contempla una afectación al derecho a la vida. Por el contrario, tal y como lo señala la Declaración de las Naciones Unidas, la desaparición forzada viola el derecho a la vida, o al menos lo pone en grave peligro.

Esta última frase resulta de suma importancia, ya que la propia Corte Interamericana ha declarado en múltiples ocasiones que se puede conformar una violación del derecho a la vida en situaciones en las que las víctimas continúan con vida. Así lo ha declarado en varios casos en los que condenó a Estados por la violación al derecho a la vida en las siguientes situaciones respecto de víctimas sobrevivientes: al vulnerar la “vida digna” de personas menores de edad en centros de reclusión, que se encontraban en condiciones de detención inadecuadas⁵⁰; al imponer la pena de muerte de manera obligatoria (sin que los condenados hubieran sido ejecutados); al emplear fuerza letal para ejecutar extrajudicialmente o masa-

crar a las víctimas, quienes sobrevivieron el ataque mientras se encontraban “en un estado de indefensión total” ante “una amenaza para [su] vida”⁵¹; e incluso cuando el Estado no adoptó “las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros” de comunidades indígenas⁵², entre otros. Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha encontrado violaciones del derecho a la vida de personas, que se dieron en un contexto que puso en peligro sus vidas, aún cuando tales víctimas no hubieran fallecido⁵³.

Por lo tanto, si bien la Corte se declaró incompetente para analizar la violación del artículo 4 de la Convención Americana en relación con la muerte del señor Portugal (conclusión con la cual difiero), debió haber realizado un análisis separado e independiente de su competencia *ratione temporis* para conocer de la desaparición forzada como una violación del conjunto básico de derechos señalados anteriormente, incluyendo el derecho a la vida, ya que su desaparición continuó hasta el año 2000.

Consideraciones finales

En conclusión, difiero del análisis de competencia *ratione temporis* que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Heliodoro Portugal*. En tanto la Corte determinó el alcance de su competencia temporal respecto de cada uno de los derechos que se ven afectados por la violación de la desaparición forzada de personas, y consecuentemente se declaró incompetente sobre la violación al derecho a la vida y a la integridad personal de Heliodoro Portugal, considero que la Corte confundió el análisis de competencia que se debe hacer en casos de



“... el Tribunal aplicó indebidamente el principio de irretroactividad de los tratados en este caso, ya que Panamá no limitó temporalmente la competencia de la Corte para conocer de violaciones a sus obligaciones convencionales”.

49 Al respecto, resulta pertinente recordar que el sujeto pasivo de una desaparición forzada no es únicamente la víctima desaparecida, sino también su familia y sociedad, particularmente si se trata de un crimen de lesa humanidad en razón de algún contexto o patrón sistemático de tales violaciones.

50 CIDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párrs. 164, 167 y 176.

51 CIDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Párr. 126. Véase además Párr. 123 a 128.

52 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 178 (Énfasis nuestro).

53 Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Acar y Otros vs. Turquía*. Sentencia del 24 de mayo de 2005, App. Nos. 36088/97 y 38417/97. Párr. 77; y Corte Europea de Derechos Humanos, *Makaratzis vs. Grecia [GC]*, Sentencia del 20 de diciembre de 2004, App. No. 50385/99. Párr. 51 y 55.

desapariciones forzadas con el que corresponde en casos de ejecuciones extrajudiciales y torturas. Asimismo, el Tribunal aplicó indebidamente el principio de irretroactividad de los tratados en este caso, ya que Panamá no limitó temporalmente la competencia de la Corte para conocer de violaciones a sus obligaciones convencionales. Consecuentemente, de haber determinado como fecha crítica la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de Panamá, la Corte podría haberse pronunciado sobre las alegadas violaciones de ejecución extrajudicial y tortura (*adicionales* a la violación de desaparición forzada).

Sin embargo, en tanto la Corte declaró únicamente una violación del artículo 7 de la Convención Americana —titulado Derecho a la Libertad Personal— estimo que el caso *Heliodoro Portugal* presenta una oportunidad para que el Tribunal desarrolle más el alcance de dicho artículo sobre la protección de las personas desaparecidas forzosamente. Es decir, teniendo en cuenta que el Tribunal no encontró, por supuesta

carencia de competencia *ratione temporis*, una violación de los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, sino únicamente del 7, y asumiendo que la Corte seguirá analizando la desaparición forzada de esta manera cuando se presenten hechos similares, sugiero respetuosamente que en tales casos el Tribunal considere profundizar respecto del efecto que la desaparición forzada tiene en el derecho a la *seguridad* personal protegido en el artículo 7 de la Convención.

En resumidas cuentas, de todo lo anterior se desprende lo siguiente: si se entiende la desaparición forzada como una violación autónoma, continua, pluriofensiva e indivisible que abarca una afectación conjunta del derecho a la vida (aún cuando la víctima se encuentra con vida), a la integridad, a la libertad y a la *seguridad* personal del desaparecido, entonces en el caso *Heliodoro Portugal* existió una violación conjunta de esos derechos en todo momento desde el año 1970 hasta el año 2000, sobre la cual el Tribunal sí era competente y así debió declararlo.



Aciertos y desaciertos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Caso Ley 25)

Soraya Long Saborío¹

La sentencia del caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* fue un hito histórico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser la primera vez que el Tribunal se pronunció sobre derechos laborales, materia que no está comprendida expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque sí lo está en el Protocolo de San Salvador. Por las características del caso, la Corte remitió a la normativa nacional para que las partes en conflicto determinaran las reparaciones económicas. Si bien estableció algunos parámetros para tal efecto, quedaron muchos vacíos que permitieron interpretaciones disímiles, lo cual provocó que durante más de seis años tanto el Estado como las víctimas se mantuvieran en una situación de incertidumbre respecto a los derechos reconocidos por la sentencia y su correlación económica. El artículo hace una reseña del avance jurisprudencial de lo que significó la sentencia Baena en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, pero también recoge una serie de observaciones críticas sobre la contribución de la Corte en la dilación del cumplimiento de la sentencia.

Palabras claves: caso Baena, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Panamá, supervisión de cumplimiento de sentencia e identidad de procedimientos.

La Ley 25 autorizó declarar insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron en la marcha y modificó todas las disposiciones legales...

¹ Abogada especialista en derechos humanos. Ex directora de CEJIL MESOAMÉRICA. Correo electrónico: longsaborio@gmail.com.

Introducción

Ante la negativa del presidente panameño Guillermo Endara de aceptar un pliego de peticiones de la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales, ésta convocó a una marcha para el 4 de diciembre de 1990 y a un paro laboral de 24 horas para el día siguiente. Esta manifestación se realizó de manera pacífica con la participación de miles de trabajadores, pero coincidió con un acto de sedición del Coronel Eduardo Herrera quien, junto con un grupo de militares, se tomaron el Cuartel Central de la Policía Nacional.

El día 5 de diciembre, la coordinadora suspendió el paro de labores para que no se les vinculara con el movimiento del Coronel Herrera. Pese a ello, al día siguiente, el Gobierno remitió a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley que proponía el despido masivo de todos los trabajadores que habían participado en esta actividad. Antes de que el proyecto fuera aprobado, el Gobierno despidió a gran parte de los trabajadores. El 14 de diciembre de 1990, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 25, la cual tendría efecto retroactivo a partir del 4 de diciembre de 1990. La Ley 25 autorizó declarar insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron en la marcha y modificó todas las disposiciones legales que le fueran contrarias².

Unas 270 personas afectadas por la Ley 25 presentaron su caso al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El caso fue conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de enero de 1998. El 18 de noviembre del año siguiente, la Corte emitió su sentencia de Excepciones Preliminares y el 2 de febrero de 2001 la de Fondo, Reparaciones y Costas. Desde el 2001 a octubre de 2008, la Corte emitió más de 7 resoluciones distintas, una sobre su competencia y las restantes sobre supervisión de cumplimiento.

En todo el proceso del caso de la Ley 25 ante la Corte Interamericana, y más específicamente en la fase de

supervisión de cumplimiento, se reconoce que existen importantes avances jurisprudenciales en algunas de sus resoluciones, pero también es cierto que por acción u omisión la Corte dificultó innecesariamente el cumplimiento de las reparaciones ordenadas. En este sentido, califiqué al primer supuesto como “aciertos” y al segundo como “desaciertos.”

Acertos de la Corte Interamericana en el caso de la Ley 25

a. La Corte definió los elementos para determinar la existencia de duplicidad de procedimientos

El Estado panameño interpuso como excepción preliminar la duplicidad de procedimientos toda vez que la demanda interpuesta en su contra era, según su criterio, reproducción de otra que había sido presentada ante el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

En un caso anterior, la Corte resolvió una excepción preliminar sobre la identidad de personas y hechos para determinar la identidad de procedimientos. También definió que el concepto de personas se refería a los sujetos activos y pasivos de la violación, siendo estos últimos las víctimas³. Con relación al objeto, la Corte lo asimiló a los “hechos”, es decir, “a la conducta o el suceso que implicaron violación de un derecho humano”⁴.

En el caso Baena, en su sentencia de Excepciones Preliminares⁵, la Corte va más allá para resolver la excepción planteada por el Estado y, por primera vez, señala los elementos que deben existir para que un caso sea sustancialmente la reproducción de otro. En este particular, la Corte apunta: “Para que exista dicha identidad se requiere la presencia de tres elementos, a saber: que las partes sean las mismas, que el objeto sea el mismo y que la base legal sea idéntica”⁶.

2 Sobre los hechos expuestos ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Párr. 88.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Durand y Ugarte, Excepciones Preliminares*. Sentencia del 28 de mayo de 1999. Párr. 43.

4 *Ibid.*

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Excepciones Preliminares*. Sentencia del 18 de noviembre de 1999. Párr. 53.

6 *Ibid.*



Aciertos y desaciertos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Caso Ley 25)

La Corte estableció que respecto a las partes únicamente la parte demandada ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT y la Corte es la misma: el Estado panameño. La parte demandante (peticionarios) no es idéntica, puesto que ante el Comité de Libertad Sindical lo fue SITIRHE y SITINTEL a través de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL-ORIT), y ante la Comisión Interamericana lo fue el Comité Panameño de los Derechos Humanos. Tampoco hay identidad en cuanto a las víctimas, ya que el Comité de Libertad Sindical hace referencia a la generalidad de trabajadores y dirigentes sindicales de SITIRHE y SITINTEL que fueron despedidos, sin individualizarlos en forma concreta. Por el contrario, en la demanda ante la Corte, la Comisión individualiza a 270 presuntas víctimas. Además, las presuntas víctimas del caso ante el Sistema Interamericano son trabajadores de todas las empresas estatales panameñas que se vieron afectados por la aplicación de la Ley 25, y no sólo del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos y Electrificación y del Instituto Nacional de Telecomunicaciones, como sucedió ante la OIT⁷.

Respecto del objeto, la Corte indicó que la demanda interpuesta ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT aludía sólo a los hechos sucedidos en diciembre de 1990, mientras que ante ella se ventilaban también los hechos posteriores, tales como los procesos ante el Poder Judicial panameño⁸.

Con relación al tercer elemento, la Corte interpretó que éste abarcaba tanto las violaciones a la Convención Americana, alegadas en la demanda, como la disímil naturaleza de las resoluciones emitidas por el citado Comité y ella misma.

“En el primer caso se trata de un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo caso se trata de una sentencia que, en los términos de la Convención, es definitiva e inapelable (artículo 67), y de obligatorio cumplimiento (artículo 68.1)”⁹.

b. En el caso Baena la Corte se pronunció sobre derechos económicos, sociales y culturales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso a la Corte para que se pronunciara por las violaciones a la Convención Americana, surgidas por la aprobación de la Ley 25. La Comisión alegó la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o “Protocolo de San Salvador”, por verse afectado el ejercicio del derecho a la libertad de asociación sindical en general (uno de cuyas expresiones es el derecho de huelga), garantizado en el artículo 8 del citado instrumento.

Si bien la Corte estableció que no se le podían imputar al Estado violaciones al Protocolo de San Salvador porque al momento en que ocurrieron los hechos Panamá todavía no lo había ratificado, indicó que el Estado tiene el deber de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y fin de este Protocolo, aun antes de su entrada en vigor¹⁰.

Por otra parte, por vez primera la Corte analiza la libertad de asociación con relación a la libertad sindical. Estableció que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos”¹¹.

En el caso Baena, el Tribunal analiza la similitud entre la libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana y los derechos sindicales protegidos en el artículo 8 del Protocolo de San Salvador. En ambos, señala la Corte, se comprende un derecho y una libertad: el derecho a formar asociaciones –sin restricciones distintas a las permitidas por la Convención Americana– y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse¹².

7 Ibid. Párr. 54.

8 Ibid. Párr. 55.

9 Ibid. Párr. 57.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas*. Op.cit. Párr. 98 y 99.

11 Ibid. Párr. 158.

12 Ibid. Párr. 159.

Luego del análisis sobre la situación fáctica del caso, la Corte concluye que el Estado panameño destituyó a los sindicalistas por actos que no constituían causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos¹³ y que las medidas adoptadas por Panamá no respondieron a las necesidades de una "sociedad democrática", según lo establecido en el artículo 16.2 de la Convención¹⁴. Además, que el despido de un amplio número de dirigentes sindicales afectó gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores, vulnerándose la libertad de asociación sindical¹⁵.

En razón de ello, la Corte se pronunció sobre la reivindicación de los derechos laborales de las víctimas del caso consagrados en la legislación laboral correspondiente, a saber:

*"restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado deberá brindarles retribuciones por concepto de la pensión o retiro que les corresponda [...] El Estado deberá cubrir los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que de acuerdo con su legislación correspondan a los trabajadores destituidos y, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, a sus derechohabientes"*¹⁶.

El reconocimiento de los derechos laborales y la reparación consecuente por su violación era en realidad el objetivo del caso, el cual se logró a través de la alegación del derecho a la irretroactividad de la ley, del derecho al debido proceso, del derecho a un recurso efectivo y del derecho de asociación.

c. La Corte determinó su competencia para supervisar el cumplimiento de sus sentencias

En virtud de una comunicación del Estado panameño, de fecha 27 de febrero de 2003, en la que manifestó que la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia es una etapa "post-adjudicativa", que no está prevista por las normas que regulan la jurisdicción y el procedimiento de la Honorable Corte, sino que es estrictamente política y exclusiva de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Corte emitió su resolución del 28 de noviembre de 2003 relativa a su competencia.

La Corte, a partir de su resolución sobre competencia, dejó sentado que establecer un mecanismo para supervisar el cumplimiento de sus decisiones es inherente a su función jurisdiccional.

En esta resolución, el Tribunal desarrolla dos líneas de argumentación: la obligación de los Estados de cumplir las decisiones emitidas por la Corte en todo caso en que sean partes, y la competencia de la Corte Interamericana para supervisar el cumplimiento de sus decisiones y emitir instrucciones y resoluciones para el cumplimiento de las medidas de reparación por ella ordenadas¹⁷.

Con relación a la primera, la Corte hace referencia a las obligaciones estatales conforme la Convención Americana y al principio *Pacta sunt servanda* (cumplir las obligaciones convencionales internacionales de buena fe)¹⁸. Establece, además, que la obligación de reparar no puede ser incumplida por los Estados alegando su ordenamiento jurídico interno¹⁹ y que los "Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos

13 *Ibíd.* Párr. 166.

14 *Ibíd.* Párr. 172.

15 *Ibíd.* Párr. 166.

16 *Ibíd.* Párr. 203 y 205.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Competencia. Sentencia del 28 de noviembre de 2003. Párr. 59.

18 *Ibíd.* Párr. 61.

19 *Ibíd.* Párr. 62.



*proprios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos*²⁰.

En cuanto a su competencia, la Corte expresó que todo órgano con funciones jurisdiccionales *"tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz)*²¹. Agregó que, *"una objeción o cualquier otra actuación del Estado realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocua, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la compétence de la compétence, por ser maestra de su jurisdicción"*²².

En lo que atañe al rol de la Asamblea General de la OEA respecto a la supervisión de cumplimiento de resoluciones del Tribunal Interamericano, la Corte se refirió a su práctica de informar a dicho órgano político sobre el incumplimiento de sus sentencias por parte de algunos Estados, pero que *"la propia Asamblea General de la OEA ha considerado que los informes de los Estados sobre el cumplimiento de las decisiones de la Corte se deben presentar ante el mismo Tribunal"*²³.

La Corte, a partir de su resolución sobre competencia, dejó sentado que establecer un mecanismo para supervisar el cumplimiento de sus decisiones es inherente a su función jurisdiccional. Indicó que la ejecución de sus decisiones es parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio²⁴. Sobre esta idea se dice que *"lo contrario supone la negación misma de este derecho"*²⁵.

d. La Corte rechazó la pretensión estatal de cumplir la sentencia sin considerar la situación individual de cada víctima

En su sentencia del 2 de febrero de 2001, la Corte decidió, entre otras cuestiones, que el Estado debía pagar a los 270 trabajadores víctimas del caso los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación, pago que, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, deberá hacerse a sus derechohabientes. Para tal efecto, el Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas, y en su caso sus derechohabientes, los reciban en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la sentencia.

Para cumplir con este punto resolutivo de la sentencia, el 28 de junio de 2002 el Estado procedió a pagar mediante cheques individuales las indemnizaciones debidas. No obstante, los montos de la reparación fueron calculados en forma inconsulta con los trabajadores víctimas, quienes conocieron las sumas en el momento de recibir el respectivo cheque²⁶. Adicionalmente, para proceder al pago el Estado condicionó a que el trabajador firmara un "finiquito", mediante el cual se daba por satisfecho en sus pretensiones económicas y renunciaba a continuar sus reclamos ante la Corte Interamericana y ante cualquier otro tribunal, nacional o internacional.

20 Ibid. Párr. 66.

21 Ibid. Párr. 68.

22 Ibid.

23 Ibid. Párr. 115.

24 Ibid. Párr. 82.

25 Ibid. No obstante, mediante resolución de la Corte Interamericana de fecha 29 de junio de 2005 sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, la Corte resolvió: *"No continuar requiriendo a los Estados que presenten información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva, una vez que el Tribunal haya determinado la aplicación de los artículos 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 30 del Estatuto de la Corte en casos de incumplimiento de sus sentencias, y así lo haya informado mediante su Informe Anual para la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Si con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General".* Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Supervisión de cumplimiento de sentencias* (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 29 de junio de 2005, punto resolutivo 1.

26 Posteriormente, el Estado informaría a la Corte que el cálculo de los salarios caídos se hizo considerando el período transcurrido entre la fecha de la destitución de cada trabajador hasta la fecha en que fue reintegrado a la institución respectiva, o entró a trabajar en otra institución pública o en la empresa privada y que tomó en cuenta el último salario devengado o el promedio de los últimos seis (6) meses laborados. Ver *Comunicación estatal* de fecha 16 de agosto de 2002.

Si bien los trabajadores se manifestaron inconformes con los montos y el finiquito, la mayoría de ellos procedió a firmarlo para recibir su cheque.

Ante la situación descrita, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como los representantes legales de las víctimas le solicitaron a la Corte que dictaminara al Estado eliminar cualquier tipo de condicionamiento para la entrega de las indemnizaciones ordenadas, y que se le recordara al Estado que es la propia Corte la que determinará, en última instancia, el monto total de las indemnizaciones debidas. Por ejemplo, mediante comunicación del 7 de octubre de 2002, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), como representante de la mayoría de las víctimas, le informó a la Corte que el Estado no había tomado en cuenta su legislación interna para hacer el cálculo de los salarios caídos y que la fecha utilizada por el Estado para realizar los cálculos fue cuando cada víctima volvió a cotizar a la Caja de Seguro Social, siendo que en el caso de las víctimas que no volvieron a cotizar el Estado usó la fecha de la sentencia de la Corte; y, además, que con respecto a los demás derechos laborales, sólo había considerado el XIII mes.

Como respuesta, la Corte resolvió el 22 de noviembre de 2002 que la determinación de las indemnizaciones pecuniarias suponía el análisis de complejas cuestiones del derecho laboral panameño aplicable a cada una de las 270 víctimas. Sin embargo, el Estado no le indicó al Tribunal cuál fue la legislación que aplicó para realizar los cálculos de las indemnizaciones correspondientes a cada víctima por concepto de salarios caídos y demás derechos laborales. Por lo tanto, ordenó al Estado

“determinar de nuevo, de acuerdo con el derecho interno aplicable, las cantidades específicas correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales de cada una de las 270 víctimas, sin excluir a ninguna de ellas. Esta nueva determinación deberá realizarse observando las garantías del debido proceso y según la legislación aplicable a cada víctima, de manera que puedan presentar sus alegatos y pruebas y se les informen los parámetros y legislación utilizadas por el Estado para realizar los cálculos”²⁷.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Resolución de Supervisión de Cumplimiento*, del 22 de noviembre de 2002, punto resolutive 1.

28 *Ibíd.*, punto resolutive 5.

29 *Ibíd.*, punto resolutive 6.

Respecto de los finiquitos firmados por algunas víctimas como condición para recibir el pago, la Corte les dio valor “únicamente en cuanto reconocen el pago de la cantidad de dinero que en ellos se estipula. Carecen de validez las renunciaciones que en ellos se hicieron en el sentido de que las víctimas o sus derechohabientes quedaban satisfechas con el pago, por lo que tales renunciaciones no impiden la posibilidad de que las víctimas o sus derechohabientes presenten reclamaciones y comprueben que el Estado debía pagarles una cantidad distinta por los salarios caídos y demás derechos laborales que les corresponden”²⁸. De esta manera, las cantidades de dinero que el Estado pagó a las víctimas por concepto de salarios caídos y demás derechos laborales “serán consideradas por este Tribunal como un adelanto de la totalidad de la reparación pecuniaria debida...”²⁹.

Desaciertos de la Corte Interamericana en el caso de la Ley 25

a. La Corte, en su Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 2 de febrero de 2001, omitió referirse a los intereses moratorios y a la exoneración fiscal de las indemnizaciones ordenadas

Desde las primeras sentencias de la Corte Interamericana en materia de reparaciones (Casos Velásquez y Godínez Cruz vs. Honduras, en 1989) el Tribunal, en forma reiterada y sistemática, ha ordenado a los Estados condenados exonerar de todo impuesto, actual o futuro, a las indemnizaciones

... durante siete años, tanto las víctimas como sus representantes se vieron obligadas a idear acciones para presionar al Estado a devolver el impuesto sobre la renta y a reconocer intereses por mora.



Aciertos y desaciertos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Caso Ley 25)

económicas ordenadas. Asimismo, ha señalado que en caso de retraso en la entrega de las sumas respectivas los Estados deberán pagar sobre la cantidad adeudada un interés que corresponderá al interés bancario corriente en el Estado moroso.

De hecho, en las sentencias de reparaciones previas a Baena (16 en total, de 1989 a 1999), cuando el Tribunal ha condenado a indemnizaciones por concepto de daño material y/o moral se ha cuidado de introducir ambos preceptos³⁰. No obstante, en el caso Baena no lo hizo. Tampoco en el caso Tribunal Constitucional ni en el caso Ivcher, ambos contra Perú. Estas tres sentencias³¹, aprobadas en los dos primeros meses del año 2001, tienen el común denominador de que la Corte remite al derecho interno para la determinación de los montos de reparación material.

La omisión apuntada conllevó, en el caso Baena, a que Panamá dedujera el impuesto sobre la renta a las indemnizaciones pecuniarias que otorgó a las víctimas el 28 de junio de 2002 y que no reconociera el interés moratorio a la reparación por daño moral, pese a que el pago de este rubro se hizo después de vencido el plazo de 90 días, otorgado por la Corte para tal efecto.



Si bien hubo varios intentos de diálogo, nunca se llegó a un acuerdo definitivo que englobara a todas las víctimas; y cuando el diálogo se rompía, las víctimas debían buscar mecanismos de presión para forzar al Estado a escucharlas, tales como marchas pacíficas, huelgas de hambre, acciones judiciales y manifestaciones ante la Corte Interamericana; incluso, algunos trabajadores llegaron a exponer sus vidas con actos temerarios.

Para salvar su omisión y como consecuencia de la acción estatal señalada, en una resolución de supervisión de cumplimiento de fecha 22 de noviembre de 2002, la Corte dispuso:

“3. Que el pago de las indemnizaciones compensatorias ordenado a favor de las 270 víctimas o sus derechohabientes no puede ser gravado por el Estado con tributo alguno existente o que pueda existir en el futuro, incluido el impuesto sobre la renta. 4. Que el Estado deberá cancelar los intereses moratorios generados durante el tiempo en que incurrió en mora respecto del pago de las indemnizaciones por concepto de daño moral”³².

Por supuesto que la reacción del Estado no se hizo esperar. En comunicación del 27 de febrero de 2003 manifestó que la Corte estaba interpretando su propia sentencia, para lo cual no tenía facultades. El 6 de junio de 2003, la Corte emitió una nueva resolución sobre cumplimiento de sentencia, donde resolvió:

“1. Mantener lo decidido en su Resolución de 22 de noviembre de 2002, por lo que las medidas de reparación dictadas en la Sentencia de 2 de febrero de 2001 se deben cumplir de conformidad con lo ordenado por el Tribunal en la referida Resolución sobre cumplimiento de sentencia”³³.

No obstante, el Estado sostuvo que mediante las resoluciones del 22 de noviembre de 2002 y del 6 de junio de 2003 la Corte estaba interpretando de hecho su propia sentencia, debido a que

“emitió [...] nuevas decisiones sobre puntos concernientes al fondo y a las reparaciones que habían sido considerados en [la] Sentencia [de 2 de febrero de 2001]”. Según el Estado, ambas resoluciones “fueron dictadas por la Honorable Corte en excés de pouvoir”³⁴.

30 En la sentencia de reparaciones del caso Gangaram Panday vs. Suriname, del 21 de enero de 1994, la Corte omitió referirse a la exoneración de impuestos y a los intereses por mora. Y en el caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia del 29 de enero de 1997, no se refirió a los intereses moratorios.

31 La sentencia del caso Tribunal Constitucional fue aprobada el 31 de enero de 2001; la sentencia del caso Baena el 2 de febrero de 2001; y, la sentencia de Ivcher Bronstein el 6 de febrero de 2001.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Resolución de Supervisión de Cumplimiento*, del 22 de noviembre de 2002. Op.cit, puntos resolutivos 3 y 4.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Resolución de Supervisión de Cumplimiento*, del 6 de junio de 2003, punto resolutivo 1.

34 Comunicación estatal del 30 de julio de 2003.

Sobre la materia, la Corte se limitó a señalar en su resolución del 28 de noviembre de 2003 que

*"tenía el poder inherente a sus atribuciones de emitir, a petición de parte o motu proprio, instrucciones para el cumplimiento e implementación de las medidas de reparación por ella ordenadas, con el propósito de cumplir efectivamente con la función de velar por el fiel cumplimiento de sus decisiones"*³⁵.

*Para la Corte, sus directrices sobre intereses moratorios y la exoneración de cualquier gravamen a las indemnizaciones económicas tenían que ver con la supervisión de cumplimiento de su sentencia pero no modificaban su fallo, sino que procuraban que las acciones del Estado tendientes a la reparación se hicieran "de la forma indicada en la sentencia y de la forma que mejor proteja los derechos humanos"*³⁶.

Nada de esto convenció al Estado panameño y durante siete años tanto las víctimas como sus representantes se vieron obligados a idear acciones para presionar al Estado a devolver el impuesto sobre la renta y a reconocer intereses por mora, sin resultado alguno³⁷.

b. La Corte no determinó en su sentencia las reparaciones económicas, sino que remitió a la legislación interna

Tanto en el caso Baena como en el caso del Tribunal Constitucional y en el caso Ivcher, la Corte remitió al derecho interno para la determinación de las reparaciones económicas.

En el caso del Tribunal Constitucional dispuso

"que el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación. Asimismo, el Estado deberá compensar a los

funcionarios por todo otro daño que estos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible"³⁸.

En el caso Ivcher, la Corte remite a las autoridades nacionales para que la víctima recupere el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de una compañía y para el resarcimiento relativo a los dividendos y demás percepciones que le hubieran correspondido como tal³⁹.

Pese a la similitud apuntada, existe una diferencia sustancial que marca el caso Baena en la implementación de las reparaciones: el número de víctimas y la diversa legislación de la que eran beneficiarios.

Las víctimas del caso Baena eran 270 personas que trabajaban en ocho instituciones públicas distintas (Instituto Nacional de Telecomunicaciones –INTEL–, Autoridad Portuaria Nacional, Empresa Estatal de Cemento Bayano, Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables, Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación –IRHE–, Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Educación), que tenían leyes propias que las regían (los trabajadores del IRHE y del INTEL por la Ley 8 del 25 de febrero de 1975 y por sus respectivos reglamentos internos de trabajo, bajo una jurisdicción especial de trabajo, y los otros por el Código Administrativo, la ley orgánica y el reglamento interno de la institución en que laboraban).

Esta particular situación hizo que desde la notificación misma de la sentencia tanto las víctimas como el Estado hablaran de sumas indemnizatorias sobre las que nunca hubo consenso entre las partes. Los trabajadores víctimas hacían cálculos diferenciados dependiendo de la empresa en la que trabajaban y la normativa que les regulaba. El Estado, por su parte, procuraba aplicar a todos los trabajadores la misma normativa y en forma unilateral reconocía unos derechos e

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Competencia*. Op.cit. Párr. 132.

36 *Ibid.*

37 Respecto al impuesto sobre la renta deducido a las víctimas, en el año 2008, en un afán por cerrar el caso, el Estado incluye en los montos indemnizatorios un rubro que llama "prestaciones dejadas de pagar", que algunos interpretan como el impuesto sobre la renta deducido.

36 *Ibid.*

37 Respecto al impuesto sobre la renta deducido a las víctimas, en el año 2008, en un afán por cerrar el caso, el Estado incluye en los montos indemnizatorios un rubro que llama "prestaciones dejadas de pagar", que algunos interpretan como el impuesto sobre la renta deducido.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia del 31 de enero de 2001. Párr. 121.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia del 6 de febrero de 2001, punto resolutivo 8.





ignoraba otros, selección que era desconocida, en la mayoría de las veces, por las víctimas. Esto no sólo dificultó significativamente el cumplimiento de la sentencia de la Corte, sino que generó un desgaste para las víctimas, para sus representantes y para el Estado. Si bien hubo varios intentos de diálogo, nunca se llegó a un acuerdo definitivo que englobara a todas las víctimas; y cuando el diálogo se rompía, las víctimas debían buscar mecanismos de presión para forzar al Estado a escucharles, tales como marchas pacíficas, huelgas de hambre, acciones judiciales y manifestaciones ante la Corte Interamericana; incluso, algunos trabajadores llegaron a exponer sus vidas con actos temerarios.

La sentencia de la Corte no trató a las víctimas en forma individualizada ni analizó por separado la situación de cada una de ellas, con el agravante de que no se fijaron los montos indemnizatorios, independientemente de la satisfacción de las pretensiones económicas de las víctimas, y no se estableció un mecanismo claro para fijarlos, lo que generó graves dificultades para que las reparaciones se cumplieran prontamente. Posiblemente esta experiencia motivó a que la Corte, en la sentencia del caso de los Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, de 2006, fijara un mecanismo que determinara la eventual reparación de las 257 víctimas. En este caso, la Corte obligó al Estado a constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive en su caso, de las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas. Las decisiones finales del

órgano creado para dichos efectos deberán adoptarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia⁴⁰. Un mecanismo semejante, propuesto por la Corte a Panamá, habría facilitado sustancialmente la ejecución de la sentencia del caso Baena.

c. La Corte no contribuyó a que las partes alcanzaran un consenso respecto de los montos indemnizatorios

En su sentencia del 2 de febrero de 2001, en los puntos resolutivos 6 y 7, la Corte ordenó al Estado recurrir a "los trámites nacionales pertinentes" para fijar los montos indemnizatorios respecto de salarios caídos y demás derechos laborales. Asimismo, en caso de que no fuera posible el reintegro de las víctimas a sus lugares de trabajo o en similares, el Estado debería proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo de conformidad con el derecho laboral interno.

Posteriormente, mediante resolución del 22 de noviembre de 2002, la Corte indicó que para determinar las indemnizaciones anteriores, el Estado, con base en el derecho interno aplicable, debería observar respecto de cada víctima las garantías del debido proceso de manera que puedan presentar sus alegatos y pruebas, y se les informen los parámetros y legislación utilizados para realizar los cálculos⁴¹.

Finalmente, en resolución del 28 de noviembre de 2005, la Corte indicó que lo dispuesto en los puntos resolutivos sexto y séptimo de la Sentencia podían ser resueltos a través de autoridades competentes, entre ellas los tribunales nacionales, toda vez que ante la discrepancia entre las partes para alcanzar el monto indemnizatorio

"ella no podía pronunciarse sobre los diversos alegatos que presentan las víctimas y sus representantes al Tribunal sobre los criterios y legislación que estiman deben ser tomados en cuenta por Panamá para dar cumplimiento a lo dispuesto en los puntos resolutivos sexto y séptimo de la Sentencia"⁴².

En otras palabras, la Corte remitió a los tribunales



La Corte, a partir de su resolución sobre competencia, dejó sentado que establecer un mecanismo para supervisar el cumplimiento de sus decisiones es inherente a su función jurisdiccional.

40 En este sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), punto resolutivo 4.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Supervisión de Cumplimiento*. Resolución del 22 de noviembre de 2002. Op.cit, puntos resolutivos 1 y 2.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Supervisión de Cumplimiento*. Resolución del 28 de noviembre de 2005. Párr. 14.

nacionales panameños para que estos determinaran lo que ella no hizo, vía que fue rechazada de plano por las víctimas considerando el tiempo que esto podría llevarles y la necesidad de contratar asesores legales que les representaran ante la instancia judicial, entre otros.

Lamentablemente, la Corte rechazó diferentes propuestas que en su momento hicieron los trabajadores y/o sus representantes. Por ejemplo, desde el 2004 se le solicitó a la Corte que convocara a una audiencia pública para que las partes pudieran acordar medidas y parámetros concretos para la determinación de los montos indemnizatorios; asimismo, las víctimas propusieron el nombramiento de un perito que definiera la normativa interna aplicable. No obstante, la Corte no se pronunció. No fue sino hasta mayo de 2008 que la Corte celebró una audiencia privada para que el Estado le informara sobre el nivel de cumplimiento de su sentencia.

La remisión de la Corte al derecho interno para determinar los montos indemnizatorios en su sentencia, la omisión de pronunciarse sobre los planteamientos de las víctimas y/o del Estado respecto del derecho interno aplicable y, la falta de propuestas concretas y viables de su parte para tal efecto, hicieron que el cumplimiento de la sentencia del Caso Baena se prolongara indefinidamente con un costo humano altísimo, donde al menos 11 víctimas fallecieron por razones de edad y salud en el transcurso de 8 años desde la sentencia de fondo, y más de 17 desde que ocurrieron los hechos violatorios que le dieron origen.

d. La Corte validó un finiquito omiso en el reconocimiento de derechos y vinculó a todas las víctimas

Entre el 2007 y el 2008 el Estado panameño les hizo dos ofertas económicas a las víctimas de la Ley 25 para dar por cerrado el caso. La primera de cinco millones de dólares, que fue rechazada de inmediato, y la segunda, de 20 millones de dólares.

Si bien la segunda oferta era millonaria y generó serias expectativas por parte de los trabajadores, la consideraron como un abono al monto total que ellos pretendían, el cual ascendía, para la mayoría de las víctimas, a más de 50 millones de dólares. Esto, considerando el número de víctimas, el equivalente económico de los derechos laborales contemplados en la legislación panameña aplicable para el caso y el transcurso del tiempo desde el despido hasta la actualidad, sin que el Estado hubiese cancelado los salarios caídos.

... La Corte homologó el acuerdo y vinculó implícitamente a todas las víctimas al cerrar el caso y dejarlo abierto exclusivamente para recibir información del Estado sobre los pagos y/o depósitos de dinero.

El Estado formalizó su oferta en la audiencia privada celebrada por la Corte el día 3 de mayo de 2008, donde incluso entregó a los jueces un documento donde constaba el monto a indemnizar a cada una de las víctimas a partir de sus consideraciones legales, las que no fueron ni conocidas ni compartidas por las víctimas y sus representantes. A partir de ese momento, un grupo importante de víctimas inició y/o profundizó el diálogo con funcionarios estatales para que la oferta de los 20 millones se hiciera efectiva lo más pronto posible. En este sentido, el Estado elaboró un finiquito o acuerdo e indicó que sólo si la Corte lo "homologaba" procedería al pago, y para ello lo sometió a consideración del Tribunal.

Según este acuerdo o finiquito, la víctima que lo firmaba aceptaba como reparación total el monto que el Estado le ofrecía en el documento. Dicho monto incluía la suma que le correspondía de la oferta de 20 millones, "más lo correspondiente a las prestaciones dejadas de pagar"⁴³. Según la cláusula tercera, el pago completaba en su totalidad los derechos a los que se refería la sentencia: salarios caídos y demás

43 Esta es la suma que algunos interpretan como el impuesto sobre la renta deducido por el Estado al pago que hiciera en junio de 2002. No obstante, el Estado se negó a señalarlo tal cual porque su legislación interna obligaba a tal deducción.



Aciertos y desaciertos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Caso Ley 25)

derechos laborales según la legislación panameña, daño moral, costas y gastos, y cualquier otro monto referente al caso. El pago total se fraccionaría en cuatro cuotas, pagaderas una por año. Al firmar el acuerdo, el trabajador renunciaba a cualquier otro reclamo presente o futuro. Para quienes no firmaran el acuerdo, éste estipulaba expresamente que el Estado depositaría el monto que le correspondería a la víctima y lo desembolsaría cuando lo firmara, según las condiciones estipuladas en el acuerdo.

Inicialmente, 202 de las 270 víctimas procedieron a firmar el acuerdo, quedando pendiente la “homologación” de la Corte. Mientras esta entidad decidía, los trabajadores que no firmaron le comunicaron a la Corte las razones de su oposición y le solicitaron que no los vinculara al acuerdo. Sus principales argumentos fueron: el acuerdo es una imposición estatal, toda vez que para su formulación no hubo consulta con las víctimas; el Estado reconoce un máximo de 11 años de salarios caídos a pesar de que hay víctimas que nunca fueron reincorporadas a sus puestos de trabajo; se sujeta la devolución del impuesto sobre la renta a la firma del acuerdo, ignorando que se trata de una obligación respecto de cada una de las víctimas; el acuerdo no es claro respecto del salario que se utiliza para el cálculo de la indemnización y además no se les ha permitido a las víctimas alegar sobre la veracidad o no del mismo; el acuerdo no indemniza la falta de reintegro de las víctimas a sus puestos de trabajo o a similares; y, la indemnización ofrecida no abarca los intereses moratorios que el Estado adeuda por pagar en forma tardía el daño moral.

Por otra parte, algunos trabajadores que habían firmado luego se retractaron indicando que la suma ofrecida en el acuerdo era distinta a la suma que supuestamente les habían asignado en el documento que el Estado les entregó a los jueces de la Corte durante la audiencia privada.

Mediante resolución del 30 de octubre de 2008, la Corte decidió homologar el acuerdo. Explicó que “*el papel del Tribunal es contribuir a resolver las diferencias entre las partes dentro del marco de sus atribuciones y las normas de la*

Convención”⁴⁴ y que en su criterio “*el ofrecimiento del Estado comprende la totalidad de derechos que se derivan de la Sentencia*”⁴⁵. La Corte no hace ningún desarrollo o justificación para arribar a esta conclusión.

En lo que respecta a los no firmantes y a los que se retractaron, la Corte establece que el Estado deberá remitirle —como en el caso de los firmantes— los comprobantes de los depósitos bancarios a su nombre⁴⁶. Para estas víctimas, el Estado deberá proceder a realizar los pagos cuando firmen el acuerdo, si lo estiman pertinente, o bien si alguna autoridad judicial interna así lo dispone, en los términos señalados por ésta⁴⁷.

El Tribunal decidió mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento al solo efecto de recibir los comprobantes de pago a las víctimas o derechohabientes firmantes de los acuerdos y de los comprobantes de depósito bancario para quienes no firmaron. En este segundo supuesto la Corte dispuso que, si al cabo de diez años la suma no es reclamada y no se halla pendiente una acción judicial iniciada por una víctima o derechohabiente, será devuelta al Estado⁴⁸.

No obstante la homologación de la Corte, es importante indicar que el Estado había informado en la audiencia privada que para calcular el monto de su oferta se utilizaron los siguientes criterios⁴⁹:

1. Los meses comprendidos entre la fecha de destitución y la reubicación, en condiciones similares al sector público o el fallecimiento.
2. El salario mensual mayor (más favorable para el trabajador) entre el promedio mensual de los últimos seis meses y el último salario mensual, tal como lo determina el Código de Trabajo.
3. La certificación de sueldos emitida por la Caja de Seguro Social para determinar el salario mensual.
4. Para el cálculo de los intereses se estimó un 10% anual y para recargos un 10% de las prestaciones, tal como lo determina el Código de Trabajo.
5. Se calcularon los intereses de las personas reubicadas en

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Supervisión de Cumplimiento*. Resolución del 30 de octubre de 2008. Párr. 21.

45 *Ibíd.* Párr. 30.

46 *Ibíd.* Párr. 29.

47 *Ibíd.* Párr. 27.

48 *Ibíd.* Párr. 29.

49 *Ibíd.* Considerando 9.

condiciones similares hasta el 31 de diciembre de 2001 y de los no reubicados hasta el 31 de diciembre de 2006.

Es evidente que tales criterios no responden a los derechos de los trabajadores comprendidos en las leyes especiales y en el Código de Trabajo. Tampoco comprenden la indemnización por no reubicación en los puestos de trabajo (punto resolutivo 7 de la sentencia), ni los intereses moratorios fijados por la Corte. Por lo tanto, dicho acuerdo no comprende la totalidad de derechos que se derivaron de la sentencia, como lo indicó la Corte Interamericana. Empero, la Corte homologó el acuerdo y vinculó implícitamente a todas las víctimas al cerrar el caso y dejarlo abierto exclusivamente para recibir información del Estado sobre los pagos y/o depósitos de dinero.

Consideraciones finales

Las sentencias de la Corte en el caso Baena sentaron importante jurisprudencia que les permitirá a las víctimas de violaciones a los derechos humanos mayor accesibilidad y protección en el Sistema Interamericano, no sólo con relación a los derechos civiles y políticos, sino también con relación a los económicos, sociales y culturales.

El caso Baena deja la enseñanza de que la determinación en las sentencias de la Corte de mecanismos concretos, con mandato preciso para una rápida y efectiva implementación de las reparaciones fijadas por ella, resulta a todas luces fundamental y necesaria.

El Estado de Panamá, en acatamiento a la sentencia de la Corte en el caso Baena, ha pagado sumas millonarias a las víctimas del caso, sumas que muy pocos Estados estarían en disposición y capacidad de pagar.

El mecanismo de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte debe ser más dinámico y propositivo y adaptarse a las circunstancias que rodean cada caso en particular.

El mecanismo de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte debe ser más dinámico y propositivo y adaptarse a las circunstancias que rodean cada caso en particular.

Por el tiempo transcurrido desde la sentencia del 2 de febrero de 2001, por los montos millonarios pagados y/u ofrecidos por el Estado como reparación económica, por la falta de determinación del derecho interno aplicable y de los trámites nacionales por utilizar y, por la imposibilidad de acercar a las partes a una reparación económica consensuada, no es criticable que la Corte homologara el acuerdo suscrito entre el Estado y la mayoría de las víctimas. No obstante, la Corte debió buscar otras alternativas para homologar el acuerdo y no establecer categóricamente que el mismo cumplía con todos los derechos derivados de su sentencia. Máxime, cuando en realidad lo que hubo respecto al acuerdo o finiquito fue una renuncia de derechos por parte de quienes firmaron.

Las víctimas del caso Baena que no suscribieron el acuerdo homologado por la Corte quedaron bajo una situación de indefensión, toda vez que los procesos judiciales internos a los que la Corte los remite no estarán sujetos a ninguna supervisión del Tribunal. Tampoco se determina qué pasará si un tribunal interno fija una reparación económica mayor —o menor— al monto que el Estado depositó a su favor.





La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

Francisco R. Barbosa Delgado¹

El presente artículo desarrolla la figura de la censura indirecta, a través de tres tipologías: 1) Intervenciones excesivas frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet (ISPs), los proveedores de Hosting (alojamiento de datos), las plataformas de la web 2.0 (blogs, plataformas de video, fotos y demás contenidos), y también los directorios y buscadores de Internet, que proveen el servicio de Internet. 2) El abuso de la publicidad oficial. 3) El abuso como autoridad de la inspección, vigilancia y control en cuanto a la asignación y retiro discrecional de licencias de radio y TV y del espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado, construidas a través de la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos, tanto en América como en Europa. El artículo muestra cómo la censura indirecta se constituye en uno de los caminos menos explorados jurisprudencialmente frente a la libertad de expresión. Por esta razón, se plantea que deben observarse con detenimiento estos comportamientos del Estado que recaen en muchos casos sobre las nuevas tecnologías de información y telecomunicación (TICs), y que serán materia de discusión y de vigilancia por parte de la sociedad en los próximos años.

Palabras claves: censura indirecta, libertad de expresión, nuevas tecnologías, publicidad oficial, empresas de telecomunicaciones e Internet.

Internet como técnica no modificó de forma esencial la información, modificó su tiempo². La rapidez y la enormidad de esa información hacen que la regulación, en muchos casos engorrosa y proclive a los procedimientos judiciales, sea absolutamente anacrónica³. Internet tiene una connotación dinámica de la información.

Este artículo pretende desentrañar la censura indirecta que utiliza el Estado a través de sus acciones legales.

1 Candidato a Doctor (Ph.D.) en Derecho Público de la Universidad de Nantes (Francia), Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Historia de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Relaciones Internacionales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano y en Regulación en Telecomunicaciones de la Universidad Externado. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Desde el año 2007 es investigador del Centro de Investigación de Derecho Social e investigador residente de la MSH (Centro de Ciencias del Hombre) de Nantes. Es profesor visitante de la Universidad de Nantes en el curso sobre "Libertades Públicas" que dirige el profesor de la Universidad de Nantes Jacques Fialaire. *Correo electrónico:* fbarbosa2@gmail.com.

2 Un artículo interesante sobre el tema en: Gregorio, Carlos G, del Instituto de Investigación para la Justicia, trabajo presentado en el Seminario "Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC". Quito, Ecuador, 27 y 28 de junio del 2006, organizado por FLACSO con el apoyo de IDRC. En: <http://www.ijjac.org/docs/censura.htm>

3 Sobre este punto se destaca el informe *Silenced: an International Report on Censorship and Control of the Internet, Privacy International y The Green-Net Educational Trust*, septiembre de 2003.

Introducción

El presente artículo pretende explicar y abordar la noción de censura indirecta, es decir, aquella que realiza el Estado con el propósito de controlar e impedir la información, y con ello evitar cualquier tipo de afectación a su poder. Los métodos de silenciamiento de los Estados se realizan de forma directa o indirecta. Este artículo pretende desentrañar la censura indirecta que utiliza el Estado a través de sus acciones legales.

Para efecto de su entendimiento se construirán varias tipologías, de acuerdo con su constatación en la práctica recurrente de los Estados y en las posibles infracciones en que puede incurrir un Estado. Debe hacerse hincapié en que la jurisprudencia tanto de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante Corte EDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) no se han pronunciado en la gran mayoría de los casos, lo que lleva a plantear una suerte de anticipación casuística ante un fenómeno dinámico propio de sociedades mundializadas. En ese orden de ideas, se pretende indagar por nuevas formas de limitación de la libertad de expresión por parte del Estado, para así detectar sus nuevas formas de intervención.

Este artículo no comprende la censura directa, las suspensiones generales o las restricciones particulares que constituyen limitantes adicionales al ejercicio de la libertad de expresión en los sistemas de protección de los derechos humanos.

La censura indirecta: nueva forma de poner en riesgo la libertad de expresión

En general, la censura se considera como el acto a través del cual se impide, obstruye y evita la circulación de información de cualquier índole sin consideración de frontera. La Corte EDH expone su definición:

Esta noción implica un desconocimiento a la libertad de expresión en su doble dimensión, una personal y otra colectiva.



“una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”.

Esta noción implica un desconocimiento a la libertad de expresión en su doble dimensión, una personal y otra colectiva. La primera tiene que ver con la posibilidad de expresar ideas de toda índole sin consideración de fronteras y la segunda, el sacrosanto derecho de la sociedad de estar debidamente informado. En primer orden, la censura pone un freno al emisor de la información porque la impide. En segundo, la sociedad no se entera del atropello porque no se produce la simbiosis entre emisor y receptor de la información, y se configura una violación al derecho. El punto determinante de este artículo tiene que ver con el estudio de uno de los caminos de la censura que, muchas veces, pasa desapercibido en los análisis que se realizan.

Las nuevas tecnologías ponen a prueba los límites cómodamente establecidos por la jurisprudencia para la libertad de expresión y sus continuas colisiones con otros derechos. Los límites y la imposibilidad jurídica de comprensión de estos fenómenos sociales serán el punto de discusión en los próximos años.



4 Corte EDH, *Feldek vs. Slovakia*. Decisión del 12 julio de 2001. Párr. 54, en : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&act=html&highlight=feldek%20I%20SLOVAQUIE&sessionid=15466842&skin=hudoc-fr>.



Tipologías de censura indirecta en el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos

La noción de censura indirecta se materializa a través de intervenciones soterradas del Estado, a través de los siguientes mecanismos: 1) Intervenciones excesivas frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet (ISPs)⁵, los proveedores de *Hosting* (alojamiento de datos)⁶, las plataformas de la web 2.0 (blogs, plataformas de video, fotos y demás contenidos)⁷, y también los directorios y buscadores de Internet, que proveen el servicio de Internet⁸. 2) El abuso de la publicidad oficial. Y 3) El abuso como autoridad de la inspección, vigilancia y control en cuanto a la asignación y retiro discrecional de licencias de

radio y TV, y del espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado.

Antes de abordar el abuso que puede presentarse en la intervención excesiva del Estado frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet (ISPs), los proveedores de *Hosting* (alojamiento de datos), las plataformas de la web 2.0 (blogs, plataformas de video, fotos y demás contenidos), y también los directorios y buscadores de Internet, deben formularse dos preguntas: ¿Son la jurisprudencia y los principios elaborados sobre la libertad de expresión aplicables a las nuevas tecnologías y, en especial, a Internet? ¿Puede el Estado –bien a través de un acto administrativo, una ley o una decisión judicial– de forma indirecta intervenir la información de un usuario o impedir su acceso a la información?

Antes de ensayar una respuesta a esos problemas debe resaltarse que Internet modificó la forma de producir, recibir y distribuir la información, así como su velocidad. Esta utilidad tecnológica es definida como una red informática compuesta por un conjunto de ordenadores desplegados por todo el mundo y conectados entre sí, intercambiándose información⁹. Para el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de la libertad de expresión, Internet es un medio de comunicación democrático, porque les proporciona al público y a las personas un acceso a las fuentes de información y les permite a todos participar activamente en los procesos de comunicación¹⁰.



hay una intervención excesiva del Estado frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los proveedores de *Hosting*, las plataformas de la web 2.0 y también los directorios y buscadores de Internet, que proveen el servicio de Internet.

5 *Internet Service Provider* - Proveedor de servicios de Internet. Empresa que se encarga de conectar y dar servicio de Internet a sus usuarios por algún medio (cable, inalámbrico, satelital, celular, telefónico, etc.). En: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/isp.php>.

6 *Hosting* (alojamiento o también conocido como hospedaje *web*, alojamiento *web*, *web site hosting*, *web hosting* o *webhosting*). Es un negocio que consiste en alojar, servir, y mantener archivos para uno o más sitios web. Más importante que el espacio del ordenador que se proporciona para los archivos del sitio *web* es la conexión rápida a Internet. La mayoría de los servicios de hosting ofrecen conexiones que para una persona individual resultarían muy costosas. Usar un servicio de *hosting* permite que muchas compañías compartan el coste de una conexión rápida a Internet para el acceso a los archivos de sus sitios *web*. En <http://www.masadelante.com/faq-hosting.htm>.

7 La Web 2.0 es la representación de la evolución de las aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones web enfocadas al usuario final. El Web 2.0 es una actitud y no precisamente una tecnología. La Web 2.0 es la transición que se ha dado de aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones que funcionan a través de la web, enfocadas al usuario final. Se trata de aplicaciones que generen colaboración y de servicios que reemplacen las aplicaciones de escritorio. En Christian Van Der Henst, *¿Qué es la Web 2.0?*, www.maestrosdelweb.com/editorial/web2/

8 Este tema no ha sido abordado por parte de la jurisprudencia de protección de derechos humanos, sin embargo, los doctrinantes han abordado de forma general este nuevo fenómeno dentro del estudio de la libertad de expresión. Entre los doctrinantes se destacan Raduszynski, F, « *Le controle de l'information économique et financière propagée au moyen de l'internet, Th Paris XII, 2002, Aubert, Concretisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen, Mel, Cohen Jonathan, Bruylant, 2004, pa 99, Liberté d'expression des adults et protection des mineurs sur le reseau Internet selon la Cour Supreme des États-Unis, RDP, 1997, p. 1637, Klebes- Pelissier K, Internet et la liberté d'expression (á propos de l'arrêt de la Cour Supreme des États Unis, RUDH, 1998, vol 10, No. 11-12, p. 393 ss, Liberté d'expression dans le champ de l'audiovisuel et Convention Europeene des droits de l'homme: les nouvelles Technologies, Mel Robert, Libertés, Montchrestien, 1998, p.391 s. Pettiti (LE) Liberté d'expression et nouvelles Technologies de l'audiovisuel, Liber amicorum, M-A, Eissen, Bruylant/LGDJ, 1995, p.319 s.*

9 Información tomada de http://www.coepa.info/intro_internet/definicion_de_internet/index.php.

10 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/2002/75. Párr. 102 y 110, en O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de derechos humanos*, Alto Comisionado para los derechos humanos, 2004. P. 688.

Con respecto a Internet, la CIDH recordó que

...“constituye un instrumento que tiene la capacidad de fortalecer el sistema democrático, contribuir con el desarrollo económico de los países de la región, y fortalecer el pleno ejercicio de la libertad de expresión. Internet es una tecnología sin precedentes en la historia de las comunicaciones que permite el rápido acceso y transmisión a una red universal de información múltiple y variada. Maximizar la participación activa de la ciudadanía a través del uso de Internet contribuye al desarrollo político, social, cultural y económico de las naciones, fortaleciendo la sociedad democrática. A su vez, Internet tiene el potencial de ser un aliado en la promoción y difusión de los derechos humanos y los ideales democráticos, y un instrumento de importante envergadura para el accionar de organizaciones de derechos humanos, pues por su velocidad y amplitud permite transmitir y recibir en forma inmediata condiciones que afectan los derechos fundamentales de los individuos en diferentes regiones”¹¹.

En cuanto a la primera pregunta, debe advertirse que los principios no pueden desaparecer frente a la nueva herramienta, pero sí su forma de aplicación. Internet como técnica no modificó de forma esencial la información, modificó su tiempo¹². La rapidez y la enormidad de esa información hacen que la regulación, en muchos casos engorrosa y proclive a los procedimientos judiciales, sea absolutamente anacrónica¹³. Internet tiene una connotación dinámica de la información. Portales como *Wikipedia* –que permiten modificar información en línea–, chats, blogs –mecanismos de diálogo entre emisor y receptor–, mails, caracterizan este nuevo instrumento de la libertad de expresión. En ese orden de ideas, aunque no exista jurisprudencia en la Corte EDH ni en la Corte IDH, se plantea esta tipología en la medida en que existen antecedentes en derecho interno de eventos que involucran esta forma de intervención, que podría dar a lugar a una carga pública excesiva.

En cuanto a la segunda cuestión, se observa que el análisis de proporcionalidad que adelante el juez es funda-

mental para definir el tema. Es en el escenario judicial donde se debe evaluar por parte del operador de justicia si la intervención fue “excesiva”. Para racionalizar esta calificación es dable que se utilice el test de proporcionalidad, a través de lo cual se determina la carga de la argumentación judicial. Por ejemplo, en Estados Unidos el principio de no intervención del Estado contra los operadores se estableció en la sección 230 de la *Communications Decency Act-1996*-, que indica que los diferentes proveedores y usuarios de servicios informáticos interactivos son inmunes a los reclamos de responsabilidad por información publicada por otros. En Europa, el asunto fue definido por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo que define los niveles de responsabilidad de los diferentes intermediarios de Internet. En la directiva se establecen el principio de mera transmisión y el Principio de “inexistencia de obligación general de supervisión”. Esta legislación hace que el Estado pierda capacidad de intervención frente a estas empresas de comunicaciones.

Sin embargo, a pesar de estas estrictas regulaciones, las empresas de telecomunicaciones se han visto enfrentadas a problemas de carácter judicial por el tipo de información que incluyen dentro de sus portales. En China, la empresa norteamericana *Google* acordó con ese país que a través de ese buscador los usuarios del servicio no pudieran acceder a ciertas páginas occidentales que promovieran el cambio de régimen¹⁴. En Francia este tema fue objeto de varias controversias. Uno a nivel interno, en el cual se condenó por parte del

Las nuevas tecnologías ponen a prueba los límites cómodamente establecidos por la jurisprudencia para la libertad de expresión y sus continuas colisiones con otros derechos.



11 CIDH, Informe Anual 1999; *Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 1999*; Capítulo II. *Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio*; D. Internet y Libertad de Expresión, citado por Informe de la *Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH*, 2008. P.61.

12 Un artículo interesante sobre el tema es el de Gregorio, Carlos G, del Instituto de Investigación para la Justicia, trabajo presentado en el Seminario “*Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC*”, Quito, Ecuador, 27 y 28 de junio del 2006, organizado por FLACSO con el apoyo de IDRC en el sitio electrónico <http://www.ijjac.org/docs/censura.htm>

13 Sobre este punto, el informe *Silenced: an International Report on Censorship and Control of the Internet, Privacy International y The GreenNet Educational Trust*, septiembre de 2003.

14 Sobre el particular, Thompson Clive, *Google's China Problem dans*. En “New York Times”, April 23, 2006. http://www.nytimes.com/2006/04/23/magazine/23google.html?_r=4&pagewanted=1&th&emc=th&oref=slogin



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

Estado francés al propietario de un café Internet que escaneó un libro comprado legalmente pero censurado por la justicia a través de la suspensión de la línea telefónica¹⁵.

En segundo lugar se encuentra el caso de *Yahoo*, que generó un enfrentamiento entre las autoridades judiciales norteamericanas y francesas por la imposibilidad de sancionar ese portal por permitir subastas de objetos nazis¹⁶. Sobre este punto, la discusión entre las dos administraciones de justicia se planteó desde la competencia de los jueces. Para el juez francés¹⁷, Francia tenía competencia sobre ese asunto, incluso si la sede de *Yahoo* era en Estados Unidos. Para los norteamericanos, Francia no tenía competencia de ningún tipo sobre el tema, porque el servicio se produjo en territorio estadounidense. Para efecto de sancionar es necesario tener en cuenta solamente el origen y la sede del servicio y no el destinatario del mismo. Esta situación produjo una discusión que puso en evidencia la problemática regulación de Internet cuando se encuentran dos Estados en controversia frente a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

Por último, debe rescatarse el caso de Argentina con los portales *Google* y *Yahoo*, a los que una jueza de la dictadura les exigió vía judicial –medidas cautelares–¹⁸ el retiro de su nombre del portal de Internet. Esta acción constituye una censura indirecta en la medida en que evita que la información pueda ser conocida por la sociedad¹⁹.

Renucci señala,

Los años que vienen darán lugar a extraordinarias aventuras, pero asimismo presentarán nuevos peligros, notablemente en su relación con los derechos fundamentales²⁰.

Las nuevas tecnologías ponen a prueba los límites cómodamente establecidos por la jurisprudencia para la libertad de expresión y sus continuas colisiones con otros derechos. Los límites y la imposibilidad jurídica de comprensión de estos fenómenos sociales serán el punto de discusión en los próximos años. El caso de la pornografía infantil y la persecución contra los pederastas es un ejemplo interesante sobre el acuerdo entre los Estados frente a las nuevas tecnologías²¹. En todo caso, la aplicación racional y no algorítmica del principio de proporcionalidad puede dar algunas luces para resolver el problema. Al final de cuentas, la respuesta permitirá determinar el grado de apreciación del Estado frente a este tipo de censura indirecta.

Abuso frente al otorgamiento de la publicidad oficial

El abuso de la publicidad oficial de los medios de comunicación se constituye en una forma de censura indirecta en la medida en que “direcciona” la información por parte del medio, perdiendo su autonomía y su independencia²². Este tipo de publicidad puede ser definida

15 Maillard, Julien, *Freedom of Speech, The Internet and the cost of control : The French example dans International Law and Politics*. Vol. 33, 2001. P.1180.

16 Los hechos de ese caso son los siguientes: en el portal *Yahoo* americano se podía acceder a una subasta de objetos nazis de la Segunda Guerra Mundial. Ante esta situación, la *Ligue Internationale contre le racisme et l'antisemitisme et l'Union des étudiants juifs de France* (UEJF) interpuso una demanda contra *Yahoo* en Francia, en la medida en que a través de Internet se podía acceder a la subasta, aún advirtiendo que el acceso se daba en la página de yahoo.us y no en la página yahoo.fr. El juez francés indicó: "en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo Inc commet une faute sur le territoire français. Le dommage étant subi en France, notre juridiction est donc compétente". La Corte Federal de California rechaza ese argumento en la medida en que no acepta esa competencia extendida que preconizaba el juez francés dans Latrive, Florent, *L'internet, Le livre noir de la censure*, Seuil, Paris, 2008. P. 104-107 et United-States district Court for the Northern District of Californi, San Jose Division, 7 nov. 2002.

17 T.G.I Paris, 22 mai, 2000 (UEJF c Yahoo). France dans www.meldpunt.nl/juris/yahoo1.html.

18 Estas medidas fueron tomadas en el marco del derecho interno argentino. No tienen relación con las nociones de medidas derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

19 Sobre este caso en Argentina, véase Less Andrade, Pedro. *La Censura previa nunca es un buen modelo*, en Blog oficial de Google para América Latina. Información encontrada en <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/la-censura-previa-nunca-es-un-buen.html>

20 Renucci, Jean Francois. *Traité de droits européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007. P.181.

21 Sobre este punto se destaca el trabajo conjunto de los Estados en la persecución, a través de la INTERPOL (International Criminal Police Organization), de sitios en la red que promueven la pornografía infantil. La regulación común también es un mecanismo utilizado por los Estados sobre el particular. Véase el *Libro Verde sobre la protección de menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales de información* y la *Resolución del 27 de febrero de 1996*, del Consejo de Telecomunicaciones de la Unión Europea.

22 Informe *El precio del silencio "Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina."* Asociación por los Derechos Civiles, Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta. Buenos Aires, 2008.

como pagada o no pagada. La publicidad "no pagada" según la Oficina del Gabinete del Reino Unido²³, "incluye los comunicados de prensa, los textos de leyes o sobre reuniones legislativas, e información que cuenta con respaldo del gobierno pero que puede ser pagada por un particular". La publicidad pagada "incluye los anuncios pagados en la prensa, la radio o la televisión, el material de software y video producido por el gobierno o patrocinado por éste, la campañas a base de folletos, el material publicado en Internet, las exposiciones, etc."²⁴.

En América Latina y en Europa la regulación sobre el tema es bastante general y, en esa medida, no existen decisiones jurisprudenciales derivadas de los órganos de protección de derechos humanos sobre protección a la libertad de expresión, debido en parte al proceso de desregulación en todos los ámbitos del Estado. Solamente en Europa existe la Convención Europea sobre televisión fronteriza²⁵, que precisa que "los límites de los spots publicitarios son del 15% del tiempo de retransmisión cotidiano y del 20% por hora de transmisión. Está previsto que no puede haber cortes antes de los 45 minutos de transmisión"²⁶. Estos límites se plantean no desde el origen de esos fondos sino del límite temporal sin especificar el tema de forma suficiente²⁷.

Dirección de la pauta oficial a medios de comunicación afines al Gobierno

En América Latina ha sido una práctica recurrente que los gobiernos ofrezcan pauta oficial a los medios de comunicación con el fin de controlar los contenidos y evitar que se produzca información que sea contraria

Es necesario que exista una regulación precisa que impida todo tipo de excesos del Estado en el otorgamiento de publicidad oficial a ciertos medios de comunicación favorables a los gobiernos de turno. Una ausencia de regulación sobre el particular plantearía la existencia de una potencial censura indirecta.

a sus intereses. Según el Informe de 2003 de la Relatoría de Libertad de Expresión, el Estado puede realizar asignaciones negativas o positivas con relación a la pauta, configurándose en ambas un resquebrajamiento de la libertad de expresión. Según el órgano de trabajo de la CIDH, la asignación negativa "se otorgaría a una persona o un medio de comunicaciones para inducirlo a no informar desfavorablemente sobre quienes están en el poder". Por su lado la asignación positiva exige "que el beneficiario se exprese favorablemente para recibir los fondos estatales"²⁸.

Debe indicarse que gran parte del problema surgido frente a esta tipología se encuentra en la imprecisión de la ley que regula este tipo de leyes.

En Europa, aunque la Corte EDH no se ha pronunciado de forma puntual sobre la publicidad oficial, ha puesto de presente que la ley en todos los casos debe ser precisa y no permitir la discrecionalidad²⁹. Esta manifestación jurisprudencial pone en evidencia que la publicidad oficial juega un papel importante en el desarrollo de los medios de comunicación por parte de los Estados. En ese orden de ideas, es necesario que

23 Véase *Government Printing and Advertising*, disponible en http://www.cabinet-office.gov.uk/central/1999/workgjs/annex_a.htm, tomado de *Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH*, 2007, capítulo 6.

24 *Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH*, 2007, capítulo 6.

25 Esta Convención entró en vigor el 1 de mayo de 1993. Su texto se encuentra en http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_784_405/index.html.

26 Los límites de los spots publicitarios son del 15% del tiempo de retransmisión cotidiana y del 20% por hora de emisión (art 12). Igualmente se prevé que los cortes no se pueden presentar antes de 45 minutos de difusión en Cohen- Jonathan, G, *Liberté d'expression et publicité*, RD, 1986, No, special « *La publicité en Europe* » dans Renucci, Jean Francois, *Traité de droits européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007, p.172.

27 Es importante resaltar el trabajo realizado en Francia por la Comisión Parlamentaria dirigida por el parlamentario Jean Francois Copé, en la cual se discutió sobre televisión pública en el país. El trabajo parlamentario generó un importante debate sobre el rol del Gobierno frente a los medios de comunicación y la información que estos emiten. Véase el informe en el sitio electrónico <http://www.lepoint.fr/actualites-medias/le-rapport-cope-innovations-et-impasses/1253/0/255443>.

28 *Informe de la Relatoría de libertad de expresión de la CIDH*, 2003, en el sitio electrónico <http://www.cidh.oas.org/relatoria/docListCat.asp?catID=22&IID=2> y *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights (2003)*, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev. 2, (29 de diciembre de 2003) P. 179-200.

29 Corte EDH, *Caso de Vgt Verein gegen Tierfabriken vs. Suiza*, del 28 de junio de 2001. En : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=15571975&skin=hudoc-fr&action=request>. Debe tenerse en cuenta que, a pesar de que este caso resuelto por la Corte EDH se refiere a la



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

exista una regulación precisa que impida todo tipo de excesos del Estado en el otorgamiento de publicidad oficial a ciertos medios de comunicación favorables a los Gobiernos de turno. Una ausencia de regulación sobre el particular plantearía la existencia de una potencial censura indirecta.

En América Latina, los casos abundan en la práctica, pero son ausentes en la jurisprudencia. En ese sentido se destacan algunos ejemplos: como en el Perú, el ex jefe de inteligencia del Presidente Alberto Fujimori (1990- 2000), Vladimiro Montesinos, quien realizó grandes pagos a los propietarios de medios de comunicación a cambio de que modificaran su postura editorial³⁰. En igual sentido, en el año 2007, el vicepresidente de Costa Rica renunció a su cargo, luego de

un escándalo en el que él y otro funcionario público buscaran una cobertura periodística favorable a cambio de contratos publicitarios. En el mismo año, el periódico paraguayo ABC denunció al Gobierno de ese país por utilizar generosos contratos publicitarios para evitar coberturas periodísticas críticas³¹.

Otra práctica constatada en el informe sobre publicidad oficial de 2008 en América Latina³² se presenta a través del favorecimiento de pauta, utilizando procesos de contratación directa en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Honduras y Uruguay. En ese sentido, la independencia y la autonomía de los medios se pierde. La censura se estructura en la medida en que los emisores de la información son coartados a no informar de forma objetiva y la sociedad no recibe una información que le permita ser libre y democrática³³.



En América Latina y en Europa la regulación sobre el tema es bastante general y, en esa medida, no existen decisiones jurisprudenciales derivadas de los órganos de protección de derechos humanos sobre protección a la libertad de expresión, debido en parte al proceso de desregulación en todos los ámbitos del Estado.

Retiro de pauta por molestias sobre contenidos de los medios de información

Los medios de comunicación requieren pautar para efectos de financiar sus espacios de información. En algunos casos se han constatado en América Latina retiros de pauta oficial. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina indicó que el Gobierno de la provincia de Neuquén había violado el derecho a la libre expresión del diario *Río Negro*

29 negativa de una estación de radio de aceptar publicidad de una empresa productora de carne —organización privada— por “consideraciones políticas”, el Tribunal Europeo consideró que la ley impugnada no permitía anuncios políticos en la radio y televisión, pero sí en otros medios, lo que condujo a cuestionar su aspecto discriminatorio.

30 Por ejemplo, “Samuel y Mendel Winter, ex directores del Canal 2 de televisión con sede en Lima (Frecuencia Latina), fueron sentenciados a cinco años de prisión y pagaron \$250 mil en multas por haber recibido pagos de Montesinos a cambio de su apoyo editorial a la reelección del presidente Fujimori. Los hermanos Winter fueron liberados de prisión en junio de 2004, luego de haber cumplido dos terceras partes de sus cinco años de sentencia. Otros directores de medios se encuentran actualmente prófugos, como el ex director de Televisión Andina, Julio Vera Abad, también acusado de aceptar pagos del gobierno de parte de Montesinos a cambio de modificar la línea editorial del Canal 9 a favor del gobierno de Fujimori”. En *Hermanos Winter saldrán en Libertad*, Agencia Perú (servicio de noticias online), 2 de junio de 2004. Disponible en www.agenciaperu.com/actualidad/2004/jun/winters_libres.htm. También en *Piden diez años de prisión para ex directivo de televisión Julio Vera Abad*, Radio Programas del Perú, 11 de mayo de 2006. Disponible en www.rpp.com.pe/portada/politica/38170_1.php. Y el Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*, en Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. P. 356.

31 Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. P. 11.

32 Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta*, Buenos Aires, 2008.

33 Sobre ese punto la Corte IDH, en “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985. P. 70 Serie A No. 5, señaló: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. En: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

al retirarle la pauta publicitaria en represalia por sus coberturas críticas en lo que constituyó un acto de censura indirecta³⁴.

Otro caso se presentó en Costa Rica, donde el presidente Abel Pacheco les ordenó a los miembros de su Gobierno que dejaran de pautar en *La Nación*, el periódico más importante del país, como represalia por sus coberturas críticas. En el año 2004, el Gobierno del presidente Abel Pacheco tomó la decisión política de retirar la publicidad oficial a los medios pertenecientes al Grupo *La Nación* a causa de sus críticas acerbas contra su gestión³⁵. Esta actitud en algunos países de la región se ha convertido en una práctica sistemática³⁶.

En Europa, el asunto ha sido objeto de discusiones en el seno del Consejo de Europa, en donde se ha señalado que la pauta oficial es un elemento esencial para el funcionamiento de los medios y tiene en cuenta que, como lo señaló el Comité de Ministros, debe velarse porque la libertad de expresión se ejerza de una forma transparente y bajo estándares objetivos³⁷. Esta postura de la Unión Europea plantea que el Estado goza de un margen de apreciación amplio para regular el tema. Es sabido que en Italia la publicidad estatal ha interferido en el buen funcionamiento de los medios de comunicación³⁸.

Abuso a través de la autoridad de inspección, vigilancia y control³⁹

El Estado regula el servicio público de comunicaciones. Tanto en el sistema americano como el europeo se permite que el Estado regule los servicios públicos, y en especial, regula la libertad de pensamiento y expresión. Es así como el artículo 10 de la CEDH indica “*que los Estados pueden someter a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa*”. Esta restricción no se plantea en la CADH, pero es posible contemplarla dentro de las legislaciones de los Estados en el marco de la necesidad y la proporcionalidad. Esta acción se ejerce a través de las autoridades de inspección, vigilancia y control. Sus acciones se enfocan hacia la asignación de licencias para la prestación del servicio público de telecomunicaciones y la asignación del espectro electromagnético como recurso escaso. Por ejemplo, el Consejo de Europa indicó sobre el control de la radiodifusión que

“Una reglamentación del Estado sobre la organización de la radiodifusión es posible, pero las medidas de autorización no pueden escapar a las exigencias del segundo párrafo del

- 34 Corte Suprema de Justicia de Argentina, septiembre de 2007, tomada de Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. En la decisión, el tribunal le ordenó al Gobierno de Neuquén que cesara en su práctica de asignar fondos por publicidad oficial en forma discriminatoria y que presentara, en el lapso de 30 días, un plan de distribución de la publicidad que estuviera de acuerdo con los principios explicitados en la sentencia. El Tribunal remarcó que la libertad de expresión puede ser violada no sólo por la interferencia directa del Gobierno, sino también por la adopción de medidas, tales como las prácticas abusivas en materia de publicidad oficial, que pueden afectar indirectamente la libertad y la independencia editoriales. En suma, la Corte consideró que el retiro de la publicidad llevado a cabo por el Gobierno de Neuquén no estaba razonablemente justificado, y que dicha represalia había constituido una violación de la libertad de expresión, sin que fuera necesario que el diario probara que había sufrido un perjuicio económico. Es deber último del Poder Judicial, estimó la Corte, proteger la libertad de expresión y un debate democrático robusto.
- 35 Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta. Buenos Aires, 2008.
- 36 Sobre este particular, téngase en cuenta por ejemplo la acción del Gobierno de decisión Guyana de realizar el mismo procedimiento descrito en el caso argentino, al retirar su pauta del periódico *Stabroek News* por su acción crítica contra el régimen imperante.
- 37 Recomendación No R (99) 1, Comité de Ministros, Consejo de Europa, en *Medidas para promover el pluralismo de los medios* (adoptada el 19 de enero de 1999).
- 38 Sobre este aspecto se destaca el *Documental Viva Zapatero*, seleccionado en la 62 muestra de Cine de Venezuela, 2005. De la periodista italiana Sabina Guzzanti, 2006.
- 39 Sobre este tema de regulación, ver Cassese A et Clapham (A), (éd), *La télévision transfrontière en Europe dans la perspective de droits de l'homme, Nomos 1990 et Libertés fondamentales et télévision européenne*, RCADE, Florence, 1990.





La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

artículo 10 de la Convención Europea de derechos humanos⁴⁰.

La asignación de licencias y de espectro electromagnético genera, en muchos casos, la posibilidad del Estado de revocarlas de forma unilateral y, de paso, impedir el uso del espectro electromagnético como recurso escaso que desconoce el debido proceso. Esto lleva a entender que la acción del Estado, que en principio es legítima, puede tornarse en una censura indirecta de acuerdo a la tipología que se expondrá a continuación.

Asignación y retiro discrecional de licencias de radio y TV

Este aspecto es muy importante en cuanto al acceso de la libertad de expresión. Los Estados establecen que la asignación de títulos habilitantes convergentes de telecomunicaciones o licencias para la prestación de servicios específicos⁴¹ es el mecanismo para acceder a la prestación de los servicios de telecomunicaciones. La asignación discrecional de los títulos habilitantes constituye una de las fuentes de control de los medios de comunicación, si se toma en cuenta que son los Gobiernos los que fijan de forma administrativa los requisitos para acceder a esas licencias. En muchos casos, las condiciones financieras establecidas en

los pliegos de condiciones se constituyen en una barrera de entrada para los interesados en una licencia, lo que beneficia a las grandes empresas que controlan la información y, por supuesto, son controlados por los Gobiernos⁴². Estas formas de acceder a las licencias imponen un límite al pluralismo democrático y al debate público. En la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión se indica sobre este particular que

“el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión (...) con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y debe estar expresamente prohibido por la ley⁴³.”

En el mismo sentido, el artículo 13 de la CADH indica que

“no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares (...) de frecuencias radioeléctricas (...) o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

En América Latina, esta causal se incrementó toda vez que algunos países se encontraban gobernados bajo dictaduras militares y otros apenas salían de ese flagelo, encontrándose presionados por el antiguo *statu quo*⁴⁴. En cada uno de

40 DH-MM, *Comité d'experts pour les moyens de communication de masse*.

41 Sobre este aspecto debe considerarse que en Europa existe una licencia única de Telecomunicaciones con la cual es posible prestar servicios de televisión, radio, valor agregado –Internet–. En América Latina, el régimen que impera es el de la licencia por servicios, es decir, se otorga una autorización para prestar un servicio, desconociendo la noción de unidad de redes y de servicios que plantea que por una red se presten una multiplicidad de servicios. Merced al debate europeo, en América Latina se ha iniciado un proceso legislativo acogiendo estos servicios. En Colombia, por ejemplo, se expidió el Decreto 2478 del 13 de septiembre de 2007, por medio del cual se aceptó el título habilitante convergente.

42 Sobre este particular vale la pena indicar algunos ejemplos. En Argentina, la ley obliga que en la decisión de otorgamiento de licencias participen los representantes de las fuerzas armadas. En el año 2005, el Ex Presidente Néstor Kirchner emitió el Decreto 527/2005, del 20 de mayo de 2005, por medio del cual se prorrogaron administrativamente las licencias de telecomunicaciones por un tiempo de 10 años. En Uruguay existe el Decreto 734 de 1978 que le permite al Estado otorgar licencias de radio y televisión. Para acceder a las licencias es necesario demostrar una capacidad económica y otorgar un depósito en garantía, lo que hace que el acceso al título habilitante sea muy difícil para los pequeños operadores. En el Perú, entre “1980 y 2000 el gobierno peruano adjudicó la mayor parte de las licencias a emisoras de radio y TV vinculadas al partido político del gobierno. La administración del autoritario presidente Alberto Fujimori (1990–2000) cerró emisoras que habían estado funcionando por varios años a la espera de una licencia, para asignar las frecuencias a medios ligados a su gobierno. De las 269 licencias solicitadas en todo Perú entre junio de 2005 y junio de 2007, solamente seis corresponden a medios comunitarios. Cinco están en proceso y una fue denegada”. En Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. P.171-173.

43 *Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión*, adoptada en la 108 Sesión Ordinaria, 19 de octubre de 2000. Párr. 13.

44 Esta situación se presentó particularmente en el caso de Argentina, en donde la democracia se presentó en el año de 1983 con la elección del Presidente de la Unión Cívica radical Raúl Alfonsín, quien durante su mandato sufrió varios golpes de Estado, que se prolongaron hasta el año de 1990 cuando el país se encontraba bajo el Gobierno del peronista, Carlos Saúl Menem, Véase Lanata, Jorge, *Argentinos II*, Lecturas Biblioteca, 2003; García, Prudencio, *El Drama de la Autonomía Militar*. Alianza Editorial, 1995; y Varas, Augusto, *La autoría militar en América Latina* en el artículo de Andrés Fontana, “*De la crisis de las Malvinas a la subordinación condicionada*”. Editorial Nueva Sociedad.

esos países la censura fue masiva. En un principio, la CIDH en el caso ABC Color contra Paraguay⁴⁵ consideró que en caso de que el Estado utilice ese tipo de censura, debe permitírsele al afectado el debido proceso. Esta decisión permitió inferir que era posible la censura pero con debido proceso. Con posterioridad, la CIDH se pronunció de una forma más aguda en el caso Radio Ñanduti contra Paraguay⁴⁶ y advierte que no se podía restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

De otra parte, la Corte IDH consideró en el caso Ivcher Bronstein⁴⁷ que la privación de la nacionalidad a este ciudadano implicó un medio indirecto de restringir la libertad de expresión, en la medida en que era socio mayoritario de un canal de televisión y la posibilidad de detentar ese control se derivaba de su calidad de peruano. Al perder la calidad, perdió su propiedad en el canal y se afectó su libertad de expresión.

Según el informe anual del año 2007 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, la censura gubernamental se presentó de forma masiva en emisiones en Argentina, Colombia, Perú⁴⁸ y Brasil. Un ejemplo de lo anterior se presentó en la ciudad de San Rafael (Argentina), en la cual un

juez dispuso la cancelación de ciertas emisiones radiales con fundamento en razones de seguridad nacional⁴⁹. Otro ejemplo se presentó con la revocación de 275 adjudicaciones de títulos habilitantes de radiodifusión por parte del Gobierno del ex presidente Fernando De la Rúa, luego de haber sido concedidas por el Gobierno de Menem. La razón: ilegalidad en la concesión. Gran parte de las licencias fueron otorgadas a los copartidarios del Gobierno⁵⁰.

Por el lado europeo no existe una restricción puntual en el artículo 10 de la CEDH; sin embargo, esta disposición no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa. De hecho, en el Consejo de Europa se consideró que

El Estado no puede tener un poder discrecional: debe actuar de manera que tienda a proteger la libertad de información notablemente contra las concentraciones excesivas⁵¹.

En el caso *Informationsverein Lentia*⁵² la Corte EDH condenó al Estado austríaco por negar sin sustento una licencia que permitió la difusión de programas radiales o de TV, y advierte que el Estado tiene un amplio margen de apreciación en cuanto a la regulación de aspectos técnicos en telecomunicaciones⁵³. Sin embargo, esa decisión contradice varias decisiones de la Corte EDH⁵⁴ en las cuales le reconoce al Estado

45 CIDH. *Affaire ABC Color vs. Paraguay*, del 17 mayo de 1984. En este caso el Gobierno paraguayo ordenó el cierre del Diario "ABC Color", que se editaba en la ciudad de Asunción, Paraguay, y cuyo director, Aldo Zucollilo, guardaba arresto domiciliario después de haber permanecido detenido por ocho días. El Estado paraguayo argumentó las razones de su decisión basadas en que dicho periódico ponía en peligro la paz de la nación y la estabilidad de las instituciones públicas al publicar opiniones sediciosas y permitir que grupos políticos irregulares participaran en sus columnas de opinión o transmitiendo propaganda. Información detallada en: <http://www.cidh.org/annualrep/83.84sp/Paraguay9250.htm>

46 CIDH, Informe No. 14/87, caso 9642, *Radio Ñanduti contra Paraguay*, del 28 de marzo de 1987. En: <http://www.cidh.org/annualrep/86.87sp/Paraguay9642.htm>.

47 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6 de febrero de 2001. En: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

48 Un ejemplo de esto se constata cuando la periodista Glenda Mello Pinedo denunció que su emisión "Enfoques", presentada por Televisión Tarapoto, fue sacada del aire por las críticas contra el Alcalde de Tarapoto, quien es al mismo tiempo el accionista mayoritario de la empresa. En *Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH (2007)*. P.145. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>

49 *Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH (2007)*. P. 29-30. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>

50 El decreto del 24 de diciembre de 1999, dictado para suspender las licencias otorgadas por el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), estableció en su artículo 1 la suspensión: "como máximo por el término de 180 días hábiles administrativos todas las resoluciones dictadas por el Comité Federal de Radiodifusión por las cuales se adjudicaron licencias para la instalación, funcionamiento y explotación sonora por modulación de frecuencia, de acuerdo con lo dispuesto por el dec. 310/98".

51 DH-MM, *Comité d'experts pour les moyens de communication de masse*.

52 Corte EDH, *Informationsverein Lentia c. Austria*, del 24 noviembre de 1994. En: www.echr.coe.int/echr

53 Yutaka Arai, Fried Van Hoof, Edwin Bleichrodt, Arjen Van Rijn, Cees Flinterman, Ben Vermeulen, Aalt Willem Heringa Marc, Viering Jeroen Schokkenbroek, Leo Zwaak, Pieter Van Dijk, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2007. P. 808-810.

54 Corte EDH, *Caso Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH*, del 21 de septiembre de 2000. Párr. 18. Caso Demuth, del 5 de noviembre de 2002. Para. 44.



su capacidad de gestionar sus licencias si se toma en cuenta la necesidad de éstas en una sociedad democrática⁵⁵.



En Europa, la legislación y las decisiones de la Corte EDH, por el contrario, plantean el asunto en el marco de una mayor libertad, como se ha constatado en la mayoría de las tipologías expuestas, dando a entender que cualquier medida debe tomarse conforme a las necesidades democráticas del país.

Tanto en América Latina como en Europa se han presentado censuras indirectas sobre el uso de licencias. En América, el asunto sigue vinculado al espectro político como lo denotan los múltiples casos relacionados con cambios de Gobierno. En ese sentido, la Corte IDH ha considerado que los márgenes de apreciación del Estado son restringidos y cierra la posibilidad de aceptar otorgamientos o revocaciones de licencias de forma autónoma. En Europa, la legislación y las decisiones de la Corte EDH, por el contrario, plantean el asunto en el marco de una mayor libertad, como se ha constatado en la mayoría de las tipologías expuestas, dando a entender que cualquier medida debe tomarse conforme a las necesidades democráticas del país.

Asignación discrecional de espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado

Desde el punto de vista técnico, el espectro es el conjunto de ondas electromagnéticas⁵⁶ ordenadas por la magnitud de la frecuencia⁵⁷ (o por la longitud de onda, que son cantidades inversamente proporcionales). En el campo jurídico se define como un bien público que forma parte del territorio del Estado respectivo, es imprescriptible, inenajenable e inembargable, y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado⁵⁸. En ese orden de ideas, las decisiones del Estado se encuentran atadas a las asignaciones de títulos habilitantes únicos.

En algunos casos, los Estados retardan de forma excesiva la adjudicación de títulos y de espectro, argumentando que es un recurso escaso y que no existe obligación legal o simplemente que no le interesa abrir los espacios de comunicación a otros actores distintos a los mayoritarios⁵⁹. En el caso europeo, la extinta CEDH⁶⁰ indicó que la información debe circular naturalmente, asegurándose todos los medios técnicos para su difusión. Con posterioridad, el tribunal europeo consideró que la información debe circular sin consideración de fronteras⁶¹. En igual sentido se pronunció en el caso *Autronic* contra Suiza⁶², protegiendo la libertad de circulación de la información a partir del principio del público de recibir emisiones de televisión provenientes de un satélite.

55 Esta noción se desarrollará en el análisis del principio de proporcionalidad. Sin embargo, debe advertirse que si el Estado niega una licencia utilizando razones discriminatorias se infringiría la libertad de expresión. Sobre un tema analógico se destaca el caso *Murphy* contra Irlanda en la Corte EDH- 10 julio /2003, en el cual se condenó al Estado por negar impedir un comercial, esgrimiendo razones religiosas. Párr. 77-81.

56 Las características de las ondas electromagnéticas son las siguientes: 1. Los campos eléctricos y magnéticos son perpendiculares a la dirección de propagación; 2. La frecuencia de una onda es el número de vibraciones por segundo; 3 La longitud de onda es igual a la distancia entre dos crestas o dos valles; 4. La amplitud es la intensidad máxima del campo eléctrico o magnética.

57 Se define la frecuencia como número de ciclos que se producen en un segundo.

58 El organismo internacional que otorga las pautas a los Estados para su regulación interna es la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Para mayor información, véase: <http://www.itu.int/net/home/index-fr.aspx>.

59 Un caso en el continente americano es el de Colombia, en el cual la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-460 de 2006, obligó al Gobierno colombiano a abrir una convocatoria pública para la concesión del servicio público de radiodifusión comunitaria.

60 CEDH, *Sentencia X y Y contra Belgica*, del 13 de mayo de 1982. En: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>. Sobre esta decisión el profesor G. Cohen- Jonathan se pronunció en su obra *La libre circulation des informations par satellite*. 1990. P. 313s.

61 Corte EDH, *Sentencia Groppera Radio Ag c Suiza*, del 28 de marzo de 1990. En: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

62 Corte EDH, *Sentencia Autronic AG c Suiza*, del 22 de mayo de 1990. En: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

La decisión del Estado tiene que permitir la puesta en marcha de los medios para que la información se produzca y, con ello, el debate político se enriquezca. En caso contrario, la censura indirecta primará y se cerrarán los grifos de la pluralidad informativa y convierte la sociedad en un receptáculo de desinformación.

Las nuevas tecnologías de información y telecomunicación (TICs) plantean desafíos en cuanto a la protección de la libertad de expresión, en la medida en que las intervenciones del Estado se realizan sobre objetos que hasta el momento habían sido soslayados por la doctrina y, en gran parte, por la jurisprudencia.

Consideraciones finales

La censura indirecta es otra forma de desconocer la libertad de expresión en sus dimensiones individuales y colectivas.

En la primera expresión el individuo es coartado en la producción de la información, bien porque no se le permite tener los medios para expresarse o porque se ejerce una autocensura en el emisor de la información, producto de un temor a la reacción estatal. Ésta se materializa a través de una acción legal de revocar o suprimir el derecho a publicar⁶³.

La segunda dimensión es la consecuencia de la primera medida, en que merced a la no producción de la información la sociedad no es informada y, por ende, no tiene los elementos para discernir sobre su propia libertad.

Como la asignación de licencias, el proceso de asignación de espectro electromagnético que permite el funcionamiento de un canal de televisión o una emisora de radio, le permite al Estado censurar de forma indirecta.

Tanto la Corte IDH como la Corte EDH han tomado en consideración que la libertad de expresión tiene un interés colectivo que debe ser protegido⁶⁴ y respetado dentro de la sociedad⁶⁵. Una acción excesiva del Estado conducirá a poner en peligro los cimientos de la democracia⁶⁶ en la medida en que el ciudadano requiere de una información veraz con dos fines (i) la utilización del sufragio universal y (ii) su participación activa dentro de la sociedad civil⁶⁷. El primero de estos elementos fue determinante en la construcción inicial del Estado liberal en el siglo XIX⁶⁸. El segundo se configuró durante el siglo XX, pero su concepción definitiva se clarificó luego de la Segunda Guerra Mundial con la formulación de modelos institucionales de inclusión ciudadana.

Las nuevas tecnologías de información y telecomunicación (TICs) plantean desafíos en cuanto a la protección de la libertad de expresión en la medida en que las intervenciones del Estado se realizan sobre objetos que hasta el momento habían sido soslayados por la doctrina y, en gran parte, por la jurisprudencia. Es así como en el presente artículo se desarrollaron tres tipologías novedosas que explican la censura

63 En este punto podría darse el ejemplo de lo ocurrido con la revista francesa "L'express" frente al caso de la publicación de las caricaturas contra el ala terrorista del Islám publicadas por el hebdomadaire "Charlie Hebdo". El propietario de la revista le ordenó al director no publicarlas porque eso repercutiría negativamente en sus negocios. Ante esta razón, el Director del medio renunció. En el documental *C'est dur d'être aimé par des cons de Daniel Leconte, "Festival de Cannes, sélection officielle, hors compétition"*, TF1, 2009 y el libro de Philippe Val, *Reviens Voltaire, Ils sont devenus fous*, Grasset, Paris, 2008.

64 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Párr. 112 y 113; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párr. 82 y 83; y *Caso Kimel*, supra nota 8. Párr. 87.

65 Oetheimer, Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : Contribution a l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et son application en Autriche et au Royaume-Uni*. Éditions Pedone, 2001. P.60.

66 Un ejemplo palmario de lo que ocurre en el continente americano se constata con la República Bolivariana de Venezuela. En múltiples oportunidades, el Presidente Hugo Chávez ha arremetido contra la libertad de prensa. En una ocasión planteó la posibilidad de expulsar los extranjeros que criticarán el país. En *Informe Anual de la Relatoría de la Libertad de Expresión (2007)*. P. 162-163. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>.

67 Véase, Rosanvallon, Pierre, *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Edit Seuil, 2008.

68 Véase Gauchet, Marcel, *La crise du libéralisme*, Editions Gallimard, 2007.



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

indirecta, relacionadas con las intervenciones excesivas frente a las empresas de telecomunicaciones y nuevas tecnologías, las formas de utilizar la publicidad oficial y el abuso como autoridad de la inspección, vigilancia y control, en cuanto a la asignación y retiro discrecional de licencias de radio y TV y del espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado.

Estas tipificaciones demuestran la importancia de disminuir el margen de apreciación de los Estados por parte de los Tribunales regionales de derechos humanos frente a la libertad de expresión. Esta disminución debe operar a través del juicio de proporcionalidad que ha sido aplicado por la Corte IDH y la Corte EDH, con el objeto de otorgarle una carga de argumentación a sus decisiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blogs

Blog oficial de Google para América Latina, <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/la-censura-previa-nunca-es-un-buen.html>

Decisiones jurisprudenciales

Sistema Europeo de Derechos Humanos

Corte EDH. Caso de Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza, del 28 de junio de 2001.

Corte EDH. Caso Informationsverein lentia c Austria, del 24 noviembre de 1994.

Corte EDH. Caso Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH, del 21 Septiembre de 2000.

Corte EDH. Caso Demuth, del 5 de noviembre de 2002.

Corte EDH. Caso Murphy contra Irlanda, del 10 de julio de 2003.

Corte EDH. Caso Feldek vs. Slovakia, Decisión del 12 julio de 2001.

Corte EDH. Caso Groppera Radio Ag c Suiza, del 28 de marzo de 1990.

Corte EDH. Caso Autronic AG c Suiza, del 22 de marzo de 1990.

CEDH, Caso X y Y contra Bélgica, del 13 de mayo de 1982.

Sistema Interamericano de Derecho Humanos

Corte IDH. Opinión Consultiva N.5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985. P.70, Serie A No. 5.

CIDH. Affaire ABC Color vs Paraguay, del 17 de mayo de 1984.

CIDH. Informe No. 14/87, Caso 9642, Radio Ñanduti contra Paraguay, del 28 de marzo de 1987.

Corte IDH. Caso Arret Ivcher Bronstein c Perú, del 6 de febrero de 2001.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004.

Corte IDH. Caso Kimel vs Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008.

Otros fallos

T.G.I Paris, 22 de mayo de 2000 (UEJF c Yahoo) France.

Recomendación No R (99) 1, Comité de Ministros, Consejo de Europa, *Medidas para promover el pluralismo de los medios* (adoptada el 19 de enero de 1999).

Otras fuentes documentales

Documental *Viva Zapatero*. Seleccionado en la 62 muestra de Cine de Venezia, 2005, de la periodista italiana Sabina Guzanti, 2006.

Documental *C'est dur d'être aimé par des cons* de Daniel Leconte, « Festival de Cannes, sélection officielle, hors compétition ». TF1, 2009.

Doctrina

Aubert, Concretisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen, Mel, Cohen Jonathan, Bruylant, 2004.

Cassese A et Clapham (A), (éd), *La télévision transfrontière en Europe dans la perspective de droits de l'homme*, Nomos 1990.

Cohen- Jonathan, G, Liberté d'expression et publicité, RD, 1986

García, Prudencio, *El Drama de la Autonomía Militar*, Alianza Editorial, 1995.

Gauchet, Marcel, *La crise du libéralisme*, Editions Gallimard, 2007.

Gregorio, Carlos G, del Instituto de Investigación para la Justicia, trabajo presentado en el Seminario Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC, Quito, Ecuador, 27 y 28 de junio del 2006, organizado por FLACSO con el apoyo de IDRC. En: <http://www.ijlac.org/docs/censura.htm>

Klebes- Pelissier K, *Internet et la liberté d'expression (à propos de l'arrêt de la Cour Supreme des Etats Unis)*, RUDH, 1998, vol 10, No. 11-12.

Latrive, Florent, *L'Internet, Le livre noir de la censure*, Seuil, Paris, 2008. P.104-107 et United-States district Court for the Northern District of Californi, San Jose Division, 7 nov. 2002.

Liberté d'expresión dans le champ de l'audiovisuel et Convention Europeene des droits de l'homme: les nouvelles Technologies, Mel Robert, Libertés, Montchrestien, 1998.

Maillard, Julien, Freedom of Speech, *The Internet and the cost of control : The French example dans International law and politics*, Vol. 33, 2001.

O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de derechos humanos*, Alto Comisionado para los derechos humanos, 2004.

Oetheimer, Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe: Contribution a l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et son application en Autriche et au Royaume- Uni*, Éditions Pedone, 2001.

Pettiti (LE). *Liberté d'expression et nouvelles Technologies de l'audiovisuel*, Liber amicorum, M-A, Eissen, Bruylant/LGDJ, 1995.

Raduszynski, F, *Le controle de l'information économique et financière propagée au moyen de l'internet*, Th Paris XII, 2002.

Renucci, Jean Francois, *Traité de droits européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007. P. 181.

Rosanvallon, Pierre, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexibilité, proximité*, Edit Seuil, 2008.

Thompson Clive, *Google's China Problem dans « New York Times »*. Abril 23 de 2006.

Val Philippe, *Reviens Voltaire, Ils sont devenus fous*. Grasset, Paris, 2008.

Yutaka Arai, Fried Van Hoof, Edwin Bleichrodt, Arjen Van Rijn, Cees Flinterman, Ben Vermeulen, Aalt Willem Heringa Marc, Viering Jeroen Schokkenbroek, Leo Zwaak, Pieter Van Dijk, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia*, Antwerpen/Oxford, 2007.





La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

Informes sobre Derechos Humanos

Informe del Relator de la Comisión de Naciones Unidas, (ONU), Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/2002/75.

Informe Silenced: an international report on censorship and control of the Internet, Privacy International y The GreenNet Educational Trust, septiembre de 2003

Informe El precio del silencio "Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina". Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008.

Informe del Government Printing and Advertising, disponible en http://www.cabinet-office.gov.uk/central/1999/workgis/annex_a.htm

Informe de la Relatoría de libertad de expresión de la CIDH, 2003.

Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH, 2007.

Informe sobre la televisión pública en Francia, 2009

Libro Verde sobre la protección de menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales de información y la Resolución de 27 de febrero de 1996, del Consejo de Telecomunicaciones de la Unión Europea.

Instrumentos Internacionales

Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión, adoptada en la 108 Sesión Ordinaria, 19 de octubre de 2000.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Páginas de Internet consultadas

<http://www.alegsa.com.ar/Dic/isp.php>.

<http://www.masadelante.com/faq-hosting.htm>.

www.agenciaperu.com/actualidad/2004/jun/winters_libres.htm.

Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) en <http://www.itu.int/net/home/index-fr.aspx>.

El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos

**Christopher
Campbell-Durufflé¹**

El presente artículo propone que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al derecho a la tierra de los pueblos indígenas le corresponde el mismo esquema conceptual que al derecho a la vida digna. Este ensayo sostiene que, por su relevancia en el goce de otros derechos y su relación con las responsabilidades democráticas primordiales del Estado, ambos tienen una importancia superior. Como tales, imponen obligaciones negativas y positivas al Estado, y permiten fusionar las categorías tradicionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales. Este artículo también considera la interpretación fija del derecho a la propiedad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como objeción a un derecho a la titulación de las tierras indígenas ancestrales. También, discute las repercusiones económicas considerables de una conclusión jurídica y su posible interferencia con la esfera política. Asimismo, esta propuesta responde a objeciones y concluye que los conceptos de vida digna y de derecho indígena a la propiedad constituyen ocasiones únicas y análogas para desarrollar las obligaciones positivas de los Estados.

Palabras claves: indígena, indivisibilidad, propiedad, territorio y vida digna.

*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.
Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes.*

Introducción²

Uno de los mayores desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte") es, sin lugar a dudas, la noción del derecho a una *vida digna*, basada en el artículo 4 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención"). Tal artículo indica: "*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida*". Este concepto surge "*del carácter fundamental del derecho a la vida*"³, como lo indicó la Corte en varias sentencias y lo discutió en detalle la profesora Jo M. Pasqualucci (Pasqualucci, 2008)⁴.

El presente artículo tiene su base sobre el argumento de Pasqualucci, quien propone que, de conformidad con la

- 1 Obtuvo su licencia de *Derecho Civil y Common Law* en la Universidad McGill, Canadá, en 2009 (B.C.L./LL.B.). Trabajó desde el 2007 hasta el 2009 sobre el derecho indígena en el contexto canadiense, en el despacho *Hutchins Caron et Associés*. Fue pasante en CEJIL en el verano de 2008 y será asistente de un juez de la Corte de Apelaciones de Quebec en el 2010, para optar por su título de abogado. *Correo electrónico:* christo.cd@gmail.com.
- 2 Agradezco los comentarios del Lic. Luis Roberto Zamora Bolaños y de la Revista CEJIL, tal como el apoyo del profesor Evan Fox-Decent, de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill, cuyo curso es el origen del presente artículo.
- 3 Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párr. 144.
- 4 Jo M. Pasqualucci. *The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System* (2008) 31. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 1.



El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos

jurisprudencia de la Corte, al derecho a la tierra de los pueblos indígenas le corresponde el mismo esquema conceptual que al derecho a la vida digna. Este autor sostiene que, por su importancia en el goce de otros derechos y su relación con las responsabilidades democráticas primordiales del Estado, ambos tienen una importancia superior. El autor llega a la conclusión de que tales situaciones imponen obligaciones negativas y positivas al Estado, y permiten fusionar las categorías tradicionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales.

Argumento

Por su importancia, el derecho a la vida digna les impone ciertas obligaciones negativas y positivas a los Estados. En su sentencia inaugural en la materia, la Corte indicó que el goce del derecho a la vida es un “prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos” y que sin su respeto “*todos los derechos carecen de sentido*”⁵. Tal respeto por parte del Estado no sólo incluye una obligación de no matar a sus ciudadanos. La Corte considera que el derecho a la vida incluye ineludiblemente obligaciones

positivas⁶. En este orden de cosas, se propone que el derecho indígena a la tierra es de una magnitud análoga.

El derecho a la tierra de los pueblos indígenas del continente es un prerrequisito indispensable para el goce de los otros derechos fundamentales de esos pueblos y de sus miembros, justo como lo ilustra su origen particular. Una línea entera de casos⁷ ha establecido el derecho de los pueblos indígenas a mantener su vínculo con la tierra de conformidad con sus propias costumbres, a obtener la titulación de dichas tierras y la restitución o compensación en casos de desposesión, y a ser consultados y a dar su aprobación en cuanto a proyectos que puedan afectar tal vínculo. Esta interpretación del artículo 21.1 de la Convención⁸ derivó del artículo 29.b, que establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “*limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”.

... la Corte prescribió la participación de los pueblos indígenas en la gestión del territorio, tras las consultas y el consentimiento expresado en conformidad con sus mecanismos propios.

Debido a su protección con varias constituciones nacionales y varios documentos internacionales, la Corte afirmó la importancia del vínculo con la tierra de los pueblos indígenas y su relevancia para muchas dimensiones de sus vidas colectivas. En el *Caso Mayagna*, la Corte indicó con vehemencia que los Estados deben respetar el vínculo de esos pueblos con la tierra para garantizar su sobrevivencia, y además que el derecho de los primeros pueblos a sus tierras no debe ser entendido en meros términos de derecho civil como “posesión” o “producción”, sino en conformidad con sus culturas:



El derecho a la tierra de los pueblos indígenas del continente es un prerrequisito indispensable para el goce de los otros derechos fundamentales de esos pueblos y de sus miembros, justo como lo ilustra su origen particular.

5 *Caso de los “Niños de la Calle”*, supra, nota 3. Párr. 144.

6 *Ibíd.* “*En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna*”.

7 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros*. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjini*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

8 Tal artículo indica: “*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*”.

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; **la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.** Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁹. (Énfasis propio)

En los siguientes casos, la Corte subrayó la importancia del territorio ancestral como legado cultural y elemento integral de su cosmovisión, religiosidad e identidad cultural particular¹⁰. También fue identificado como una ocasión de desarrollo económico y social local, a menudo muy atrasado tras la participación razonable a los beneficios derivados de la explotación de sus riquezas¹¹. Además, la Corte prescribió la participación de los pueblos indígenas en la gestión del territorio, tras las consultas y el consentimiento expresado en conformidad con sus mecanismos propios, lo que subraya el carácter colectivo y político, y no sólo individual y jurídico, de la realidad de la coexistencia de varios pueblos en los Estados de la región:

[...] el Estado debe asegurar **la participación efectiva** de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. [...] La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, **sino también debe obtener el consentimiento libre, in-**

formado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones¹². (Énfasis propio)

El derecho al territorio de los pueblos indígenas, entonces, es inseparable de sus dimensiones culturales, económicas y políticas. Sin tal visión amplia de este derecho, recién afirmado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹³, la existencia continua de las sociedades indígenas como entidades políticas y culturales distintas sería amenazada. Se concluye que por sus raíces tan fuertes en las culturas jurídicas domésticas, regionales e internacionales, el derecho indígena a la tierra tiene, como el derecho a una vida digna, una importancia fundamental distinta de los otros derechos de la Convención, y el potencial para prevenir la desaparición de los primeros pueblos del rostro de las Américas.

Un segundo argumento para fortalecer el análisis del derecho indígena a la tierra y del derecho a la vida digna bajo el mismo esquema conceptual obedece a que ambos están ligados con el papel democrático fundamental del Estado como garante de los derechos del ciudadano.

Como lo indica Pasqualucci, la jurisprudencia sobre el derecho a la vida digna se ha enfocado de manera particular sobre sujetos vulnerables¹⁴. De manera obvia, los individuos privados de libertad (presos y enfermos) están en una *"relación especial de sujeción"* frente a los agentes estatales, lo que implica una responsabilidad superior y requiere que se tomen las *"medidas positivas necesarias y suficientes para garantizarles condiciones de vida digna"*¹⁵. Pasqualucci propone tres categorías de posibles sujetos de tales medidas de protección: los individuos bajo control estatal, los grupos tradicionalmente vulnerables y eventualmente cualquier persona privada de sus necesidades básicas (Pasqualucci, 2008: 10). Se refiere al

9 *Caso Mayagna*, supra, nota. Párr. 149. Ver también Párr. 147-149.

10 *Caso Moiwana*, supra, nota 7. Párr. 131; y *Caso Sawhoyamaya*, supra, nota 7. Párr. 118.

11 *Caso Saramaka*, supra, nota 7. Párr. 139. Para un análisis más detallado de la sentencia, ver Francisco J. Rivera Juaristi, y Karine Rinaldi, *Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos*. Revista CEJIL Número 4, diciembre de 2008. Pág. 80.

12 *Ibíd.* Párr. 129.

13 Resolución aprobada por la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007, A/RES/61/295. Los artículos 8, 10, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 32 de la Declaración afirman el derecho de los pueblos indígenas a seguir utilizando sus tierras ancestrales.

14 Ver, por ejemplo, *Caso de los "Niños de la Calle"*, supra, nota 3; Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.; *Caso Yakye Axa*, supra, nota 7; *Caso Sawhoyamaya*, supra, nota 7; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

15 *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, supra, nota 14. Párr. 176.



El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos

contexto canadiense para demostrar que pueblos indígenas corresponden con frecuencia a tales sujetos.

Los integrantes de los pueblos indígenas, a pesar de no ser privados de libertad¹⁶, han estado y continúan bajo el control del Estado de varias maneras¹⁷. Ellos constituyen también un grupo tradicionalmente vulnerable y discriminado por haber sido víctima de una política de asimilación hasta los años 80¹⁸, cuyos efectos perjudiciales se sienten hasta hoy. Finalmente, algunos carecen claramente de necesidades básicas en Canadá, así como a lo largo del continente. Así, el Índice de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en 1998 para reservas indígenas en Canadá era del rango 63 en el mundo, en comparación con el rango del país a menudo situado en los primeros¹⁹. Como ejemplo, la comunidad *Anicinapek de Kitcisakik*, en Quebec, cuyo territorio está encerrado en un parque provincial, carece

de abastecimiento de agua potable y de electricidad a pesar de años de negociaciones con el Gobierno²⁰. La Corte misma ha identificado a pueblos indígenas desplazados de sus tierras como grupos particularmente vulnerables²¹.

El concepto de obligación fiduciaria, aplicado a la relación indígenas-Estado en la *common law* canadiense, es aplicable al caso. Se basa en la capacidad de una parte (el fiduciario) de actuar de manera unilateral y de afectar los intereses de la otra (el beneficiario), y en la posición de vulnerabilidad de este último. La Corte Suprema de Canadá ha indicado que por su conquista del territorio antes ocupado por los pueblos indígenas, la Corona británica —y su sucesora, la de Canadá— se comprometió como fiduciario a proteger las tierras indígenas y de manera general a velar sobre el mejor interés de los indígenas en sus gestiones al respecto²². Con base en el principio de obligación fiduciaria y una visión del “*contrato social*” que tiene en cuenta la vulnerabilidad de individuos, los Estados en el contexto poscolonial americano tienen obligaciones similares como garantes de una vida digna de los ciudadanos y como garantes del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas. Faltar a esta obligación, ligada con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación reconocido en derecho internacional²³, sería perpetuar la ideología colonial según la cual las sociedades indígenas son inferiores a las coloniales.



... los Estados en el contexto poscolonial americano tienen obligaciones similares como garantes de una vida digna de los ciudadanos y como garantes del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas.

16 Indígenas están frecuentemente sobrerrepresentados en las cárceles de varios países. En Canadá, en 1996, la tasa de indígenas en las cárceles era de un 15%, formando un grupo del 3% de la población. Fuente: Ministerio de la Justicia de Canadá, <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/eval/rep-rap/98/ajs-sja/mid-mi/p2.html> (Consulta: 1 de diciembre de 2008).

17 Por ejemplo, *el Indian Act*, R.S., 1985, c. I-5, sigue previendo, sobre bases de filiación, quién dispone del estatuto de “Indian” y permite al “Minister of Indian Affairs” anular reglamentos adoptados por un “band council”, forma oficialmente reconocida de gobierno indígena.

18 “*En consecuencia de la demanda de Sandra Lovelace, una “non-status Indian”, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró [en 1981] que el artículo 12(l) B del Indian Act era discriminatorio en contra de mujeres. [...] El proyecto de ley C-31, modificando el Indian Act y permitiendo a las mujeres indias casadas con non-indios de recuperar su “statu” [fue adoptado en 1985]. [Traducción].* Fuente: Quebec Native Women Inc., *Stages of the Political, Legal and Social Struggle and Activities on the Social Front*, <http://www.faq-qnw.org/history.html> (Consulta: 15 de diciembre de 2008).

19 Fuente: Assembly of First Nations of Canada, http://www.afn.ca/article.asp?id=764#_edn1 (Consulta: 15 de diciembre de 2008). Para datos más recientes sobre el Índice de Desarrollo Humano, ver: Indian and Northern Affairs Canada. *Measuring Aboriginal Well-Being: The Human Development Index (HDI) and the Community Well-Being Index (CWB)*, <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/rs/pubs/rsh3-eng.asp> (Consulta: 24 de octubre de 2008).

20 Fuente: Comité por los Derechos Humanos en América Latina, <http://www.ccdhal.org/KITCISAKIK-une-communaute-autochtone-laissee-pour-compte> (Consulta: 15 de diciembre de 2008).

21 Ver, por ejemplo, los casos *Moiwana*, *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, supra, nota 7.

22 *Guerin vs. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. P. 383 y siguientes. Este caso es considerado como la base de la formulación moderna de la obligación fiduciaria particular que tiene la Corona frente a los pueblos indígenas, y ha dado luz en el estándar de “honor of the Crown” que el Gobierno debe respetar en sus actuaciones frente a los pueblos indígenas.

23 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, artículos 3-4.

Críticas

El argumento principal en contra de tal equiparación de los derechos a la vida digna y a la propiedad indígena es que estos últimos derechos no estaban inicialmente contemplados en la Convención. Una interpretación fija del tratado no permitiría afirmar que el “*uso y goce de sus bienes*”, descrito en el artículo 21.1, estaba destinado a incluir desde 1969, según los Estados ratificadores, un derecho a la titulación de las tierras ancestrales indígenas. Como ejemplo para ilustrar el nivel de exclusión de los pueblos indígenas en las últimas décadas se debe recordar que Costa Rica no reconoció como ciudadanos a los indígenas Ngöbe del Sur del territorio hasta 1991²⁴. A pesar del sentido amplio del término “*bienes*”, parece discutible que, tan temprano en el desarrollo del movimiento indígena mundial, los Estados hubieran contemplado en la Convención derechos más amplios que los contemplados al nivel nacional.

Otra crítica fundamental a toda obligación estatal de naturaleza económica, social o cultural es que ésta tendría repercusiones económicas demasiado importantes para ser decididas fuera de la esfera política y que, por tanto, no puede ser adjudicada de manera justa (Pasqualucci, 2008: 9). Es cierto que muchos Estados de la región carecen de recursos y tienen economías vulnerables sobre los mercados internacionales. Una obligación positiva de titular, consultar, compensar, y a veces obtener el consentimiento de los indígenas para el uso y el desarrollo de sus territorios ancestrales implicaría otras maneras de ejecutar tales proyectos, una repartición diferente de los beneficios y, posiblemente, la imposibilidad de realizar algunos.

Cumplir con esas obligaciones implicaría una distribución diferente de recursos públicos. El Poder Judicial, como protector de estos derechos, también puede ser considerado, por no ser democráticamente elegido, carente de legitimidad para tomar decisiones con impactos sobre la distribución de la riqueza dentro de un país y la realización de proyectos de ma-

... parece difícil juzgar si un Estado, en sus esfuerzos de titulación y de compensación, por ejemplo, está haciendo lo razonablemente suficiente para no vulnerar el derecho en cuestión, en vista de su obligación de atender a las otras necesidades y a otros derechos de la población.

yor importancia. Finalmente, parece difícil juzgar si un Estado, por ejemplo, en sus esfuerzos de titulación y de compensación está haciendo lo razonablemente suficiente para no vulnerar el derecho en cuestión, en vista de su obligación de atender las otras necesidades y otros derechos de la población.

Una última crítica recuerda no enfocarse demasiado sobre el derecho al territorio como medio de hacer justicia para los pueblos indígenas. Aunque la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado en muchos detalles la importancia del acceso a la tierra para su sobrevivencia, el juez Ramón Fogel señala que no se puede sustituir este derecho a la asistencia necesitada por esos pueblos y requisito por el derecho a una vida digna:

En ese marco debe considerarse axiomático que ninguna asistencia prestada a pequeños grupos dispersos y/o asentados en terrenos precarios puede crear las condiciones que garanticen una existencia digna. [...] Debe tenerse en cuenta también que **el acceso a tierras aptas es una condición necesaria pero no suficiente para crear las condiciones que garanticen una vida digna**. En esa medida, deberá tenerse cuidado de no emplear gran parte de los recursos financieros existentes en compra de tierras o pago de indemnizaciones por expropiación de tierras²⁵. (Énfasis propio)

En otros términos, la atención al derecho a la propiedad no debe perjudicar al derecho a una vida digna.

A continuación, se responde a las tres críticas. Se empieza con la basada en una lectura fija de la Convención frente al desarrollo del derecho a la propiedad privada para

24 Ley de Inscripción y cedulación Indígena, N° 7225 del 19 de abril de 1991.

25 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Voto Parcialmente Concurrente y Parcialmente Disidente del Juez Ramón Jogel. Párr. 30.



El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos

incluir un derecho de propiedad indígena, colectivo y basado en la posesión ancestral. Tal razonamiento, fundamentado en una interpretación de la intención del Estado al momento de ratificación, parece generalmente desacreditado, tanto por tribunales domésticos²⁶ como por la Corte²⁷. Su interpretación evolutiva y teleológica es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención y el artículo 31 de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁸. Obviamente, por razones de estabilidad y de previsibilidad en la región, no se puede alejar demasiado del texto original o interpretarlo de manera desrazonable. Eso podría provocar la denuncia de la Convención por los Estados miembros y un sentimiento de desafiación perjudicial al cumplimiento de las sentencias de la Corte. Sin embargo, la Corte juzgó necesario y justo tomar este riesgo calculado e interpretar la Convención con atención a la evolución del contexto en el transcurso de los años y a los nuevos compromisos internacionales de los Estados.

En segundo orden, sigue la crítica de la visión del derecho a la propiedad indígena como generador de obligaciones positivas demasiado amplias, difícilmente justiciables y ca-

reciendo de legitimidad democrática. Es cierto que no se puede tener responsable un Estado que hace "todo lo posible" para proteger el derecho indígena a la tierra pero que, por falta de recursos, no lo logre. Al contrario, es posible establecer pautas razonables frente al desafío de determinar cuándo este estándar se ha cumplido. Pasqualucci propone algunas que podrían ser aplicadas en cuanto al derecho a la propiedad, entre las cuales se encuentra la prueba de que el Estado está informado o tiene razón de estar informado a propósito de la violación de un derecho y la prueba de la causalidad entre un acto u omisión del Estado y una violación (Pasqualucci, 2008: 11). Además, por no poder ser determinado de manera abstracta y generalizada, un estándar de razonabilidad podrá ser desarrollado por la Corte para determinar cuándo las medidas tomadas son suficientes para proteger este derecho en casos específicos y con atención al contexto particular de cada país²⁹.

En fin, se debe subrayar que el cumplimiento de los requisitos de legalidad y del debido proceso, aunque generalmente considerados como derechos civiles y políticos, también puede hacerse costoso. Tal gasto se considera como justificado por la importancia de los derechos civiles y políticos en una democracia. De la misma manera, el derecho a la propiedad indígena justifica gastos públicos significativos, por la importancia de la tierra para la sobrevivencia de los pueblos indígenas. Una vez este objetivo es aceptado, su precio se ve legitimado. Además, el desarrollo de la autonomía indígena, económica y política, puede en muchos casos empujar desarrollo económico local y últimamente ser provechoso para el Estado.

Finalmente, se debe observar la crítica del juez Ramón Jogel, según la cual un derecho amplio a la tierra no es necesariamente suficiente para garantizar la integridad de las sociedades indígenas. La Corte ha reconocido en



Los conceptos de vida digna y de derecho indígena a la propiedad constituyen ocasiones únicas de afirmar la dimensión económica, social y cultural de derechos tradicionalmente civiles, y de desarrollar obligaciones positivas de los Estados con fundamento en el texto mismo de la Convención.

26 Seguramente el pronunciamiento, el más famoso en el contexto canadiense en contra de interpretaciones fijas de la Constitución, es el de Lord Sankey en *Edwards vs. Canadá*, 1930 AC 124 (Privy Council): "El *British North America Act* sembró en Canadá un árbol vivo capaz de crecer y de expandirse dentro de sus límites naturales". [Traducción]

27 Es parte de la jurisprudencia constante de la Corte que "*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*". *Caso Yakye Axa*, supra, nota 7. Párrs. 125-127. Ver también: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C No 110. Párr. 165; *Caso Mayagna*, supra, nota 7. Párr. 146; *Caso de los "Niños de la Calle"*, supra, nota 3. Párr. 193; y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16. Párr. 114.

28 *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena, 23 de mayo de 1969, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1155. P. 443.

29 Por ejemplo, la Constitución de Sur África indica: "*El Estado debe tomar medidas razonables, legislativas y de otras formas, en vista de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de cada uno de esos derechos*", y fue desarrollada una jurisprudencia al respecto. [Traducción] *Constitution of the Republic of South Africa*, No. 108 of 1996, artículo 27.

varias sentencias que las necesidades de las comunidades indígenas van más allá del territorio, para incluir protección de su lengua y cultura, atención médica, educación, infraestructuras³⁰, atención a sus necesidades espirituales³¹ y participación en decisiones políticas, en conformidad con sus propias costumbres³². Si un enfoque doctrinal sobre el carácter doble del derecho a la propiedad indígena tuviera como efecto de debilitar otras obligaciones estatales positivas, sería preferible desarrollar el derecho a una vida digna para incluir todas esas dimensiones, además del contenido reconocido a la fecha. Al contrario, se puede fácilmente imaginar un desarrollo paralelo y una consolidación mutua de ambos derechos.

Consideraciones finales

El presente artículo presentó dos argumentos a favor de una consideración del derecho a la tierra de los pueblos indígenas bajo el mismo esquema conceptual que el derecho a la vida digna, con base en la jurisprudencia de la Corte y un análisis propuesto por Pasqualucci. El primero es que el derecho a la tierra tiene una importancia en el goce de otros derechos por los pueblos indígenas, por estar ligado con su sobrevivencia. El segundo es que es comparable al derecho a una vida en la medida en que su respeto es una responsabilidad democrática primordial. Los pueblos indígenas son particularmente vulnerables y los Estados, como garantes o fiduciarios de estos sujetos, tienen una responsabilidad de proteger sus tierras y, de manera general, velar por su mejor interés.

Adoptar dicha postura conduciría, además, a dos oportunidades únicas. La primera sería confirmar el carácter universal, interdependiente, indivisible e interrelacionado de los derechos humanos³³. Los derechos humanos sufren por ser divididos entre civiles y políticos, por un lado, y económicos, sociales y culturales, por el otro, de forma que los segundos carecen de reconocimiento y de desarrollo, como se desprende de la baja importancia relativa que ocupa el artículo 26 de la Convención en la jurisprudencia de la Corte. Los conceptos de vida digna y de derecho indígena a la propiedad constituyen ocasiones únicas de afirmar la dimensión económica, social y cultural de derechos tradicionalmente civiles y de desarrollar obligaciones positivas de los Estados con fundamento en el texto mismo de la Convención.

La segunda oportunidad permitida por la lectura propuesta del artículo 21 sería la de atender las necesidades urgentes de numerosos pueblos de la región y con un estatuto indiscutiblemente distinto. En la espera de la adopción de la Declaración sobre Derechos de Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos, y de un reconocimiento más amplio de su derecho a la libre determinación, las sociedades indígenas intentan de retomar el control de sus destinos colectivos. La gestión del territorio por dichas comunidades, como recurso económico, manifestación política y expresión cultural, es de importancia para enfrentar uno de los principales retos comunes de los Estados Americanos en materia de derechos humanos.

30 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

31 *Caso Moiwana*, supra, nota 7.

32 Corte IDH. *Caso Yatama*. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

33 *Comisión de Derechos Humanos*, Ginebra, 23 de febrero al 5 de marzo de 2004, E/CN.4/2004/WG.23/CRP.3.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos de revista

Francisco J. Rivera Juaristi, Karine Rinaldi. Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos. Revista CEJIL Número 4, diciembre de 2008. P. 80.

Jo M. Pasqualucci, The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System (2008) 31. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 1.

Leyes

Constitution of the Republic of South Africa, No. 108 of 1996.

Indian Act, R.S., 1985, c. I-5.

Ley de Inscripción y cedulación Indígena, N° 7225 del 19 de abril de 1991.

Casos Interamericanos

Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.

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

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

Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor". Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16.

Otros casos

Edwards vs. Canadá. 1930 AC 124 (Privy Council).

Guerin vs. The Queen. [1984] 2 S.C.R. 335.

Textos electrónicos

Assembly of First Nations of Canada, http://www.afn.ca/article.asp?id=764#_edn1 (Consulta: 15 de diciembre de 2008).

Comité por los Derechos Humanos en América Latina, <http://www.ccdhal.org/KITCISAKIK-une-communaute-autochtone-laissee-pour-compte> (Consulta: 15 de diciembre de 2008).

Ministerio de la Justicia de Canadá, <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/eval/rep-rap/98/ajs-sja/mid-mi/p2.html> (Consulta: 1 de diciembre de 2008).

Ministerio de la Justicia de Canadá, Measuring Aboriginal Well-Being: The Human Development Index (HDI) and the Community Well-Being Index (CWB), <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/rs/pubs/rsh3-eng.asp> (Consulta: 24 de octubre de 2008).

Christopher Campbell-Durufflé

Quebec Native Women Inc., *Stages of the Political, Legal and Social Struggle and Activities on the Social Front*, <http://www.faq-qnw.org/history.html> (Consulta: 15 de diciembre de 2008).

Documentos internacionales

Comisión de Derechos Humanos, Ginebra, 23 de febrero al 5 de marzo de 2004, E/CN.4/2004/WG.23/CRP.3.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1155. P. 443.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, A/RES/61/295.



JURIDICA



Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios*

**Claudio Fuentes
Maureira***

Muchas lecturas se han hecho respecto a qué significa el *estándar* de examen integral que los recursos contra las sentencias condenatorias deben cumplir. Este artículo busca resolver qué lecturas son plausibles, al descartar el recurso de apelación tradicional como una alternativa viable. Asimismo, se tratan de delimitar los alcances de este estándar fijado por la Corte cuando éste es aplicado en procesos penales acusatorios en donde el juicio oral, público y contradictorio tiene un rol preponderante como catalizador del debido proceso. Se postula que para que el derecho a recurrir no opaque ni afecte las bondades del juicio oral, el *estándar* del examen integral no puede suponer una revisión indiscriminada. Por el contrario, se sostiene que las revisiones de los hechos fijados son necesarias pero excepcionales y éstas no son procedentes cuando el juicio oral ha estado dotado del debido proceso y el respeto por la ley.

Palabras claves: Herrera Ulloa, derecho a recurrir, recursos judiciales, doble instancia, debido proceso, recurso efectivo.

El problema radica en que este fallo (Herrera Ulloa) ha sido leído en algunos países y por algunos académicos en el sentido de que los diferentes códigos acusatorios que existen en América Latina, que están basados en la centralidad del juicio oral, público y contradictorio y que por ello establecen un sistema de impugnación de la sentencia con preponderancia del principio de la intangibilidad de los hechos fijados en el juicio, se encuentran o podrían estar en violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como ocurrió en el caso de Costa Rica.

* Agradezco los comentarios a las versiones borradores de este texto, por Mauricio Duce, Leticia Lorenzo y Rebeca Valenzuela, a quienes, evidentemente, su contenido final no compromete.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Profesor del curso electivo *Preparación para el concurso interamericano de Derechos Humanos* y Profesor asistente de litigación penal oral de la misma casa de estudios. Miembro del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, y "Co-Coach" del Equipo que representa a la Universidad Diego Portales en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos. Correo electrónico: claudio.fuentes@mail.udp.cl

Introducción

En la última década del siglo pasado y en los primeros años de éste, la mayoría de los países de América Latina han iniciado e implementado diversos procesos de transformación de sus sistemas de justicia penal con el fin de que estos se alejen de sistemas “inquisitivos” y se acerquen más a sistemas “acusatorios”.

Estos nuevos modelos procesales han significado el reforzamiento en algunos países, y en otros el surgimiento del juicio oral en un papel central del proceso penal. Este se entiende como una audiencia pública y contradictoria, en donde se materializan las distintas aristas que componen el debido proceso (Duce y Riego, 2007) de la mejor manera posible.

Asimismo, el juicio oral supone la incorporación a muchos sistemas procesales de una nueva forma o método de producción de decisiones judiciales. La dinámica previa era por medio de la lectura del expediente; sin embargo, hoy día la información para la toma de una decisión judicial significa la resolución de una contienda a través de la audiencia de juicio.

Adicionalmente muchos sistemas procesales penales reformados, inspirados en el código procesal penal modelo para Iberoamérica, establecieron que para recurrir contra la sentencia emanada de un juicio oral debía interponerse un recurso procesal que no fuera contrario a la lógica y a las bondades de la audiencia de juicio. Muchos países escogieron el recurso de casación, que en general se puede decir es un recurso cuya hipótesis de procedencia es restringida, es usualmente relacionado con déficit de derecho y con una alta carga argumentativa exigida para ser acogido (Maier, 1996: 726 y ss).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “La Corte”) entendía en su jurisprudencia que los Estados tenían un *margen de apreciación* respecto de la configuración de los sistemas procesales penales. No obstante, este panorama continental cambió con el fallo Herrera Ulloa por parte de la Corte en el año 2004¹, en el cual se fijó una línea jurisprudencial que ha sido entendida por diversos sectores de la doctrina comparada en dos posibles sentidos.

Un sector afirma que este fallo establece un derecho a la apelación para todas las personas condenadas por sentencia criminal (Castillo, 2004; Heredia, 2005: 15), mientras que otros han entendido que si bien dicho fallo no se refiere a un medio de impugnación en particular sí establece una exigencia de revisión amplia del derecho y de los hechos para satisfacer el *estándar* fijado por la Corte (Arroyo, 2007).

El problema radica en que este fallo ha sido leído en algunos países y por algunos académicos (Nash, 2005: 73; Callisaya, 2006: 254) en el sentido de que los diferentes códigos acusatorios que existen en América Latina, y que están basados en la centralidad del juicio oral, público y contradictorio, establecen un sistema de impugnación de la sentencia con preponderancia del principio de la intangibilidad de los hechos fijados en el juicio y se encuentran o podrían estar en violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención” o “CADH”), tal como ocurrió en el caso de Costa Rica.

El presente documento pretende dar una respuesta a este vigente problema doctrinario en materia de debido proceso y del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos (SIDH). Específicamente, resulta esencial tratar de dilucidar cuáles son los alcances del *estándar* que en materia recursiva ha fijado la Corte.

Este documento está dividido en dos partes. En la primera parte se detalla qué dice y qué no dice la Corte en el fallo. En la segunda se propone una lectura del *estándar* fijado, el cual es plenamente compatible con los procesos de reformas a la justicia criminal de índole acusatorio, en particular con la centralidad que el juicio oral tiene en estos modelos.

El examen integral no supone que la Corte está ordenando que todos los sistemas de justicia reformados establezcan la apelación como recurso idóneo y que los recursos de casación y/o nulidad son todos contrarios a la Convención.

1 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*, Fondo. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107.



Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios

¿Qué dice y qué no dice la Corte?

En gran parte, los problemas que se derivan del presente fallo y que tienen directa incidencia en el impacto y las consecuencias que éste tiene en cada país se derivan de diferentes lecturas. Por ende, se hace necesario fijar cuáles de estas lecturas son plausibles y cuáles no lo son a la luz del mismo pronunciamiento emitido por la Corte y por su reiterada jurisprudencia.

El fallo Herrera Ulloa no menciona un derecho a la apelación

Una posibilidad es que el Tribunal de Alzada realice una revisión amplia de los hechos, a pesar de que haya un juicio oral en primera instancia y sólo se limite a leer el expediente. Si en este caso el conocimiento del recurso se lleva a cabo sin escuchar, ver y/o percibir al testigo y la prueba de forma directa, esto significa un análisis de evidencia con infracción al debido proceso, específicamente a la intermediación y a la contradictoriedad.

Si se revisa con cuidado el fallo Herrera Ulloa se nota, en primer lugar, que la Corte en ningún momento menciona un derecho a la apelación. Entonces, definir qué se entiende por apelación es particularmente relevante para la presente discusión.

Si bien en cada país la apelación puede tener especificidades, es posible caracterizarla desde tres puntos de vista:

* Desde un punto de vista histórico: el recurso de apelación no fue concebido como una garantía de las partes que intervienen en un proceso judicial; por el contrario, en los sistemas inquisitivos el recurso de apelación era la manifestación del poder del rey, el cual era delegado en distintos funcionarios judiciales de la Corte Superior, las Cortes de Apelaciones, hasta llegar a los jueces de primera instancia. Este mecanismo fue visto para materializar el control vertical que existía respecto de las decisiones de los jueces, en el entendido de que ellos no se apartaran de la volun-

tad del rey o de la ley (Maier, 1996: 706). La apelación iba acompañada de la consulta de aquellos aspectos resolutivos no cuestionados por las partes. Esta función incidía en la metodología para producir la decisión judicial —en términos simples— en la existencia del expediente (López, 2001: 107; Maier, 1996: 707). Al ser el proceso penal escrito, la misión del juez de primera instancia era realizar un registro estricto de las diligencias y actuaciones, lo cual se traducía en que cuando un Tribunal Superior revisaba lo obrado, controlaba el proceso y lo hacía por medio de la lectura del expediente.

* Desde la perspectiva de la *admisibilidad* del recurso suele ser calificado como “ordinario”. Este es un recurso que no tiene requisitos específicos para su interposición, más allá del plazo legal y que la resolución sea recurrible, pero en general basta con demostrar un *agravio*. En otras palabras, ésta es una falta de conformidad con la decisión recurrida, y dicha disconformidad se traduce en una supuesta afectación a quien lo interpone (Couture, 2007: 287).

* Desde la perspectiva de cómo el Tribunal conoce del *fondo* del asunto y cuáles son los efectos puede decirse que este recurso admite que el Tribunal Superior pueda revisar lo hecho por el inferior con mucha libertad y extienda su revisión a motivos jurídicos y fácticos (Binder, 2005: 289). Tradicionalmente, la apelación admite que el Tribunal Superior pueda reevaluar la prueba presentada ante el de primera instancia gracias al expediente que contiene su registro, y pueda llegar a conclusiones diferentes cuando se dicta una sentencia de reemplazo (Binder, 2005: 291).

¿Establece la Corte una obligación por parte de los Estados de otorgar un recurso de apelación? La Corte se refiere a un recurso que permita un *examen integral* del fallo cuestionado. La diferencia terminológica entre *revisión integral* y apelación es de gran relevancia.

En lo que se refiere a la existencia de causales específicas de admisibilidad, la misma jurisprudencia reciente de la Corte ha sido consistente en señalar que, para el adecuado funcionamiento de un régimen de impugnación de las sentencias, es necesario y no es violatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el establecimiento de causales de admisibilidad particulares para un determinado recurso. Así, la Corte en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 2006², y posteriormente

2 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Fondo. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C. No. 158. Párr. 94.

en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, de 2008³, indica que

Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, **sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado**". (Énfasis propio)

En otras palabras, la misma Corte establece que es plenamente legítimo para un Estado el establecimiento de causales de admisibilidad o requisitos para la interposición de los recursos, que si bien deben permitir su real eficacia no significa que necesariamente deben ser tan amplios o simples como aquellos requisitos o causales asociados de manera tradicional a la apelación.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha sido consistente en apuntar que el artículo 8.2.h no se ve satisfecho simplemente con el establecimiento de una garantía que permita la revisión por parte de otro Tribunal, sino que dicho Tribunal debe estar gobernado en su procedimiento de tramitación y constitución por las mismas garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴.

Esta importante idea es una "obiedad" para cualquier conocedor de la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, esta es pasada por alto por quienes sostienen que el derecho a recurrir significa apelación, según su concepción cultural vigente, vale decir, una apelación cuya base de tramitación es a través de un expediente.

En aquellos sistemas inquisitivos en donde hay juicio oral (proceso mixto), la tramitación del proceso es escrita, pero en la etapa probatoria esta se desarrolla de forma oral,

mediante audiencias y el análisis de la prueba que el juez de primera instancia realiza cumplirá con las garantías del debido proceso en la medida que se cuente con inmediación y contradictoriedad. Ahora bien el Tribunal de Primera Instancia registrará la declaración de los testigos, la del imputado y la prueba documental, lo cual debería haberse producido frente a él. Si estas actividades son delegadas, cuestión que es bastante común en procedimientos escritos, se estará violando el debido proceso.

Cuando un Tribunal Superior revisa un fallo de primera instancia por medio de la apelación, en términos prácticos, supone que la revisión del fallo será la lectura del expediente y la revisión de los registros.

Al respecto, se pueden identificar dos hipótesis posibles de conocimiento del caso en segunda instancia por el Tribunal Superior:

1. Una posibilidad es que el Tribunal de Alzada realice una revisión amplia de los hechos, a pesar de que haya un juicio oral en primera instancia y sólo se limite a leer el expediente. Si en este caso el conocimiento del recurso se lleva a cabo sin escuchar, ver y/o percibir al testigo y la prueba de forma directa, esto significa un análisis de evidencia con infracción al debido proceso, específicamente a la inmediación y a la contradictoriedad (Llobet, 2007: 265).
2. Otro escenario posible es que frente al Tribunal de Segunda Instancia ciertas piezas probatorias sean realizadas nuevamente de forma íntegra (bajo la vigencia de oralidad, contradictoriedad, defensa e inmediación). Aquí se encuentra el problema de que a menos de que el Tribunal revise toda la producción de prueba, el análisis que realice será solo parcial y limitado. El problema de esto radica en las consecuencias del recurso, ya que en general se traduce en que el mismo Tribunal de Alzada dictará una sentencia de reemplazo, en la que podrá fijar hechos nuevos, con base en una visión limitada y menos rigurosa que aquella proveída por la totalidad del juicio oral.

Cuando se hace referencia al recurso de apelación, este no puede ser visto desde un punto de vista neutro, esto obliga a definir un concepto de dicho recurso procesal que se

3 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman. Fondo*. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C. No. 184. Párr. 126.

4 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros. Fondo*. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C. No. 41. Párr 161.



Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios

base en la generalidad de las características que éste presenta en sus diversas configuraciones, al menos en su concepción tradicional, y que va originalmente ligada a los sistemas inquisitivos.

Por lo tanto, más importante que determinar qué recurso judicial en particular, con nombre y apellido, exige la Corte Interamericana para satisfacer el derecho al recurso establecido en el artículo 8.2.h, es determinar si necesariamente el recurso idóneo contra la sentencia definitiva emanada de un juicio es la apelación tradicional, en los términos en que se definió previamente. Con relación a este enunciado, mi respuesta es negativa.

Examen integral: el estándar fijado por la Corte

La Corte estableció que para que un recurso judicial pudiese estar en conformidad con el debido proceso y respetar así el artículo 8 de la CADH debía garantizar un "examen integral de la decisión recurrida"⁵. La configuración del recurso de casación interpuesto por el peticionario en contra de la sentencia costarricense que lo condenaba, sostiene que

... no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior⁶.

Surgen las siguientes preguntas sobre el alcance del estándar del examen integral:

- I. ¿Supone el *examen integral* que el Tribunal Revisor pueda revisar los hechos que fueron dados por acreditados en el juicio oral? Y, de ser así, ¿tiene esta revisión límites en su alcance?
- II. ¿Supone el *examen integral* que el Tribunal Revisor pueda modificar en su fallo los hechos que fueron dados por acreditados en el juicio oral?

Dimensiones del estándar del examen integral

Punto de partida: el rol del juicio oral y el rol del recurso contra la sentencia

Para poder responder y determinar el contenido del examen integral debe tenerse presente que el derecho al juicio oral y el derecho a recurrir no deben ser vistos como componentes separados, sino que son complementarios y partes de un mismo sistema de producción de decisiones judiciales.

El juicio oral es la instancia procesal cuyo objetivo es, a lo menos, la determinación de la absolución o condena de una persona a quien se atribuye un delito. Esta decisión puede ser tomada gracias al uso de una determinada metodología que permite que el juez obtenga los antecedentes y la información necesaria para convencerse sobre su responsabilidad penal. De esta forma, se da una elección entre el expediente y la audiencia pública y contradictoria, la cual finalmente es resuelta a favor de esta última.

Parece haber consenso de que sólo en el juicio oral tienen plena vigencia el principio de la inmediación, el derecho a la defensa y la publicidad. En el expediente, algunas dimensiones del debido proceso tienen alguna vigencia, pero siempre limitada. El juicio oral es la instancia en la que, de forma más eficiente, se concretan las diversas aristas del debido proceso.

En cambio, el recurso contra la sentencia emanada de un juicio penal tiene un objetivo distinto. Desde una perspectiva de derechos fundamentales, este supone el derecho a toda persona respecto de cualquier decisión que los afecte y que dicha decisión sea revisada por otra autoridad para evitar que se hayan cometido errores (Maier, 1998: 709) o se hayan afectado los derechos durante su desarrollo ilegítimamente, y se pretende asegurar que la persona condenada haya tenido un "juicio justo".

Para responder y determinar el contenido del examen integral debe tenerse presente que el derecho al juicio oral y el derecho a recurrir no deben ser vistos como componentes

5 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*. Op. Cit. Párr. 165.

6 *Ibíd.* Párr. 167.

separados, sino que son complementarios y partes de un mismo sistema de producción de decisiones judiciales.

Establecer límites a la facultad de revisión que tiene el Tribunal *ad-quem* a partir de los roles que el juicio oral y el recurso contra la sentencia cumplen

¿De qué sirve que el imputado tenga derecho a contradecir la prueba y a poder presentar la propia, si al momento de la revisión de aquello concluido en el juicio oral por parte del Tribunal de Alzada éste lo hace con menor aptitud y calidad?

La Corte reiteradamente ha sostenido que el análisis que se realiza de la configuración y funcionamiento práctico de los recursos judiciales establecidos en un determinado ordenamiento jurídico debe hacerse desde una perspectiva que garantice la eficacia de esta herramienta. Esto se debe a que en un tratado de Derechos Humanos (la Corte es bastante clara en el fallo), su objetivo y fin es la eficaz protección de los derechos consagrados en la Convención.

Desde esta óptica, cualquiera sea la denominación que tenga un recurso, éste debe ser capaz de producir el resultado que busca, por lo que aquellos recursos que sean gobernados por requisitos de admisibilidad y que sean de un cumplimiento y complejidad tan altos que los tornen en la práctica inoperantes no satisfacen claramente esta exigencia.

Asimismo, aquellos recursos judiciales que sólo permitan el examen y control de aspectos formales de la sentencia, por ejemplo la falta de un timbre o sello, el error ortográfico en el nombre de un juez, entre otros, pero que no permitan una revisión del derecho de fondo, se encuentran en violación del criterio de la revisión comprensiva que la Corte sostiene.

La pregunta es si es o no necesaria la revisión de los hechos, y con qué nivel de profundidad debe darse ésta cuando existe un juicio gobernado por la oralidad, contradictoriedad, inmediación y publicidad.

Quisiera, para dar respuesta a la hipótesis presentada, despejar algunas posibles confusiones. Si, por ejemplo, un juez condenó al imputado por medio de una prueba obtenida ilegalmente, entonces el problema no es de los hechos fijados por el Tribunal de Juicio Oral, sino de la obtención de medios de prueba con violación a la ley o a los derechos fundamenta-

les. En este caso existe un problema de legalidad (del derecho) y no un problema de hechos.

Si el problema está en que el Tribunal permitió que la línea de contraexamen (interrogatorio cruzado) se realizara, cuando ésta escapaba al objeto a discutir ya sea porque era impertinente o ilegal, y en virtud de ello da por acreditados ciertos hechos, esto no es problema de hechos, es nuevamente un problema de derecho y violación de la ley por parte de uno de los actores del sistema.

Si el Tribunal asienta por acreditados determinados sucesos porque estos no fueron controvertidos por la defensa y porque ésta no tuvo un tiempo de preparación adecuado, nuevamente no es un problema de determinación de hechos, sino del debido derecho a una defensa efectiva, lo que representa un problema del procedimiento mismo y no de los hechos fijados por el Tribunal.

Parece ser razonable que cuando la Corte habla de revisión integral o comprensiva ésta debe alcanzar los hechos fijados por el juez de juicio oral. El posible error que el Tribunal puede haber cometido no sólo puede darse en la aplicación, interpretación o determinación de la ley pertinente, sino también en sus conclusiones respecto de lo que ocurrió. En este sentido, prima la visión de que el derecho a recurrir es un mecanismo del imputado para poder obtener una revisión de la decisión pronunciada y evitar así errores que lo perjudiquen.

Esta revisión de los hechos que realice el Tribunal Revisor no puede ser caprichosa y no debe ser amplia; por el contrario, debe estar limitada cuando la decisión de condena es producto de un juicio que satisface las exigencias del debido proceso.

La justificante de las limitaciones a las posibilidades de una revisión amplia de los hechos fijados surge desde el momento en que se abandona la prueba legal o tasada y, por ende, su valoración se trasladó desde el legislador al juez. Esto se debe a que ahora predomina un sistema gobernado por un régimen probatorio libre y la sana crítica, lo que en términos prácticos significa que quien está en una mejor posición y en mejores condiciones para decidir acerca de la culpabilidad o inocencia de una persona es el juez frente a quien se presentó la prueba, ya que él la vio en un lugar privilegiado, sin intermediarios y pudo juzgar su credibilidad y siempre con respeto a los límites de las máximas de la experiencia, las reglas de la ciencia y la lógica.



Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios

Cuando un Tribunal Superior se ve compelido por el reclamo presentado por el recurrente de que se cometió un error en la determinación de los hechos fijados por el juez de juicio, lo que se le pide es que revise el “peso” que el tribunal de juicio dio a la prueba. Esto sólo puede hacerlo legítimamente cuando se han violado las reglas de la experiencia, de los conocimientos científicamente afianzados y la lógica. Establecer lo contrario provoca nocivos efectos en diversos ámbitos: por un lado, problemas en la legitimidad técnica de la decisión y, por otro, problemas de vigencia del debido proceso.

Desde un punto de vista de legitimidad técnica, la legitimidad de la decisión de absolución o de condena que afecta al imputado se deriva de que la prueba presentada en su favor y en su contra fue controlada gracias a las características que imperan en el juicio oral: la contradictoriedad, la inmediatez, el derecho a la defensa, entre otros. La conclusión a la que arriba el Tribunal de Juicio es de alta calidad y conforme al debido proceso.

El análisis que el Tribunal Revisor puede realizar respecto de la prueba y de los hechos fijados supone, para poder ser efectivamente una garantía del imputado, que sea al menos de la misma calidad que la de juicio. Este anunciado se puede resumir en una pregunta: ¿de qué sirve que el imputado tenga derecho a contradecir la prueba y a poder presentar la propia, si al momento de la revisión de aquello concluido en el juicio oral por parte del Tribunal de Alzada éste lo hace con menor aptitud y calidad?

Estas carencias no derivan de que los jueces sean ineptos o corruptos, sino de las limitaciones que el régimen de la sana crítica impone. Lo único que legitimaría al Tribunal Revisor para poder realizar un análisis de los hechos ya fijados, por ejemplo entrar a discutir la determinación de un hecho con base en el testimonio de un testigo, sólo puede hacerse cuando se observa que aquel testimonio es contrario a las reglas de la lógica, la experiencia y conocimiento científicamente afianzados. Pero si el testimonio no es contrario a estos bordes, ¿cuál es la base, por parte del Tribunal, para dudar de dicho

testigo, más allá de que el Tribunal Revisor no le hubiese dado la misma credibilidad, aunque con la gran limitación de que a menos de que se repita íntegramente el juicio su revisión no será igual de buena que el análisis hecho por el tribunal de juicio oral, quien de primera mano observó y ponderó toda la prueba, su coherencia autónoma, y en conjunto con el resto de la evidencia? Esto es en particular importante cuando el derecho a recurrir supone ser un remedio que busca evitar que se cometan errores y no lo contrario.

Por otro lado, la revisión integral de todo lo obrado no es un fin en sí mismo, sino que debe ser visto desde la perspectiva de que el Tribunal Revisor pueda cautelar cualquier injusticia o afectación del “juicio justo” que ha afectado al interesado⁷.

La disconformidad en el “peso” que se dio a los hechos fijados por el Tribunal de juicio oral por parte del recurrente, sin haber problemas de vigencia de derechos o de respeto por la ley, se manifiesta como una revisión basada exclusivamente en que la decisión a la que arribó el Tribunal de juicio no es del agrado del recurrente. No le creyó a un testigo, pero sí al de la contraparte, le dio más valor probatorio a esta huella digital que a esta otra pieza probatoria.

Estas disconformidades no significan que no hubo un “juicio justo”. La plena vigencia de la garantía del juicio justo no puede ser medida por el resultado de la contienda judicial. Éste es irrelevante en la medida en que la decisión sea producto del respeto de la ley y del debido proceso⁸. Si se sostiene la idea contraria, en la cual basta la disconformidad del recurrente y con base en un reclamo amplio se active la posibilidad de que el Tribunal Revisor revise íntegramente derecho y hechos-medios probatorios, conlleva, para ser coherentes con la propia jurisprudencia de la Corte a que se haga todo el juicio nuevamente. Hasta hoy el avance de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos no contempla el derecho a dos juicios orales.

La posibilidad de que se postule la existencia de un derecho a dos juicios orales o, lo que es lo mismo, a que toda

7 Al respecto, la Corte habla de que el derecho a recurrir es un mecanismo que procura que decisiones contrarias a derecho sean corregidas. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*. Op. Cit. Párr. 161.

8 Este mismo razonamiento ha sido usado por la Corte al momento de evaluar la efectividad de los recursos judiciales en su propia jurisprudencia, y en múltiples ocasiones ha señalado que por el solo hecho de que un recurso no da un resultado favorable al recurrente no puede afirmarse que éste no sea efectivo. Este mismo razonamiento debe ser seguido frente a un proceso, cualquiera que sea su materia, que cumpliendo con el debido proceso y la ley ha dado un resultado desfavorable al recurrente. En este sentido, me parece de interés la expresión que indica que se tiene un “derecho a un debido proceso, no a un proceso perfecto”.

revisión que se pida al Tribunal *ad-quem* se amplíe y que alcance siempre a los hechos, es inconsistente con los roles que cumple el recurso contra la sentencia en donde se pretende que se fiscalice el desarrollo del juicio, mas no su repetición.

Si se toman en consideración los argumentos esbozados en el acápite previo y a diferencia de lo fallado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante "el Comité") en los fallos citados en el caso Herrera Ulloa, estos son los casos Sineiro Fernández contra España, de 2001, y Gómez Vásquez contra España, de 1996, en donde dicho Comité es explícito en señalar que el recurso de casación español no es compatible con el artículo 14 – párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al no permitir una nueva valoración de las pruebas presentadas en primera instancia por parte de la Corte de Casación, el *estándar* de la revisión integral no supone necesariamente que el Tribunal Revisor deba por sí mismo reevaluar la prueba ya rendida.

Al respecto es pertinente señalar que en el caso Herrera Ulloa los representantes de los peticionarios alegaron que el recurso de casación costarricense era limitado, ya que no permitía "*la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas*"⁹, y al respecto el fallo de la Corte no es explícito en sostener que el recurso permite fijar nuevos hechos y realizar una nueva valoración de la prueba, sino que se limita a una "*revisión de todas las cuestiones debatidas*".

En este panorama existen motivos por los cuales es conveniente sostener que el Tribunal Superior no debe realizar una nueva valoración de las pruebas ya producidas y fije otros hechos distintos o nuevos. Por un lado, no es compatible con la centralidad del juicio oral como manifestación máxima de todas las garantías del debido proceso que el Tribunal Superior o Revisor pueda dilucidar. Este tribunal no puede realizar una nueva valoración de la prueba y fijar nuevos hechos con las mismas garantías que el juicio oral posee por medio de la contradictoriedad y la inmediatez, ya que estos no serán producto de un proceso de depuración de calidad de información, y el fallo de segunda instancia estará fundamentado en un análisis de los hechos con base en una metodología de la producción de la decisión judicial deficiente.

El criterio del examen integral no exige que el Tribunal Superior pueda por sí mismo evaluar nuevamente la prueba y dar por acreditados otros hechos

Ante esta situación, muchos países sostienen que una vez detectado un problema en la determinación de los hechos (por infracción a las máximas de la experiencia, conocimiento científicos y/o lógica), el Tribunal *ad-quem* envía nuevamente el caso al juicio oral ante un Tribunal de juicio compuesto por otros jueces para que se haga nuevamente. Esta solución parece ser aquella más consistente con la idea de que no sirve de nada dotar al juicio oral de una plena vigencia de debidas garantías procesales si la sustanciación del recurso no contará con estas y, por ende, no se encontrarán disponibles para el recurrente.

Consideraciones finales

La postura en el presente trabajo no excluye que un Tribunal Revisor pueda efectivamente revisar los hechos y no solo el derecho. Se afirma que el *estándar* fijado por la Corte tras el examen integral de todo lo discutido se ve satisfecho con un conocimiento de los hechos del Tribunal, limitado por las afectaciones que en su determinación se hayan hecho respecto de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia.

Lo que ocurra dentro de estos límites escapa del examen integral en la medida en que se haya visto satisfecho el debido proceso y las demás garantías del imputado. Esto se debe a la falta de legitimidad técnica por parte del Tribunal Superior para hacer dicha revisión en todo evento, y las consecuencias perniciosas en la plena vigencia del debido proceso para el propio imputado.

Más importante aún, el examen integral no supone que la Corte está ordenando que todos los sistemas de justicia reformados establezcan la apelación como recurso

9 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*. Op. Cit. Párr. 137.2) letra a).



Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios

idóneo y que los recursos de casación y/o nulidad sean todos contrarios a la Convención.



... el examen integral no supone que la Corte está ordenando que todos los sistemas de justicia reformados establezcan la apelación como recurso idóneo y que los recursos de casación y/o nulidad sean todos contrarios a la Convención.

El examen integral sí supone la posibilidad de revisar todo lo discutido ante el Tribunal de Juicio Oral, pero esta revisión no significa que el Tribunal Revisor tenga que cambiar los hechos previamente fijados o alterar la ponderación de la evidencia presentada (es siempre factible que una vez detectado el error, el Tribunal Revisor reenvíe el caso para ser nuevamente juzgado por otro Tribunal de Juicio Oral). En otras palabras, este examen sólo supone que todo lo discutido sea revisado, pero con las limitaciones ya analizadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arroyo, José Manuel. Elementos para una reforma del sistema procesal penal costarricense: propuesta y reacciones de expertos. En Estado de la Nación en Desarrollo Humano sostenible. Sitio electrónico encontrado en http://www.estadonacion.or.cr/Info2007/Ponencias/Fortalecimiento/Aporte_reforma.pdf

Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Argentina: Editorial Ad-Hoc, segunda edición, cuarta reimpresión, agosto de 2005.

Callisaya, Pedro. El Caso Herrera Ulloa y el Sistema Impugnatorio Procesal Penal Boliviano. En Revista Derechos Humanos y Acción Defensorial. Año 1 N° 1: Derechos Indígenas, Defensor del Pueblo de Bolivia, 2006, disponible en <http://www.defensor.gov.bo/files/Maquetaci%F3n%202.pdf>

Castillo González, Francisco. Carta de Opinión Consecuencias del Fallo Herrera Ulloa. En Diario La Nación. Costa Rica, 5 de agosto de 2004. Véase en http://www.nacion.com/ln_ee/2004/agosto/06/opinion6.html

Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, cuarta edición.

Duce, Mauricio y Riego, Cristián. Proceso Penal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, primera edición.

Heredia, José Raúl. ¿Casación o un nuevo recurso? De "JÁUREGUI" A "CASAL". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 24 de septiembre de 2005, sitio electrónico: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasacionnuevorecurso/at_download/file

López González, Jorge. Teoría General sobre el Principio de la Oralidad en el Proceso Civil. Costa Rica: Editorial Jorge López González, 2001.

Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1996, segunda edición.

Nash, Claudio. Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (2004) Relevante para los Derechos Humanos en Chile. En Anuario de Derechos Humanos 2005. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

Llobet Rodríguez, Javier. Derecho Procesal Penal III. Garantías Penales (Segunda Parte). Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2007, primera edición.

Transitional Justice in South America: The Role of the Inter-American Court of Human Rights

**Carolina
de Campos Melo¹**

This article examines the case law of the Inter-American Court of Human Rights in terms of the incompatibility between self-amnesty laws and the American Convention on Human Rights within the theoretical and practical framework of transitional or post-conflict justice. In this context, it is argued that the cases *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano* and *La Cantuta* represent a new paradigm of international human rights law on the topic of truth and justice. Finally, this paper discusses the main challenges presented by the Brazilian case *Guerrilha do Araguaia* currently under consideration by the Court in relation to the dimensions of the right to the truth.

Keywords: Human rights, transitional justice, Inter-American Court of Human Rights, self-amnesty laws, *Guerrilha do Araguaia* case, Law No. 6683, August 1979, right to the truth.

Transitional justice is a concept associated with periods of political change determined by legal responses.

Introduction

The crisis in Honduras, characterized by the withdrawal of the elected President and the declaration of a state of siege, in addition to the ongoing debate in Obama's government about the treatment of torture committed in prisons in the name of the war on terrorism, are some of the facts that shed light on the current debate on transitional justice in our continent.

Transitional justice is a concept associated with periods of political change determined by legal responses to wrongdoings committed by previous regimes.² Initially associated with periods of post-authoritarian regimes, this kind of justice also presents the question of how to deal with post-internal conflicts. There are those who prefer to use the term post-conflict justice³, assuming that the legacy of human rights violations is an essential element for the prevention of future oppression.

1 PhD candidate in International Law at the Law School of the State University of Rio de Janeiro (UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Master in Law at the Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Human Rights Professor and Academic Coordinator of the Human Rights Center at the Law Department of PUC-Rio. Federal Attorney. E-mail. cmelo@puc-rio.br.

2 Ruti Teitel, "Transitional Justice Genealogy" in Harvard Human Rights Journal 16, 2003, p. 69.

3 M. Cherif Bassiouni, *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice* (Chicago: The International Law Institute, 2007), p. 2.



This paper is structured in the following way: in the first section, I briefly argue about the notion of transitional justice in the context of Latin America. Next, I intend to argue the case law of the Inter-American Court of Human Rights on the incompatibility between self-amnesty laws and the American Convention on Human Rights. In the last section, I discuss the challenges presented by the Brazilian case currently being considered by the Court.



The American continent has a special understanding of some of the mechanisms of transitional justice.

The decades following World War II were identified by the polarization of the Cold War. During that period, transitional justice was associated with the democratization movements' post-military dictatorships that occurred in the Southern Cone, post-1989 Eastern Europe, Africa and Central America.

Transitional justice mechanisms give emphasis to the role of law and, in particular, the role of the courts. The first cycle⁴ of transitional justice refers to the period after World War II, when the Nuremberg and Tokyo trials demonstrated a movement towards the internationalization of responses to atrocities. However, German courts were unable to prevent the number of deaths which occurred during World War I from multiplying during World War II.⁵

The decades following World War II were identified by the polarization of the Cold War. During that period, transitional justice was associated with the democratization movements' post-military dictatorships that occurred in the Southern Cone, post-1989 Eastern Europe, Africa and Central America. This was a feature of the second cycle, when national justice

Transitional Justice in South America: The Role of the Inter-American Court of Human Rights

mechanisms or alternative means of justice were created, such as the truth commissions.

The re-democratization process had led to the introduction of self-amnesty laws, imposed at the time as a precondition for democracy.

Thus, the succession of *ad hoc* tribunals in the Yugoslavia and Rwanda cases by the International Criminal Court in 1998 was momentous for the international acceptance of transitional justice mechanisms. Nevertheless, that same year, Spanish authorities requested the detention of Augusto Pinochet in England to stand trial for murder, torture and forced disappearances. This action demonstrated the enduring fragility of post-conflict impunity agreements. Today, in its third cycle, transitional justice mechanisms are no longer an exception to the norm; rather, they represent a paradigm for a new international rule of law.⁶ The American continent has a special understanding of some of the mechanisms of transitional justice. With the disentanglement of the U.S. hegemony on the continent after the Cuban revolution of 1959, the 1960s and 1970s were marked by military dictatorships that used the doctrine of national security as a common strategy to fight against communism. All the countries of the Southern Cone, along with other Latin American countries, experienced periods of serious human rights violations. The re-democratization process had led to the introduction of self-amnesty laws, imposed at the time as a precondition for democracy. In recent research conducted by Kathryn Sikkink and Carrie Booth Walling, it was verified that amnesties were used in sixteen of the nineteen countries that experienced transitions in Latin America, with some countries having ratified more than one law of this type.⁷

In a context where violations of human rights were not openly assumed by the states, demands for the truth began to arise. The creation of the National Commission on the Disappearance of Persons (CONADEP) in Argentina in 1983 as well as the National Commission on Truth and Reconciliation in Chile in 1990 reflected a quite distinctive reality of the Southern Cone where judgments were made impossible by military forces.

4 Ruti Teitel, "Transitional Justice Genealogy", p.94. The idea of cycles has the advantage of making relative any perspective of historical progressivity of transitional justice.

5 Carlos Eduardo Japiassu, *A internacionalização da justiça penal* (Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004), p. 40. The Versailles Treaty established the creation of a court for war crimes committed by nationals. Instead, a German law in 1919 conceded the exceptional competence of its Supreme Court for judgment. Within the thousands accused, only 21 were prosecuted, and 13 condemned to the maximum sentence of 3 years.

6 Ruti Teitel, "The law and politics of contemporary transitional justice," In Cornell International Law Journal 837, 2005, p. 840.

7 Kathryn Sikkink and Walling Carrie Both, "The impact of human rights trials in Latin America," In Journal of Peace Research Vol. 44, n. 04, 2007, p. 430.

The Inter-American Court has faced the dichotomy between justice and truth in the exercise of its contentious jurisdiction during the present century. Self-amnesty laws have been reviewed under the international standards of justice established by the permanent court created in 1969 with the adoption of the American Convention on Human Rights of the Organization of the American States. In response to NGO initiatives, the regional system⁸ has shown the complexity at the local, national and international level in the implementation of transitional justice mechanisms.⁹

The Case Law of the Inter-American Court of Human Rights

In ratifying the American Convention, State Parties undertake to respect the rights under the Convention and to ensure the free and full exercise of all those subject to its jurisdiction (art. 1.1). Accordingly, the obligation of States is evident regarding the responsibility to adopt legislative or other measures necessary to give effect to rights under the treaty (art. 2). The acceptance of conventional norms by States that have published self-amnesty laws has led to questions about their validity before the Court. In 2001, the Inter-American Court became the first human rights court to conduct a trial on self-amnesty laws. The *Barrios Altos vs. Peru* case considered the participation of the Colina group, a death squad linked to the Peruvian Army, in the invasion of a meeting which resulted in the execution of fifteen people and the serious injury of four others. These events occurred in 1991 in a neighborhood of Lima. In 1995, when the prosecutor filed a complaint in the criminal justice system in Lima against five officers, the Supreme Court examined the military jurisdiction. In this context, the Congress enacted Law No. 26.479, which discharged the responsibility of members of the military and civilians who committed human rights violations between 1980 and 1995. In light of

‘The acceptance of conventional norms by States that have published self-amnesty laws has led to questions about their validity before the Court. In 2001, the Inter-American Court became the first human rights court to conduct a trial on self-amnesty laws.’

the *Barrios Altos* decision requesting the non-application of the law to those involved in the events of the case, the Congress of Peru passed a second law, Law No. 26.492, holding that amnesty was not subject to judicial review. As a result, the Peruvian Supreme Court ruled that the Judiciary was not entitled to decide on the removal of the amnesty laws because it would violate the principle of separation of powers.¹⁰

In deciding the case in 2001 the Inter-American Court held the Peruvian State internationally responsible for the violation of Articles 4 (right to life), 5 (human treatment), 8 (judicial guarantees), 25 (judicial protection), all in connection with 1.1 (obligation to respect rights) and 2 (duty to adopt provisions of domestic law) of the American Convention. The last four violations resulted from the promulgation and application of amnesty laws No. 26.479 and 26.492.¹¹

Accordingly, the Court found the following to be unacceptable: the provisions of self-amnesty; the statute of limitations; and the exclusion of liability with the intention of preventing the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations, including torture, summary executions and forced disappearances; as well as:

42. The Court, in accordance with the arguments put forward by the Commission and not contested by the State, considers that the amnesty laws adopted by Peru prevented the victims' next of kin and the surviving victims in this case from being heard by a judge, as established in Article 8(1) of the Convention; they violated the right to judicial protection

8 The Inter-American system of human rights is composed by the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, both responsible for the setting of international standards on the combat against impunity. Even considering the protagonist role of the Commission in relation to certain countries as Argentina, the paper is based on the study of the Court case law, exclusively.

9 Naomi Roht-Arriaza, "The new landscape of transitional justice," *In Transitional justice in the twenty-first century* (New York: Cambridge University Press, 2006), p.10.

10 Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), *Case of Barrios Altos v. Peru. Merits*. Judgement of March 14, 2001, par. 2.

11 IACtHR, *Case Barrios Altos*, *Idem*, pars. 39 and 40.



embodied in Article 25 of the Convention; they prevented the investigation, capture, prosecution and conviction of those responsible for the events that occurred in Barrios Altos, thus failing to comply with Article 1(1) of the Convention, and they obstructed clarification of the facts of this case. Finally, the adoption of self-amnesty laws that are incompatible with the Convention meant that Peru failed to comply with the obligation to adapt internal legislation that is embodied in Article 2 of the Convention.

43. The Court considers that it should be emphasized that, in the light of the general obligations established in Articles 1(1) and 2 of the American Convention, the States Parties are obliged to take all measures to ensure that no one is deprived of judicial protection and the exercise of the right to a simple and effective recourse, in the terms of Articles 8 and 25 of the Convention. Consequently, States Parties to the Convention which adopt laws that have the opposite effect, such as self-amnesty laws, violate Articles 8 and 25, in relation to Articles 1(1) and 2 of the Convention. Self-amnesty laws lead to the defenselessness of victims and perpetuate impunity; therefore, they are manifestly incompatible with the aims and spirit of the Convention. This type of law precludes the identification of the individuals who are responsible for human rights violations, because it obstructs the investigation and access to justice and prevents the victims and their next of kin from knowing the truth and receiving the corresponding reparation.¹²

The Court decided that because of the incompatibility between the American Convention and the amnesty laws the latter had no legal effect.¹³ It is precisely due to the State's inability to clarify the facts relating to the violations and the corresponding responsibilities that the Court found a violation of the right to the truth. The understanding of the Inter-American Commission of Human Rights was that there was also a violation of Article 13.1 (freedom of thought and expression). This was in light of the State's failure to collect information essential to the preservation of the rights of the victims, therefore not ensuring transparency of the government's administration – however this assertion did not prevail at the judgment.¹⁴

In September 2006, the Court decided the case *Almonacid Arellano et al vs. Chile*, which reveals the failure to investigate and punish those responsible for the execution of Mr. Almonacid Arellano in September 1973, days after the

Transitional Justice in South America: The Role of the Inter-American Court of Human Rights

military coup. This and other human rights violations were not investigated by an independent authority considering the application of Decree Law No. 2.191/1978, also known as a self-amnesty law. In its defense thesis, not accepted by the Court, Chile recognized the facts described, but alleged the preliminary exemption *ratione temporis* given that the process began before 1990, the year that the Chilean State recognized the contentious jurisdiction of the Court.

By confirming the idea that self-amnesty laws were incompatible with the American Convention, the Court held that the obligations set out in its Articles 1.1, 2, 8 and 25 of the American Convention were neglected by the Chilean State. Moreover, the *Almonacid Arellano* case gave the Court the opportunity to establish the role of the judiciary regarding the application of self-amnesty laws:

123. The above mentioned legislative obligation established by Article 2 of the Convention is also aimed at facilitating the work of the Judiciary so that the law enforcement authority may have a clear option in order to solve a particular case. However, when the Legislative Power fails to set aside and / or adopts laws which are contrary to the American Convention, the Judiciary is bound to honor the obligation to respect rights as stated in Article 1(1) of the said Convention, and consequently, it must refrain from enforcing any laws contrary to such Convention. The observance by State agents or officials of a law which violates the Convention gives rise to the international liability of such State, as contemplated in International Human Rights Law, in the sense that every State is internationally responsible for the acts or omissions of any of its powers or bodies for the violation of internationally protected rights, pursuant to Article 1(1) of the American Convention.

124. The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of "conventionality control" between

12 IACtHR, *Case Barrios Altos*, Idem.

13 IACtHR, *Case Barrios Altos*, Idem, par. 44.

14 IACtHR, *Case Barrios Altos*, Idem, pars. 44 – 49.

the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention.¹⁵

Considering the case law of the Court on the matter, it is the judge's responsibility to assert the "conventionality control" between national law and the American Convention. The Court's decision was groundbreaking when it explicitly requested that the Chilean State ensure that the amnesty decree would not represent an obstacle in the investigations of the execution of Mr. Almonacid Arellano and others. This decision was received in Chile with a broad debate about the role of judges concerning the international responsibility not to apply this particular law.

It is worth mentioning the Court's observation of the fact that the efforts made by the Chilean government through the work of the National Truth and Reconciliation Commission did not remove the obligation to attain the truth through legal proceedings; thus, disregarding any opposition or choice between truth and justice:

(...) the Court considers it relevant to remark that the "historical truth" included in the reports of the above mentioned Commissions is no substitute for the duty of the State to reach the truth through judicial proceedings. In this sense, Articles 1(1), 8 and 25 of the Convention protect truth as a whole, and hence, the Chilean State must carry out a judicial investigation of the facts related to Mr. Almonacid-Arellano's death, attribute responsibilities, and punish all those who turn out to be participants.¹⁶

It was within this context that the Court readdressed the examination of the continuous violations of human rights under the Fujimori regime in the trial of *La Cantuta vs. Peru*, in November 2006. The facts presented to the Court dealt with the disappearance by the Colina group of one teacher and students from the campus of the *Universidad Nacional de Educación Enrique Marino y Valle*, at *La Cantuta*, in July 1992.

The Court granted the State recognition in the biased standards applied by military judges in the evaluation of *La Cantuta* and reiterated its case law regarding the *non bis in idem* principle which considers the "fictitious" or "fraudulent" grounds for double jeopardy (*res judicata*) that result from a process that is not independent, nor impartial, and lacks adherence to procedural guarantees.¹⁷

Notwithstanding the absence of any fact or situation that reveals the ruling on the amnesty laws in Peru, the Court emphasized that the incompatibility of the laws of self-amnesty with the American Convention is determined *ab initio* and therefore that the State had incurred violations of Articles 8 and 25 in connection with 1.1 and 2, in the period since the prosecution in 1995 until 2001 when the understanding of the Court in the *Barrios Altos* case was applied:

186. Under the domestic law rules and court decisions analyzed, this Court's decisions have immediate and binding force and, therefore, the judgment issued in the case of Barrios Altos is fully incorporated into the domestic legal system. If that Judgment was conclusive that it had general effects, such declaration makes it ipso jure part of Perú's domestic law, which is reflected in the fact that such Judgment has been applied and interpreted by state organs.

187. The *ab initio* incompatibility of the amnesty laws with the Convention has generally materialized in Perú ever since it was pronounced by the Court in the judgment rendered in the case of Barrios Altos; that is, the State has suppressed any effects that such laws could have had. (...)

188. In the instant case, the Court notes that the Supreme Final Judgment of June 16, 1995 of the CSJM (Supreme Council of Military Justice) constituted an act of application of the amnesty laws and was effective until the same tribunal declared the nullity of such act through Supreme Final Judgment of October 16, 2001, consistent with domestic laws and the Inter-American Court's decision in the case of Barrios Altos (*supra* para. 80(60) and 80(63)). Such act of application of the amnesty laws was performed by the CSJM with the aim to leave unpunished those it had initially investigated and convicted in one of the military criminal prosecutions and for some time it obstructed the investigation, trial and punishment of the alleged authors of the events, and it meant that the State breached its guarantee obligations, to the detriment

15 IACtHR, *Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile*. Judgement of September 26, 2006. pars 123 –124.

16 IACtHR, *Case Almonacid Arellano et al. Idem*, par. 150.

17 IACtHR, *Case of La Cantuta v. Peru. Merits, Reparation and Costs*. Judgement of November 29, 2006, par. 153.



of the victims' relatives. In addition, the parties have failed to provide information showing that ever since the passing of the Court's Judgment in the case of Barrios Altos and the CSJM's decision, the amnesty laws have been applied in the criminal investigations and prosecutions opened as from 2001, or that the laws have prevented further investigations or prosecutions from being conducted in relation with the events in the instant case or other cases in Perú.¹⁸

Hence, in the *La Cantuta* case, the Court asserted that the self-amnesty laws are not effective in the past, the present or the future.

It is important to note that the Court considered the publication of Peru's Truth and Reconciliation Commission report as a significant first step towards reparation, but reaffirmed the State's obligation to establish the truth through court proceedings,

224. It is the Court's view that the work undertaken by said Commission constitutes a major effort and has contributed to the search for and establishment of truth for a period of Perú's history. However, and without failing to recognize the foregoing, the Court deems it appropriate to specify that the "historical truth" contained in said report does not complete or substitute the State's obligation to also establish the truth through court proceedings, as acknowledged by the State itself by keeping the investigations open even after the report was issued. In this regard, it is worth noting that, in the framework of Articles 1(1), 8 and 25 of the Convention, the victims' next of kin have a right, and the State has the obligation, to have what happened to the victims effectively investigated by the State's authorities, the parties allegedly responsible for such illegal acts prosecuted, and, if appropriate, appropriately punished.¹⁹

In his vote (*voto razonado*) in the *La Cantuta* case, which represented the last opportunity he had to address this issue as a judge of the Court, Antônio Augusto Cançado Trindade concluded that the Court's judgments in the cases of *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano* and *La Cantuta* constitute a

Transitional Justice in South America: The Role of the Inter-American Court of Human Rights

determinant contribution towards the end of self-amnesties and the supremacy of the Law.²⁰

The Court's case law represents a landmark for transitional justice mechanisms, given the following precepts: i) Self-amnesty laws are incompatible with the American Convention for violating the norms contained in Articles 8 (judicial guarantees) and 25 (judicial protection) in connection with 1.1 (obligation to respect rights) and 2 (duty to adopt provisions of domestic law) of the American Convention; ii) Such laws have no effect on the past, present and future; iii) The absence of investigation and trial on the facts and charges leads to the violation of the right to the truth; iv) It is the national court's obligation to perform the "conventionality control" between national law and the American Convention; iv) The Court appreciates the work of truth commissions, but states that these do not exclude the requirement to find the truth through judicial proceedings.

Considering that the Commission issued a petition against the Federal Republic of Brazil before the Court in early 2009, it is time to formulate a new chapter in the Court's case law on the subject matter.

The Brazilian Case

Brazil experienced the first military coup of the Southern Cone in 1964. The elected Vice-President João Goulart was overthrown in a context of widespread popular mobilization in favor of basic reforms.²¹ Based on the doctrine of national security, the military regime quickly became institutionalized, having lasted from 1964 to 1985. In December 1968, Institutional Act No. 5 was enacted authorizing unlimited legislative powers for the Executive, and restricting citizens' rights and judicial guarantees such as *habeas corpus*. Additionally, the law excluded the judicial review of any type of conduct established by the Act, whenever the preservation of order and security was necessary.

The "hardening" of the regime after 1968 was

18 IACtHR, *Case of La Cantuta v. Peru.*, Idem, par. 186-187.

19 IACtHR, *Case of La Cantuta v. Peru.*, Idem, par. 223-224.

20 IACtHR, *Case of La Cantuta v. Peru.* Idem, Vote by Judge A.A. Cançado Trindade, par. 32.

21 The elections were held in 1960 with the victory of list Jânio Quadros – João Goulart. Considering the president resignation after months, Goulart assumed the presidency although the resistance from the military. "The institutional crises that followed represented the last act of those preparations to the 1964 rupture." In ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil Nunca Mais. Um relato para a história*. 34. ed. (Petrópolis, RJ: Vozes, 2005), p. 57.

intensified by political debate between those who advocated for the return to democracy by peaceful means and those who argued for the necessity of an armed struggle. Under this political milieu, choosing the second route, members of the Communist Party of Brazil hastened the opposition by sending militants to the Araguaia River region, in the southern part of the State of Pará. As a response, between 1972 and 1974, once the location of the guerrillas was discovered, the Army held three military offensives resulting in about half of the total number of victims of forced disappearance during the military regime.

With the enactment of Law No. 6683 in August 1979, a self-amnesty was adopted which was officially considered to be broad, general, unrestricted, and which disregarded any kind of clarification and/or investigation of deaths, disappearances or torture occurring during that time period. The amnesty to those militants that were being prosecuted by the military regime was enlarged to benefit state officials responsible for human rights violations by the use of the term "related crimes."

Among the sixteen countries that have enacted amnesty laws, fifteen have undertaken human rights trials. Only in Brazil did the Amnesty Act seem to have the desired effect of impeding trials, at least until very recent times.²² Thus, Brazil would be the only country in which impunity of law and fact could have prevailed.²³

Family members or sectors of civil society have selected some strategies to challenge the scope of law laid out by the military for the benefit of their agents. In 1995, the Center for Justice and International Law (CEJIL), *Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro* and the *Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo* (Commission of Relatives of Political Death and Disappearances of São Paulo) presented a complaint before the Inter-American Commission on Human Rights. The petition refers to the disappearance of members of the Araguaia Guerrilla between 1972 and 1975 and the lack of investigation of these facts by the Brazilian State. Many were presumably killed in military operations in the region of the Araguaia River. Since 1982, through a case in the Federal

Only in Brazil did the Amnesty Act seem to have the desired effect of impeding trials.

Among the sixteen countries that have enacted amnesty laws, fifteen have undertaken human rights trials

Court, relatives of 22 victims have tried to obtain information about the circumstances of the disappearances, deaths of the guerrilla combatants, and the recovery of their bodies.²⁴

By arguing that the Brazilian State is responsible for human rights violations, the Commission referred the case to the Court in March 2009, claiming violations of Articles 3 (right to juridical personality), 4, 5, 8, 13 and 25 in connection with Art. 1.1 and 2 of the American Convention. The case is instrumental since it is the only case that refers to human rights violations that occurred during the Brazilian military dictatorship.²⁵

For a better understanding of the challenges faced by the Court in the Brazilian case, some initial clarifications should be made.

The period of democratization had institutional advances such as the adoption of Law No. 9140/95 that recognized the state's liability for deaths and disappearances during the military regime. Additionally, there was the creation of the Special Commission responsible for the recognition of state responsibility, the determination of financial compensation to the families of victims, and the discovery of the location of the remains of the dead. In a ceremony held at the Presidential Palace on August 29, 2007, the book *The Right to Memory and Truth: Special Commission on Political Deaths and Disappearances* was launched representing a report that asserts the truth as a necessary step to advance the consolidation of respect for human rights, without neglecting our recent history. This is the first official report²⁶ regarding the deaths and disappearances by the Brazilian dictatorship which states that,

22 Kathryn Sikkink and Walling Carriel Both, "The impact of human rights trials in Latin America," p. 430.

23 M. Cherif Bassiouni, "Searching for peace and achieving justice: the need for accountability," In *Law and Contemporary Problems* Vol. 59, N. 04, Autumn, 1996, p. 19.

24 Inter-American Commission of Human Rights (IACHR), *Admissibility Report n.33/2001- Case n. 11.552 Guerrilha da Araguaia*. Available at: www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm (Last visited: 15/03/2009)

25 IACHR, *Petition under the Inter-American Court of Human Rights on the case Julia Gomes Lund et al (Guerrilha da Araguaia) vs. Federative Republic of Brazil*, April, 2009, par. 5.

26 The *Brasil Nunca Mais* Report produced in 1985 by segments of civil society under supervision of the Church of São Paulo. It is the first initiative to detail the methods used by the repression agents, especially perpetrated torture.





"[...] enlighten the period of shadows and release the information about human rights violations that occurred in the last cycle of dictatorship is a matter of urgency of a nation that claims, with legitimacy, new status in the international scenario and in the UN system."²⁷

It has been estimated that there were 475 deaths and disappearances during the Brazilian military regime as well as an alarmingly high number of people subjected to torture.²⁸ This report is considered relevant by the Commission in its petition to the Court and is referred to several times in its considerations.

Moreover, the Amnesty Commission was created by Law No. 10.559/2001. Under the supervision of the Ministry of Justice, the commission is responsible to report and conduct reparations for people that were hindered from exercising economic activities for political reasons from 1946 to 1988. The Commission so far has received about 60 thousand requests, many of them with narratives of tortures committed by official agents.

Thirty years have passed since the amnesty law was ratified, which has raised two dimensions of the democratization process in Brazil: the absence of criminal and civil liability of State officials involved in crimes against humanity, and the lack of access to files that describe the military operations and the methods used by these agents. In the words of Roniger and Sznajder, "(a) lack of access to secret files caused a tremendous impact in shaping the political memory of the Brazilians and the internalization of democratic values in relation to human rights."²⁹

It is precisely in this context that the *Araguaia Guerrilha* case emerges. Firstly, the case offers the Court the opportunity to consider the amnesty law at the same time as it is being

Transitional Justice in South America: The Role of the Inter-American Court of Human Rights

discussed before the Supreme Court, the body responsible for the final interpretation of the constitutionality of the laws of Brazil. In October 2008, the Federal Council of the Bar Association of Brazil presented a claim of breach of fundamental precept - ADPF³⁰ No. 153 - before the Supreme Court, seeking that it interpret Law No. 6.683 in view of the Constitution. Additionally, that it declare that in light of the constitutional fundamental precepts, that amnesty granted to political crimes or related crimes does not extend to "related crimes" committed by agents of repression against political opponents.³¹ There is an expectation, in this sense, that the trials will be simultaneously considered by the Inter-American Court and the Supreme Court in a demonstration of the dialogue between their jurisdictions. Considering that this is the first opportunity for the Supreme Court to decide on the subject, there is an expectation as well that it will take the Inter-American Court's precedents into consideration.³²

Secondly, the Commission intends that the Court determine the search for the remains of the missing bodies and that those responsible for human rights violations should be investigated, prosecuted and punished in Brazil. As the Court has already ruled in the *Almonacid* case, victims are entitled to know what happened and which agents were responsible.³³ It is precisely this point that the demands under consideration by the Inter-American Court and the Supreme Court have in common.

Finally, this is an important opportunity for the Court to state the (in)compatibility of the Brazilian law on the confidentiality of documents with the American Convention, thus

27 BRAZIL, Secretaria Especial de *Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Direito à memória e à verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos (Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007), p. 17 (*my translation*)

28 *Idem*.

29 Luis Roniger and Mario Sznajder. *O legado das violações dos direitos humanos no cone sul: Argentina, Chile e Uruguai*. Trans. Margarida Goldsztajn. (São Paulo: Perspectiva, 2004), p. XXIV.

30 The *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* established by Art 102, § 1º of the Brazilian Constitution was regulated by the Law Nº 9882/1999. It is a mechanism of judicial review by the Supreme Court of federal, state or municipal norms previous to the Constitution, as the 1979 Amnesty Law. The Brazilian case is very particular in the sense that the Supreme Court is about to rule on the extension of the self-amnesty law through a mechanism of an abstract constitutional test. This can be explained, partially, because of the shortage of judicial initiatives over the country on the same direction. We can point out here three relevant civil complaints: i) the Araguaia case (Nº 82.00.24682-5 Distrito Federal) brought by relatives of 22 victims since 1982 before the Federal Court which was not considered by the Supreme Court; ii) two complaints proposed in the aim to declare personal responsibility of officials – without criminal effects -- involved with human rights violations in a famous prison in São Paulo (DOI-CODI); and iii) Public Action (Ação Civil Pública Nº 2008.61.00.011414-5) referred by the Federal Parquet in São Paulo which intends that the Federal Court determine the opening of all information on the activities developed in the DOI-CODI between 1970 – 1989 and that every financial compensation paid on behalf of the application of Law Nº 9140/1995 should be restituted by the those allegedly responsible.

31 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Available at: www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf. Last visited at: 15.03.2009.

32 The Supreme Court recent decision (RE Nº 511.961) on the incompatibility of the Decree - Law Nº 972/1969 -- which demands the diploma on journalism to exercise the activity -- with the constitutional regime expressly took into consideration the terms of the Advisory Opinion OC-5/85 on compulsory membership in an association prescribed by law for the practice of journalism.

promoting the right to truth for Brazilian society.³⁴ As the Commission proposes, this would be possible taking into account that the restrictions on freedom of information must observe at least three requirements: i) legal provision; ii) the need to ensure respect for rights or the reputation of others or the protection of national security, public order or public health or morale; and that iii) such restrictions shall be absolutely necessary in a democratic society because of a prevailing public interest.³⁵

According to the Commission, the approval of Law No. 11.111/2005 and the issue of Decree Nos. 2.134/1997, 4.553/2002 and 5.301/2004 have prevented access to documents relating to military operations of the *Araguaia Guerrilla* case.³⁶ In fact, reviewing the entire case law of the Court on this subject, arguably the *Araguaia Guerrilla* case portrays a new dimension of the right to the truth that would not be limited by the lack of investigation and punishment of human rights violations. Instead, the *Araguaia Guerrilla* case sheds light on the truth in terms of freedom of information, not only as an individual right of the victims, but also as a collective right of society.³⁷

The importance of the *Guerrilha do Araguaia* case decision is clear: on one hand it is the only Brazilian case that refers to the self-amnesty law, and on the other hand, its constitutive elements give the Court a chance to formulate a new chapter in its case law.

Transitional justice is highly relevant in the American continent, especially considering the current institutional crisis or the application of instruments that aim to deal with the past. The traditional opposition between accountability and impunity is replaced by the preponderance of transitional justice mechanisms.

It is in this context that the Inter-American Court of Human Rights has asserted the incompatibility between laws of self-amnesty with the American Convention on Human Rights. Particularly, the *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano* and *La Can-*

‘In fact, reviewing the entire caselaw of the Court on this subject, arguably the *Araguaia Guerrilla* case portrays a new dimension of the right to the truth that would not be limited to the lack of investigation and punishment of human rights violations.’

tuta cases represent a new paradigm for international human rights law on the topics of truth and justice.

The recent Brazilian case represents a challenge to the Court. Ruti Teitel's diagnosis on transitional justice cycles seems appropriate since it rejects every kind of historical progress aspect. The thirty years of Brazil's amnesty law created the opportunity for national and international spheres to simultaneously decide the limits of military amnesty. We might see that both the second and third cycles of transitional justice, characterized here by the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court, are about to prove the complexity of local, regional and global mechanisms.

Lastly, while many believed that the Court had exhausted the issue of self-amnesty laws, the Brazilian case creates the possibility for the establishment of a new perspective on the right to the truth, beyond the idea of judicial truth, that focuses on the debate of freedom of expression.

The thirty years of Brazil's amnesty law created the opportunity for national and international spheres to simultaneously decide the limits of military amnesty.

33 IACHR, *Petition under the Inter-American Court of Human Rights on the case Julia Gomes Lund et al (Guerrilha da Araguaia) vs. Federative Republic of Brazil*, par. 180. All the comments made on the case were based exclusively on the demand since I had no access to the arguments from the representatives of the victims or the contestation from the Brazilian State.

34 IACHR, *Idem*, par. 5.

35 IACTHR, *Case of Claude Reyes et al. v. Chile*. Merits, Reparations and Costs. Judgement of September 19, 2006, pars. 89-91.

36 IACHR, *Petition under the Inter-American Court of Human Rights on the case Julia Gomes Lund et al (Guerrilha da Araguaia) vs. Federative Republic of Brazil*, par. 146. Law Nº 11.111/2005 introduced the permanent confidentiality of the official records of specific matters. In 1997, the Decree n. 2.134 regulated the classification, reproduction and access to public documents with reservations, which corresponds to documents on the security of society and the State and the intimacy of the individual. The Decree n. 4.553/2002, on the other hand, extended the period of confidentiality of these documents. And finally, the Decree n. 5301 created the Commission for Evaluation and Analysis of the Confidential Information with the role of deciding about the authorization for access of public documents classified with high degree of confidentiality.

37 CEJIL. *A proteção da liberdade de expressão e o Sistema Interamericano*. (San José, Costa Rica: CEJIL, 2005). p. 97.



REFERENCES

Bassiouni, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice* (Chicago: The International Law Institute, 2007).

_____. "Searching for peace and achieving justice: the need for accountability," *In Law and Contemporary Problems* Vol. 59, N. 04, Autumn, 1996.

CEJIL. *A proteção da liberdade de expressão e o Sistema Interamericano*. (San José, Costa Rica: CEJIL, 2005).

Japiassú, Carlos Eduardo. *A internacionalização da justiça penal* (Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004).

Roth-Arriaza, Naomi. "The new landscape of transitional justice," *In Transitional justice in the twenty-first century* (New York: Cambridge University Press, 2006).

Roniger, Luis and Mario Sznajder. *O legado das violações dos direitos humanos no cone sul: Argentina, Chile e Uruguai*. Trans. Margarida Goldszajn. (São Paulo: Perspectiva, 2004).

Sikkink, Kathryn and Walling Carriel Both, "The impact of human rights trials in Latin America," *In Journal of Peace Research* Vol. 44, n. 04, 2007.

Teitel, Ruti. "Transitional Justice Genealogy," *in Harvard Human Rights Journal* 16, 2003.

_____. "The law and politics of contemporary transitional justice," *in Cornell International Law Journal* 837, 2005.

Reports and Decisions

Arquidiocese de São Paulo. *Brasil Nunca Mais. Um relato para a história*. 34. ed. (Petrópolis, RJ: Vozes, 2005)

Brazil, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos* (Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007).

Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), *Case of Barrios Altos v. Peru*. Merits. Judgement of March 14, 2001.

_____. *Case of Claude Reyes et al. v. Chile*. Merits, Reparations and Costs. Judgement of September 19, 2006.

_____. *Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile*. Judgement of September 26, 2006.

_____. *Case of La Cantuta v. Peru*. Merits, Reparation and Costs. Judgement of November 29, 2006.

Inter-American Commission of Human Rights (IACHR), *Admissibility Report n.33/2001- Case n. 11.552 Guerrilha da Araguaia*. Available at: www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm

_____. *Petition under the Inter-American Court of Human Rights on the case Julia Gomes Lund et al (Guerrilha da Araguaia) vs. Federative Republic of Brazil*, April, 2009.

Ordem dos Advogados do Brasil. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Available at: www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf.

Golpe de Estado en Honduras significó un retroceso para los derechos humanos

**Nancy
Marín Espinoza¹**

El golpe de Estado en Honduras tuvo amplias consecuencias políticas para América. El mismo vino acompañado de múltiples y graves violaciones a los derechos humanos. En este escrito se rescatan varias historias de hombres y mujeres que sufrieron la represión y de las que poco se habló en los foros internacionales.

HISTORIAS
DE AMÉRICA

Palabras claves: Golpe de Estado, Honduras, violaciones de derechos humanos.

Ante la presencia masiva de personas que exigían el retorno del Presidente Constitucional de Honduras, los militares decidieron atacar a la multitud, les tiraron gases lacrimógenos y dispararon. Así, producto de un disparo en la cabeza, murió el joven, de 19 años, Isis Obed Murrillo, la primera víctima mortal del golpe de Estado.

El 28 de junio de 2009 el continente americano fue sorprendido con el primer golpe de Estado del siglo XXI. Después de años de dictaduras, personas ejecutadas, desaparecidas y torturadas, la región parecía haber recuperado la cordura. Sin embargo, Honduras sorprendió a la comunidad internacional y el Ejército en horas de la madrugada despachó a un país vecino al presidente Manuel Zelaya Rosales.

La reacción de la comunidad internacional no se hizo esperar. La Organización de Estados Americanos (OEA), mediante su resolución AG/RES. 1 (XXXVII-E/09) condenó “enérgicamente el golpe de Estado en contra del Gobierno constitucional de Honduras y la detención arbitraria y expulsión del país del Presidente Constitucional [...] que produjo la alteración inconstitucional del orden democrático” y exigió su restauración

inmediata. Insulza, secretario general de la OEA, condenó el golpe y dijo que la institución “no aceptará vuelta al pasado”.

El 5 de julio, con el voto de 33 Estados, la Organización de Estados Americanos aprobó suspender a Honduras de ese organismo debido a la violación de la Carta Democrática Interamericana.

El Secretario General de la ONU, Ban Ki Moon, condenó el golpe y urgió a la reinstalación de los representantes electos por el pueblo hondureño. La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó una resolución de condena del Golpe de Estado en Honduras el 30 de junio. El texto, aprobado por aclamación, demanda la inmediata e incondicional restauración del Gobierno y que el presidente Zelaya concluya el mandato para el que fue electo democráticamente.

1 Periodista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Correo electrónico: nmarin@cejil.org



Por su parte, la Unión Europea, la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), el Grupo de Río, la Alianza Bolivariana de las Américas (ALBA), el Mercosur, y gobiernos como los de Estados Unidos, Brasil, Venezuela, Cuba o España también solicitaron la restitución de Zelaya en la Presidencia de su país.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenó el golpe de Estado y el 30 de junio solicitó realizar una visita a Honduras. Además otorgó múltiples medidas de protección tanto para autoridades estatales, familiares del Presidente Manuel Zelaya, líderes sociales, sindicalistas, periodistas y defensores de derechos humanos.

En el mes de agosto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos visitó Honduras. La CIDH confirmó durante su visita un patrón de uso desproporcionado de la fuerza pública, detenciones arbitrarias, y control de la información dirigido a limitar la participación política de un sector de la ciudadanía.²

En su informe preliminar la Comisión concluyó que el golpe de Estado ejecutado mediante la remoción del Presidente constitucional tiene un impacto inmediato sobre la vigencia del Estado de derecho y de los derechos humanos en Honduras³.

En este contexto de graves violaciones a los derechos humanos el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se dio a la tarea de monitorear en forma permanente la situación en Honduras. La organización fue cofundadora del Observatorio Internacional sobre la Situación de Derechos Humanos en Honduras. También realizó varias visitas a Honduras y brindó información a diversos órganos de Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación, se relatan algunas de las historias que recopiló CEJIL y que reflejan la vivencia de los y las hondureños ante las arbitrariedades del gobierno de facto.

La primera víctima mortal del golpe de Estado⁴

El domingo 5 de julio de 2009, el depuesto presidente de Honduras, Manuel Zelaya Rosales intentó aterrizar en el aeropuerto Tocontín, en Tegucigalpa. Cientos de soldados tomaron el aeropuerto e impidieron el aterrizaje del Presidente Zelaya, mientras esto ocurría, miles de personas se apersonaron a las inmediaciones del aeropuerto con la esperanza de recibir a su Presidente.

Uno de los manifestantes que estaba cerca de Isis, relató a la prensa internacional lo siguiente: “Nos tiramos al suelo porque los militares comenzaron a disparar. Él se levantó y en ese momento le dispararon en la cabeza. Yo lo auxilié, lo tomé en mis brazos y ahí me di cuenta que estaba perdiendo la masa encefálica. Lo cargamos a un vehículo, pero cuando llegamos ya estaba muerto”⁵.

A continuación se presenta una entrevista con el padre de Isis, el señor David Murillo quien se refirió al asesinato de su hijo, la investigación de este hecho así como los actos de persecución y hostigamiento que él ha sufrido por exigir justicia por la muerte de su hijo.

¿A qué se dedica usted?

Soy fotógrafo, productor de café, trabajo con institutos bíblicos. Yo soy de Olancho.

¿A qué se dedicaba Isis, cómo era él?

Él estudiaba en el colegio “21 de febrero” en Tegucigalpa estaba en segundo año de carrera. Estaba comprometido con las luchas del pueblo.

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones preliminares de la visita a Honduras. 21 de agosto de 2009. <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2009/60-09.observaciones.preliminares.visita.Honduras.htm>

3 Ibid.

4 Entrevista realizada por Nancy Marín.

5 Barria, Cecilia. Una víctima fatal por disturbios. BBC. http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2009/07/090706_0424_honduras_muerto_mf.shtml

¿Usted estaba en la manifestación que fue a esperar al presidente Zelaya al aeropuerto el 5 de julio? ¿Qué recuerda?

Yo estaba en la manifestación, frente a la malla del aeropuerto Tocoín y mis ojos vieron a la persona que dio la orden. Él empezó a provocar y dio la orden de tirar las bombas lacrimógenas y después las balas. Yo nunca imaginé que era mi hijo. En la manifestación andaban tres hijos míos, dos varones y una mujer. Tengo 12 hijos, contando a Isis.

¿Las autoridades han investigado el asesinato de su hijo?

Yo pedí la prueba balística y forense al Ministerio Público y se comprobó que fueron armas del Ejército. Eso se lo dejaron los del Ministerio Público.

¿Sabe usted a quienes estuvieron implicados en su muerte?

Soldados vestidos de verde olivo fueron los que ejecutaron la orden.

¿Qué ocurrió luego de la muerte de Isis?

Un programa de TeleSur durante el velatorio de mi hijo me pidió declaraciones y yo pedí que no quedara impune la muerte de mi hijo. El 8 de julio me hicieron una llamada del Ministerio Público. Después fui a dar mi testimonio al COFADEH (Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras) y cuando salí de allí me detuvieron y me llevaron a la DGIC (Dirección General de Investigación Criminal). Ahí me acusaron de que cosas que yo no había hecho y me obligaron a firmar.

¿Qué le hicieron?

Uno de los que me estaba interrogando me amenazó con una pistola y me la puso en las costillas.

¿Cuánto tiempo estuvo detenido?

Estuve 37 días detenido y pagué 35 mil lempiras para poder salir en libertad. El 18 de enero fui citado por el Juzgado de Paz de Juticalpa.

¿Qué opina usted de esta situación?

A mí me privaron de todos mis derechos, para que yo callaran todas esas cosas. Ni siquiera vivo en mi casa porque tengo miedo del Ejército de nuestro país.

¿Por qué abandonó su casa?

El 28 de noviembre abandoné la casa porque me hostigaban por medio de mi celular y recibía amenazas. Había un helicóptero que sobrevolaba la casa e incluso llegamos a ver una persona que utilizaba binóculos para mirar hacia nuestra casa desde la aeronave. Mi miedo es que como hay gente infiltrada que está pagada por el gobierno y hay noticias de que secuestran a las personas que tienen medidas cautelares cuando intentan presentarse a rendir cuentas ante los juzgados.

¿Usted quiere que se investigue y se sancionen a los responsables de la muerte de su hijo Isis?

Esa es nuestra fe, pero las autoridades de Honduras no lo van a hacer. De la ley interna no esperamos justicia pero esperamos que en los estrados internacionales no vaya a quedar impune.

Las mujeres fueron víctimas del golpe⁶

En el informe Honduras: Derechos Humanos y golpe de Estado elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) luego de su visita a Honduras se informa que durante la represión de las manifestaciones, así como en el marco de las detenciones ilegales, las mujeres fueron objeto de agresiones verbales y violencia sexual.

La CIDH reportó que recibió información de al menos ocho mujeres que habrían sido violadas por agentes de seguridad en el contexto de las manifestaciones públicas de repudio al golpe de Estado. Sin embargo, por temor a represalias y desconfianza en los organismos de justicia, no habrían presentado las respectivas denuncias.

Una de estas mujeres es María⁷, una joven de 25 años y madre de cuatro hijos que hizo pública su denuncia ante un medio de comunicación hondureño.

¿Cuéntenos que ocurrió?

El viernes fuimos a la marcha

6 Entrevista realizada por Radio Progreso

7 Nombre ficticio



¿Estamos hablando de la marcha de Choloma?

Sí exactamente. Fuimos a la marcha, estuvimos un rato ahí, de repente vimos como una estampida de gente. Era confuso porque lanzaban bombas lacrimógenas. En la confusión me perdí del grupo y nos empezaron a agarrar a otras personas y a mí.

Nos subieron a una patrulla. Dijeron que iban a Choloma... Escuche que le dijeron a un policía: "Chepe Luis y ésta ¿para dónde va?"

"Va para San Pedro"- le dijo- y entonces solo yo me quede en la paila⁸ de la patrulla y no sé que rumbo tomaron porque el policía me llevaba boca abajo enchachada⁹ con un pie en mi espalda y me llevaron a un lugar montañoso y me bajaron y me dijeron: "Ahora sí cabrona ya vas a ver lo que te va a suceder por andar en cosas que no te convienen".

Me violaron cuatro policías. Le logré ver el nombre a dos. Uno se llama Ortiz, el otro se llama López y el otro que le dijeron Chepe Luis, y de la cuarta persona no supe su nombre. Luego de que me ultrajaron, me violaron con bastones policiales. Me dejaron tirada a la intemperie. Yo les rogaba ¡por favor no me hagan daño!, tengo niños pequeños. Se los suplico y me insultaron y me decían groserías. Y yo solo le pedía a Dios que me protegiera por mis hijos porque están pequeños.

Me dejaron abandonada ahí. Estuve inconsciente supongo no sé... Luego como pude me levanté y salí a la orilla de una carretera. Caminé como media hora, me quedé tirada porque no aguantaba el dolor en mis partes íntimas y una señora me recogió, le dije que por favor me llevara donde mi mamá... no sé cuanto tiempo paso lo único que logré ver



Luego de que me ultrajaron, me violaron con bastones policiales. Me dejaron tirada a la intemperie. Yo les rogaba ¡por favor no me hagan daño!, tengo niños pequeños. Se los suplico y me insultaron y me decían groserías. Y yo solo le pedía a Dios que me protegiera por mis hijos porque están pequeños.

fue que salimos por la parte de Cencol¹⁰ y me llevaron donde mi mamá. Mi mamá ya estaba allá y mi esposo me andaba buscando. Yo quería ir a la policía a poner la denuncia, pero como ir si fueron ellos los que me hicieron el daño.

¿María cuántos hijos tiene usted?

Un varón y tres niñas.

¿Usted recuerda exactamente el lugar adónde la llevaron?

¿Usted iba sola?

Iban varias personas, la mayoría eran hombres porque yo iba en una esquina. Pero solo a mí me dejaron en la paila y solo a mí me llevaron supongo... que solo yo iba de mujer, solo recuerdo el lugar lleno de ramas y árboles. En donde yo caminé me tapaba el monte y cuando logré salir tuve que pasar una zanja como una lagunita y supe que era Anticamaya cuando ya salí...

¿Quién la auxilió?

Una señora que iba pasando. Yo me quedé tirada en el suelo porque no aguantaba el dolor en mi abdomen y ella me miró tirada y se bajó y me ayudó. Y yo le dije que me ayudara por favor... y ella me preguntó que si me podía llevar a un hospital y yo le dije que no, que me llevara donde mi mamá porque a que iba a ir a medicina forense o a la la policía si fueron ellos los que me hicieron esto.

Declaraciones de la madre de María

Mire una llega a sentirse impotente. Llega mi hija toda lastimada, no tenemos a quién acudir... yo ese día cuando ella llegó y me contó me puse a llorar. Me duele mi hija, me duele su dignidad...es terrible... es terrible lo que estamos pasando, necesitamos que alguien nos auxilie, que alguien nos ayude somos nosotras, la gente como nosotras, trabajadoras, las que sufrimos las consecuencias no podemos ni siquiera expresar nuestro descontento porque me pasan cosas como las que me pasaron ayer.

Gracias a Dios hubo una persona que la recogió. Una que no tuvo miedo de detener su carro y recogerla. Ella no quiso darnos su nombre. Yo intenté que me diera su

8 Cajón,
9 esposada
10 Una empresa

nombre, su dirección. Ella no quiso, dijo que no se quería meter a problemas y le entiendo cualquiera de nosotras... quizás... por estar ahora aquí en algún momento pueden dar con nosotras, ya conocen nombres y podemos estar en peligro. Pero realmente no importa porque si uno se calla entonces están dándoles licencia para que sigan lastimándonos. Uno no debe de callar esto. Nosotros discutimos mucho con mi hija, ella tiene su esposo allá esta abajo aquí en el corredor anda con sus niños y da pena... Él pensando todo el mundo va a saber que mi esposa me la tocaron otros hombres y ella pensando que la van a señalar ¡mira allí va!

Y estuvimos hablando mucho y dijimos "¡no importa!" vamos a poner la cara, tal vez nos vamos a poner en peligro pero aquí estamos. Alguien tiene que decir lo que esta pasando.

Queremos que el mundo sepa, venimos realmente porque sabemos que hay una Comisión de la que han estado comentando y queremos que sepan y que se lleven el testimonio de María y que sepan el dolor no sólo físico que queda... El trauma que queda...

Las manos de Leo¹¹

Leonardo es un joven hondureño de 25 años, estudiante avanzado de medicina. Es el sexto hijo de una madre soltera.

Leo era uno de los manifestantes que estaban el 23 de setiembre frente a la Embajada de Brasil en Honduras, cuando se dio la represión. Él y sus amigos fueron golpeados fuertemente por los policías, provocándole múltiples fracturas en su cuerpo, especialmente en sus manos y traumas psicológicos que le roban el sueño por las noches.

¿Cómo se vincula con la situación del golpe de Estado?

Pues una parte importante es que en la juventud me involucré mucho en la lectura, fui cayendo en un mundo de lectura. Algunos libros de ficción, otros libros de lo que pasaba en otros países como el golpe de Estado que le dieron al Dr.

Allende en Chile, las múltiples dictaduras en América Latina, el tipo de tortura que aplicaron en El Salvador, el derrocamiento de Jacobo Arce en el 54 y muchas cosas que fui leyendo de joven en el colegio.

Cuando se dio el golpe de Estado en Honduras nunca lo pensamos vivir, nunca pensé vivir eso, cuando lo lees es parte de una historia y nunca lo piensas vivir. Cuando se dio, el 28 (de junio) en la mañana nos damos cuenta con otros compañeros que habían sacado al presidente, fue un choque, fue como una pesadilla que jamás pensamos vivir. Me dio miedo. Hemos participado en las marchas y éramos conscientes de que nos podía pasar algo.

¿Ustedes en cuántas manifestaciones participaron?

Pues en las primeras marchas que se dieron la primera semana porque se cancelaron las clases en la universidad, pero después que se reanudaron las clases he participado en 5, las veces que he podido, la última fue el 23 de septiembre que se dio lo de la represión.

¿Cómo se produjo ese momento Leo?

Pues fue después del toque de queda de 24 horas, fue como cualquier marcha, pero había temor porque había más violencia. Después de que vino el Presidente, el gobierno de facto empezó a reprimir más en las colonias y en las calles. Al principio pensé que no iba a haber gente, pero al estar en las instalaciones de la Universidad Pedagógica, la gente empezó a llegar, caminamos mucho. Ese día llegamos hasta el Parque Central, pero antes de llegar al Parque Central, antes de llegar a la Embajada de Brasil, fuimos objeto de represión junto con otros compañeros.

¿Más o menos qué hora era?

Eran como las dos o tres de la tarde. Unos policías empezaron a disparar, pero eso no nos detuvo, es muy común que los policías empiecen a tirar bombas o a disparar, nosotros lo que hacemos es cubrirnos y después seguir. Luego bajamos hasta el bulevar Los Próceres, allí también lo mismo, yo miré mucho movimiento de militares y policías. Las marchas



terminaban siempre en el Parque Central y luego cada quien se va para su casa, pero ese día había más militares y policías.

¿Cómo cuántos calculas?

No sé, sería difícil, porque yo estaba en el parque y los policías en el Congreso Nacional, a unas 5 cuadras, entonces cuando miré que la gente estaba llegando y miré el ambiente más tenso, yo les dije a unos amigos que fuéramos a visitar a otros amigos allí cerca, es entonces cuando empezó la represión y empezaron a cerrar las calles.

Después, ya cerca, a unas tres casas de mi compañero que andábamos buscando, paso una motorizada, se bajó un policía y le dijo a un hermano mío, "párate allí" y en eso lo comenzaron a golpear. Nosotros tratamos de decirle al policía que no lo golpeará y en eso me dijeron que me tirara al suelo, mi compañero dice que me apuntaron pero yo no me di cuenta, seguro por los nervios. En eso empiezan a llegar otros motorizados, yo me cubrí el rostro y como estaba en el suelo me patearon.

Cuando íbamos en las patrullas a las que nos subieron, nos iban golpeando y nos robaron lo que andábamos, los celulares, las gorras. Nos seguían pateando y dijeron que nos iban a disparar y que nos iban a ir tirar a un lugar o que nos iban a meter en una celda y nos lanzarían una granada y que nos iban a mandar a la Penitenciaría Nacional. En ese momento no pensamos en nada, era más cuestión de supervivencia.

Nos llevaron a una posta policial que le dicen El Edén y cuando nos bajaron pensé que nos iban hacer un proceso legal, pero cuando llegamos el policía que estaba encargado no sabía quién nos había traído. Nos dijo que nos fuéramos, esos fueron los momentos más alegres, nos habían golpeado, pero no nos iban hacer un proceso. Luego me vi las manos porque notaba los huesos deformados.

¿En las manos con qué te pegaron?

Pues creo que fue en el suelo, como fue tanto golpe, no recuerdo haber sentido golpes en las manos, sentí unos pocos en la espalda pero de tanto golpe el cerebro no procesa bien la información.

¿Y los demás compañeros y tu hermano salieron con más golpes en las manos?

Mi hermano tuvo como 40 garrotazos y el otro muchacho como 35 en las piernas. En todo el cuerpo yo sí salí más lastimado, porque me dieron patadas.

¿No recordás cómo fue que saliste fracturado de las manos?

No recuerdo porque me tiré al suelo y la misma adrenalina. Además los policías te hacen una rueda.

¿Más o menos cuántos policías eran?

Se bajaron como treinta, pero pienso que fueron entre 7 y 10 policías los que me golpearon.

¿Y en ese momento que no recordás con claridad, cómo es que dejan de golpear ellos?

Pues una señora paró un carro, un turismo rojo, ella empezó a insultarlos, tuvieron miedo de que la gente los empuje a grabar.

¿Entonces a ustedes esa misma tarde los dejan en libertad, no tienen ningún proceso?

No, nos levantaron nada.

¿Y ustedes luego que pasaron eso, qué trámites hicieron para poner la denuncia?

Pues fuimos al Ministerio Público y hemos trabajado con el Centro para la Prevención, Tratamiento y Rehabilitación de las Víctimas de la Tortura y sus Familiares.

¿En el Ministerio Público, qué les dijeron?

Pues lo que nos dijo el personal fue que había tanto caso que era difícil ahorita, tomaron los datos y todo, pero era difícil porque mucha gente llega a poner denuncias.

¿Ustedes llegaron a identificar algunos policías?

Pues yo en lo personal no, pero recuerdo el número de la patrulla.

¿Se puede decir el número de la patrulla?

Pues era M I21

¿En ese momento que te estaban golpeando decís que no recordás nada, pero que sentimientos se te vienen a la mente?

Uno más que todo, el coraje de no poder hacer nada y lo primero que se me vino a la mente, es no gritar porque a ellos les gusta.

¿Después de las fracturas de las manos, cómo ha sido este proceso de reconstrucción?

Pues me cambio de horario de dormir, duermo de día y estoy despierto en la noche.

¿Eso es a causa de los medicamentos?

No, por el trauma, la desconfianza, si me llaman casi no contesto y si miro a alguien raro, porque ahora hay situaciones en que llegan a tu casa y te pegan dos tiros. Ese es el miedo, casi no salgo trato de pasar desapercibido.

¿Después de este incidente han sufrido persecución, cuál es la situación de ustedes actualmente?

Hasta el momento no, porque salimos de Tegucigalpa y estamos en otra parte.

¿Cómo quedaron tus manos?

En el momento en la mano derecha tenía un hematoma bastante grande y en la izquierda como cuatro picadas de avispas grandes, en las manos entre las muñecas tenía todo deforme, como de hule, como de plasticina todo deformado.

¿Según los médicos que te han visto, qué pudo producir estas fracturas?

El choque violento con algún objeto o como cuando alguien te golpea y te pone las manos en algo.

¿Actualmente cómo están tus manos?

Pues la izquierda que fue la menos dañada ya me quitaron el yeso y estoy en terapia, pero la derecha tengo que esperar un poco más de tiempo porque tengo 4 fracturas y es muy doloroso.

¿Se puede decir que desde el 23 de septiembre tus manos están imposibilitadas?

Sí.

¿Y cuál ha sido el diagnóstico, qué han dicho los doctores? Qué se necesita o las manos van a volver a quedar como antes?

Pues el doctor me ha dicho que van a quedar normales, que tenía que tener paciencia que tenga fe, que todo va salir bien, ahorita ya me quitaron el yeso de la mano izquierda, es una limitación pero todo saldrá bien.

¿Y la limitación hasta cuándo se va a prolongar Leo?

No sé, me comentaban que a lo mejor 3 meses

¿Qué gestos de solidaridad has tenido?

Pues ahorita de mucha gente, de Progreso, se hizo una actividad en Canadá, Costa Rica y otros países del mundo que han hecho esta actividad de poner en una manta las manos, un gesto de solidaridad.

¿Cómo escribirías tu propia historia?

Si tuviera que escribir mi propia historia escribiría de un joven que quería cambiar la historia de mi país, de luchar por las injusticias, ayudar por medio del campo de la medicina que es lo que estoy estudiando. Y que antes de estudiar esto estaba seguro, que antes de lograr esto, me iba a costar mucho cambiar la historia de mi país, pero un día como cualquier día los que han dominado este país decidieron poner un grado más de dificultad, creando un golpe de Estado y le hicieron un recordatorio a la juventud de que ellos son los que dominan el país y que ellos van a seguir dominando y para ello tendrá que haber una lucha para hacer un cambio.

Los jóvenes podemos escribir la historia, esta gente podrá matar pero nunca nos harán perder la esperanza, la gente puede decir que la gente joven es la que va a hacerse más vieja con el tiempo, que no se adaptarán a las situaciones del país, pero Honduras es un país muy rico existe mucha gente buena que lucha por el país y que los jóvenes somos los que acarreamos los cambios en el país.

¿Qué te gustaría pedirle a la comunidad internacional ahora?

Solo decirles que en Honduras hay una represión que no se miraba desde hace tiempo, que siempre se leía en las historias, solo se sabía por las historia de los golpes de Estado que se habían dado en Guatemala, en Chile. Que dejen de estar en esos hoteles de lujos en esos complejos, que miren más las injusticias del mundo, para mí esas personas son una



decepción nunca han hecho nada, pero si pueden hacer algo que hagan algo diferente, que hagan que paguen los culpables de esto

Los golpes a la prensa y a los periodistas¹²

El golpe de Estado hondureño afectó de manera particular a la prensa y a los periodistas. Radio Progreso, ubicada en la localidad de El Progreso, Yoro, el mismo 28 de junio fue tomada por un contingente de militares. Casi dos meses después de este hecho, el viernes 14 de agosto, el coordinador de prensa de Radio Progreso, José Peraza, y el periodista Gustavo Cardoza cubrían una manifestación pacífica en Choloma, Cortés. Las personas se manifestaban por la dignidad y la paz del pueblo hondureño y contra el golpe de Estado. Gustavo recibió una golpiza y fue detenido de manera ilegal, mientras hacía su trabajo de reportero.¹³

Gustavo Adolfo Cardoza Amaya, tiene 29 años, es oriundo de El Progreso, Yoro. Él es estudiante de Bellas Artes y desde hace diez años labora con Radio Progreso.

¿Qué fue lo que sucedió Gustavo?

El 14 de agosto me correspondió cubrir una manifestación en Choloma. Pasaban de las 9 de la mañana y la gente apostada en las inmediaciones del puente de Choloma, cantaba, gritaba consignas y reían... Horas después me llamó la atención que los conductores estacionados, que esperaban que la manifestación terminara, empezaron a regresarse hacia San Pedro Sula me acerqué y vi como los policías de tránsito le decían algo a los conductores. Le pregunté a uno de ellos qué pasaba, qué les decían los de tránsito: nos dicen que nos vayamos porque los manifestantes le van a prender fuego a los carros. Minutos después entendí que lo que estaban haciendo era despejando el área para hacer su formación y comenzar la represión.

En ese momento una comisión de la policía y una del Frente de Resistencia se reunieron para llegar a un acuer-

do pacífico del desalojo del puente. Sin embargo a pesar de lograr un acuerdo la policía reprimió de manera violenta a los manifestantes.

Se formó el pelotón, una combinación de la policía y el ejército, con escudos, garrotes, bombas lacrimógenas y una feroz actitud hacia los manifestantes, entre los que se encontraban ancianos, maestras, niñas, jóvenes universitarios, hombres, religiosas, etc. En ese momento perdí contacto con José Peraza que estaba reportando desde otro sector. Yo me encontraba en otro, cuando empezaron a tirar bombas lacrimógenas directamente al cuerpo de la gente que corría intentando protegerse, porque no había manera de defender o contrarrestar ese ataque, más que corriendo.

Mientras tanto continuábamos transmitiendo a través de Radio Progreso aunque a veces era difícil saber si realmente estábamos al aire. Empecé a reportar, a describir lo que iba ocurriendo, luego un momento en que lo que yo hice fue acercarme al pelotón. Los policías estaban tirando bombas lacrimógenas a las personas, no eran en el aire.

Entonces yo busqué un lugar más seguro, siempre alejándome. Pude salir de aquellas nubes de humo que afectaban la garganta y los ojos, logré pararme cerca de una casita hecha de láminas de zinc y cartones y yo pensé en meterme ahí, para desde ahí seguir reportando, pero un elemento de la policía lanzó una bomba a esa humilde casa y la gente que estaba adentro de la vivienda salió corriendo.

Recuerdo que estaba reportando porque en ese momento, ya habían tomado control del puente, yo lo dije al aire, de hecho un oficial agarró una bandera, empezaron a quitar las piedras. Luego un oficial se me quedó viendo, parecía de alto rango, porque no anda vestido como andan los antimotines, y no era tampoco de las fuerzas armadas porque andaba vestido de azul.

Yo aún estaba al aire, entonces me dije, ya no puedo seguir reportando, tengo que correr y empecé a correr. Me volteé y observé que me perseguían policías antimotines y militares. Cuando me alcanzaron, me agarraron entre 5, yo seguí hablando como si estuviera al aire. Yo les dije que era de un medio de comunicación, que estaba transmitiendo. Igual

12 Entrevista realizada por la periodista Nancy Marín.

13 El relato se construyó a partir de una entrevista personal realizada por Nancy Marín a Gustavo Cardoza y el propio relato de Cardoza publicado en el boletín A Mecate Corto y titulado "Lo viví en carne propia".

agarraron el celular y ahí fue cuando se perdió la comunicación. Después me tiraron a la batea del vehículo y me tiraron el celular con la llamada cortada. Conmigo ya había otra persona y lanzaron a la batea a tres personas que iban con la cabeza rota. Había un señor de 61 años que estaba esposado y lo seguían golpeando en el suelo. En el vehículo éramos 5. En la batea había algunos escudos y cascos. Luego subieron los policías y no nos permitieron levantar la cabeza. A mi me pegaron, ya estando en la batea, con la culata de un rifle en el hombro derecho. Supongo que porque como ya se habían percatado que era de un medio de comunicación, dejaban golpes que no fuesen tan evidentes, creo yo, en el codo, en la espalda, y con las botas sobretodo.

Desde que arrancó la patrulla, hasta la posta policial, nos fueron insultando y golpeando. Uno de los policías hizo ademán de cargar su pistola, entonces yo dije, aquí va a pasar lo que tenga que pasar. Cuando llegamos a la posta, se estacionó el carro, y alguien dijo que por allí no íbamos a entrar sino que por atrás para continuar golpeándonos. Estuvimos como 10 segundos frente a la posta, y luego dieron vuelta, entramos con el carro, como yo venía de último, bajaron a los que venían más heridos, y los tiraron y les volvieron a pegar, yo me levanté, porque dije si me quedó aquí me van a bajar, y en lo que me tiré de la patrulla alguien me agarró, me dio una patada y me siguieron golpeando. Luego nos metieron inmediatamente a la celda, éramos 5 en total, 3 heridos graves, un señor que andaba con una camisa de manga larga roja y sombrero, y yo.

No nos leyeron ningún derecho, no nos dijeron las razones por las cuales nos detenían, ni tampoco nos dieron la posibilidad de hacer una llamada.

Ya adentro de la celda dos de las personas continuaban esposadas. Uno de ellos se desmayó, tenía el pómulo hinchado y roto, la cabeza también la tenía rota. Uno de los que iban con nosotros era un muchacho que estaba trabajando cuando lo detuvieron, no tenía nada que ver con la manifestación. Él también tenía la cabeza rota. El señor de 61 años estaba lleno de sangre. El otro señor, el que se desmayó, tenía unos 40 años y estaba esposado. El otro señor de camisa roja quiso ayudarnos para sentar al desmayado, pero cuando lo intentó lanzó un grito porque tenía una costilla lastimada. Pasados unos minutos llegó un oficial de apellido López, que era el encargado de la posta, les quitó las esposas a los que

estaban esposados, y nos decomisó todo, los anteojos, las llaves, los dos celulares, luego los cordones de los zapatos, las fajas, etc.

Luego nos dejaron solos, a veces se acercaban a la celda a insultarnos. Un rato después llegó un médico, y dio indicaciones de que podíamos hacer con la persona que estaba desmayada.

¿El médico no entró a la celda a darle atención?

Entró al patio pero no a la celda, pero presionamos, afuera parecía que había abogados presionando también. Al final, el médico entró pero el policía le dijo que si entraba lo iba a dejar detenido, que no iba a salir, el doctor le dijo que estaba bien, entonces entró y atendió al muchacho. Sin embargo, otra persona que acababan de traer y que estaba afuera estaba peor, entonces le pidieron al médico que saliera de ahí para ir a atender al otro. En ese momento tuve un pequeño incidente verbal con el oficial López. Él quería que el doctor saliera rápido, entonces yo le dije algo sobre su labor de golpear gente y sobre la obligación de los periodistas de informar al respecto. Luego aparecieron unas personas que nos tomaron los nombres. A mi me interrogó una señora que me preguntó de dónde venía, yo le dije que de Radio Progreso. Estuve dos o tres horas detenido. Luego firmé una hoja para la devolución de las cosas que me habían quitado. Y después fui a Medicina Forense para que hicieran un informe sobre los golpes que recibí.

¿Cómo te cambio esta experiencia?

Creo que sí me ha cambiado algo mi forma de vida. En positivo y negativo. En el sentido positivo me refiero a la cercanía que te ofrece el hacer periodismo en la calle, el tener contacto directo no sólo con los temas o problemática de la gente sino con la gente misma y así rompes la barrera del miedo que tienen las personas para poder denunciar, proponer, identificarse y formar parte de las decisiones de algún asunto en particular. Eso me ha ayudado porque se tiene otra perspectiva a la del periodismo tradicional o la labor comunicativa puramente comercial.

En cuanto a lo negativo: Te das cuenta de la indefensión en la que se encuentran muchos sectores como los defensores de derechos humanos, los que laboran en el área de prensa y comunicación social, en general, y que intentan tener una visión distinta a la oficial. Si estos sectores son vulne-





Golpe de Estado en Honduras significó un retroceso para los derechos humanos

rables ante los entes de seguridad o del gobierno en general, imaginarse en que estado se encuentra aquellos y aquellas que históricamente han sido invisibilizados. Es bastante impactante.

Entonces más que haber cambiado algo, esto me ha ayudado a confirmar la importancia que tiene que el acompañamiento que el comunicador social puede hacer a sectores de población que está indefensa y ser un portavoz de noticias más esperanzadoras. Es decir hacer la labor de denuncia de las injusticias y a la par la labor de informar que tenemos derecho a vivir, pero con dignidad.

¿Qué pensaste luego de que te ocurrió eso?

No he tenido mucho tiempo de pensar en eso. Me han gobernado más los sentimientos que la razón en estos meses. Cuando fui encarcelado por unas horas junto con otras personas, tenía el sentimiento de impotencia por no poder hacer nada para ayudar a las personas heridas que estaban conmigo. El hecho de que golpearan a un señor de más de 60 años frente a mí y sentirme inútil para evitarle esos golpes. Las secuelas me han perseguido, por ejemplo, me ha costado conciliar el sueño, y a veces tengo la sensación de que me persiguen, dudo de personas que se acercan muy misteriosamente, etc.

Pero también he pensado en las enormes historias de solidaridad que he escuchado y he recibido. He visto como la calle se ha convertido en un espacio de encuentro intergeneracional, ver a una señora caminando con un joven de 15 años, o ver a un evangélico compartiendo con un católico, o ver participar a la comunidad gay con total libertad, en fin son cosas que he pensado en estos meses.

La gente está aprendiendo a utilizar la alegría como un arma fundamental para enfrentar las crisis que hemos pasado en Honduras.

Conclusión

Lo ocurrido en Honduras no es solamente una crisis política producto del derrocamiento de un presidente elegido democráticamente. El golpe de Estado tuvo como consecuencia directa miles de violaciones a los derechos humanos de muchas personas por el simple hecho de pensar distinto, por oponerse, por informar sobre las arbitrariedades cometidas por autoridades del régimen de facto.

Las cuatro historias que acaba de leer ilustran el sentir de las víctimas de la represión: las mujeres, los campesinos, los jóvenes, los y las periodistas, en fin el pueblo hondureño. Estos cuatro relatos son sólo una pequeña muestra de todas las atrocidades cometidas desde que ocurrió el golpe. Lo sucedido a estas personas pone en evidencia la violencia, la arbitrariedad y la total inexistencia de un Estado de Derecho en Honduras. Esta situación ha dejado a la ciudadanía en la indefensión.

Sería inaceptable que hechos como los ocurridos a Gustavo, Isis, Leo y María queden en la impunidad. Los responsables de cometer estas graves violaciones a los derechos humanos deben ser sancionados y el aparato judicial tiene la obligación de investigarles y castigarles.

BIBLIOGRAFÍA

Centro de Noticias de la Organización de Naciones Unidas. Honduras: Consejo de Derechos Humanos condena violaciones de gobierno de facto. 1 de octubre de 2009. <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=16686&criteria1=Honduras&criteria2=ConsejoDH>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones preliminares de la visita a Honduras. 21 de agosto de 2009. <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2009/60-09.observaciones.preliminares.visita.Honduras.htm>

Entrevista personal a Gustavo Cardoza

Entrevista personal a Leonardo Mejía

Entrevista personal a María.

Entrevista personal a David Murillo

Misión Internacional de Observación sobre la situación de derechos humanos en Honduras. Gobierno de facto viola derechos humanos en Honduras. 7 de agosto 2009.

Organización de Estados Americanos. Situación actual en Honduras. CP/RES. 953. (1700/09). 28 de junio de 2009. <http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res953.asp>

Organización de Estados Americanos.CP/DEC. 42 (1716/09) Declaración del Consejo Permanente. 21 de septiembre de 2009.





El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el derecho internacional y en Costa Rica

Gabriela Cuadrado Quesada*

Este artículo pretende aportar algunos insumos que enriquezcan la discusión sobre la relación que existe entre el derecho a un ambiente sano y otros derechos humanos. En primer lugar, se analiza la naturaleza jurídica del derecho humano a un ambiente sano. En un segundo momento se discute el reconocimiento de este derecho en el Sistema Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En un tercer punto se pretende indagar si este derecho está reconocido y consolidado, o si todavía es un derecho humano emergente. Asimismo, se busca plasmar la discusión sobre el reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en los sistemas regionales de América y de África. Estos sistemas están avanzando en la defensa de este derecho. Una vez analizados los sistemas y sus semejanzas, se esclarecen las principales diferencias entre ambos. Otro elemento importante que se aborda en el desarrollo de este artículo es el análisis de diversos instrumentos internacionales que han reconocido la protección del ambiente sano. Finalmente, se conoce el caso de Costa Rica, país que ha reconocido el derecho humano a un ambiente sano pero además ecológicamente equilibrado, en la Constitución Política y en la jurisprudencia.

Palabras claves: derechos humanos, ambiente sano, ambiente ecológicamente equilibrado, instrumentos internacionales, instrumentos regionales, Protocolo Adicional a la Convención Americana, Carta Africana.

Introducción

En el mundo actual, caracterizado por el antropocentrismo y el consumismo, se torna cada vez más complejo reclamar el derecho humano a un ambiente sano, básicamente por dos

razones principales. En primer lugar, aunque se enuncia que "*todos tienen derecho a vivir en un ambiente sano*", pocas veces se prevén las acciones necesarias para hacerlo realidad. En segundo lugar, es difícil interpelar las violaciones a este derecho, ya que éste no se puede individualizar y su naturaleza responde a un derecho colectivo y, por tanto, más complejo de reclamar.

En la lucha por reivindicar este derecho es fundamental la incorporación de las normas internacionales en materia ambiental dentro de los sistemas jurídicos de los países, así como la garantía de su efectiva aplicación.

¿Cómo lograr que este anhelado derecho llegue a concretarse? Una posible respuesta es a través de la realización de acciones integrales que incluyan: la sensibilización de las personas y de las autoridades competentes sobre el



En la lucha por reivindicar este derecho es fundamental la incorporación de las normas internacionales en materia ambiental dentro de los sistemas jurídicos de los países, así como la garantía de su efectiva aplicación.

* Abogada, Programa Gestión Integrada del Recurso Hídrico, Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARENA). Correo electrónico: gcuadrado@cedarena.org

tema, la promoción de la educación ambiental, la creación de políticas públicas que fomenten la protección y preservación de la naturaleza, la incorporación en los sistemas jurídicos de las normas internacionales, el cumplimiento de las normas ambientales, y la promulgación de más instrumentos internacionales obligatorios que defiendan el ambiente como derecho humano.

Naturaleza jurídica del derecho humano a un ambiente sano

La evolución histórica de los derechos humanos indica que estos han aparecido documentalmente en tanto se fueron identificando como una necesidad de la sociedad, justamente porque venían siendo ignorados¹. De esta forma, no existía ninguna preocupación por el ambiente hasta tanto no hubo una necesidad inmediata, tangible y preocupante.

El derecho al disfrute de un ambiente sano es un derecho humano ubicado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya característica esencial es la complejidad de su reclamación. El sujeto activo puede ser una colectividad de personas o una persona que se vea afectada individualmente por un daño ambiental específico. El sujeto pasivo, aquel que está ocasionando el daño, puede estar identificado o desconocerse por completo.

Algunos juristas hablan de los derechos “de la naturaleza,” pues consideran que el sujeto activo no es solamente el ser humano, sino también la naturaleza (idea compartida con los ambientalistas). Ellos se sustentan en el hecho de que existen algunos perjuicios ambientales que no solamente afectan a los seres humanos, sino también a otros habitantes del planeta.

Sin embargo, resulta difícil para la mayoría de los juristas aceptar a cabalidad esta idea, porque para el derecho el ser humano es el único sujeto de derecho. De esta forma,

La Constitución Política de Costa Rica no solamente garantiza el derecho a un ambiente sano, sino que lo amplía garantizando el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado.



el ser humano siempre es quien podrá exigir o demandar determinadas conductas al Estado en defensa de la naturaleza. Sin embargo, no hay que olvidar que la naturaleza es un bien jurídico distinto a los demás y, por esta razón, necesita una tutela diferente.

La Constitución Política de Costa Rica no solamente garantiza el derecho a un ambiente sano, sino que lo amplía garantizando el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado. En este sentido, el voto de la Sala Constitucional No. 1250-99 destaca:

Todo lo que demuestra que se han violentado los artículos 7, 50 y 89 de la Constitución Política al no cumplirse con la protección establecida en los Convenios Internacionales, desprotegiéndose en esa forma el derecho a un ambiente sano y sobre todo ecológicamente equilibrado, para el cual deben establecerse mecanismos preventivos para evitar la extinción de las especies, lo que requiere de una actitud cierta y responsable de las autoridades administrativas competentes, que no ha sucedido en la actualidad sino que se ha venido aplicando un decreto que si se hubiese interpretado correctamente el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora y toda la demás legislación aplicable se actualizaría a la realidad del momento, por cuanto la cantidad de tortugas que se están capturando realmente supera el monto autorizado y si sólo con el autorizado se están extinguiendo, con mucho más razón si se aumenta”².

En esta cita se observa como el interés por la protección de la naturaleza no es exclusivo de los supuestos damnificados por un daño: todo el género humano comparte ese

1 Soberón, Ricardo. *Un nuevo derecho humano: el medio ambiente sano*. En *Revista Comisión Andina de Juristas*. 1988. P. 9.

2 Voto No 1250-99 de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.





mismo interés. Por ello, el tema ambiental es de orden público y siempre prevalece el interés colectivo sobre el particular. La mayor prueba es que en muchos documentos internacionales se destaca que las beneficiarias de este bien no son sólo las generaciones actuales, si no también las futuras.

El control del ambiente y la calidad de vida pertenecen a la esfera del Estado y no pueden estar sujetas al libre albedrío de los particulares. Hacer cumplir el derecho humano en estudio implica adoptar reglas de fiscalización de las actividades particulares, para prevenir y controlar las actividades que impliquen riesgos ambientales. Cuando las autoridades estatales no adoptan o no cumplen con el mandato de estas normas, se sobreentiende su falta de deber.

Es importante reconocer que no sólo el Estado y sus instituciones son responsables de mantener el ambiente sano, sino que ésta es una responsabilidad de todos los habitantes. El derecho a disfrutar de un ambiente sano posee implícito un deber, que es no causar daños a la naturaleza, lo cual se alcanza en gran medida respetando la legislación ambiental establecida.

Relación entre el ambiente y los derechos humanos

La relación entre derechos humanos y ambiente se puede definir en dos vías principales. Para empezar, se da una relación complementaria. La protección ambiental puede ser considerada una precondition para la satisfacción de otros derechos humanos, como la vida, la salud y las condiciones favorables de trabajo. Un sistema efectivo de protección ambiental puede ayudar a asegurar el bienestar de las futuras generaciones, así como la supervivencia de los grupos indígenas y los grupos de personas económicamente marginados, quienes dependen directamente de los recursos naturales para sobrevivir.

En segundo lugar, la protección legal de los derechos humanos y del derecho al ambiente sano reviste gran importancia, ya que con esta protección lo que se pretende es un efectivo reconocimiento y respeto de estos derechos. Con una protección legal, los derechos humanos y el derecho

al ambiente ya no serán problemas sociales sino jurídicos, se transformarán las necesidades en derechos, y se obliga a los Estados a reconocer derechos individuales a cada persona bajo su jurisdicción.

Cuando por el contrario estos derechos no han sido positivados, son frecuentes los problemas de implementación y judicialización al interior de cada Estado y resulta negativo para la concreción de la universalidad de dichos derechos.

El reconocimiento de derechos humanos como la vida, la salud, la cultura, la propiedad y las condiciones favorables de vivienda aseguran el disfrute de estos derechos para todas las personas.

En este orden de cosas, existe otro inconveniente y es que si se desean satisfacer todos estos derechos para una población creciente, esto podría amenazar la cantidad de recursos naturales disponibles, representando un menoscabo para la protección del derecho a un ambiente sano.

El derecho a un ambiente sano enfrenta otro grave problema, que es no poder ser justiciable en algunos sistemas. Un buen ejemplo de esta problemática es el relacionado con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el cual sólo se ha podido reivindicar el derecho a un ambiente sano cuando los perjuicios causados han afectado a otros derechos humanos como la vida o la salud. Más aún el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado, porque su violación no afecta a las personas.

En la actualidad existe una marcada tendencia de activistas de derechos humanos y ambientalistas que trabajan de manera conjunta. Por ejemplo, a nivel internacional existe una afinidad común entre organizaciones como Greenpeace y Amnistía Internacional, dado que ambas luchan porque el tema de la protección del ambiente y de derechos humanos sea conocido a nivel internacional y no únicamente bajo la jurisdicción interna de los Estados³.

En forma similar, a nivel interno de los países ambos grupos luchan juntos para poner límites al poder de los Gobiernos y de los grupos económicos que sólo desean explotar los recursos naturales. Costa Rica cuenta con algunas iniciativas en este sentido, como por ejemplo el Foro Emaus y el Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARENA), organizaciones que están trabajando conjuntamente por la reivindicación de los derechos humanos y el ambiente.

3 Hunter, D. et al. *Derecho y Políticas Ambientales Internacionales*, 1999. P. 1317.

El reconocimiento internacional del derecho humano a un ambiente sano

Los instrumentos más importantes de derechos humanos del Sistema Internacional de la Organización de las Naciones Unidas no incluyen el derecho al disfrute de un ambiente sano⁴. Ante esta ausencia de reconocimiento a nivel internacional, se ha tenido que buscar la relación entre el ambiente y otros derechos humanos como son la vida, la salud, las condiciones de trabajo saludables y los estándares adecuados de vivienda.

Sin embargo, dentro de este Sistema Internacional existen dos instrumentos regionales que sí han reconocido el derecho humano a un ambiente sano. Estas dos excepciones son el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o Protocolo de San Salvador; y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos se firmó en San Salvador, en 1988; sin embargo, entró en vigencia hasta 1997. Dicho instrumento reconoce el derecho humano al ambiente y dispone en su artículo 11 que

1. Todos tienen derecho a vivir en un ambiente sano y a tener acceso a servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes deben promover la protección, la preservación y el mejoramiento del ambiente⁵.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se firmó en Nairobi en el año de 1981 y entró en vigencia en 1986, expresa en su artículo 24 que

Todas las personas tienen derecho a un ambiente general satisfactorio para su desarrollo⁶.

El impacto que tiene el reconocimiento del derecho a gozar de un ambiente sano por parte de estos dos instru-

En la actualidad existe una marcada tendencia de activistas de derechos humanos y ambientalistas que trabajan de manera conjunta.



mentos regionales tiene gran importancia, ya que sin duda alguna representa un avance para la reivindicación de este derecho. Además, estos instrumentos son importantes para concientizar a los países de la importancia del tema.

Acercamiento al Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Para poder entender el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos y su posible alcance en materia ambiental es necesario tomar en cuenta los artículos 1, 2 y 26 de la Convención Americana, que son los que establecen las obligaciones de los Estados partes. El artículo 1 hace mención de la obligación de los Estados de respetar los derechos, y dispone que:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano⁷.

El artículo 2 se refiere al deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

4 Ibid. P.1319.

5 *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. San José, 1993.

6 *Carta Africana*. Nairobi, Junio 27 de 1981.

7 *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.





El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el derecho internacional y en Costa Rica

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁸.

Finalmente, el artículo más importante en relación con este tema es el artículo 26, el cual hace alusión a los derechos económicos, sociales y culturales, donde se encuentra enmarcado el derecho humano a un ambiente sano, consagrado en el artículo 11 del Protocolo. El artículo 26 establece que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados⁹. (Énfasis propio)

Los efectos de la disposición del artículo 26 aluden a que los Estados partes deben hacer todo lo que esté a su alcance para promover el derecho a tener un ambiente sano, reconocido en el artículo 11 del Protocolo, en la medida que sus recursos económicos se lo permitan.

Si los Estados cuentan con recursos económicos deben procurar medidas de protección para la naturaleza. Al respecto, se puede pensar que siempre van a ser necesarias medidas de protección; sin embargo, no siempre va a existir

presupuesto para adoptar tales medidas. El artículo 19 establece las medidas de protección que deben acatar los Estados con el objetivo de lograr el cumplimiento de los derechos plasmados en el Protocolo. Es importante destacar lo dispuesto en el párrafo 1, que dice:

Los Estados Partes se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, **informes adoptados para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo**¹⁰. . . (Énfasis propio)

Se puede decir que aunque sea difícil la realización progresiva de la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, con el cumplimiento efectivo de dicho mecanismo se podría iniciar un buen camino para lograr la exigencia del derecho a gozar de un ambiente sano.

Es importante resaltar que aunque existe el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia derechos económicos, sociales y culturales en el que se consagra el derecho a vivir en un ambiente sano, éste no ha sido reclamado como tal ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que ha sido una costumbre tutelarla por medio de otros derechos relacionados directamente con éste.

Un ejemplo de esto es el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. La sentencia del 1 de febrero del año 2000, relativa a las excepciones preliminares citando al Informe No. 27/98, expresó:

141. Sobre la base de las acciones y omisiones examinadas, (...) que el Estado de Nicaragua no ha cumplido con sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado de Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni de otras comunidades indígenas. Tampoco ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras. Esta omisión por parte del Estado



Si los Estados cuentan con recursos económicos deben procurar medidas de protección para la naturaleza.

8 Ibíd.
9 Ibíd.
10 Ídem.

constituye una violación a los artículos 1, 2 y 21 de la Convención, los cuales en su conjunto establecen el derecho a dichas medidas efectivas. Los artículos 1 y 2 obligan a los Estados a tomar las medidas necesarias para implementar los derechos contenidos en la Convención.

142. El Estado de Nicaragua es responsable por violaciones al derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni.

143. [...] el Estado de Nicaragua no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad Awas Tingni sobre sus derechos a tierras y recursos naturales de acuerdo con el artículo 25 de la Convención¹¹.

En este caso se puede observar que aunque sí estaba de por medio la petición del derecho a gozar de un ambiente sano lo que se reclamó fue la violación al derecho de autodeterminación del pueblo indígena de Awas Tingni.

Entendiendo la Carta Africana

La Carta Africana contiene expresamente el derecho humano a gozar de un ambiente general satisfactorio en su artículo 24. El derecho consagrado es para que sea disfrutado por todas las personas, ya que no existe ninguna estipulación que lo circunscriba a un género, etnia, o grupo. Este es un derecho para el disfrute de todas las personas. El derecho a un ambiente general satisfactorio adolece de ciertas particularidades, ya que en muchas ocasiones se encuentra en disputa con otros derechos, lo que dificulta su aplicabilidad.

Para comprender mejor el alcance de dicho principio hay que relacionarlo con los artículos generales de la Carta. Por un lado, el artículo 1 que reza

Los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana deben reconocer los derechos, deberes y libertades estipuladas en la presente Carta y deben adoptar las medidas legislativas y demás medidas necesarias, para darle efecto a los mismos¹².

El derecho a un ambiente general satisfactorio adolece de ciertas particularidades, ya que en muchas ocasiones se encuentra en disputa con otros derechos, lo que dificulta su aplicabilidad.



Por otro lado, también se debe hacer la relación con el artículo 62, que dispone:

Cada Estado parte deberá enviar cada dos años, a partir del día de entrada en vigor de la presente Carta, un reporte de las medidas legislativas y otras medidas que se hayan tomado para lograr el cumplimiento de los derechos y libertades reconocidas y garantizadas en la presente Carta.

La preocupación que existe tanto a nivel de África como de América por proteger el derecho a un ambiente sano es notable, ya que ambos sistemas regionales han reconocido este derecho. Asimismo, se puede decir que la diferencia principal entre ambos es que el africano debe garantizar inmediatamente la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, por medio de la adopción de medidas legislativas y demás medidas necesarias. En cambio, en el Sistema Interamericano se deben adoptar providencias, pero progresivamente para alcanzar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Declaraciones sobre la protección y conservación del ambiente sano

En el sistema internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) existen diversos instrumentos que persiguen la protección y la conservación del ambiente. Estos representan recomendaciones y obligaciones morales únicamente. Entre ellos se encuentran los siguientes:

11 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 1 de febrero de 2000.
12 Op. Cit. *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*.





... la lucha apenas está iniciando y se debe tomar conciencia de que queda mucho por hacer.

1. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972.

Este instrumento establece en sus principios fundamentales que:

... La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos...¹³.

... La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad, y ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo...¹⁴.

Asimismo, el instrumento en comentario enuncia una serie de principios rectores en materia de derecho ambiental. Este instrumento alude en su principio número 1 a que

El ser humano tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras¹⁵.

2. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

Esta declaración también consagra principios trascendentales en materia ambiental, y establece en su principio número 1 que:

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen

derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza¹⁶.

3. La Carta de la Tierra del año 2000.

Este instrumento igualmente sostiene que es necesario brindarle protección y resguardo al ambiente que nos rodea. Apunta en su principio número 2 a la importancia de

Proteger y restaurar la integridad de los sistemas ecológicos de la Tierra, con especial preocupación por la diversidad biológica y los procesos naturales que sustentan la vida¹⁷.

4. La Cumbre Mundial de Desarrollo Sustentable del año 2002.

Este es otro instrumento que entre sus principios rectores marca la importancia de apostarle a un desarrollo sustentable y en armonía con el ambiente. Dicho instrumento expresa:

Renovar nuestro compromiso como Grupo con el multilateralismo y el desarrollo sustentable, como el camino apropiado para la conservación del ambiente, el desarrollo de nuestros pueblos, el alivio de la pobreza y la mejor manera de garantizar la paz y la seguridad en la Tierra¹⁸.

Dentro de esta temática existen muchos otros instrumentos más elaborados con el mismo objetivo de protección y conservación de ambiente; sin embargo, los previamente citados se consideran entre los más importantes.

Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en Costa Rica

En 1994 el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica tuvo una reforma, según la cual se incorporó a los derechos constitucionales el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Este artículo establece que:

13 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. Estocolmo, 1972.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 1992.

17 Carta de la Tierra. París, 2000.

18 Cumbre Mundial de Desarrollo Sustentable. Johannesburgo, 2002.

“... toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado... El Estado defenderá y preservará este derecho”¹⁹.

Previamente a esta reforma constitucional existían criterios vinculantes en la materia por parte de la Sala Constitucional, los cuales tenían como objetivo la protección del ambiente y la salvaguarda de los recursos naturales. Estos criterios se desprendían del artículo 21 Constitucional, que apunta a la inviolabilidad de la vida humana, y del artículo 89 del mismo cuerpo legal, que expresa que entre los fines de la República está proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la nación.

Asimismo, previo a la reforma constitucional ya existía en Costa Rica normativa relacionada con el tema ambiental²⁰, la cual establecía regulaciones que protegían a los recursos naturales. Sin embargo, el momento más prominente del desarrollo de la normativa ambiental y de la jurisprudencia en materia ambiental en Costa Rica se da a partir de la mencionada reforma del artículo 50 Constitucional.

El objetivo del desarrollo de la jurisprudencia ha sido reafirmar el contenido del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En este sentido, cabe mencionar el Voto Constitucional No. 3705-93 que manifiesta:

... Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero «derecho reaccional», que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para «reaccionar» frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos. Es por ello que la vulneración de ese derecho fundamental constituye una ilegalidad constitucional, es decir, una causal específica de amparo contra los actos concretos o normas autoaplicativas o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad, contra todas las normas o contra los actos no susceptibles de amparo, e incluso, contra las omisiones, categoría ésta que en el caso del derecho al ambiente se vuelve especialmente importante, porque al tratarse de conservar el medio

El objetivo del desarrollo de la jurisprudencia ha sido reafirmar el contenido del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.



que la naturaleza nos ha dado, la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para protegerlos. La Jurisdicción Constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del Derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, que una legitimación mucho más flexible y menos formalista es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad²¹.

Algunas reflexiones finales

A pesar de que no se puede afirmar que el disfrute del derecho humano a un ambiente sano está reconocido y consolidado, sí se puede afirmar que se está frente a un derecho humano emergente. Dentro del análisis de este derecho es importante conocer la discusión y el reclamo que se está dando en torno a este, ya que los derechos humanos los debemos entender como luchas sociales cuya base teórica es la noción de proceso. Es decir, que siempre detrás del reconocimiento de derechos humanos se encuentra un tejido social que los está reclamando.

Boaventura de Souza Santos plantea que “*el análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia*”²².

En estos momentos, el reconocimiento del derecho a un ambiente sano se da en los sistemas regionales de América y África. Ambos sistemas han dado un paso gigante para la defensa de este derecho. Sin embargo, la lucha apenas está iniciando y se debe tomar conciencia de que queda mucho por hacer.

19 Constitución Política de Costa Rica.

20 Ejemplo de esto son la Ley Forestal, No. 7174 y sus reformas; y la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, No. 7371 y sus reformas.

21 Sentencia No. 3705-93, de las quince horas del 30 de julio de 1993.

22 Boaventura de Souza Santos. *Crítica a la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Sao Pablo. P. 32.





Es decir que siempre detrás del reconocimiento de derechos humanos se encuentra un tejido social que los está reclamando.

La diferencia principal entre ambos sistemas es que el africano establece en su instrumento de reconocimiento de derechos humanos que se debe garantizar inmediatamente la

satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, el Sistema Interamericano establece que se deben adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de estas normas.

Es importante recalcar la importancia del reconocimiento expreso de un derecho humano de gozar de un ambiente sano, ya que esto significa que las personas tienen la posibilidad de plantear un reclamo individual para exigirle a los Estados el cumplimiento del derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y revistas

- Boaventura de Souza Santos. *Crítica a la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Sao Pablo, Brasil, 2003.
- Hunter, D et al. *Derecho y Políticas Ambientales Internacionales*. Estados Unidos, 1999.
- Soberón, Ricardo. *Un nuevo derecho humano: el medio ambiente sano*. En *Revista Comisión Andina de Juristas*, 1988.

Instrumentos Internacionales

- African (Banjul Charter on Human and People's Rights, adopted in Nairobi), Junio 27 de 1981, OAU. Doc CAB/LEG/67/3 rev.5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force Oct.21, 1986.
- Carta de la Tierra. París, 2000.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. Estocolmo, 1972.
- Convención Americana de Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Cumbre Mundial de Desarrollo Sustentable. Johannesburgo, 2002.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 1992.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Protocolo de San Salvador. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1993.

Jurisprudencia

- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 1 de febrero de 2000, relativa a las excepciones preliminares.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 3705-93 de la Sala Constitucional. Costa Rica.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1250-99 de la Sala Constitucional. Costa Rica.

Legislación Nacional

- Constitución Política de la República de Costa Rica.

ANEXO

Además de las declaraciones citadas a lo largo del artículo, algunos documentos contribuyen a orientar y complementar los estudios para garantizar el derecho humano del disfrute de un ambiente sano.

| Instrumentos conexos al derecho humano de un ambiente sano | |
|---|---|
| Lugar y fecha | Instrumento |
| Washington, 12 de octubre de 1940. | Convención para la protección de la flora, fauna y bellezas escénicas naturales de los países de América. |
| Washington, 1966. | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. |
| Ramsar, 2 de febrero de 1971. | Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas. |
| París, 21 de noviembre de 1972. | Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. |
| Washington, 3 de marzo de 1973. | Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre. |
| Viena, 22 de marzo de 1985. | Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono. |
| Dublín, del 26 al 31 de enero de 1992. | Declaración de Dublín. |
| Managua, 5 de junio de 1992. | Convenio para la conservación de la biodiversidad y protección de áreas silvestres prioritarias en América Central. |
| Río de Janeiro, 14 de junio de 1992. | Declaración de Río sobre el ambiente y el desarrollo. |
| Panamá, 11 de diciembre de 1992. | Acuerdo regional sobre movimiento transfronterizo de desechos peligrosos. |
| Guatemala, 29 de octubre de 1993. | Convenio regional sobre cambio climático. |
| Guatemala, 29 de octubre de 1993. | Convenio regional para el manejo y conservación de los ecosistemas naturales forestales y de desarrollo de plantaciones forestales. |
| Limón, 20 de agosto de 1994. | Alianza centroamericana para el desarrollo sostenible. |
| Miami, 10 de diciembre de 1994. | Declaración conjunta Centroamericana-Estados Unidos. |
| Beijing, septiembre de 1995. | Plataforma de Acción de Beijing. |
| Tulum, 5 de junio 1997. | Sistema Arrecifal del Caribe Mesoamericano. |
| Johannesburgo, 3 de septiembre de 2002. | Conferencia de Johannesburgo. |
| Mar del Plata, del 20 al 25 de octubre de 2002. | Declaración de Mar del Plata sobre Aguas Subterráneas y Desarrollo Humano. |

