

v. 7 • n. 13 • dic. 2010
Semestral

Edición en Español

Glenda Mezarobba

Entre Reparaciones, Medias Verdades e Impunidad:
La Difícil Ruptura con el Legado de la Dictadura en Brasil

Gerardo Arce Arce

Fuerzas Armadas, Comisión de la Verdad y Justicia Transicional en Perú

MECANISMOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Felipe González

Las Medidas Urgentes en el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos

Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú

La Restricción a la Jurisdicción Militar en los Sistemas Internacionales
de Protección de los Derechos Humanos

Debra Long y Lukas Muntingh

El Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención en
África y el Comité para la Prevención de la Tortura en África:
¿Potencial para la Sinergia o la Inercia?

Lucyline Nkatha Murungi y Jacqui Gallinetti

El Papel de los Tribunales Subregionales en el Sistema Africano
de Derechos Humanos

Magnus Killander

Interpretación de los Tratados Regionales de Derechos Humanos

Antonio M. Cisneros de Alencar

Cooperación entre los Sistemas de Derechos Humanos Universal
e Interamericano dentro del Marco del Mecanismo de Examen
Periódico Universal

EN MEMORIA

Kevin Boyle – Un Eslabón Fuerte en la Corriente

Por Borislav Petranov



CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns Universidad de Pretoria (Sudáfrica)
Emilio García Méndez Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Fifi Benaboud Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)
Fiona Macaulay Universidad de Bradford (Reino Unido)
Flavia Piovesan Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)
J. Paul Martin Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Kwame Karikari Universidad de Ghana (Ghana)
Mustapha Kamel Al-Sayyed Universidad de El Cairo (Egipto)
Richard Pierre Claude Universidad de Maryland (Estados Unidos)
Roberto Garretón Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)
Upendra Baxi Universidad de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic
Oscar Vilhena Vieira

COMITÉ EJECUTIVO

Albertina de Oliveira Costa
Flavia Scabin
Juana Kweitel
Glenda Mezarobba
Thiago Amparo

EDICIÓN

Renato Barreto
Tania Rodrigues

REVISIÓN DE LAS TRADUCCIONES

Carolina Fairstein (español)
Marcela Vieira (portugués)
Paola Limon (inglés)

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

DISTRIBUCIÓN

Renato Barreto

IMPRESIÓN

Pro! Editora Gráfica Ltda.

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Bernardo Sorj Universidad Federal de Rio de Janeiro/ Centro Edelstein (Brasil)
Bertrand Badie Sciences-Po (Francia)
Cosmas Gitta Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)
Daniel Mato Universidad Central de Venezuela (Venezuela)
Daniela Ikawa Public Interest Law Institute (Estados Unidos)
Ellen Chapnick Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Ernesto Garzon Valdés Universidad de Mainz (Alemania)
Fateh Azzam Representante Regional, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Líbano)
Guy Haarscher Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)
Jeremy Sarkin Universidad de Western Cape (Sudáfrica)
João Batista Costa Saraiva Tribunal Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)
José Reinaldo de Lima Lopes Universidad de São Paulo (Brasil)
Juan Amaya Castro Universidade para a Paz (Costa Rica)
Lucia Dammert FLACSO (Chile)
Luigi Ferrajoli Universidad de Roma (Italia)
Luiz Eduardo Wanderley Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)
Malak Poppovic Conectas Derechos Humanos (Brasil)
Maria Filomena Gregori Universidad de Campinas (Brasil)
Maria Hermínia Tavares de Almeida Universidad de São Paulo (Brasil)
Miguel Cillero Universidad Diego Portales (Chile)
Mudar Kassis Universidad Birzeit (Palestina)
Paul Chevigny Universidad de Nueva York (Estados Unidos)
Philip Alston Universidad de Nueva York (Estados Unidos)
Roberto Cuéllar M. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)
Roger Raupp Rios Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)
Shepard Forman Universidad de Nueva York (Estados Unidos)
Víctor Abramovich Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Víctor Topanou Universidad Nacional de Benin (Benin)
Vinodh Jaichand Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Conectas Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.revistasur.org>.

SUR está indexada en: IBSS (International Bibliography of the Social Sciences); DOAJ (Directory of Open Access Journals); Scielo y SSRN (Social Science Research Network). Se encuentra disponible además en las bases de datos comerciales: EBSCO y HEINonline. SUR ha sido calificada A1 (Colombia) y A2 (Qualis, Brasil).

SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004 – .

Semestral

ISSN 1806-6445

Edições em Inglês, Português e Espanhol.

1. Direitos Humanos 2. ONU I. Rede Universitária de Direitos Humanos

CONTENIDOS

GLEENDA MEZAROBBA	7	Entre Reparaciones, Medias Verdades e Impunidad: La Difícil Ruptura con el Legado de la Dictadura en Brasil
GERARDO ARCE ARCE	27	Fuerzas Armadas, Comisión de la Verdad y Justicia Transicional en Perú

MECANISMOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

FELIPE GONZÁLEZ	51	Las Medidas Urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
JUAN CARLOS GUTIÉRREZ Y SILVANO CANTÚ	75	La Restricción a la Jurisdicción Militar en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos
DEBRA LONG Y LUKAS MUNTINGH	99	El Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención en África y el Comité para la Prevención de la Tortura en África: ¿Potencial para la Sinergia o la Inercia?
LUCYLINE NKATHA MURUNGI Y JACQUI GALLINETTI	121	El Papel de los Tribunales Subregionales en el Sistema Africano de Derechos Humanos
MAGNUS KILLANDER	149	Interpretación de los Tratados Regionales de Derechos Humanos
ANTONIO M. CISNEROS DE ALENCAR	177	Cooperación entre los Sistemas de Derechos Humanos Universal e Interamericano dentro del Marco del Mecanismo de Examen Periódico Universal

EN MEMORIA

BORISLAV PETRANOV	192	Kevin Boyle - Un Eslabón Fuerte en la Corriente
-------------------	------------	---

PRESENTACIÓN



Es un gran placer para nosotros presentar el decimo tercer número de la Revista Sur. Este número trata sobre los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos. El Objetivo de la presente edición es justamente debatir el desarrollo de esos sistemas regionales, sus dificultades y potencialidades para discutir las posibilidades de cooperación e interacción entre éstos y el sistema internacional de derechos humanos.

El primer artículo del dossier titulado, **Las Medidas Urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, de Felipe González, revisa el tratamiento dado por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las medidas de urgencia (cautelares, en el caso de la Comisión, y provisionales, en el caso de la Corte).

Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú, en **La Restricción a la Jurisdicción Militar en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos**, aborda algunos casos de los sistemas universal, interamericano, africano y europeo de protección de derechos humanos para situar la cuestión de la jurisdicción militar en una perspectiva comparativa, especialmente cuando tal jurisdicción se vuelve extensiva a civiles, sean ellos sujetos pasivos o activos.

Tratando específicamente del sistema africano, Debra Long y Lukas Muntingh, en artículo titulado **El Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención en África y el Comité para la Prevención de la Tortura en África: ¿Potencial para la**

Sinergia o la Inercia?, analizan los mandatos de esos dos Mecanismos Especiales y consideran el potencial conflicto generado por la acumulación de dos mandatos por un único miembro.

Este número también trae un artículo de Lucyline Nkatha Murungi y Jacqui Gallinetti sobre el papel de las cortes de las Comunidades Económicas Regionales africanas en la protección de los derechos humanos en el continente, en **El Papel de los Tribunales Subregionales en el Sistema Africano de Derechos Humanos**.

Magnus Killander, en **Interpretación de los Tratados Regionales de Derechos Humanos**, ilustra como los tribunales regionales de derechos humanos han proseguido, en la interpretación de tratados internacionales sobre la temática, las reglas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

Antonio M. Cisneros de Alencar, en **Cooperación entre los Sistemas de Derechos Humanos Universal e Interamericano dentro del Marco del Mecanismo de Examen Periódico Universal**, sustenta que, a pesar de las nuevas oportunidades de cooperación entre los sistemas global y regional de derechos humanos, todavía puede ser hecho mucho más para que el sistema interamericano se beneficie del Mecanismo de Revisión Periódica Universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Esperamos que este número de la Revista Sur llame la atención de activistas

de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y académicos para las potencialidades de una mayor interacción entre los sistemas regionales e internacional de derechos humanos.

Incluimos en esta edición también el artículo **Un Eslabón Fuerte en la Corriente**, de Borislav Petranov, un homenaje al Prof. Kevin Boyle, excepcional académico y defensor de los derechos humanos, y un compañero infatigable de la Revista Sur y de las demás iniciativas de Conectas Derechos Humanos. Su trayectoria continuará siendo para nosotros grande fuente de inspiración.

Dos artículos más integran este número, ambos insertados en la temática de justicia de transición en el contexto post-dictatorial latinoamericano. EL artículo de Glenda Mezarobba, titulado **Entre Reparaciones, Medias Verdades e Impunidad: La Difícil Ruptura con el Legado de la Dictadura en Brasil**, reconstruye y analiza el proceso de acierto de cuentas desarrollado por el Estado brasileiro junto a las víctimas de la dictadura y la sociedad, así como discute lo que fue hecho y lo que todavía resta por hacer respecto a los deberes de verdad y justicia con relación a la reforma de las instituciones.

El artículo de Gerardo Alberto Arce Arce discute el proceso peruano de establecimiento de una Comisión de Verdad y Reconciliación y la judicialización de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado interno, a

la luz de las relaciones entre las fuerzas armadas peruanas, las esferas política y civil de la sociedad, en: **Fuerzas Armadas, Comisión de la Verdad y Justicia Transicional en Perú**.

Esta es la segunda edición con la colaboración de la Fundación Carlos Chagas (FCC), que pasó a apoyar la Revista Sur a partir del 2010. Tal como en la edición anterior, nos gustaría agradecer a la FCC ese apoyo, el cual garantizó la continuidad de la versión impresa de esta revista. De la misma manera, nos gustaría prestar nuestros agradecimientos a MacArthur Foundation y a East: Partnership Beyond Borders Program (Open Society Foundations) por el apoyo en la presente edición.

Finalmente, nos gustaría agradecer al Centre for Human Rights, da Universidade de Pretória (África do Sul), y al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina) por sus participaciones en la convocatoria y en la selección de artículos de este decimotercer número.

Excepcionalmente, este número, correspondiente a diciembre de 2010, fue publicado en el primer semestre de 2011.

Por último, vale registrar que el próximo número de la Sur tendrá como tema la Convención sobre los Derechos de Personas con Deficiencia de la ONU y la importancia de la transversalidad de la cuestión de deficiencia en la temática de los derechos humanos.

Los editores.



GLEND MEZAROBBA

Glenda Mezarobba es politóloga especialista en justicia transicional, actualmente trabaja con políticas públicas de Derechos Humanos en su pós-doctorado en la UNICAMP. En el INCT-INEU (Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Estudos sobre os Estados Unidos), es coordinadora ejecutiva del grupo de investigación sobre la guerra contra el terror y la agenda de ONG internacionales sobre la promoción de los derechos humanos en los gobiernos de Bush y de Obama.

Email: gmez@uol.com.br

RESUMEN

Este artículo reconstruye y analiza el proceso de ajuste de cuentas llevado a cabo por el Estado brasileño frente a víctimas de la dictadura y frente a la sociedad en su conjunto. Comienza recordando la naturaleza y la forma de represión utilizada por el régimen militar (1964-1985), caracteriza brevemente la dictadura propiamente dicha, así como el proceso de redemocratización, y aborda los mecanismos de justicia transicional adoptados por Brasil. Ya que el énfasis, en el país, ha sido puesto en el esfuerzo de reparación, el artículo trata de las indemnizaciones abonadas por las dos comisiones administrativas creadas con tal finalidad: la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos y la Comisión de Amnistía. También analiza lo que ha sido hecho y lo que todavía falta hacer con relación a los deberes de verdad y justicia, y con respecto a la reforma de las instituciones.

Original en portugués. Traducido por Clara García Parra.

Recibido en junio de 2010. Aceptado en noviembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Amnistía – Brasil – Derechos humanos – Dictadura militar – Justicia transicional



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

ENTRE REPARACIONES, MEDIAS VERDADES E IMPUNIDAD: LA DIFÍCIL RUPTURA CON EL LEGADO DE LA DICTADURA EN BRASIL *

Glenda Mezarobba

Así como otros países de la región, en la segunda mitad del siglo pasado Brasil fue gobernado por militares que usurparon el poder, y que operaban dentro de una estructura ideológica compartida llamada doctrina de “seguridad nacional”, en el contexto internacional de la Guerra Fría. Constituida para eliminar la subversión interna de izquierdas y restablecer el “orden” en su territorio, y estructurada para diseminar el miedo y desmovilizar a la sociedad, la dictadura brasileña clasificaba como enemigos del Estado a todos aquellos que se opusieran a sus ideas. Con el objetivo declarado de librar al país de la amenaza comunista y de la corrupción, en Brasil la dictadura pasó por lo menos por tres fases distintas y utilizó, entre otros instrumentos, los llamados Actos Institucionales (AI) para ejercer el poder. También hizo uso de los más diversos métodos para condenar y perseguir a aquellos que consideraba sus opositores, y de instrumentos excepcionales que redujeron o suprimieron el derecho de defensa de los acusados de crímenes cometidos contra la “seguridad nacional”. Las penas aplicadas con mayor frecuencia eran el exilio, la suspensión de derechos políticos, la pérdida de mandato político o de cargo público, la destitución de mandato sindical, la pérdida de puesto en escuela pública o la expulsión de escuela particular, y el encarcelamiento. La práctica de detenciones arbitrarias también era constante, tanto como la tortura, además de secuestros, violaciones y asesinatos. Y aunque formalmente no pudiese ser considerada una condena, en la práctica la inclusión de los nombres de opositores al régimen en los archivos de los órganos de

*Este artículo reproduce partes de “Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro” y “O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile)”, respectivamente disertaciones de maestrado (2003) y tesis de doctorado (2008) defendida por la autora en el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidade de São Paulo (MEZAROBBA, 2006, 2008).

represión funcionaba como tal (DALLARI, 197?). Además, si bien la pena de muerte establecida por el AI-14, nunca fue oficialmente utilizada, el gobierno recurrió clandestinamente a ejecuciones sumarias y a la tortura para eliminar a sus oponentes (FAUSTO, p. 481).

1 Las fases de la dictadura

La primera fase de la dictadura brasilera puede situarse entre el golpe de estado, cuando en abril de 1964 el autodenominado Comando Supremo de la Revolución editó el AI-1, que decretaba el estado de excepción en el país, y la consolidación del régimen impuesto por los militares. Presentado por comandantes de las tres ramas de las Fuerzas Armadas, tal decreto mantuvo formalmente, aunque tras varias modificaciones, la Constitución de 1946, pero amplió substancialmente los poderes del Ejecutivo. A diferencia de lo que ocurrió en otros países de la región, el Congreso Nacional continuó funcionando, aunque de forma limitada. El Parlamento tenía, por ejemplo, plazos bastante estrictos para evaluar los proyectos de ley presentados por el presidente de la República, el cual contaba con tan solo un mes para aprobarlos en cualquiera de las instancias parlamentarias. El AI-1 suspendió durante seis meses las garantías constitucionales de estabilidad, permitiendo así, “mediante investigación sumaria”, que fuesen depuestos o relevados funcionarios civiles o militares. Se estima que en principio diez mil funcionarios fueron despedidos, y que se abrieron cinco mil investigaciones que involucraron a más de cuarenta mil personas. En su art. 10º, dicho decreto también autorizaba la suspensión de derechos políticos y de mandatos electivos. El primer ciclo punitivo, cuya lista inicial contenía un centenar de nombres, entre ellos el del ex-presidente João Goulart, y el de políticos como Leonel Brizola, Miguel Arraes y Celso Furtado, afectó a 2.985 ciudadanos brasileños. Además, tras el golpe, varios navíos fueron transformados en presidios, 20 generales y 102 oficiales fueron rápidamente transferidos a la reserva, el Comando General de los Trabajadores (CGT) fue clausurado, todas las demás entidades de coordinación sindical y centenares de sindicatos, intervenidos, y las Ligas Campesinas fueron extinguidas. También dejaron de funcionar la Unión Nacional de los Estudiantes (UNE) y la Unión Brasileña de los Estudiantes de Secundaria (UBES). Tan solo en los primeros meses del régimen arbitrario se estima que se detuvo a 50 mil personas. Con el AI-2 las elecciones presidenciales pasaron a ser indirectas, se suspendieron los partidos políticos y otras 305 personas fueron castigadas. Durante la tercera ola de represión, 1.583 ciudadanos perdieron sus derechos políticos (ARNS, 1985, p. 61-68; MARTINS, 1978, p. 119-122, 127; GRECO, 2003, p. 266; BRASIL, 2007a, p. 30. UNIÃO ESTADUAL DOS ESTUDANTES, 1979, p. 3). El AI-3, en febrero de 1966, amplió los poderes de las Asambleas Legislativas que, además de nombrar a los gobernadores de estado, también pasaron a designar a los intendentes de las capitales y de otras ciudades clasificadas como “seguridad nacional” (GREEN, 2009, p. 97).

La segunda fase de la dictadura inició en diciembre de 1968, con el AI-5, que concedía al Presidente de la República poderes para clausurar provisionalmente el Congreso Nacional, para intervenir en los Estados y para suspender derechos individuales y del *habeas corpus*. En el llamado “golpe dentro del golpe”, el ex-presidente Juscelino Kubitschek y el ex-gobernador Carlos Lacerda llegaron a ser

detenidos, y fueron privados de sus derechos políticos no solo integrantes del MDB, el partido de oposición al gobierno, sino también del Arena, que apoyaba a los militares. Fue el periodo en que la represión llegó a sus niveles más elevados, con fuerte censura de la prensa y acciones punitivas en universidades. Mientras gobernaron el país, y a diferencia de dictaduras como por ejemplo la chilena, en Brasil los generales se turnaron en el cargo presidencial simulando una especie de alternancia de poder, en procesos sucesorios de los cuales participaban apenas sus propios pares. En 1974, con la llegada al cargo presidencial del general Ernesto Geisel, comenzó la tercera fase, que se vería marcada por la lenta apertura política que iría hasta el fin del régimen arbitrario (GREEN, 2009, p. 98, 142, 184). A partir de 1978, las prohibiciones políticas comenzaron a ser revocadas, y el Ministerio de Relaciones Exteriores pasó a facilitar la concesión de pasaportes y la nacionalidad a hijos de brasileños nacidos fuera del país por motivos políticos (SOARES; D'ARAUJO; CASTRO, 1995, p. 308). La censura disminuyó, y se limitó la actividad de la comunidad de seguridad e informaciones. Tras diez años, el AI-5 dejó de tener vigor en el país.

Favorecida por la inexistencia del estado de derecho y, por lo tanto, por el constante irrespeto a principios jurídicos fundamentales y por el amplio margen de acción del que disponían las autoridades policiales, la realidad impuesta por la doctrina de la "seguridad nacional" contaba con la ayuda de la Justicia Militar para mantenerse. Como "fundamento legal" para los abusos practicados se invocaba el Código Penal Militar, el Código de Proceso Penal Militar, y la Ley de Organización Judicial Militar. Decretados en 1969, "reglamentaban" los llamados órganos de seguridad, confiriéndoles autoridad para ordenar y ejecutar el encarcelamiento de cualquier persona. Redefinían los crímenes contra la "seguridad nacional", y atribuían a la Justicia Militar el proceso de crímenes con ella relacionados como, por ejemplo, el de asalto a bancos (BRASIL, 1982, v. 2, p. 524; D'ARAUJO; SOARES; CASTRO, 1994, p. 19). Promulgada en el mismo año, otro instrumento del régimen arbitrario era la Ley de Seguridad Nacional (LSN), aplicación práctica de los postulados de la doctrina homónima (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1991, p. 44). Para controlar y/o reprimir a la sociedad, el gobierno se servía del aparato formado por el Servicio Nacional de Informaciones (SNI), por los Centros de Información del Ejército (CIEX), la Marina (CENIMAR), y la Aeronáutica (CISA), por los Destacamentos de Operaciones e Informaciones, y por los Centros de Operaciones de Defensa Interna (DOI-CODI). En San Pablo, vinculada al II Ejército, se montó la Operación Bandeirantes (OBAN) para actuar en la represión. Tras el agravamiento de la dictadura, para enfrentar al yugo militar, algunas organizaciones de izquierda optaron por la lucha armada (BRASIL, 2007a, p. 24).

Durante todo el régimen, se calcula que 10 mil ciudadanos brasileños salieron del país para vivir en el exilio; y por lo menos 130 fueron expulsados. Cifras del proyecto *Brasil: nunca más* indican que hasta 1979, 7.367 fueron procesadas judicialmente, 10.034 fueron implicadas en la fase de investigación, que 6.592 militares fueron castigados, y que por lo menos 245 estudiantes fueron expulsados de las universidades en que estudiaban (ARNS, 1985, p. 61-68; MARTINS, 1978, p. 119-122, 127; GRECO, 2003, p. 266; BRASIL, 2007a, p. 30). Los sucesivos actos institucionales y persecuciones diversas llevaron a la Unión de los Estudiantes del Estado de San Pablo a estimar,

a finales de los 70, en más de medio millón el número de personas encarceladas, desterradas, exiliadas, depuestas de sus cargos, jubiladas, procesadas o acusadas por el régimen (UNIÃO ESTADUAL DOS ESTUDANTES, 1979, p. 3). En el libro *Liberdade para os brasileiros: anistia ontem e hoje*, publicado en 1978, Roberto Ribeiro Martins fue más allá: estimó en más de un millón el número de brasileños que necesitaban directamente de amnistía. “Lo que equivale a decir que de cada cien brasileños por lo menos uno necesita una amnistía”, escribió en el momento (MARTINS, 1978, p. 152).

2 La lucha por la amnistía

De manera distinta a lo observado en otros países de la región, en Brasil, la amnistía a los perseguidos políticos no fue sólo fuertemente deseada, sino constantemente reivindicada desde el inicio de la dictadura. En realidad, unos pocos exponentes del medio político e intelectual comenzaron a luchar por que se promulgara la amnistía quince años antes de que finalmente se promulgara. Esta lucha tuvo una trayectoria ascendente dentro de la sociedad, involucrando al final a buena parte de los brasileños. Hacia fines de la década de los 70, en las calles y en los campos de fútbol, por ejemplo, era posible ver carteles y pancartas que defendían la adopción de este instrumento. Los automóviles exhibían adhesivos plásticos en los vidrios, se distribuían panfletos en las esquinas, y mediante mítines se procuraba sensibilizar a la opinión pública respecto del asunto. Exigida en un contexto de retorno a la democracia, de regreso al estado de derecho y de reconocimiento y defensa de los derechos humanos, la lucha por la amnistía contó con el apoyo de personalidades y grupos internacionales. Pero esa presión externa ejercida frente al gobierno no repercutió de la forma esperada, aunque consiguió resultados significativos en la divulgación internacional de los horrores del régimen.

Así, fue en un contexto de apertura política, cuando pesaba ya sobre el Estado brasileño la responsabilidad por la muerte bajo tortura del periodista Vladimir Herzog, y cuando ya el pluripartidismo interesaba al régimen militar, que el gobierno comenzó, a efectos prácticos, a pensar en la amnistía. En ese sentido, en junio de 1979 fue enviado un proyecto de ley al Congreso por el entonces presidente de la República, el general João Baptista Figueiredo. Durante su tramitación en el Parlamento no hubo prácticamente intercambio de ideas con la sociedad, ni tampoco con los potenciales beneficiarios de la legislación, por más que los Comités Brasileños de Amnistía estuvieran movilizados para lograr el fin de la tortura y la elucidación de casos de desaparición, y por más que estos Comités no admitieran la hipótesis de que la ley pudiera beneficiar a los “verdugos” de las víctimas del régimen.

Aprobada en agosto de 1979, la Ley 6.683, también conocida como Ley de Amnistía¹, quedó lejos de incluir los objetivos que deseaba el movimiento que la reivindicaba, y ni siquiera atendió las principales exigencias de los perseguidos políticos. Fueron excluidas del espectro de la legislación determinadas manifestaciones de oposición al régimen, clasificadas como terrorismo y prácticas encuadradas en actos de excepción (como los crímenes de sangre), y fueron contemplados solo aquellos individuos que no habían sido condenados previamente por la dictadura, situación que duraría aún casi otros seis años. Es decir,

aunque de gran importancia en el proceso de democratización del país, la Ley 6.683 se dio básicamente en los términos que el gobierno quería: se mostró más eficaz para los integrantes del aparato de represión que para los perseguidos políticos, y no fue capaz de acabar con la espiral de atrocidades iniciada con el golpe de 1964. En otras palabras, la Ley de Amnistía se redujo a los límites establecidos por el régimen militar y a las circunstancias de su época. [...]. De ese modo, en aquel primer momento de 1979, se puede decir que la amnistía significó una tentativa de restablecimiento de relaciones entre militares y los opositores al régimen que habían sido destituidos, desterrados, encarcelados o exiliados. La legislación contenía la idea de apaciguamiento y de armonización de divergencias, y al permitir la superación de un punto muerto, acabó por adquirir un significado de conciliación pragmática, capaz de colaborar en la transición al régimen democrático.

(MEZAROBBA, 2006, p. 146-147).

3 El inicio del proceso de ajuste de cuentas

A pesar de la intención de los militares de poner punto final a la cuestión de las violaciones de derechos humanos, comenzaba así, de manera bastante peculiar, el proceso de ajuste de cuentas del Estado brasileño con las víctimas de la dictadura y con la sociedad. Y como la Ley de Amnistía no fue capaz de atender las principales reivindicaciones ni de los perseguidos políticos ni de los familiares de las víctimas fatales del régimen (el art. 6 de la ley, por ejemplo, permitía únicamente que el cónyuge, un pariente o el Ministerio Público requiriesen la declaración de ausencia de una persona que, involucrada en actividades políticas, estuviese desaparecida de su domicilio sin dar noticias desde más de un año, considerándose la fecha de vigencia la de la propia ley), el tema naturalmente continuó abierto durante todo el período de distensión.

En Brasil, como se sabe, la transición democrática llevó años. Fue negociada desde el inicio y definida como una especie de “acuerdo” entre elites que

[...] puede resumirse como un compromiso de los militares a retirarse gradualmente de la política, re trayéndose al punto de su papel político en el inicio de la República: el de garantes, en última instancia, del orden público, o sea, de la estabilidad de las instituciones políticas republicanas. A su vez, la elite civil aceptaría los términos de la evaluación hecha por los militares con respecto al periodo pos 64: se trató de un periodo excepcional, en el que los militares intervinieron en política para “salvar” las instituciones republicanas, en el cual hubo acciones “excesivas” cometidas por parte y parte (léase de los militares y de los militantes de izquierda). Para el fin de ese periodo, debería darse el “perdón recíproco”, sin la investigación de las violaciones, ni siquiera con el objetivo humanitario de proporcionar a las víctimas y a sus familiares informaciones para que pudiesen conocer y elaborar la memoria de aquellos acontecimientos, o para recuperar los cuerpos de las personas muertas o desaparecidas. Ese límite tenía el evidente objetivo de evitar que fuesen descubiertas informaciones sobre los agentes de las violaciones [...].

(IBCCRIM; SABADELL; ESPINOZA MAVILLA, 2003, p. 108-109).

Por otra parte, los militares dejaron el poder sin que se celebraran elecciones presidenciales directas, lo que no contribuyó al surgimiento de un debate en torno al trato que debería dársele al legado de violaciones masivas de derechos humanos acumulado a lo largo de los veintiún años de dictadura. Como si eso no bastase, Tancredo Neves, el civil que debía suceder al general Figueiredo, designado indirectamente por el Colegio Electoral, murió antes de hacerse cargo de la presidencia de la República. Fue su vice, el senador José Sarney, del Arena, quien asumió el poder en 1985.

De acuerdo con Sarney, el problema de las víctimas de la dictadura preocupaba a Tancredo Neves: “[...] pero, con seguridad (él) no tendría cómo comprometerse con posiciones más radicales en cuanto al tema. Él temía mucho un retroceso.” Según el ex-presidente, que quedó con el cargo entre 1985 y 1990, a pesar de ser “un hombre de entendimiento, de conciliación”, Tancredo Neves era consciente de la “delicadeza de la situación y de sus responsabilidades”, y conocía las resistencias de la llamada “línea dura” del régimen:

Sabía que debería llevar a cabo la transición con los militares y no contra ellos. Hacer “compromisos” más enfáticos en cuanto al tema de las víctimas del régimen, podría comprometer todo el proceso. Para ilustrar ese sentimiento, es bueno tener presente que él temía hasta la propia convocación de la Constituyente y la legalización de los partidos clandestinos. No estaban en sus planes. Como yo no estaba atado a las complejas negociaciones y a los compromisos que Tancredo tuvo que hacer con el área militar, al asumir la Presidencia pude legalizar el Partido Comunista de Brasil y convocar la Constituyente. Pude concluir la amnistía, liberando a los últimos presos políticos, medida que benefició, por ejemplo, a los penalizados de Petrobras. Está claro que hubo resistencia de los militares².

Sarney dijo que la ubicación de los cuerpos de las víctimas fatales de la dictadura no avanzó en su gobierno porque aquel “no era un asunto de la agenda política”. “Por otro lado, hubiera sido muy imprudente en aquel momento. La Ley de Amnistía, como fue negociada y aprobada, fue lo que era posible en aquel contexto. Sin ella, podríamos haber tomado otro rumbo más conflictivo³”. Está claro, por lo tanto, que la transición brasileña se desarrolló con vistas a evitar que lo que hoy hemos convenido en denominar mecanismos de justicia transicional pudiesen ser adoptados al inicio de la gestión civil.

4 El reconocimiento de la responsabilidad del Estado

No fueron pocos los esfuerzos en el sentido de ampliar la Ley de Amnistía, incluso durante el régimen militar, pero los primeros avances en el proceso de ajuste de cuentas solo comenzaron a darse a medida que los militares fueron perdiendo poder, y de manera simultánea al fortalecimiento de la democracia y a la incorporación del temario de los derechos humanos en la agenda nacional. Fue de esa forma como, en diciembre de 1995, el entonces presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB), que era él mismo un amnistiado político, sancionó

la Ley 9.140, o Ley de los Desaparecidos⁴, reconociendo como muertos a los ciento treinta y seis desaparecidos políticos cuyos nombres figuraban en el anexo I. En Brasil había registro de casos de desaparición desde 1964, pero la práctica solo se reveló emblemática del período de terror cinco años después, en septiembre de 1969, con la prisión de Virgílio Gomes da Silva, un militante de la Acción Libertadora Nacional (ALN) que desapareció tras haber sido llevado, esposado y encapuchado, a la sede de la Operación Bandeirantes (OBAN), en San Pablo (MIRANDA; TIBÚRCIO, 1999, p. 38-39). Con la aprobación de la Ley 9.140 se admitió por primera vez en Brasil la responsabilidad objetiva del Estado por la actuación ilícita de sus agentes de seguridad, sin necesidad de sentencia judicial. Aunque la Ley de los Desaparecidos establecía que la aplicación de sus disposiciones y todos sus efectos serán guiados por el principio de reconciliación y pacificación nacional expresados en la Ley de Amnistía, con ese acto legal, como observan Nilmário Miranda y Carlos Tibúrcio, el Estado brasileño asumió la responsabilidad general por las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar, tales como secuestros, prisiones, torturas, desapariciones forzadas y asesinatos, incluso contra extranjeros que residían en el país (en la lista constan los nombres de cuatro desaparecidos políticos que no son brasileños). A partir de ahí, los familiares pasaron a tener derecho a pedir los atestados de óbito de los desaparecidos, y a recibir indemnizaciones. Con la entrada en vigor de la ley, fue creada la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos (CEMDP) para analizar las denuncias de otras muertes causadas por motivos políticos e implicando causas no naturales, “en dependencias policiales o semejantes”.

A pesar de reconocer la importancia de la iniciativa del gobierno al elaborar un proyecto de ley para tratar la cuestión de los muertos y desaparecidos políticos, los familiares de las víctimas fatales del régimen militar no estuvieron de acuerdo con su totalidad, entre otros motivos, por el hecho de que la iniciativa eximía al Estado de la obligación de identificar y responsabilizar a los que estuvieran directamente involucrados en prácticas de tortura con muerte y desaparición, y porque la carga de la prueba pesaba sobre los propios parientes. Los familiares también objetaron enérgicamente el argumento utilizado por el gobierno, que se amparó en los supuestos límites impuestos por la Ley de Amnistía, para no investigar las circunstancias de las muertes. Cuestionaban también el requisito de que el requerimiento de reconocimiento de la responsabilidad del Estado pudiera realizarse exclusivamente por ellos mismos, limitando la cuestión a la esfera doméstica, y no como un derecho de la sociedad. Durante toda la dictadura, y después, durante la redemocratización, familiares de muertos y desaparecidos políticos continuaron luchando para que hubiese justicia, pero sus demandas se pautaban principalmente por el conocimiento de la verdad (la revelación de las condiciones en que se produjeron los crímenes), la identificación de las responsabilidades de los implicados y la localización e identificación de los despojos de las víctimas. El pago de reparaciones jamás figuró entre las prioridades reivindicadas. Aún así, al término de once años de actividades, la CEMDP había desembolsado cerca de 40 millones de reales a los familiares de más de tres centenares de víctimas fatales

del régimen militar. Por la comisión pasaron 475 casos; el valor medio de cada indemnización fue de 120 mil reales (alrededor de 120 mil dólares en valores de la época en que se aprobó la ley).

Además del pago de indemnizaciones, la CEMDP empezó en septiembre de 2006 a recoger muestras de sangre de familiares de más de un centenar de víctimas fatales del periodo, a fin de elaborar un banco de datos de perfiles genéticos. Este será capaz de asegurar fiabilidad científica en la identificación de huesos ya aislados para exámenes, y en despojos que eventualmente puedan ser todavía localizados. Aún son más de 140 los desaparecidos políticos de la dictadura brasileña. La Comisión también sigue trabajando en la sistematización de informaciones sobre la posible localización de fosas clandestinas, bien sea en grandes ciudades o en áreas probables de entierro de militantes en la zona rural, sobre todo en la región del río Araguaia. En el segundo semestre de 2009, tres integrantes de la Comisión participaban en otra búsqueda de cuerpos en esa misma región, situada al norte del país.

5 El pago de reparaciones a los perseguidos políticos

Al contrario que los familiares de las víctimas fatales del régimen militar, los perseguidos políticos siempre se preocuparon por el aspecto financiero de la cuestión. Aunque la Ley de Amnistía previese en su art. 2º que “los funcionarios civiles y militares destituidos, suspendidos, jubilados, puestos en reserva o reformados” podrían reclamar el retorno o reversión al servicio antiguo, eso no fue exactamente lo que ocurrió con la entrada en vigor de la ley. Tras solicitar la amnistía, los perseguidos tenían que pedir retorno al servicio activo y someterse a análisis médico (que debía ser compatible con el último examen de la época anterior al castigo. Para que fuesen eventualmente reasignados a sus cargos, no bastaba con que existiera un puesto, era necesario que existiese interés público en la reintegración del perseguido político amnistiado. Vislumbrando probablemente las dificultades que se avecinaban, ya antes incluso de la aprobación de la ley era posible observar cierta preocupación por los derechos usurpados a esas víctimas, especialmente en las propuestas enviadas al Congreso Nacional, sobre todo aquellas que trataban de casos que involucraban a funcionarios civiles y militares que habían perdido sus puestos de trabajo. Mientras estuvo en tramitación, el mismo proyecto de amnistía del gobierno recibió numerosas propuestas de enmienda para que se concediera algún tipo de indemnización a los perseguidos políticos. Ninguna de ellas prosperó. Al ser sancionada la Ley de Amnistía en 1979, vetó cualquier posibilidad de reparación a los perseguidos políticos. En su art. 11º, tal vez el más claro de todos los que la componen, la prohibición es explícita: “Esta ley, aparte de los derechos en ella expresados, no genera ningún otro, incluyendo aquellos relativos a plazos, saldos, salarios, proventos, restituciones, atrasos, indemnizaciones, promociones o resarcimientos.”

Tras años de comunicados y circulares que, de forma poco sistematizada, regulaban sus plazos, fue únicamente con la entrada en vigor de la Ley 8.213, de julio de 1991, que los amnistiados pasaron a tener derecho a una jubilación excepcional. En la época no eran pocos los procesos que aguardaban en los tribunales la concesión

de la amnistía negada por la administración pública. La situación todavía empeoraría antes del momento en que la tercera parte del proceso de ajuste de cuentas entre el Estado y las víctimas del régimen militar comenzase a ser definido. No fue hasta 1996, un año después de la promulgación de la Ley de los Desaparecidos, cuando ex-perseguidos políticos de todas las regiones del país, agrupados en distintas entidades, decidieron unificar su discurso. Tras cinco años de trabajo organizado, consiguieron en 2001 que el gobierno Fernando Henrique Cardoso enviase al Congreso Nacional una medida provisoria para reducir las pérdidas de aquellos a quienes se les impidió que ejercieran sus actividades por causa de la persecución política sufrida durante el régimen arbitrario. La entrada en vigor de la Ley 10.559⁵ y el establecimiento de la Comisión de Amnistía en el Ministerio de Justicia, consiguieron ampliar nuevamente el proceso de ajuste de cuentas, gracias a la posibilidad de que el Estado reparase económicamente a ex-perseguidos políticos, lo que la Ley 6.683 no había conseguido; se resarcía así a millares de personas de los daños causados por el uso discrecional del poder, aunque esto no necesariamente haya tenido relación con el sufrimiento vivido por las víctimas.

Organizada en cinco capítulos, la ley (que satisfizo bastante a los perseguidos políticos) asegura los siguientes derechos del amnistiado: declaración de condición de amnistiado político; reparación económica; recuento, a todos los efectos, del tiempo durante el que fue obligado a alejarse de sus actividades profesionales, por condena o amenaza de condena; conclusión de formación interrumpida por condena u homologación de diploma obtenido en institución académica fuera del país, y derecho a la reintegración de los funcionarios públicos civiles, y de los empleados públicos condenados. En su único párrafo, la ley garantiza a los que fueron marginados, tras procesos administrativos realizados según legislación de excepción, sin derecho a recurso ni a defensa propia, a los cuales se les impidió que conocieran los motivos y fundamentos de la decisión, el reintegro a sus cargos (aunque debido a la edad de los afectados, en la práctica esta reintegración se ha hecho efectiva ya en la inactividad). La ley también detalla minuciosamente todos los tipos de castigo que otorgan a las víctimas el estatuto de amnistiado político, y dice que la reparación económica, prevista en su capítulo III, puede darse de dos formas distintas: en una prestación única, que consiste en el pago de 30 salarios mínimos por año de condena, aplicable a los que no tienen cómo probar vínculos con la actividad laboral, y cuyo valor, en ningún caso, puede exceder de 100 mil reales; y en prestación mensual, permanente y continuada, aplicable a aquellos que consigan demostrar sus vínculos de trabajo. De acuerdo con la ley, todo perseguido político tiene derecho a recibir los valores atrasados hasta cinco años previos a la fecha en que inició la solicitud la amnistía.

Desde que comenzó a funcionar la Comisión de Amnistía en Brasilia, con el objetivo de analizar los pedidos de amnistía política y de indemnización formulados por aquellos a quienes se les impidió ejercer actividades económicas por motivos exclusivamente políticos, recibió más de 80 mil requerimientos. Datos de enero de 2011 indican que la Comisión ya juzgó 66.400 procesos. Dentro de ese universo, difirió más de 35 mil y desatendió el resto. Entre las peticiones atendidas, más de la mitad fueron concedidos sin ningún tipo de reparación económica (BRASIL, 2009a). Un Balance realizado en el primer semestre de 2010, indicaba que el gobierno

desembolsó R\$ 2,4 billones en el pago de reparaciones a esas víctimas – en algunos casos, la reparación de un único perseguido político superaba la suma de un millón de reales (LUIZ, 2011). En todos los casos despachados favorablemente, el reconocimiento de la condición de “amnistiado político” se formaliza de la misma manera que ocurría durante la dictadura, o sea, con la publicación del nombre de cada “amnistiado político” en el Boletín Oficial de la Unión.

6 El desinterés de la sociedad y el cambio del significado político

Si la lucha por la amnistía involucró a gran parte de la sociedad, no se puede decir lo mismo de las reivindicaciones en torno a las obligaciones del Estado democrático y de los derechos de las víctimas del régimen militar, que no consiguieron movilizar – y ni siquiera parecen interesar – a la mayor parte de los brasileños. Con relación al principal objetivo de la amnistía de 1979, el del olvido de los “excesos” cometidos durante el régimen militar, la realidad indica que, por motivos distintos, el desdoblamiento se ha dado de forma muy parecida entre aquellos que estuvieron directamente involucrados en la cuestión:

Permanentemente asombrados por la posibilidad de reconstitución del pasado, los militares continúan mostrándose como el grupo más interesado en no acordarse de los abusos ocurridos a partir de 1964, lo que evidencia que aún hoy no les ha sido posible olvidar. Del mismo modo, la persistente necesidad de recordar, movida por reivindicaciones nunca atendidas, verdades desconocidas y por el deseo de que aquel sufriendo no se repita más, ha puesto a las víctimas del régimen arbitrario y a sus familiares en la imposibilidad de olvidar. Alienada del debate sigue, ajena, la sociedad. Parece ser la única que, de hecho, ha conseguido construir el olvido.

(MEZAROBBA, 2006, p. 150-151).

Así, mantenido el carácter inicial de conciliación explícito en la Ley de Amnistía y reiterado en las dos leyes subsecuentes, nuevos significados políticos fueron trasladados al proceso de ajuste de cuentas. Esto resulta evidente al observar los tres momentos principales de ese proceso, orientado básicamente por legislación federal (Ley de Amnistía de 1979; Ley de los Desaparecidos de 1995, y Ley 10.559 de 2002): “De su carácter inicial de conciliación pragmática, se observa que la amnistía vio evolucionar su significado hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en graves violaciones de derechos humanos, y después hacia la reparación económica de las pérdidas sufridas por ex-perseguidos políticos” (MEZAROBBA, 2006, p. 150). Según lo sintetizado hasta aquí, está claro, por tanto, que el camino recorrido por el Estado brasileño muestra que la inversión principal fue realizada en el área de justicia, en la esfera administrativa, a partir de la creación de las dos comisiones, y orientada principalmente a la compensación financiera. Y que las iniciativas tuvieron origen en el Poder Ejecutivo y se desarrollaron con el apoyo del Legislativo. En relación al deber de identificar, juzgar y condenar violadores de derechos humanos, muy poco ha sido hecho hasta ahora, dejando manifiesta la casi total ausencia del Poder Judicial en el proceso nacional de ajuste de cuentas.

7 La ausencia de punición

El primer caso del que se tiene noticia de la aplicación de la Ley de Amnistía para impedir la condena de uno de esos criminales de la dictadura ocurrió en abril de 1980, cuando en el Superior Tribunal Militar (STM) se tramitaba una petición de condena para tres torturadores que habían dejado ciego a un preso político cuatro años antes. La petición fue juzgada improcedente, a pesar de haberse comprobado en los autos y reconocido en la sentencia de la auditoría militar y del propio tribunal, la violencia practicada contra el preso. Aunque ningún culpable haya sido, hasta hoy, condenado por los crímenes cometidos durante la dictadura, en diversas oportunidades el Estado brasileño ya ha sido responsabilizado judicialmente por el encarcelamiento, tortura, muerte o desaparición de perseguidos políticos. La primera vez fue en 1978, en el caso que implicaba el encarcelamiento ilegal del periodista Herzog. Por no cuidar de su integridad física y moral, la Unión fue condenada a indemnizar a su viuda e hijos por los daños materiales y morales derivados de su muerte. Otras sentencias en la misma línea fueron dictadas posteriormente. Todas reconocían la responsabilidad civil del Estado, nunca la responsabilidad criminal de sus agentes. En verdad, los tribunales brasileños tuvieron poco trabajo que implicara responsabilidad criminal. Hasta donde se tiene conocimiento, fueron rarísimas las acciones judiciales que desafiaron los límites de la Ley de Amnistía, poniendo así de manifiesto no tan solo la poca fe de las víctimas y sus familiares en el sistema legal, sino también como la noción de olvido e impunidad, articulada por los militares, consiguió aprisionar a los afectados por la violencia del periodo. Sin duda alguna, contribuyen a esa realidad algunas peculiaridades institucionales como el hecho de que la tortura y el homicidio sean considerados crímenes de iniciativa pública, cabiendo al Ministerio Público la prerrogativa de iniciar tales acciones penales.

En junio de 2008, una tentativa de condena de crímenes de la dictadura comenzó a ser desarrollada por el Ministerio Público Federal, cuando un procurador de la República de la Ciudad de Uruguai, al sur del país, requirió a la Policía Federal la apertura de una investigación para esclarecer el secuestro y desaparición en 1980 de un militante de izquierda ítalo argentino, y de un padre argentino, en la frontera de Brasil con Argentina, y la supuesta implicación de agentes, civiles y militares, de la dictadura. Los crímenes habrían sido cometidos dentro de la Operación Cóndor, y hace años que vienen siendo investigados por la justicia italiana, que ya averigua a más de una decena de integrantes del aparato represivo brasileño y exige un juicio para los acusados. El caso sigue en proceso. En octubre del mismo año, el coronel jubilado Carlos Alberto Brilhante Ustra fue considerado responsable de prácticas de secuestro y tortura durante el régimen militar por la justicia, en una acción promovida por cinco integrantes de una misma familia, los Telles. Fue el primer reconocimiento oficial, por parte del Estado brasileño, de que un militar de alto rango participó de manera efectiva en acciones de tortura contra civiles. Tramitada en la esfera civil, la acción, de carácter meramente declarativo, buscaba el reconocimiento de la existencia de tortura y, por tanto, de la existencia de daños morales y a la integridad física de las víctimas, pero no implica condena o indemnización pecuniaria. La decisión se dio en primera instancia, y todavía puede recurrirse.

Prácticamente no cuestionada a lo largo de todos estos años en tribunales de primera instancia, hacia fines de la década de 2000 la Ley de Amnistía fue puesta a prueba no sólo en una, sino en dos instancias: el Supremo Tribunal Federal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la esfera nacional todo comenzó en el segundo semestre de 2008, cuando el Colegio de Abogados de Brasil presentó una demanda ante el Supremo Tribunal Federal, cuestionando la validez de la amnistía para los agentes del Estado que, durante la dictadura, cometieron violaciones de derechos humanos. En el documento, la entidad pedía al Supremo una interpretación más clara del art. 1º de la ley, de forma que la amnistía concedida a los autores de los denominados crímenes políticos y conexos no se extendiera a agentes públicos acusados de crímenes comunes, como violación, desaparición forzada y homicidio. Valiéndose de argumentos supuestamente históricos, el relator del proceso, ministro Eros Grau, alegó que no cabía al Poder Judicial rever el acuerdo político que resultó en la amnistía. Seis ministros acompañaron su voto; otros dos se posicionaron contra tal interpretación. La decisión fue duramente criticada por organizaciones de derechos humanos, dentro y fuera del país.

En marzo de 2009, fue el turno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el seno de la Organización de los Estados Americanos, de presentar una demanda contra Brasil ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso referente a la Guerrilla de Araguaia. Ya desde la dictadura, parientes de las víctimas habían reclamado el acceso a los registros de la represión contra el movimiento. En 1982, varios familiares llevaron ante la justicia una acción de responsabilidad contra el Estado brasileño, para que fuesen aclaradas las circunstancias en que ocurrieron las muertes de esos opositores al régimen, y para que fuesen localizados sus restos mortales. Agotados los recursos internos disponibles, en 2001 los familiares decidieron recurrir a la CIDH. En la demanda, la Comisión solicitaba a la Corte que determinase la responsabilidad internacional del Estado brasileiro por el incumplimiento de varias obligaciones, entre ellas la del derecho a la integridad personal y el derecho a la vida. En la introducción a la demanda, la Comisión señalaba la posibilidad que tenía la Corte de establecer la incompatibilidad de la Ley de Amnistía con la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo referente a graves violaciones de derechos humanos. El 14 de diciembre de 2010 la Corte hizo pública la sentencia sobre el caso, declarando al país responsable por la desaparición forzada de 62 personas, ocurrido entre 1972 y 1974, en la región del río Araguaia. Basándose en el derecho internacional y en su propia jurisprudencia, la Corte concluyó que las disposiciones de la Ley de Amnistía que impedían la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos eran incompatibles con la Convención Americana y carecían de efectos jurídicos, no pudiendo continuar representando un obstáculo para la investigación de los hechos, ni para la identificación y castigo de los responsables. A pesar de reconocer y evaluar positivamente las iniciativas y medidas de reparación adoptadas por Brasil, la Corte determinó, entre otras cosas, que el Estado no sólo debía revelar la verdad acerca de los crímenes, sino también investigar penalmente los hechos.⁶

8 El deber de revelar la verdad

Además de no atender su deber de justicia, ese carácter incompleto del proceso de ajuste de cuentas del Estado brasileño con las víctimas de la dictadura militar habla al respecto del deber de revelar la verdad, algo solo recientemente contemplado de manera más substantiva (aunque no plenamente). Como es sabido, en Brasil nunca se creó una comisión de verdad para tratar las violaciones de derechos humanos del periodo. Durante más de dos décadas, el principal esfuerzo en ese sentido estuvo limitado al desarrollo de una única iniciativa no oficial: el proyecto *Brasil: Nunca Mais*, llevado a cabo por un grupo de defensores de derechos humanos, liderados por el entonces Cardenal Arzobispo de San Pablo, Don Paulo Evaristo Arns, por el Reverendo Jaime Wright y bajo los auspicios del Consejo Mundial de Iglesias. El proyecto comenzó a ser ejecutado justo después de la aprobación de la Ley 6.683, en 1979, cuando abogados de presos y exiliados políticos pudieron acceder a los archivos del STM para preparar peticiones de amnistía en nombre de sus clientes. Para garantizar un registro duradero del terror practicado por el Estado, estos defensores pusieron en práctica la idea de fotocopiar el mayor número posible de procesos del tribunal. Tres años después de iniciados los trabajos, prácticamente el archivo entero había sido reproducido. Fueron catalogadas más de un millón de páginas, copias de la casi totalidad de los procesos políticos (setecientos siete completos y decenas de otros incompletos) que fueron tramitados por la Justicia Militar entre abril de 1964 y marzo de 1979 (ARNS, 1985, p. 22). Lanzado en julio de 1985 por la Archidiócesis de San Pablo, el libro *Brasil: nunca mais*, que rápidamente llegó a veinte ediciones y entró en la lista de los más vendidos en toda la historia del país, trata del sistema represivo, de la subversión del derecho y de las diferentes formas de tortura a la que los presos políticos fueron sometidos durante la dictadura.

La primera iniciativa oficial de revelar las arbitrariedades del periodo solo adquirió contornos claros en 2007, durante el segundo mandato del presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT), también un amnistiado político, con el lanzamiento del libro-informe *Direito à memória e à verdade*, resultado de once años de actividad de la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos. Primer documento oficial del Estado brasileño que atribuye a integrantes de las Fuerzas de Seguridad crímenes como tortura, violación, descuartizamiento, decapitación, ocultación de cadáveres y asesinato de opositores del régimen militar que ya estaban presos y, por tanto, en la imposibilidad de defenderse, la obra de aproximadamente quinientas páginas, reconstituye la trayectoria de la Comisión, y se hacía esperar por lo menos desde 2004. Solo fue realizada con la llegada de Paulo Vannuchi a la Secretaría Especial de los Derechos Humanos. Periodista, ex-presó político y uno de los autores de *Brasil: nunca mais*, el propio ministro Vannuchi responde, junto con otras dos redactoras, del texto final del libro-informe. “A partir de ahora tenemos un libro oficial con sello del gobierno federal, que incorpora la versión de las víctimas” declaró el entonces ministro en la época de su lanzamiento (DANTAS, 2004, p.10; BRASIL, 2007a, p. 17, 2007b; MERLINO, 2007).

Concebida como reportaje y con críticas al propio gobierno de Lula, consta en la obra que al término de los trabajos de la Comisión fueron destruidas las versiones

oficiales que indicaban que las víctimas habían sido muertas durante tentativas de fuga, o tiroteos, o que se habían suicidado. Las investigaciones realizadas consiguieron demostrar que la mayoría absoluta de los opositores fue apresada, torturada y ejecutada. Bastante crítico con la interpretación dada a la amnistía, el libro-informe también habla de “terrorismo de Estado”, sustenta que las víctimas “murieron luchando como opositores políticos de un régimen que había nacido violando la constitucionalidad democrática”, y especifica la necesidad de que los militares, especialmente aquellos que participaron directamente en las operaciones, revelen la verdad hace años oculta. “Su audiencia formal por los mandos superiores seguramente descifrára misterios y contradicciones, permitiendo un trabajo eficaz de localización de los restos mortales.” (BRASIL, 2007a, p. 27, 30). Del proyecto Derecho a la Memoria y a la Verdad también forma parte una exposición fotográfica itinerante llamada “La dictadura en Brasil 1964-1985”. En los últimos años han sido inaugurados memoriales intitolados “Personas Imprescindibles”, paneles y esculturas que recuperan un poco de la historia de los muertos y desaparecidos políticos.

En cuanto a los archivos de la dictadura, que comenzaron a ser abiertos tras la toma de poder del primer presidente democráticamente electo a inicios de los años 90, avances importantes han sido registrados gradualmente. En mayo de 2009, reconociendo la obligación de revelar la verdad a la sociedad brasileña, el gobierno federal lanzó el portal Memorias Reveladas, denominación del Centro de Referencia de las Luchas Políticas en Brasil (1964-1985), establecido con el objetivo de proporcionar informaciones sobre la historia política reciente del país, y agrupado en una red nacional bajo la administración del Archivo Nacional, institución subordinada a la Casa Civil de la Presidencia de la República. Hace algunos años ya son parte del acervo de la institución la documentación producida por el Servicio Nacional de Informaciones (SNI), por el Consejo de Seguridad Nacional (CSN), y por la Comisión general de Investigaciones (CGI), que estaba bajo control de la Agencia Brasileña de Inteligencia (ABIN). Millares de documentos secretos, elaborados entre 1964 y 1975 por el Ministerio de Relaciones Exteriores y por la Policía Federal, también están bajo la custodia del Archivo Nacional. Permanecen desconocidos, sin embargo, la existencia y el paradero de los archivos que documentan los actos cometidos por los principales protagonistas de la violencia del período: las Fuerzas Armadas.

9 La reforma de las instituciones

Si todavía hay mucho que hacer para que se concrete de manera efectiva el deber de verdad y de justicia en particular, también permanece abierto el deber del Estado brasileño de reformar importantes instituciones, tonándolas democráticas y *accountable*. Aunque no queden dudas acerca de importantes avances (sobre todo en las áreas social y económica) registrados a partir de la redemocratización, sigue siendo precario, por ejemplo, el respeto a los derechos civiles, como testimonian los no solo altos, sino en algunos casos crecientes, índices de violencia registrados. Evidencia trágica de eso, es que continúa vigente en comisarías y presidios de todo el país la práctica de la tortura contra presos comunes. Anterior al régimen militar y constituyente de la propia historia brasileña (véase los azotes infligidos a los esclavos),

su práctica se perfeccionó en los subsuelos del régimen y se mantiene hasta hoy, incluso tras la sanción de la Ley 9.455, que desde 1997 tipifica el crimen de tortura, lo que confirma la noción de que la transición democrática no constituye condición suficiente para que se ponga fin definitivo a un pasado represivo. Además de la impunidad y de la amenaza que representa en cuanto a abusos futuros, en el caso brasileño también está claro que hasta el momento actual el país no ha conseguido deshacerse de todo el legado autoritario construido o mantenido a lo largo del régimen arbitrario. Aunque en 1996 fuera aprobada la Ley 9.299, que transfirió de la Justicia Militar a la Justicia Ordinaria la competencia de juzgar a policías militares acusados de la práctica de crímenes dolosos, algunos dispositivos, como la Ley de Seguridad Nacional, todavía persisten. Incompatible con la Constitución de 1988 y de carácter extremadamente autoritario, tal disposición permanece vigente en total conflicto con la práctica democrática.

Y aunque la creación del Ministerio de Defensa en 1999 haya propiciado algún tipo de control civil sobre las Fuerzas Armadas, ninguna reforma significativa ha sido realizada en el sistema de seguridad nacional, que no fue sometido a ningún tipo de purga al término de la dictadura. Así, no son raros los casos, divulgados por la prensa, en general a partir de denuncias de grupos de derechos humanos, de notorios torturadores del periodo que siguen actuando en comisarías, en instituciones públicas, o que están planeando presentarse a elecciones. Hasta hoy, y al contrario de lo que ocurrió en Argentina y Chile, por ejemplo, los militares brasileños no han hecho ningún pedido de perdón oficial. Pese a que la práctica de tortura en aquel periodo haya sido progresivamente admitida por oficiales de las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas, si bien de forma tergiversada (como acción aislada de unos pocos descontrolados y no como política de Estado), las más de veinticinco años de democracia no han constituido tiempo suficiente para que las Fuerzas Armadas brasileñas se arrepientan públicamente de los crímenes cometidos a partir de 1964. En general, los militares permanecen unidos, no expresan arrepentimiento y muchas veces continúan colocando obstáculos para el progreso del proceso de ajuste de cuentas. El ejemplo más reciente de las dificultades de ese grupo en tratar con los crímenes del pasado se dio en el segundo semestre de 2009, durante un debate en torno a la posibilidad de creación de una comisión de verdad. La educación en materia de derechos humanos en las academias militares sigue siendo un tema delicado también.

De todos modos, de manera general, es posible percibir que importantes iniciativas que vienen siendo desarrolladas desde el retorno a la democracia, como es la cuestión de los derechos humanos, parecen estar convirtiéndose gradualmente en una política de estado, por encima de los distintos posicionamientos ideológicos de los gobernantes que se han sucedido al frente del país. El proceso de actualización de Brasil con relación a la protección internacional de los derechos humanos comenzó en el gobierno de José Sarney que firmó, en septiembre de 1985, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes. Su sucesor, Fernando Collor de Mello (PRN), se convirtió en el primer presidente brasileño que destacó el papel de la comunidad internacional en el monitoreo de los derechos humanos, durante el discurso en la apertura anual de la Asamblea de las Naciones Unidas, en 1990, y también el primero que recibió oficialmente

en el país a una delegación de Amnistía Internacional (ALMEIDA, 2002, p. 16). Al contrario de Sarney, cuyo mandato fue marcado por la defensa incondicional de la soberanía del Estado brasileño, Collor rechazó su uso para encubrir violaciones de derechos humanos (ALMEIDA, 2002, p. 62). Con eso, y a partir de la carta circular n° 9.867, de fecha 8 de noviembre de 1990, el Ministerio de Relaciones Exteriores pasó a orientar sus directrices según la posición del gobierno de no persistir en negar los hechos, sino, siempre que fuese el caso, reconocer las violaciones de derechos humanos, para mostrar que el gobierno estaba empeñado en esclarecerlas (ALMEIDA, 2002, p. 87, 122).

Atendiendo a una recomendación de la Declaración y Programa de Acción de la III Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (cuyo comité de redacción fue presidido por Brasil), realizada en Viena en 1996, fue elaborado el primer Programa Nacional de Derechos Humanos (PNDH) del país, con énfasis en la garantía de los derechos civiles y políticos. Entre sus numerosos objetivos, puestos en práctica a partir de su implantación, se destacan la creación del Sistema Nacional de Protección de Testigos y el derribo del presidio de Carandiru, en San Pablo, notable durante la primera mitad de los años de 1990 por la masacre que culminó con la muerte de más de un centenar de presos, y que convirtió el edificio en un símbolo de irrespeto a los derechos humanos. Justo después fue creada, en el ámbito del Ministerio de Justicia, la Secretaría Nacional de Derechos Humanos. El primer PNDH fue revisado y actualizado en 2002, en función de las demandas de los movimientos sociales que propusieron su ampliación. El PNDH II incorporó derechos económicos, sociales y culturales (BRASIL, 2008, 2009b).

Al inicio del primer mandato del gobierno de Lula, en 2003, el organismo pasó a llamarse Secretaría Especial de Derechos Humanos y, junto con la Secretaría Especial de Políticas de Promoción de Igualdad Racial, y la Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres, adquirió estatus de ministerio. Cinco años después, a partir de la 11ª Conferencia Nacional de los Derechos Humanos, se inició un proceso de actualización y revisión de los dos PNDH anteriores, con 137 encuentros que precedieron a las etapas estatal y de distrito, y que implicaron a cerca de 14 mil participantes, entre representantes de la sociedad civil organizada y del poder público. Estructurado alrededor de seis ejes de referencia (uno de ellos dedicado al derecho a la memoria y a la verdad; otro a la educación y cultura en derechos humanos), subdividido en 25 directrices y más de 80 objetivos estratégicos, el PNDH III se basa en las setecientas resoluciones de la 11ª Conferencia, y en muchas otras (provenientes de Conferencias Nacionales temáticas, planes y programas del gobierno federal, además de tratados internacionales ratificados por Brasil, y en recomendaciones de los comités de monitoreo de los tratados de la ONU y sus relatores especiales) (BRASIL, 2009b). Fue lanzado por el presidente de la República el día 10 de diciembre de 2009, en medio de mucha polémica. Al final del 2010, Brasil ratificó la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. A inicios del 2011, tramitaba en el Congreso Nacional, encaminado por el Ejecutivo, el proyecto de ley 7.376/2010⁷ que finalmente deberá instituir, con la finalidad de examinar y esclarecer las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar, la Comisión Nacional de la Verdad.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

- ALMEIDA, W.L. de. **Direitos humanos no Brasil (1988-1998): um desafio à consolidação democrática**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- ARNS, D.P.E. (Org.). **Brasil: nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1985.
- ARQUIVO NACIONAL. **Memórias reveladas**. Disponible en: <<http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>>. Visitado el: 12 dic. 2009.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Anistia**. Brasília, DF: 1982. v. 1, 2.
- _____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos**. Brasília, DF: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, 2007a.
- _____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Para presidente Lula, Brasil deve saber a verdade sobre desaparecidos políticos**. Brasília, DF, 30 ago. 2007b. Disponible en: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/noticias/ultimas_noticias/MySQLNoticia.2007-08-30.4655> Visitado el: 01 sept. 2007.
- _____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Brasil Direitos Humanos, 2008: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal**. Brasília, DF: SEDH, 2008.
- _____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. **Relatório de atividades**. Brasília, DF, jun. 2009a.
- _____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Programa Nacional de Direitos Humanos. PNDH 3 – versão preliminar**. Brasília, DF, set. 2009b. Disponible en: <<http://www.mj.gov.br/sedh/pndh/pndh3.pdf>> Visitado el: 26 nov. 2009.
- D'ARAUJO, M.C.; SOARES, G.A.D.; CASTRO, C. **Os anos de chumbo: a memória militar sobre a repressão**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- DALLARI, D. de A. **Anistia e restauração de direitos**. São Paulo: CBA, 197?.
- DANTAS, I. Livro vai relacionar vítimas da ditadura. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2 dez. 2004. Caderno Brasil.
- FAUSTO, B. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.
- GRECO, H. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- GREEN, J.N. **Apesar de vocês: oposição à ditadura brasileira nos Estados Unidos, 1964-1985**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM); SABADELL, A. L.; ESPINOZA MAVILLA, O. (Coord.). **Elaboração jurídico-penal do passado**

após mudança do sistema político em diversos países: relatório Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos: um debate necessário.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

LUIZ, E. Vítimas da ditadura podem ser indenizadas até o fim do governo Dilma. **Correio Braziliense**, Brasília, 14 jan. 2011. Disponible en: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2011/01/14/interna_politica,232308/vitimas-da-ditadura-podem-ser-indenizadas-ate-o-fim-do-governo-dilma.shtml>. Visitado el: jan. 2011.

MARTINS, R.R. **Liberdade para os brasileiros: anistia ontem e hoje.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

MERLINO, T. Anistia: após 28 anos, esperança de solução para os desaparecidos. **Agência Brasil de Fato**, 29 ago. 2007. Disponible en: <<http://www.brasildefato.com.br/v01/agencia/entrevistas/anistia-apos-28-anos-esperanca-de-solucao-para-os-desaparecidos>> Visitado el: 24 out. 2007.

MEZAROBBA, G. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências – um estudo do caso brasileiro.** São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

_____. **O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile).** Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MIRANDA, N.; TIBÚRCIO, C.. **Dos filhos deste solo – mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado.** São Paulo: Boitempo, 1999.

SOARES, G.A.D.; D'ARAUJO, M.C.; CASTRO, C. **A volta aos quartéis: a memória militar sobre a abertura.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

UNIÃO ESTADUAL DOS ESTUDANTES. **Caderno da anistia.** São Paulo, 1979. Arquivo da Fundação Perseu Abramo.

NOTAS

1. El texto completo de la Ley n. 6.683 está disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>.

2. Entrevista concedida por el ex-presidente de la República José Sarney a Glenda Mezarobba el 23 de agosto de 2007.

3. Entrevista concedida por el ex-presidente de la República José Sarney a Glenda Mezarobba el 23 de agosto de 2007.

4. El texto completo de la Ley n. 9.140 está disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9140.htm>.

ccivil_03/Leis/L9140.htm>.

5. El texto completo de la Ley n. 10.559 está disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10559.htm>.

6. El texto oficial de la sentencia está disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>

7. El texto completo del PL 7.376/2010 puede ser encontrado en: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=478193>.

ABSTRACT

This article reconstructs and analyzes the process of making amends developed by the Brazilian State with victims of the dictatorship and with society. It begins by recounting the nature and the form of the repression used by the military regime (1964-1985), makes a brief characterization of the dictatorship itself and of the process of redemocratization, and then looks at the mechanisms of transitional justice adopted by Brazil. Since the emphasis in Brazil was placed on reparations, this article addresses the compensation paid by the two administrative commissions created for this purpose. It also analyzes what has been done and what still needs to be done in relation to the duties of truth and justice and with respect to the reform of institutions.

KEYWORDS

Amnesty – Brazil – Human rights – Military dictatorship – Transitional justice

RESUMO

Este artigo reconstitui e analisa o processo de acerto de contas desenvolvido pelo Estado brasileiro junto às vítimas da ditadura e a sociedade. Começa recordando a natureza e a forma de repressão utilizada pelo regime militar (1964-1985), faz uma breve caracterização da ditadura propriamente dita e do processo de redemocratização e trata dos mecanismos de justiça de transição adotados pelo Brasil. Como a ênfase, no país, foi dada ao esforço reparatório, trata das indenizações pagas pelas duas comissões administrativas criadas com essa finalidade. Também analisa o que foi feito e o que ainda falta fazer em relação aos deveres de verdade e justiça e no que diz respeito à reforma das instituições.

PALAVRAS-CHAVE

Anistia – Brasil – Direitos humanos – Ditadura militar – Justiça de transição



GERARDO ALBERTO ARCE ARCE

Gerardo Alberto Arce Arce es licenciado en Ciencia Política y Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha cursado estudios en el Center for Hemispheric Defense Studies (CHDS), National Defense University, en Washington D.C. Ha sido becario del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Es miembro del Grupo de Trabajo en el Perú del Programa de Cooperación en Seguridad

Regional de la Fundación Friedrich Ebert. Se desempeña como Investigador del Área de Sociedad y Fuerzas Armadas del Instituto de Defensa Legal.

Email: arce.g@pucp.pe

RESUMEN

El Perú ha vivido en los últimos años un proceso que en gran medida determinó la dinámica de las relaciones entre las Fuerzas Armadas y la sociedad política y civil: la instalación de una Comisión de la Verdad y Reconciliación, y la judicialización de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno, protagonizado por el grupo terrorista Sendero Luminoso y las fuerzas de seguridad del estado (1980-2000). Este proceso generó airadas reacciones desde las Fuerzas Armadas, a través de un conjunto de discursos y estrategias que intentaban limitar sus alcances, por medio de continuos pedidos a las autoridades políticas de medidas de respaldo político y legal para cumplir con sus funciones.

Original en español.

Recibido en marzo de 2010. Aceptado en noviembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Perú – Fuerzas Armadas – Democracia – Derechos humanos – Comisión de la Verdad – Justicia transicional



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

FUERZAS ARMADAS, COMISIÓN DE LA VERDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL EN PERÚ

Gerardo Alberto Arce Arce

1 Introducción

Una afirmación que resiste escasa discusión es que el control civil sobre las Fuerzas Armadas, entendido en sentido amplio como “la capacidad de un gobierno civil democráticamente elegido para llevar a cabo una política general sin intromisión por parte de los militares, definir las metas y organización general de la defensa nacional, formular y llevar a cabo una política de defensa, y supervisar la aplicación de la política militar” (AGÜERO, 1995, p. 47), es uno de los principales requisitos para la consolidación de la democracia. En América Latina, tras el fin de los gobiernos militares y las transiciones a la democracia en la década del ochenta, estos procesos han tenido resultados disímiles: en algunos países se ha avanzado en la institucionalización de los ministerios de Defensa y la reducción de prerrogativas institucionales de las Fuerzas Armadas, en otros el avance ha sido más lento y sinuoso, presentándose en muchos casos resistencias desde la corporación militar a este proceso y, en algunos casos, rechazo a los procesos de justicia transicional en sociedades que dejaban atrás conflictos armados internos o episodios de violencia política y represión estatal.

Un buen ejemplo de esto último lo presenta el Perú, que en los últimos años vivió un proceso que en gran medida determinó la dinámica de las relaciones entre las Fuerzas Armadas y la sociedad política y civil: el proceso de justicia transicional tras fin del régimen de Alberto Fujimori (1990-2000) y la instalación de una Comisión de la Verdad y Reconciliación, encargada de investigar y esclarecer las responsabilidades por las violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno protagonizado por Sendero Luminoso y las fuerzas de seguridad del estado.

En ese contexto, el objetivo de las siguientes páginas es analizar los discursos y estrategias desarrolladas desde la corporación militar frente a dichos eventos, lo cual nos ayudará a comprender, a su vez, los alcances y límites de la reforma del

Ver las notas del texto a partir de la página 49.

sector defensa en el periodo posterior a la transición democrática, así como las consecuencias que el proceso de violencia política que vivió el Perú entre 1980 y el 2000 –y que ciertamente no ha terminado aún en algunas regiones del país– tiene sobre las relaciones entre las Fuerzas Armadas y la sociedad civil y política.

2 La transición a la democracia en el Perú

Ante la renuncia de Alberto Fujimori a la presidencia en noviembre del 2000, se instaló en el Perú un gobierno de transición (noviembre 2000- julio 2001) dirigido por Valentín Paniagua, que tenía como objetivo principal organizar unas elecciones limpias y transparentes, garantizar el debido proceso en los juicios que se habían abierto por casos de corrupción contra operadores políticos del fujimorismo, y entregar el poder a un nuevo gobierno democráticamente electo. En este contexto, al quedar en evidencia ante la luz pública la red de corrupción de Montesinos dentro de las Fuerzas Armadas, y encontrarse éstas cada vez más desprestigiadas ante la opinión pública, no fue demasiado difícil para el gobierno de transición de Paniagua destituir a toda la cúpula militar¹, y generar las condiciones para que el Poder Judicial los procese por los actos de corrupción cometidos con todas las garantías del debido proceso. Una circunstancia inesperada que aceleraría este proceso fue la difusión pública en abril del 2001 del “Acta de sujeción”, firmada en 1999 virtualmente por todos los altos oficiales de las Fuerzas Armadas, en las que estos respaldaban el autogolpe de 1992, la política contrasubversiva que aplicaron las Fuerzas Armadas durante el conflicto armado interno, y las leyes de amnistía:

La participación de las Fuerzas Armadas...en la decisión adoptada por el gobierno del señor presidente de la República el 5 de abril de 1992 fue un acto consciente y serenamente meditado, por lo que el respaldo y apoyo brindado a tal decisión fue la expresión de la voluntad institucional unánime de los miembros que conforman las Fuerzas Armadas, PNP y estamentos del Sistema de Inteligencia Nacional.

(...)

Precisar que la nación ha dictado leyes de Amnistía General que están en plena vigencia, en las cuales queda establecido muy claramente que no le corresponde responsabilidad alguna, institucional o individual, al personal militar, policial y de la comunidad de inteligencia que participaron en la lucha contra el terrorismo.

Declarar que las Fuerzas Armadas (...) asumen el compromiso institucional, sin límite en el tiempo, de defender, proteger y solidarizarse con sus integrantes ante la eventualidad, y no obstante la plena vigencia de las leyes de amnistía, de que se pretendiera responsabilizarlos, encausarlos o ejercer cualquier tipo de represalia por su intervención en la lucha contra el terrorismo.

Ceremonia de Adhesión de Generales y Almirantes, 13 de marzo de 1999 (PERU, 2004, p. 3503-3505).

Si bien se podría argüir que la firma de esta acta fue un hecho compulsivo, al que los mandos militares fueron obligados por Montesinos (a pesar de lo cual algunos generales pudieron encontrar buenas excusas para ausentarse en esa fecha), también es cierto que el contenido de dicha acta refleja a grandes rasgos el estado de ánimo de los mandos militares

en las postrimerías del gobierno de Fujimori: el temor a que, de no reelegirse Fujimori y ganar la oposición las elecciones del 2000, se persiguiera o sancionara penalmente a los generales que apoyaron el golpe de 1992, así como a todos los efectivos militares que cometieron violaciones de derechos humanos durante la lucha contra la subversión.

Frente a la difusión de este pronunciamiento, el gobierno de transición pasó a retiro a 50 generales de división y de brigada del Ejército, a 20 vicealmirantes y contralmirantes de la Marina de Guerra y a 14 generales de la Fuerza Aérea que habían suscrito dicha acta (ROSPIGLIOSI; BASOMBRI, 2006, p. 46). Además, los Comandantes Generales de los tres institutos armados y el Director General de la PNP pusieron sus cargos a disposición y emitieron un comunicado en el que ofrecieron disculpas al pueblo peruano por la participación institucional de las Fuerzas Armadas en el golpe del 1992, esbozaron una autocrítica por su participación en el gobierno de Fujimori y respaldaban la creación de una Comisión de la Verdad señalando:

Su compromiso de cumplir funciones dentro del marco del respeto de los derechos humanos, el fortalecimiento de los valores morales, y en consecuencia, de combatir firme y permanentemente cualquier indicio de corrupción o inconducta en la vida institucional que comprometa tales valores y principios. Por ello, respalda las iniciativas destinadas a la formación e instalación de una Comisión de la Verdad que permita la unión y reconciliación nacionales, fundada en la justicia y en una equitativa y objetiva apreciación de los hechos y circunstancias en que se llevó a cabo el esfuerzo por la pacificación nacional.

Comunicado firmado por los tres Comandantes Generales y el Director General de la PNP el 17 de abril del 2001 (ROSPIGLIOSI; BASOMBRI, 2006, p. 48).

Este giro de 180 grados, en menos de dos años, se debe no solo al cambio en la conducción de las Fuerzas Armadas (nos referimos al cambio en los mandos), sino sobre todo a la debilidad política de éstas tras la caída de la red de Montesinos y la difusión de los casos de corrupción. Pero esto también puede echar luces sobre la superficial convicción de la nueva cúpula militar acerca de la conveniencia de crear una Comisión de la Verdad.

3 La Comisión de la Verdad y Reconciliación

En junio del 2001, a escasas semanas de concluir sus breves 8 meses de gobierno, el ex presidente Valentín Paniagua instaura una Comisión de la Verdad que tenía como mandato “esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre del 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del estado...” (PERU, 2001). Asimismo, entre los objetivos de la comisión se encontraba elaborar propuestas de reparación y dignificación de las víctimas y de sus familiares, y “recomendar reformas institucionales, legales, educativas y otras, como garantía de prevención, a fin de que sean procesadas y atendidas por medio de iniciativas legislativas, políticas o administrativas” (PERU, 2001).

Según uno de los propios comisionados, la decisión de nombrar una Comisión de la Verdad fue “producto del acuerdo entre un sector muy articulado pero no

numeroso de la sociedad civil, donde coincidieron defensores de los derechos humanos y demócratas radicales, con el ala política de ese gobierno que era afín a esas mismas causas” (AMES, 2005, p. 32). Por nuestro lado quisiéramos destacar que consideramos indicativo de la precaria correlación de fuerzas políticas que sustentaban a la comisión el hecho de que esta fuera creada mediante un decreto supremo, norma de rango inferior a una ley que hubiera tenido que ser aprobada por el congreso, en el que en el 2001 aún se encontraba una numerosa bancada fujimorista que presumiblemente se hubiera opuesto a la creación de este organismo. Ante algunas críticas recibidas, sobretudo enfocadas al pasado político de algunos de sus miembros (los comisionados Bernalles, Degregori y Tapia habían sido en su momento militantes o dirigentes de partidos que conformaron la extinta coalición Izquierda Unida), el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006) amplió el número de miembros de la comisión de 7 a 12 –entre ellos un militar en situación de retiro, el Teniente Gral. (r) FAP Luis Arias Graziani– y modificó su nombre por el de Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR).

A pesar de encontrarse profundamente desprestigiada frente a la opinión pública, debido a los casos de corrupción en que se vio involucrada la mayor parte de la cúpula militar durante el régimen fujimorista, la corporación militar no se mostró pasiva o inactiva frente al trabajo de la CVR. Empero, durante los dos años de trabajo de la comisión la corporación trató de mostrarles a los comisionados la visión que los propios militares tenían sobre el conflicto armado interno. Para esto, en agosto del 2001, el Comando del Ejército formó una comisión de enlace ante la CVR, la misma que funcionó como una oficina dependiente de la jefatura del Estado Mayor. A partir de enero de 2002 se dispuso que la Dirección de Asuntos Civiles del Ejército asuma las labores de dicha oficina. Paralelamente una directiva del Ministerio de Defensa dispuso la creación de Comités de Apoyo a la CVR en cada instituto armado y en el Comando Conjunto (CVR, 2002).

De este modo, durante los años 2002 y 2003, la comisión desarrolló una serie de entrevistas con altos mandos de las Fuerzas Armadas vinculados a la lucha antisubversiva entre los años 1980 y 2000. Entre ellos, se entrevistaron a los generales (r) José Valdivia Dueñas, Luis Pérez Documet y Clemente Noel Moral, que habían sido responsables de los comandos político-militares en zonas en estado de emergencia durante dicho periodo. En dichos encuentros, la comisión solicitó a los entrevistados su versión respecto a la estrategia y acciones antisubversivas que les tocó implementar, así como sobre los casos específicos de violación a los derechos humanos que fueron investigados por la CVR (CVR, 2003a). Cabe señalar que las entrevistas solicitadas por la comisión fueron libres y voluntarias y el nivel de respuesta a las convocatorias fue alto.

Asimismo, la comisión entabló canales de diálogo y reuniones de trabajo con los mandos de los institutos armados de ese periodo (2001-2003), quienes les comunicaron a los comisionados el “sentir institucional” al interior de los institutos armados frente al trabajo de la CVR. Así, en una reunión llevada a cabo en las instalaciones del Cuartel General del Ejército, en febrero del 2002, en la que participaron el entonces Comandante General del Ejército, Gral. Víctor Bustamante Reátegui, junto al estado mayor de dicho instituto, y los comisionados Ames, Bernalles y Tapia, el Gral. Bustamante les manifestó a los comisionados “tres preocupaciones que ha recogido dentro de su institución”:

- a) La CVR quiere encontrar militares responsables de violaciones de derechos humanos para enviarlos a prisión.*
- b) Las comisiones de la verdad fueron creadas al finalizar los conflictos internos, pero en el Perú Sendero Luminoso sigue actuando a pesar de su muy reducida presencia.*
- c) Existe el riesgo de que la carga negativa frente al Ejército, creada por la actuación de la cúpula de los 90, influya en las conclusiones de la CVR. (sic)²*

Al analizar estas preocupaciones expresadas por el Comandante General del Ejército, en calidad de vocero del Ejército en tanto corporación, salta a la luz el temor a que el trabajo de la CVR derive en la encarcelación de los oficiales involucrados en la lucha contra la subversión, temor quizás acentuado por el triste espectáculo mostrado por la cúpula militar del régimen fujimorista que en ese momento se encontraba encarcelada por delitos de corrupción. Es decir, si los generales que ejercieron –sea en alianza o controlados por Montesinos– un total dominio de los institutos armados, y que en su momento parecieron infinitamente poderosos e impunes, se encontraban en prisión purgando largas penas, no había impedimento para que generales que no disfrutaban ya de ese poder político, así como oficiales de menor graduación, terminaran encarcelados, no ya por delitos de corrupción, sino por delitos mucho más graves como las violaciones de derechos humanos, que si bien habían sido cometidas con anterioridad, podrían contar con el beneficio de la imprescriptibilidad (delitos cuya responsabilidad no se extingue por el paso del tiempo).

La Comisión de la Verdad y Reconciliación hizo público su Informe Final en agosto del 2003. En él se concluye que “la causa inmediata y fundamental del desencadenamiento del conflicto armado interno fue la decisión del Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (PCP-SL) de iniciar ‘la lucha armada’ contra el estado peruano...” (CVR, 2003b, Tomo VIII, p. 317). Asimismo, se señala que Sendero Luminoso fue el principal perpetrador de crímenes y violaciones de derechos humanos, siendo responsable del 54% de víctimas fatales que fueron reportadas a la comisión. De igual manera, la CVR también concluyó que las Fuerzas Armadas aplicaron una estrategia que en un primer período fue de represión indiscriminada contra la población considerada sospechosa de pertenecer al PCP-SL. En un segundo período, esa estrategia se habría hecho más selectiva, aunque continuó posibilitando numerosas violaciones de los derechos humanos (CVR, 2003b, Tomo VIII, p. 323).

Del mismo modo, señala que en ciertos lugares y momentos del conflicto armado interno la actuación de miembros de las Fuerzas Armadas no sólo involucró algunos excesos individuales de oficiales o personal de tropa, sino también prácticas generalizadas y/o sistemáticas de violaciones de los derechos humanos (asesinatos, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes) que constituyeron crímenes de lesa humanidad así como transgresiones de normas del Derecho Internacional Humanitario (CVR, 2003, Tomo VIII, p. 323-325). Sin embargo, la comisión también reconoció el importante y legítimo rol que desempeñaron las Fuerzas Armadas en la lucha contra los grupos subversivos:

La CVR reconoce la esforzada y sacrificada labor que los miembros de las fuerzas armadas realizaron durante los años de violencia y rinde su más sentido homenaje a los más de un millar de valerosos agentes militares que perdieron la vida o quedaron discapacitados en cumplimiento de su deber.

(CVR, 2003, Tomo VIII, p. 323)

Por último, cabe señalar que en el Informe Final también se presentaron un conjunto de recomendaciones de reformas institucionales, entendidas como garantías de prevención para evitar que estos hechos de violencia se repitan en el futuro. En el caso de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, las recomendaciones apuntaban a “afianzar una institucionalidad democrática, basada en el liderazgo del poder político, para la defensa nacional y el mantenimiento del orden interno” (CVR, 2003b, Tomo IX, p. 120-125).

Cabe señalar que el único comisionado que suscribió el Informe Final “bajo reserva” fue el Teniente Gral. FAP^{*} Luis Arias Graziani –que fue uno de los comisionados nombrados por el presidente Toledo– quien en una carta dirigida al presidente de la CVR, Salomón Lerner, señalaba, tras reconocer que la comisión cumplió su mandato con “seriedad y esmero”, que:

4. ... no puede juzgarse con el mismo nivel de responsabilidad a la infames huestes terroristas (Sendero Luminoso y MRTA) con los contingentes de las Fuerzas Armadas. Estas últimas participaron en la acción contrasubversiva en cumplimiento de su misión Constitucional, por disposición de los Gobiernos de turno en dos décadas. Es de relevar que esos Gobiernos habían sido elegidos por el voto popular, lo que hace suponer que analizaron democráticamente la conveniencia de ordenar la participación de las Fuerzas Armadas, así como declarar los Estados de Emergencia y establecer los mandos Políticos-Militares.

(Carta del Teniente General FAP^{*} Luis Arias Graziani –
CVR, 2003b, Tomo VIII)

Es preciso señalar que en el informe de la comisión en ningún momento se coloca en el mismo nivel de responsabilidad a las Fuerzas Armadas y policiales, y a los grupos subversivos. Al margen de las violaciones de derechos humanos cometidas, en todo momento se señala que las primeras actuaron en nombre de la ley y en defensa del régimen democrático, mientras que las segundas se levantaron de manera autoritaria en contra de dicho régimen. En la carta reseñada líneas arriba Arias Graziani también solicita que no aparezcan en el Informe Final los nombres de todos los militares responsables de violaciones de derechos humanos, sino que sean entregados reservadamente al poder ejecutivo, para que éste, a su vez, los remita al Ministerio Público para la investigación correspondiente. Por último, Arias Graziani³ exige que queden claramente distinguidas las responsabilidades individuales de los oficiales militares que tuvieron responsabilidad en la perpetración de violaciones de derechos humanos, de la “responsabilidad institucional que se pretende sugerir”. Esta distinción será un lugar común que veremos en los pronunciamientos de militares en retiro –y también en actividad– a propósito del

informe final de la CVR, y que impedirá un reconocimiento de la responsabilidad institucional de las Fuerzas Armadas en las prácticas sistemáticas de violaciones de derechos humanos, tal como hicieron en su momento los mandos militares de Chile y Argentina, a propósito de los crímenes cometidos durante la represión perpetrada en el contexto de las dictaduras militares en el Cono Sur.

4 Las reacciones frente al Informe Final de la CVR

Los meses y años en los que se desarrolló el trabajo de la CVR, así como el periodo posterior a la difusión de su Informe Final, fueron un periodo de constante deslegitimación del mismo gobierno que le había brindado su apoyo para cumplir con su mandato —el gobierno de Alejandro Toledo—, apoyo materializado no solo en el aumento del número de miembros de la comisión, el otorgamiento de parte del presupuesto necesario para lograr sus fines —complementados con recursos provenientes de la cooperación internacional—, así como de una prórroga en el plazo de su mandato, sino también en el endoso público a sus conclusiones y propuestas de reformas institucionales.

Además, algunos sectores de oposición política, entre los que destacaban el Apra —segunda fuerza en el congreso 2001-2006—, y el debilitado pero aún presente fujimorismo, aprovecharon la difusión del Informe Final para enfilar sus baterías contra el gobierno, por su supuesto contubernio o alianza con los sectores progresistas (denominados ya por ese entonces como *caviares*). Pero quizás las reacciones más estruendosas provinieron de los sectores de la derecha económica y social, y de las propias Fuerzas Armadas a través de sus voceros oficiales y oficiosos.

De esta manera, apenas se hizo público el Informe Final se suscitaron las más airadas reacciones desde diversos sectores, en muchos casos criticando la cifra de víctimas fatales estimada por la comisión (69.280 personas), o la asignación de responsabilidades a efectivos militares involucrados en casos de violaciones de derechos humanos. Así, un colectivo que agrupa a 42 ex Comandantes Generales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea del Perú emitió un pronunciamiento criticando agresivamente el Informe Final de la CVR y denunciando un sesgo en sus conclusiones:

4. Por lo anterior, no es aceptable que la CVR afirme en su informe (conclusión N° 54) que las FF AA aplicaron una estrategia de represión indiscriminada que posibilitó numerosas violaciones de Derechos Humanos. Es inconsecuente pretender mellar, por un criterio no veraz y sesgado como lo presenta la CVR, la dignidad y el honor de las FF AA. demostrados a lo largo de la historia del Perú, los cuales no pueden ser comprometidos por determinados actos individuales que merecen sanción y que de ningún modo deben generalizarse. Es falso que las FF AA. hayan actuado recurriendo a prácticas violatorias de los Derechos Humanos en forma sistemática. Reiteramos que las FF AA actuaron bajo el imperio de la Constitución, las leyes y sus propios reglamentos, con una entrega y sacrificio total que en vez de sufrir escarnio, debería recibir el reconocimiento de la Nación.

(DIARIO CORREO, 2003b, p. 15).

Por su parte la Asociación de Oficiales Generales y Almirantes (ADOGEN), el gremio más representativo de los militares en situación de retiro, publicó un

comunicado en el que rechazaba tajantemente las afirmaciones del Informe Final de la CVR, particularmente en lo referido al accionar de las Fuerzas Armadas durante el conflicto armado interno:

Frente al tratamiento sesgado con el que el Informe Final de la CVR se refiere a la actuación de las FFAA y PNP en el periodo de la barbarie terrorista...la Asociación de Oficiales Generales y Almirantes, interpretando el sentir de la oficialidad de la más alta jerarquía institucional, en concordancia con el de los poderes, organismos, dependencias, y gremios que sustentan y defienden el orden constitucional y el interés nacional se dirige a la opinión pública para puntualizar lo siguiente:

(...)

Si hubo excesos en algunos de sus miembros, ellos respondieron a una estratagema aplicada por Sendero para provocar reacciones violentas contra la población civil que no deben atribuirse a la generalidad de las fuerzas ni a órdenes superiores. La acusación a los defensores del Estado en esta especial circunstancia que el derecho ampara, sería el punto culminante de este ardid que busca la desmoralización de las FFAA y PNP y su divorcio de la sociedad para debilitar la capacidad defensiva del país.

(...)

ADOGEN, consciente de su deber profesional, rechaza con firmeza aquellas aseveraciones del Informe Final que atribuyen carácter general y sistemático a las acciones reprobables de algunos efectivos de las Fuerzas del Orden, por considerar que exaltan lo individual y negativo con menoscabo de la eficiencia profesional y colectiva demostrada por las FFAA y PNP, y constituir un acto inconsecuente con instituciones fundamentales de la nación a las que se debe reconocimiento y gratitud.

(DIARIO EL COMERCIO, 2003a).

Finalmente, el texto indica que la referida agrupación esperaba que el gobierno tuviera en cuenta las inquietudes de las Fuerzas Armadas al momento de asumir alguna posición frente al informe de la CVR. Como puede verse, en estos comunicados no se busca hacer un mea culpa institucional o corporativo, ni se muestra el menor atisbo de una visión autocrítica con respecto al rol de las Fuerzas Armadas durante el conflicto armado interno y el proceso político reciente –por ejemplo, los casos de corrupción y la cooptación institucional durante el régimen fujimorista–. Por el contrario, se califica a la CVR de estar sesgada o de ser un instrumento político de sectores políticos de izquierda. Además, se elaboran concepciones sobre el rol de las Fuerzas Armadas –definidas por los miembros de ADOGEN como *instituciones fundamentales de la nación*– dentro del estado y de la sociedad, que todavía muestran preocupantes resabios de la doctrina de Seguridad Nacional propia de las dictaduras militares que gobernaron en la región entre las décadas del 60 y 80.

Este tipo de reacciones sobre la apreciación que el Informe Final de la CVR presenta sobre el rol de las Fuerzas Armadas durante el conflicto armado interno, no solo vinieron de los elementos en retiro de las Fuerzas Armadas, sino también del sector empresarial. Así, en un pronunciamiento que también emitió la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) se puede leer lo siguiente:

CONFIEP considera que no es aceptable que algún sesgo ideológico, oportunismos políticos, o cualquier designio o interés, pueda conducir a una fragmentación de la verdad histórica, a una historia oficial o a un mito fabricado, que las generaciones futuras acepten como historia cuando en realidad no es historia ni es verdad.

....

Segundo: No estamos de acuerdo en calificar el accionar de las Fuerzas Armadas y Policiales, como una sistemática y generalizada política de atentados contra los derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad. Debe quedar claramente establecido que el papel de las Fuerzas Armadas y Policiales, es el de la defensa del Estado en cumplimiento de las disposiciones de los Gobiernos que, en cada período gubernativo, tienen a su cargo la responsabilidad de preservar la integridad de la Nación. En este empeño, miles de militares y policías, dejaron la vida o quedaron discapacitados por proteger al Estado y sus ciudadanos. La actuación individual de algún miembro de dichas fuerzas, violando las normas legales institucionales y penales, es responsabilidad de sus autores y debe ser sancionada de acuerdo a ley.

....

Quinto: No estamos de acuerdo con el tratamiento del tema de las víctimas del terrorismo, porque no se destaca en toda su magnitud, como hechos que todos los peruanos hemos vivido, no solo el sacrificio de los campesinos más pobres y desamparados de nuestra patria, sino también el sufrimiento de miles de familias de los militares, policías y ronderos que defendieron a la Nación, el sacrificio de empresarios, funcionarios y trabajadores que fueron asesinados y las cuantiosas pérdidas materiales que afectaron al Estado, al atacar las fuentes productoras de riqueza y de impuestos y la propia infraestructura de la Nación.

Tampoco estamos de acuerdo en comparar los asesinatos perpetrados por los terroristas con las muertes ocasionadas por las fuerzas del orden en combate y en defensa de la patria.

(DIARIO EL COMERCIO, 2003b).

Reproducimos en extenso el pronunciamiento de la CONFIEP porque creemos que es una buena manifestación de la cultura política que impera en las elites sociales y económicas de nuestro país, y en los sectores políticos conservadores. Esta posición considera que las conclusiones de la CVR no fueron producto de un trabajo de investigación científica y reconstrucción histórica, sino mero producto de los supuestos sesgos ideológicos de sus miembros. Asimismo, esta posición niega el carácter sistemático que –en ciertos lugares y momentos durante el conflicto armado interno– tuvieron las violaciones de derechos humanos cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas. Todo este conjunto de pronunciamientos se basó primordialmente en una lectura interesada del capítulo de conclusiones del Informe Final, dejando de lado el análisis sobre las causas y secuelas del proceso de violencia política, así como los casos investigados y los estudios en profundidad. Igualmente, el Programa Integral de Reparaciones y las propuestas de reformas institucionales no fueron tema de estos pronunciamientos.

Por último, cabe señalar que el Ministerio de Defensa no emitió ningún pronunciamiento público con respecto al Informe Final de la CVR, ya que la posición oficial del gobierno sería emitida por el Presidente Alejandro Toledo. Sin embargo, dos semanas después de la presentación del Informe, el ministro Aurelio Loret de Mola,

en una ceremonia de entrega de indemnizaciones a viudas de ronderos, aprovechó la presencia de los medios de comunicación y “rindió tributo a los efectivos de las tres instituciones armadas fallecidos, heridos, discapacitados o con problemas psicológicos y psiquiátricos”, como consecuencia de su participación durante el conflicto armado (GUILLEROT, 2003a, p. 6). Además de esto, durante el mes posterior a la difusión del Informe Final, el Ministerio de Defensa propalaría un video publicitario en algunos canales de televisión, en el que se mostraba a miembros de las Fuerzas Armadas heridos y discapacitados como consecuencia del accionar de Sendero Luminoso, y se expresaba un sentido agradecimiento a ellos. Sin embargo dicho video adolecía de una mirada sesgada, ya que no mostraba a las víctimas causadas por el accionar de las Fuerzas Armadas (VICH, 2003). La posición oficial del Poder Ejecutivo fue comunicada por el presidente Alejandro Toledo, a través de un mensaje a la nación hecho público el 23 de noviembre del 2003, casi tres meses después de la difusión pública del Informe. En dicho mensaje Toledo pidió perdón, en nombre del estado, a las víctimas de la violencia. Asimismo, reconoció que:

En un conflicto de esta naturaleza, algunos miembros de las Fuerzas del Orden incurrieron en excesos dolorosos. Corresponderá al Ministerio Público y al Poder Judicial dictar justicia sobre estos casos, sin amparar ni la impunidad ni el abuso. Somos respetuosos de la independencia de los poderes.

(GUILLEROT, 2003b, p. 14)

Asimismo, Toledo anunció la creación de una política de estado para la reconciliación, y un Plan de Paz y Desarrollo, consistente en un conjunto de inversiones por 2.800 millones de soles para promover el desarrollo en las zonas afectadas por la violencia política.

5 Los juicios por violaciones de Derechos Humanos

Una de las herencias de la labor de la CVR fue abrir la posibilidad de realizar investigaciones judiciales y procesos penales contra aquellos oficiales militares responsables de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, y de esta manera otorgar justicia y reparación a las víctimas. Al concluir su mandato, la Comisión entregó al Ministerio Público el conjunto de evidencias obtenidas sobre 47 casos que habían sido objeto de investigación durante su labor. Estas evidencias fueron utilizadas por el Ministerio Público para iniciar la investigación fiscal de dichos casos.

Sin embargo, a más de siete años de iniciado dicho proceso el balance es muy limitado. Tal como señala la Defensoría del Pueblo:

Si bien es de reconocer los esfuerzos del Ministerio Público y del Poder Judicial, especialmente, en la creación de algunas instancias especializadas para la investigación y juzgamiento de estos casos, también es necesario señalar que se han advertido dificultades en el desarrollo de las investigaciones y retrocesos respecto de criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Sala Penal Nacional.

(DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 104).

Cabe señalar que estos retrocesos fueron de la mano con la evolución del proceso político y la recuperación por parte de las Fuerzas Armadas de parte del poder político del que disfrutaron en el pasado.

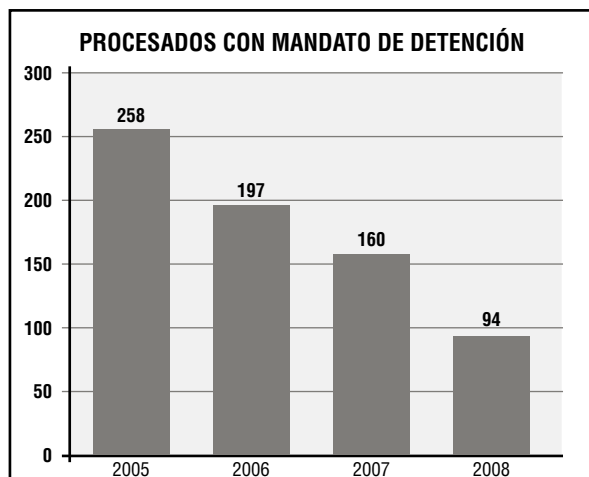
En los últimos años la Defensoría del Pueblo ha venido realizando un seguimiento del estado de estos procesos judiciales, en los que la mayoría de denunciados son efectivos militares. De este universo de 194 casos (de los cuales 47 fueron presentados por la CVR, 12 investigados por la propia Defensoría y 159 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 112 (el 57.7%) continuaban en investigación preliminar a fines del 2008, pese a que en su mayoría estos procesos se iniciaron entre fines del año 2001 y principios del 2004. En esta situación se encontraban, entre otros, los casos *Violaciones a los derechos humanos en la Base Militar de Capaya y Matanza de campesinos en Putis*, en investigación desde diciembre del año 2001 (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 125).

Del mismo modo, el 57.4% de los casos en instrucción y en juicio oral o pendientes de éste (27 casos), se encontraba en trámite desde mediados del 2004 (16 casos) o principios del 2005 (13 casos), como ocurre en los casos *Violaciones a los Derechos Humanos en el Cuartel Los Cabitos N° 51* y *Ejecución extrajudicial de Juan Mauricio Barrientos Gutiérrez*, cuyos plazos de investigación judicial se han ampliado hasta en seis oportunidades (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 127-128). Según los informes de la Defensoría, entre los factores que contribuyen con este estancamiento, se encuentran las dificultades para individualizar a los responsables debido a la falta de colaboración del Ministerio de Defensa, y su renuencia a brindar información sobre la identidad de los oficiales militares involucrados en estos casos.

Con respecto a la cantidad y situación de los militares procesados, se sabe que los 30 procesos penales relacionados con los casos presentados por la CVR y la Defensoría del Pueblo involucran a 339 procesados, de los cuales 264 pertenecen al ejército, 47 a la Policía Nacional del Perú, 17 a la Marina de Guerra, y 11 son civiles (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 139)⁴. Cabe señalar que el 61.4 % de estos procesados (208) están comprendidos en 5 casos: *Destacamento Colina* (58 procesados), *Ejecución arbitraria de pobladores en Cayara* (51), *Ejecuciones arbitrarias en Pucará* (41), *Ejecuciones arbitrarias en Accomarca* (31) y *Matanza de 34 campesinos en Lucmahuayco* (27) (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 142). Sobre la situación de estos procesados cabe advertir que:

En el caso de los procesados por violaciones de derechos humanos, la tendencia de los jueces de imponer mandatos de detención ha variado significativamente a lo largo de los últimos años. En esta medida, del total de procesados en los casos presentados por la CVR y la Defensoría del Pueblo, en el año 2005, 258 procesados tenían en su contra un mandato de detención (67%). En el año 2006, este número se redujo a 197 (53%), y en la actualidad sólo 94 procesados tiene un mandato de detención en su contra (27.7%). El 72,3% restante (245 procesados) tienen mandato de comparecencia con restricciones.

(DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 145).



Fuente: Expediente de los juzgados supraprovinciales penales y anticorrupción; salas penales y mixtas; y Sala Penal Nacional.
Elaboración: Defensoría del Pueblo (2008)

Además, la Defensoría del Pueblo reporta que hasta noviembre del 2008, de los 94 procesados que tenían mandato de detención, sólo 43 cumplían en forma efectiva esta medida, mientras que 51 se encontraban en calidad de reos ausentes o contumaces. Según la Defensoría, el bajo índice de ejecución de los mandatos de detención, es un factor que le resta celeridad a los procesos de judicialización de violaciones de derechos humanos. Esto, a su vez, se debe a la falta de voluntad por parte de las autoridades del Ministerio de Defensa de colaborar

en el cumplimiento de estos mandatos (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 146-148). En cualquier caso, podría argüirse que esta gradual disminución de la cantidad de militares con mandatos de detención (órdenes de captura), podría estar correlacionada con la también gradual recuperación de poder político por parte de las Fuerzas Armadas, tal como veremos en el resto de este capítulo y el siguiente.

Sin embargo, la judicialización de violaciones de derechos humanos cometidas por oficiales militares, no es precisamente una de las prioridades de la opinión pública, quizás por la generalizada percepción de que los principales perpetradores de estos crímenes durante el conflicto armado interno, no fueron las Fuerzas Armadas, sino los grupos subversivos:

¿QUIÉNES CREE QUE FUERON CAUSANTES DEL MAYOR NÚMERO DE VÍCTIMAS EN AQUEL PERIODO: LAS FUERZAS DEL ORDEN O LOS GRUPOS SUBVERSIVOS?

Respuestas	Localidades			
	Lima-Callao	Otras ciudades	Huánuco- Junín	Ayacucho
Las fuerzas del orden	8,2	13,2	12,5	15,3
Los grupos subversivos	46,2	42,4	46,2	25,5
Ambos por igual	40,0	42,3	38,3	50,5
No responde	5,6	2,1	3,0	8,7
Total	100	100	100	100

Fuente: Sulmont 2007

A pesar de que en este sondeo sobre temas de justicia transicional, llevado a cabo por el Idehpucp a fines del 2006, un alto porcentaje de entrevistados responde que ambos, las fuerzas del orden y los grupos subversivos, fueron causantes del mayor número de víctimas durante el conflicto (si bien cuando se individualiza a ambos grupos resulta evidente la mayor responsabilidad atribuida a los grupos subversivos en comparación

con las Fuerzas Armadas), al preguntárseles por las medidas a tomar en el futuro, la mayoría de entrevistados respondió que el otorgamiento de reparaciones económicas y la inversión en desarrollo en las zonas más pobres del país tenía prioridad sobre la investigación y sanción a los responsables de las violaciones de derechos humanos.

PENSANDO EN LOS HECHOS OCURRIDOS Y EN EL FUTURO DEL PAÍS, DE TODO LO MENCIONADO, ¿QUÉ CREE QUE ES LO MÁS IMPORTANTE?

Medidas	Localidades			
	Lima-Callao	Otras ciudades	Huánuco- Junín	Ayacucho
Que se dé apoyo y reparación a las víctimas de la violencia	20,7	22,4	31,1	32,3
Que se invierta en el desarrollo de las zonas más pobres del país	32,5	32,2	28,7	23,8
Que se investigue y sancione a los responsables de las violaciones de derechos humanos	24,9	16,6	13,5	23,3
Que se reforme la educación para que se promueva la paz	13,5	13,3	14,7	9,3
Que se garantice que en el futuro las fuerzas del orden respetaran los derechos humanos	5,8	14,7	10,3	4,4
No responde	2,5	0,9	1,8	6,9
Total	100	100	100	100

Fuente: Sulmont 2007

Por último, debemos señalar que, tal como lo señala la Defensoría del Pueblo, uno de los factores que incide en la lentitud de los juicios por violaciones de derechos humanos –en muchos casos estos procesos superan los 7 años sin obtener sentencia– fue la falta de colaboración por parte del Ministerio de Defensa con las instituciones de administración de justicia, y su renuencia a brindar información sobre la identidad de los oficiales militares involucrados en estos casos. Sin entrar en mayores detalles, debemos apuntar que las excusas dadas por los funcionarios del Ministerio de Defensa apuntan a la inexistencia de dicha información –en muchos casos se alega que la información fue destruida o que dicha información nunca existió (se dice, por ejemplo, que no se guardaba la relación de nombres de los oficiales asignados a una determinada base militar, sino, por razones de seguridad, solo sus *alias*). Sin embargo, tampoco se buscaron vías alternativas para acceder o reconstruir dicha información (como la revisión sistemática de las fojas de servicio de todos los oficiales para averiguar quienes estuvieron asignados a determinadas bases y en qué momento).

6 Los pronunciamientos sobre los juicios de DDHH: pedidos de respaldo político y legal

Como hemos visto a través de los pronunciamientos de las asociaciones de militares retirados, los años posteriores a la transición democrática fueron un periodo especial en el que las relaciones entre las Fuerzas Armadas y la sociedad civil y política estuvieron signadas por los procesos de judicialización de casos de violaciones de derechos humanos investigados por la CVR, en los que efectivos militares están involucrados como principales perpetradores de crímenes. El aumento de la conflictividad civil-militar puede apreciarse, por ejemplo, en el pronunciamiento que en marzo del 2005 un grupo de 17 ex Comandantes Generales del Ejército –desde los que dirigieron la institución en la década del 70, como los generales Francisco Morales Bermúdez (ex Presidente de la República) y Edgardo Mercado Jarrín, hasta los que lo hicieron en el nuevo siglo como los generales Carlos Tafur, Jose Cacho Vargas y Víctor Bustamante– produjeron “interpretando el sentir del personal de oficiales, técnicos, suboficiales, tropa-servicio militar, empleados civiles y familia militar”, en que se señala que:

5. Los excesos de algunos jueces y fiscales que siguen las causas contra el personal militar denunciado, están germinando sentimientos y reacciones que pueden tener consecuencias muy graves para el desempeño futuro del personal del Ejército, pues estas afectarían directamente la seguridad nacional, pudiendo generar entre otros los siguientes efectos:

a) Eximirse de tomar decisiones y acciones para combatir resueltamente a quienes atenten contra la seguridad nacional y el orden interno, a causa de las represalias legales a las que están expuestos los oficiales, técnicos, suboficiales y tropa servicio militar por la falta de respaldo político y legal de sus actos en operaciones de combate y/o restablecimiento del orden público.

...

7. Al igual que ayer, existen algunas personas y organizaciones que conciente o inconcientemente colaboran con el accionar sicosocial de los terroristas o atacan sin fundamento alguno al Ejército, confundiendo a la opinión pública en el afán mezquino de obtener prebendas o ganar protagonismos, sin entender que sus acciones dividen y debilitan a la sociedad peruana, al desarrollar una nefasta y antipatriótica conducta, pretendiendo tener el patrimonio de la verdad en desmedro de la unidad nacional.

8. Pretendemos pues que se respeten los derechos humanos de todos los peruanos, por ello no buscamos el enfrentamiento ni la confrontación, tampoco buscamos generar polémica alguna: sin embargo, exhortamos al pueblo peruano para que permanezca atento al accionar de ideologías y entidades que buscan el enfrentamiento del estado y la sociedad contra su Ejército. Es la nueva estrategia del terrorismo que todos debemos conocer para combatirla decidida y frontalmente.

(DIARIO EL COMERCIO, 2005, el resaltado es nuestro).

En este comunicado saltan a la vista varios elementos, entre ellos la crítica a la labor del Poder Judicial y el Ministerio Público, el ataque contra los organismos de

derechos humanos –y su antojadiza vinculación con la “estrategia del terrorismo”–, pero lo más preocupante resulta la abierta amenaza o chantaje expresado en lo relativo a que las Fuerzas Armadas no cumplirían con sus funciones y misiones constitucionales –es decir, con las tareas encargadas a ellas por las autoridades políticas, entre las que se encuentra el control del orden interno en determinadas circunstancias, lo que constituiría un acto de rebeldía–, si no se les brinda a los militares el necesario *respaldo político y legal*, entendido esto último como inmunidad frente a denuncias por violaciones de derechos humanos cometidas tanto en el pasado durante el conflicto armado interno, como durante las “*operaciones de combate y/o restablecimiento del orden público*” realizadas en ese momento y a lo largo de toda la década. En resumidas cuentas, se trata de un reclamo que busca canjear impunidad por obediencia, en un contexto de creciente conflictividad social en el que, en algunos casos –como en las protestas desarrolladas en las regiones de Arequipa y Puno durante los años 2002 y 2003– se utilizó a las Fuerzas Armadas para hacer frente a los disturbios que amenazaban poner en juego la propia estabilidad del régimen.

7 Respuestas desde el Estado a los pedidos de respaldo político y legal

El proceso electoral del 2006 trajo como consecuencia un radical cambio en el escenario político. En efecto, como producto de las elecciones surgió una nueva correlación de fuerzas –visible tanto en el parlamento como en el Poder Ejecutivo– muy distinta a la que hizo posible la creación de la CVR durante el gobierno de transición, y el desarrollo de su mandato durante el gobierno de Alejandro Toledo. En este nuevo escenario los sectores Fujimoristas, que habían sido una ínfima minoría en el congreso durante el periodo 2001-2006, recobraron fuerza y se convirtieron en una fuerza gravitante, permitiendo al partido aprista conformar mayorías –junto con la bancada de Unidad Nacional– para llevar adelante determinadas iniciativas.

En efecto, tras ganar las elecciones Alan García (Apra, 2006-2011), y tomar las primeras decisiones de su nuevo gobierno, se haría cada vez más evidente su alianza con los mismos sectores que habían sido su tenaz oposición en el pasado: la derecha política, económica y social. Por este motivo, la decisión de García de nombrar como ministro de Defensa a Allan Wagner sorprendió a muchos, pues se esperaba que, tratándose de un sector tan sensible como Defensa, y dada su nueva cercanía a los sectores conservadores al interior del empresariado, la iglesia, y las Fuerzas Armadas (estas dos últimas corporaciones representadas por su cercanía al Cardenal del Opus Dei Juan Luis Cipriani y el vicealmirante y nuevo vicepresidente Luis Giampietri, respectivamente), se nombrara en esta cartera a un político de perfil más conservador. Cabe señalar que este pronóstico se cumpliría tiempo después, con los sucesivos nombramientos en Defensa de Antero Flórez Araoz y Rafael Rey.

Wagner, ex canciller de García en su primer gobierno, embajador de carrera y de preferencias políticas más bien centristas, se esforzaría en contradecir los

pronósticos de los analistas políticos en lo relacionado a la derechización del régimen, pues nombraría en la alta dirección del Ministerio de Defensa a un destacado equipo de profesionales cuyas trayectorias no se condecía con esa supuesta derechización. Empero, la gestión de Wagner sí significó un “*respaldo político y legal*” a la corporación militar. Este se concretó en la decisión de este ministro de brindar servicios de defensa legal gratuita –es decir, pagada por el estado– a los militares procesados por violaciones de derechos humanos. Es decir, el mismo estado que se rehusaba al otorgamiento de reparaciones económicas individuales para las víctimas de la violencia política, se comprometía en cambio a sufragar los gastos de defensa legal de los perpetradores de dichas violaciones de derechos humanos. Para entender el razonamiento que llevó a Wagner a tomar esta decisión, citaremos sus propias palabras ante la Comisión de Defensa Nacional del Congreso, en la oportunidad en la que se presentó ante dicha comisión para presentar las que serían las líneas matrices de su gestión:

Esto también nos lleva a otros aspectos, por ejemplo, que yo he tenido oportunidad de mencionar en público, como es el caso del apoyo a la defensa legal de los miembros de las Fuerzas Armadas que están siendo investigados o sometidos a proceso. La ley es para todos, todos somos iguales ante la ley y todos tenemos los mismos derechos y obligaciones; y uno de los derechos que la ley nos confiere y la Constitución nos consagra es el derecho a la defensa, y por consiguiente hay necesidad de que el Estado y la sociedad, no solamente el Estado, acudan en apoyo al ejercicio, al derecho de la defensa por parte de quienes están siendo en estos momentos procesados o investigados.

(...)

O sea, la justicia tiene que basarse en un debido proceso, en el ejercicio de la legítima defensa, a la defensa a que tienen derecho todos los miembros, pero al mismo tiempo a que las responsabilidades sean individualizadas y no se haga pues una bolsa que está afectando, sin duda, a la moral, está afectando a personas y está afectando a familias.

Entonces, hay necesidad de atender esta situación, y así como el Estado está decidido a ir con apoyo económico para que esta defensa legal se pueda realizar, también pensamos que la propia sociedad que fue defendida por nuestras Fuerzas Armadas y Policiales se movilice en apoyo a la defensa de estos miembros de nuestras instituciones.

(PERU, 2006a).

La defensa legal gratuita para presuntos perpetradores de violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno, se concretaría a través de una norma (PERU, 2006b) que establece que el “personal militar o policial, en situación de actividad o retiro, denunciados o procesados penalmente ante el fuero judicial común por presuntos delitos contra los derechos humanos, por actos realizados en el ejercicio de sus cargos, en la lucha antisubversiva en el país” (PERU, 2006b, art. 1), recibiría servicios de defensa legal pagados con recursos de los presupuestos de los ministerios de Defensa y del Interior. Años más tarde, ya durante la gestión de Rafael Rey, se sabría que un gran número de militares procesados que se acogieron a esta norma para recibir este beneficio, solicitaron que el Ministerio de

Defensa contrate los servicios legales del estudio de abogados de César Nakasaki (y de Rolando Souza, congresista fujimorista) también abogado de Alberto Fujimori en el caso de las *matanzas de Cantuta y Barrios Altos*, así como de otros mandos militares procesados por corrupción durante el régimen fujimorista (DIARIO EL COMERCIO, 2009, DIARIO LA REPÚBLICA, 2009).

Esta buena predisposición del ministro Wagner hacia los militares procesados, sería profundizada tras su relevo en el Ministerio de Defensa por Antero Flórez Araoz a fines del 2007. La animosidad de Flórez Araoz en contra de los sectores que defienden la causa de los derechos humanos, así como su defensa de los militares procesados por estos delitos, se haría patente en su férrea oposición a la creación de un Museo de la Memoria que recuerde a las víctimas del proceso de violencia política que vivió el Perú en décadas pasadas. Frente al ofrecimiento del gobierno de Alemania de una donación de dos millones de dólares para la construcción e implementación de este Museo, a fines del 2008, ofrecimiento que fue rechazado inicialmente por el gobierno de García, Flórez Araoz se convirtió en el principal vocero de la oposición a esta iniciativa al interior del gabinete de ministros, difundiendo claramente la posición oficial de que la construcción de un memorial que recuerde los crímenes cometidos por agentes del estado —entre otros actores— en el marco del conflicto armado, no era precisamente una prioridad para el gobierno, abocado más bien a la lucha contra la pobreza⁵.

Grande sería la sorpresa de Flórez Araoz cuando, días después, y tras un encendido debate en los medios de comunicación en los que intercambió adjetivos con el escritor Mario Vargas Llosa (LLOSA, 2009), el gobierno creó una Comisión de Alto Nivel para la gestión e implementación del Museo de la Memoria⁶, presidida precisamente por Vargas Llosa e integrada por el Monseñor Luis Bambarén, Frederick Cooper, Fernando de Szyszlo, Juan Ossio, Enrique Bernal y Salomón Lerner (estos dos últimos ex comisionados de la CVR). Sin embargo, cabe señalar que en el mandato otorgado a dicha Comisión de Alto Nivel, no se hace ninguna alusión a las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante el conflicto armado interno, sino solo a la perpetrada por grupos subversivos. En efecto, el mandato de dicha comisión consiste en:

Velar porque el Museo de la Memoria represente con objetividad y espíritu amplio la tragedia que vivió el Perú a raíz de las acciones subversivas de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru durante las dos últimas décadas del siglo XX, con el propósito de mostrar a los peruanos las trágicas consecuencias que resultan del fanatismo ideológico, la transgresión de la ley y la violación de los derechos humanos, de suerte que nuestro país no vuelva a revivir tan lamentables experiencias.

(PERU, 2009, art. 2)

Si comparamos este mandato de carácter restringido con el amplio mandato otorgado a la CVR —que tenía por misión investigar las violaciones de derechos humanos cometidas tanto por grupos subversivos como por agentes del estado—, daría la impresión de que durante el conflicto armado interno las Fuerzas Armadas no tuvieron participación en la perpetración de violaciones de derechos

humanos. Empero, sería difícil esperar algo diferente de un gobierno como el de Alan García, dada su responsabilidad de gobierno durante parte del periodo de violencia política, y sus actuales alianzas. En efecto, la extrema sensibilidad que generaba esta iniciativa en distintos sectores políticos –entre ellos, las propias Fuerzas Armadas–, motivó que la comisión presidida por Vargas Llosa tuviera que hilar muy fino para asegurar la viabilidad de esta. En ese marco se entiende que Vargas Llosa tuviera que solicitarle una reunión al propio Comandante General del Ejército, Gral. Otto Guibovich, para “intercambiar ideas acerca del contenido y los alcances” del Museo –ahora denominado Lugar de la Memoria–, y explicarle que este no tendría ningún sesgo ideológico ni animadversión en contra de las Fuerzas Armadas (DIARIO PERÚ, 2010).

En julio del 2009, tres meses después del incidente con Vargas Llosa, Flórez Araoz sería reemplazado en la conducción del Ministerio de Defensa por Rafael Rey. Este personaje, en tanto miembro del Opus Dei y representante de una tendencia ultraconservadora en lo social y lo político, quizás represente mejor que sus predecesores la correlación de fuerzas en el Perú actual, así como las alianzas políticas que sustentan al gobierno de García. No exageramos al decir que Rafael Rey haría de la defensa militante de los militares procesados por violaciones de derechos humanos el *leit motiv* y la razón de ser de su gestión al frente de Defensa. Esto se vería reflejado en la aprobación de diversas medidas –tanto en el plano material como simbólico– a favor de los militares procesados por violaciones de derechos humanos. La principal de ellas sería la promulgación, en setiembre de 2010, del Decreto Legislativo No 1097, sobre “aplicación de normas procesales por delitos que implican violación de derechos humanos”. Dicho decreto establecía la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal para los militares procesados por estos delitos, con el fin de agilizar los juicios y reducir su duración. Pero también brindaba amplias facultades a los jueces para variar las órdenes de detención, por mandatos de comparecencia para los militares procesados, sometiendo el “cuidado y vigilancia” de dichos procesados a las propias instituciones armadas a las que pertenecen. Asimismo, esta norma establecía el “sobreseimiento por exceso de plazo de la instrucción o de la investigación preparatoria” (artículo 6). El plazo tras el cual los jueces podrían aprobar dicho sobreseimiento, de acuerdo al Nuevo Código Procesal Penal, es de 36 meses, plazo que ya ha sido ampliamente superado por la mayoría de procesos judiciales contra efectivos militares que perpetraron violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado interno –la mayoría de estos procesos se iniciaron entre el 2003 y 2005.

De igual manera, en dicha norma se aprobaban una serie de beneficios para los militares procesados, como la posibilidad de anular las órdenes de detención, para los casos de procesados prófugos de la justicia, a cambio del pago de una fianza que podría ser pagada por los propios institutos armados con recursos públicos (de manera similar al pago de la defensa legal aprobado durante la gestión de Wagner):

Con relación a los procesados, declarados ausentes o contumaces, y que expresen su voluntad de ponerse a derecho, el juez puede variar la orden de detención para resolver su condición de ausente o contumaz, imponiendo caución económica si los ingresos del

procesado lo permiten, la que podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente del propio procesado o de un familiar, o de tercero fiador, sea persona natural o jurídica o la institución militar o policial a la que pertenece.

(PERU, 2010, art. 4).

Por último, otra de las disposiciones de esta norma, que podía acarrear graves consecuencias para el proceso de judicialización de violaciones de derechos humanos, es la disposición final que establece que la aplicación de la *Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, suscrita por el estado peruano el año 2003, solo surtiría efectos legales a partir de dicha suscripción. Esto significaría que los delitos cometidos antes del 2003 no podrían ser considerados “crímenes de lesa humanidad”, ni juzgados como tales, sino solo como delitos comunes, sujetos a los plazos de prescripción establecidos para ellos (plazos que en la mayoría de casos ya han sido superados). Cabe señalar que a los pocos días de haberse aprobado esta norma, ya eran 21 los militares que habían solicitado el archivo de sus casos bajo el amparo de las disposiciones sobre sobreseimiento, entre ellos los responsables de los casos Barrios Altos, Pedro Yauri, y el Santa: Santiago Martín Rivas, Carlos Pinchilingue, Nelson Carbajal, Jesús Sosa, entre otros (miembros del Grupo Colina) (DIARIO LA REPÚBLICA, 2010a; DIARIO EL COMERCIO, 2010).

Sin embargo, el decreto legislativo 1097, que para muchos no constituía otra cosa que una amnistía encubierta, generó airadas críticas desde múltiples sectores, tanto a nivel nacional e internacional. En el Perú las críticas no provinieron solo de los organismos de derechos humanos, agrupados en la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, sino también de instituciones del estado como el Ministerio Público, cuyas autoridades se pronunciaron públicamente en contra del decreto e incluso emitieron una directiva interna que buscaba evitar la aplicación del decreto por parte del sistema de administración de justicia (DIARIO LA REPÚBLICA, 2010b). A los pronunciamientos en contra del DL 1097 por parte de diversas instituciones y colectivos de la sociedad civil en el Perú (Colegio de Abogados de Lima, Conferencia Episcopal, etc), se sumaron los pronunciamientos de diversas instituciones en el exterior, tanto de ONGs como WOLA o Human Rights Watch, como de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, e incluso del Relator Especial sobre Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.

En el ámbito político, las críticas al DL 1097 no solo provinieron de la oposición al gobierno –el Partido Nacionalista presentó ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad en contra de dicho decreto–, sino de los propios parlamentarios del partido aprista (RPP, 2010; DIARIO LA REPÚBLICA, 2010). Con el transcurso de los días el rechazo al DL 1097 se fue generalizando. Uno de los factores que coadyuvó a que este rechazo se generalizara tanto en la opinión pública como en la sociedad política fue la revelación de la participación de Cesar Nakasaki, ex abogado de Alberto Fujimori, en la redacción de dicha norma (IDL-REPORTEROS, 2010).

Todo esto produjo un amplio rechazo en la opinión pública. Síntoma de este rechazo fue la renuncia de Mario Vargas Llosa a la comisión encargada de la implementación del Lugar de la Memoria. En su carta de renuncia Vargas Llosa señalaba que la razón de ésta radicaba en su rechazo al DL 1097, al que calificaba de una “amnistía apenas disfrazada para beneficiar a buen número de personas vinculadas a la dictadura y condenadas o procesadas por crímenes contra los derechos humanos” (pocas semanas después de este hecho se anunciaría el Premio Nobel de Literatura otorgado a este escritor)⁷. El mismo día en que se hacía pública esta renuncia –13 de setiembre de 2010–, el Poder Ejecutivo presentaba al Congreso un proyecto de ley por el cual solicitaba la derogación del DL 1097. Al día siguiente el pleno del Congreso aprobó la derogación de esta norma (que de esta manera solo estuvo vigente durante 13 días), por 90 votos a favor y solo uno en contra. El solitario voto en contra fue el del Vicepresidente y Vicealmirante retirado Luis Giampietri, sintomáticamente militar en retiro. Llama la atención que en esta oportunidad ni siquiera la bancada fujimorista, que en un primer momento había defendido el decreto, haya votado en contra de su derogación. Quizás en esta decisión gravitaron cálculos preelectorales, pues estos incidentes se dieron a escasos 7 meses de las elecciones generales del 2011, en un contexto en que la gran mayoría de la opinión pública se encontraba en contra de esta medida.

8 Conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos querido presentar las principales estrategias discursivas y políticas que utilizaron las Fuerzas Armadas y los sectores que se presentaron como sus voceros frente a los procesos de justicia transicional y de esclarecimiento de responsabilidades que tuvieron que afrontar en el periodo posterior a la transición a la democracia. Entre las principales estrategias utilizadas por la corporación militar destacan los pronunciamientos de los ex Comandantes Generales y las asociaciones de retirados, en los que se pedía constantemente “apoyo político y legal”, frente a las denuncias por violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno, y se amenazaba con que los institutos armados no cumplirían con sus misiones constitucionales de no darse este apoyo, en un contexto en que se incrementaban los conflictos sociales –y la participación militar en el control de ellos–, y se intensificaba la participación de las Fuerzas Armadas en la estrategia contrainsurgente contra los remanentes de Sendero Luminoso en el valle de los ríos Apurímac y Ene (VRAE).

Este pedido de apoyo fue respondido desde la sociedad política por medio de diversas medidas: la aprobación de servicios de Defensa Legal pagada por el Estado para los militares procesados, la oposición del Ministro de Defensa a la creación del Museo de la Memoria, y la promulgación del Decreto Legislativo 1097 sobre normas procesales y penitenciarias. Estas medidas, que apuntaban a beneficiar, sea tanto desde un plano material como simbólico, a los militares procesados, significaron graves obstáculos para el proceso de justicia transicional, y para el acceso a la verdad, justicia y reparación que reclaman las víctimas de la violencia política ocurrida en el Perú en las últimas décadas.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

- AGÜERO, F. 1995. **Militares, civiles y democracia**. La España post franquista en perspectiva comparada. Madrid: Alianza editorial.
- AMES, R. 2005. Violencia, Verdad...¿Reconciliación en el Perú?. En: REÁTEGUI, F. (Coord.). **El incierto camino de la transición: A dos años del Informe Final de la Comisión de la Verdad y reconciliación**. Lima: Idehpucp. p. 37-60. (Documentos de Trabajo Serie Reconciliación n. 1).
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVR). 2002. Oficina de Comunicaciones e Impacto Público. **Altos oficiales presentaron proyecto Ejército 2021: Comisión de la Verdad y Reconciliación se reúne con integrantes del Ejército del Perú**. Lima, 17 jun. 2002. (Nota de prensa, n. 79).
- _____. 2003a. Oficina de Comunicaciones e Impacto Público. **Comisión de la Verdad se reúne con altos jefes de las FFAA**. Lima, 18 marzo 2003. (Nota de prensa, n. 186).
- _____. 2003b. **Informe Final**. Lima: CVR.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2008. **A 5 años de los procesos de reparación y justicia en el Perú. Balance y desafíos de una tarea pendiente**. Lima: Defensoría del Pueblo. (Serie Informes Defensoriales – Informe, n. 139).
- DIARIO CORREO. 2003. **Pronunciamiento de los ex Comandantes Generales de las FFAA al pueblo peruano sobre el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación**, 23 sept.
- DIARIO EL COMERCIO. 2003a. **Pronunciamiento**, Asociación de Oficiales Generales y Almirantes, 24 sept.
- _____. 2003b. **Pronunciamiento en torno a las conclusiones del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación**, CONFIEP, 26 sept.
- _____. 2005. **Pronunciamiento de los Ex Comandantes Generales del Ejército**, 15 marzo 2005.
- _____. 2009. **Rey pide que abogado de Fujimori defienda a militares procesados**, 5 dic. 2009. Disponible en: <<http://elcomercio.pe/noticia/377641/rey-pide-que-abogado-fujimori-defienda-militares-procesados>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- _____. 2010. **Sala Penal Especial verá pedido de Grupo Colina**, 7 sept. 2010. Disponible en: <<http://elcomercio.pe/impres/ notas/sala-penal-especial-vera-pedido-grupo-colina/20100907/635215>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- DIARIO LA REPÚBLICA. 2009. **Ministro Rafael Rey contratará a Nakasaki**, 5 dic. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/politica/05/12/2009/ministro-rafael-rey-contratara-nakasaki>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- _____. 2010a. **Fiscal pide rechazar DL 1097**, 7 sept. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20100907/1/node/287903/total/01>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- _____. 2010b. **Fiscales adoptan directiva para oponerse a decreto de impunidad**, 9 sept. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/politica/09/09/2010/fiscales-adoptan-directiva-para-oponerse-al-decreto-de-impunidad>>. Visitado el: noviembre de 2010.

- _____. 2010c. **Gonzales Posada: DL 1097 afecta imagen del gobierno**, 13 sept. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/politica/13/09/2010/gonzales-posada-dl-1097-afecta-la-imagen-del-gobierno>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- DIARIO PERÚ. 2010. **Vargas Llosa y Guibovich se reúnen hoy para hablar de Lugar de la Memoria**, 4 feb. 2010. Disponible en: <<http://peru21.pe/noticia/410198/vargas-llosa-guibovich-se-reunen-hoy-hablar-lugar-memoria>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- GUILLEROT, J. 2003a. **Y después de la CVR ¿qué?** Informe semanal sobre las reacciones al informe final de la CVR y los avances respecto a sus recomendaciones. Semana 8-14 sept. 2003. Disponible en: <http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/ydespues/02.pdf>. Visitado el: noviembre de 2010.
- _____. 2003b. **Y después de la CVR ¿qué?** Informe semanal sobre las reacciones al informe final de la CVR y los avances respecto a sus recomendaciones. Semana 17-23 nov. 2003. p. 14-17. Disponible en: <www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/ydespues/12.pdf>. Visitado el: noviembre de 2010.
- IDL-Reporteros. 2010. **Quiénes estuvieron detrás de las leyes de impunidad**, 10 sept. Disponible en: <<http://idl-reporteros.pe/2010/09/10/quienes-estuvieron-detras-de-las-leyes-de-impunidad/>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- KOONINGS, K.; KRUIJT, D. 2003. **Ejércitos políticos: las Fuerzas Armadas y la construcción de la nación en la era de la democracia**. Lima: IEP.
- LLOSA, V. 2009. **El Perú no necesita museos**. *Diario El Comercio*, 8 marzo. Disponible en: <<http://elcomercio.pe/impres/impres/notas/peru-no-necesita-museos/20090308/256015>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- PERU. 2001. **Decreto Supremo n. 065-2001-PCM**, 4 de junio del 2001.
- _____. 2004. Congreso de la Republica. **En la sala de la corrupción: videos y audios de Vladimiro Montesinos (1998-2000)**. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República. 6 Tomos.
- _____. 2006a. Congreso de la República. Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas. **Transcripción de la sesión**, 6 sept.
- _____. 2006b. **Decreto Supremo n. 061-2006-PCM**, 23 de septiembre del 2006. Normas Legales de El Peruano.
- _____. 2009. **Resolución Suprema No. 059-2009-PCM**, del 1 de abril del 2009.
- _____. 2010. **Decreto Legislativo n. 1097**, el 1 de septiembre de 2010. Artículo 4.
- ROSPIGLIOSI, F.; BASOMBRÍO, C. 2006. **La seguridad y sus instituciones en el Perú a inicios del siglo XXI**. Reformas democráticas o neomilitarismo. Lima: IEP.
- RPP. 2010. **Congresistas Pastor y Abugattás cuestionan al gobierno por DL 1097**, 10 sept. Disponible en: <http://www.rpp.com.pe/2010-09-10-congresistas-pastor-y-abugattas-cuestionan-al-gobierno-por-dl-1097-noticia_294199.html>. Visitado el: noviembre de 2010.
- SULMONT, D. 2007. "Las distancias del recuerdo. Memoria y opinión pública sobre el conflicto armado interno en el Perú, 1980-2000". En: *Memoria. Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*. No.2, pp 9-28.
- VICH, V. 2003. **Bowling for Perú**. Los estudios subalternos frente al Ministerio de Defensa. *Descos, Revista Quehacer*, n. 144, sept.-oct.

NOTAS

1. A pocos días de asumir el cargo, el nuevo Ministro de Defensa Gral. ® Walter Ledesma pasó al retiro a todos los miembros de la promoción 1966 a la que pertenecía Vladimiro Montesinos (12 generales de división que conformaban la cúpula del ejército) (ROSPIGLIOSI; BASOMBRÍO, 2006).
2. *Reunión en Comandancia General del Ejército. Borrador de Acta. 26 de febrero del 2002.* Documento que obra en el acervo documentario que la CVR le entregó a la Defensoría del Pueblo, al concluir su mandato, y que actualmente se encuentra en el archivo del Centro de Información para la Memoria Colectiva y los Derechos Humanos. El código del documento es SC0-310-01-012.
3. Cabe señalar que Arias Graziani también se desempeñó como asesor presidencial en temas de seguridad y defensa durante todo el periodo de gobierno de Alejandro Toledo.
4. Además de estos 339 procesados por casos presentados por la CVR y la Defensoría, existen otros 28 militares procesados (de los cuales 22 pertenecen al ejército) por casos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
5. "Flórez Aráoz: Crear Museo de la Memoria no es prioridad para el Perú" En Radio Programas del Perú, 26 de febrero del 2009. Disponible en: <http://www.rpp.com.pe/2009-02-26-flores-araoz-crear-museo-de-la-memoria-no-es-prioridad-para-el-peru-noticia_166846.html>. Visitado el: noviembre de 2010.
6. Mediante Resolución Suprema No. 059-2009-PCM, del 1 de abril del 2009.
7. El texto de la carta puede leerse en: <<http://www.scribd.com/doc/37361078/Carta-de-renuncia-de-Mario-Vargas-Llosa>>.

ABSTRACT

Peru has lived in the past few years a process that has largely determined the dynamics of the relationship between the armed forces and both the political and civil societies: the creation of a Commission for the Truth and Reconciliation, and the judicialization of the violations of human rights committed during the internal armed conflict between the terrorist group Sendero Luminoso (Shining Path) and the security forces of the state (1980-2000). This process generated a stern reaction from the armed forces, expressed through a number of discourses and strategies that attempted to limit its reach, by means of continuous requests to the political authorities for political and legal support in the fulfillment of their duties.

KEYWORDS

Peru – Armed Forces – Democracy – Human rights – Truth Commission – Transitional justice

RESUMO

Nos últimos anos, o Peru tem atravessado um processo em grande medida decisivo para as relações entre as forças armadas e as esferas política e civil da sociedade marcadas, particularmente, pelo estabelecimento de uma Comissão da Verdade e Reconciliação e pela judicialização das violações de direitos humanos ocorridas durante o conflito armado interno, protagonizado pelo grupo terrorista Sendero Luminoso e pelas forças de segurança do Estado (1980-2000). Esse processo provocou críticas ferozes por parte das forças armadas, por meio de uma série de discursos e estratégias que buscavam limitar seu escopo, o que se deu pela demanda constante por respaldo político e jurídico de autoridades políticas para que a Comissão pudesse exercer suas funções.

PALAVRAS-CHAVE

Peru - Forças Armadas - Democracia – Direitos humanos – Comissão da Verdade – Justiça transicional



FELIPE GONZÁLEZ

Felipe González es Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional en la Universidad Diego Portales, en Santiago de Chile, donde fundó y dirigió el Centro de Derechos Humanos y dirigió el Centro de Investigaciones Jurídicas. Es actualmente Comisionado y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anteriormente fue fundador y director de una Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas de Derechos Humanos y Representante

de Global Rights en América Latina. Ha sido investigador y profesor visitante en diversas universidades de América Latina, Europa y Estados Unidos. Las opiniones expresadas en este artículo son del autor y no representan a las instituciones en las que se desempeña.

Email: felipe.gonzalez@udp.cl

RESUMEN

Este trabajo revisa el tratamiento dado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a las medidas urgentes (cautelares en la Comisión y provisionales en la Corte), y las recientes reformas que se les han hecho. Para ello se analizan, entre otros aspectos, cuestiones generales de tales medidas, sus causales de concesión, los derechos susceptibles de protección, y las medidas urgentes de naturaleza colectiva.

Original en español.

Recibido en junio de 2010. Aceptado en diciembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Medidas Cautelares – Medidas Provisionales – Sistema Interamericano de Derechos Humanos



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

LAS MEDIDAS URGENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Felipe González

1 Introducción

La Comisión (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte), como los órganos internacionales de protección de tales derechos en general¹, poseen un sistema de medidas urgentes, denominadas, respectivamente, medidas cautelares y medidas provisionales. Las primeras emanan de los amplios poderes de la Comisión, que se expanden más allá de la esfera de su sistema de casos; las segundas derivan expresamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana).

Aunque las medidas urgentes en el Sistema Interamericano suelen estar vinculadas a la tramitación de casos, ello no necesariamente es así, al no formar parte *stricto sensu* de la competencia contenciosa de los órganos de protección de derechos de dicho sistema. Como veremos, esto es especialmente característico de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De allí que resulte conveniente tratar las medidas urgentes por separado del sistema de casos.

De manera sucesiva, analizaremos algunos aspectos generales de las medidas cautelares, las causales para su otorgamiento, las medidas provisionales en general, los derechos susceptibles de protección por la vía de las medidas urgentes en el Sistema Interamericano, las medidas de naturaleza colectiva, así como cuestiones de implementación y seguimiento de tales medidas. Finalmente intentaremos responder a la pregunta de si las medidas urgentes en dicho sistema regional podrían representar una especie de amparo internacional.

2 Aspectos generales sobre las medidas cautelares

A pesar de que la Convención Americana no se refiere expresamente a las medidas cautelares, la Comisión las adopta en virtud de las amplias facultades que sí le confiere para la protección de los derechos humanos. Desde que se iniciaran las

Ver las notas del texto a partir de la página 70.

transiciones a la democracia, la CIDH ha venido expandiendo el uso de las medidas cautelares, y comenzó crecientemente a solicitar a la Corte la emisión de medidas provisionales con el mismo objetivo (PASQUALUCCI, 2005).

En realidad, bajo la denominación o no de medidas cautelares, la Comisión históricamente había implementado la práctica de requerir de manera urgente a los estados la adopción de medidas respecto de determinadas violaciones. Esto había ocurrido especialmente en los casos de personas detenidas a quienes presumiblemente se las haría desaparecer.

De allí que si bien las medidas cautelares se institucionalizaron de manera expresa recién en 1980 mediante su incorporación al Reglamento de la Comisión, en realidad dicho organismo venía ejerciendo tal función desde mucho antes, tanto respecto de casos en trámite como en ausencia de ellos. La institucionalización de las medidas ocurrida en 1980 tuvo como origen la entrada en funcionamiento de la Corte Interamericana, que entre sus poderes incluye el de dictar medidas provisionales. Como es la Comisión la que debe requerir a la Corte tales medidas, ello hizo necesario formalizar las cautelares, como paso previo a la solicitud de provisionales.

El uso de este mecanismo se amplió considerablemente junto con los procesos de democratización a partir de los años noventa, y si bien ha continuado concentrado en general en circunstancias de riesgo vital, también se ha hecho extensivo a la afectación de otros derechos en ciertos casos.

Sólo dos Estados han cuestionado el poder de la CIDH para dictaminar medidas cautelares². Sin embargo, es evidente que de poderes tan amplios como los establecidos en el artículo 41 de la Convención Americana se desprende el de emitir esta clase de medidas. Por lo demás, como hemos apuntado, varios órganos semi-jurisdiccionales de Naciones Unidas –análogos, por lo mismo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– adoptan medidas cautelares basados en una interpretación de los tratados que los fundan, a pesar de no hallarse contempladas explícitamente. Ellos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación Racial (MÉNDEZ; DULITZKY, 2005, p.68 ss). Lo propio sucede respecto de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y ocurría con la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

No obstante, un tratado más reciente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 1994)³, sí se refiere a las medidas cautelares, estableciendo que para efectos de ese instrumento “el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares” (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 1994, art. XIII, el subrayado es del autor).

Por su parte, la Corte Interamericana ha ratificado en una serie de ocasiones en los últimos años la competencia de la Comisión para emitir medidas cautelares. Por ejemplo, en el caso *Penitenciarias de Mendoza*, el Presidente de la Corte, actuando a nombre de esta, señaló:

[...] considero oportuno señalar que, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados deben implementar y cumplir con las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Por ende, estoy seguro que el Estado atenderá las medidas cautelares de protección solicitadas por la Comisión mientras la Corte decide respecto de la presente solicitud de medidas provisionales [...].

(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004a).

En igual sentido, en el caso *Fundación de Antropología Forense de Guatemala*, el Presidente de la Corte Interamericana indicó que:

la información presentada por la Comisión [...] demuestra, prima facie, que las medidas cautelares no han producido los efectos requeridos y que los funcionarios de la Fundación y los familiares de su Director Ejecutivo [...] se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal continúan amenazadas y en grave riesgo. En consecuencia, esta Presidencia estima necesaria la protección de dichas personas, a través de medidas urgentes, a la luz de lo dispuesto en la Convención Americana.

(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, el subrayado es del autor).

A su vez, la Asamblea General de la OEA se pronunció al respecto en 2006, alentando a los Estados de la OEA a que “den seguimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo, entre otras, las medidas cautelares” (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 2006).

Además, algunos Estados han adoptado medidas internas para reconocer y hacer operativas las medidas cautelares de la Comisión Interamericana. Así, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido desde 2003 una serie de decisiones judiciales sancionando a funcionarios por incumplir con medidas cautelares o provisionales⁴. En la misma dirección apunta la “Ley de habeas corpus y amparo” de Perú, que reconoce a sus habitantes el derecho a recurrir a la Comisión Interamericana a fin de buscar acciones de garantía en caso de amenaza a los derechos constitucionales (PERU, 1982).

Respecto de la tramitación de las medidas cautelares, esta carece de mayores formalidades. Al igual que respecto de las denuncias en el sistema de casos, cualquier persona o grupo de personas puede presentar una solicitud de cautelar ante la Comisión Interamericana.

Salvo que se encuentre reunida –lo que ocurre sólo durante algunos períodos cada año– la Comisión decide las solicitudes *on-line*, a partir de los antecedentes que recibe de la Secretaría Ejecutiva. Puede resolver inmediatamente la solicitud o bien requerir mayor información al solicitante y/o al Estado respectivo. Con los años, atendida la creciente receptividad que la Comisión ha encontrado en la mayoría de los Estados en relación con las medidas cautelares, ella ha venido incrementando sus solicitudes de información a ellos como paso previo a decidir acerca de una medida. En las modificaciones recientes al Reglamento de la CIDH

esto se establece como regla general, disponiéndose que “[a]ntes de solicitar medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, a menos que la urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de la medida” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.5)⁵.

Existen además tres aspectos procesales que son tomados en cuenta por la Comisión. El primero de ellos se refiere a “si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse.” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.4). Aplicando el principio de subsidiariedad, lo que se pretende con esta regla es que las situaciones urgentes sean resueltas a nivel interno de los Estados. No obstante, como se desprende del texto, no se trata de una regla de carácter absoluto, pudiendo acudir directamente ante el órgano interamericano si las circunstancias así lo ameritan. De todos modos, atendida la urgencia de las situaciones a que se refieren estas medidas, el Reglamento de la Comisión es más flexible al respecto que al regular el sistema de casos, que, siguiendo la Convención Americana, exige el agotamiento de los recursos internos como regla general.

El segundo aspecto es el relativo a “la identificación individual de los potenciales beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen.” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.4). De nuevo, no se trata de una regla absoluta sino de un factor a considerar por la Comisión, ya que dicha identificación podría ser sólo aproximada en ciertas situaciones. En relación con la pertenencia a un grupo, ello tiene que ver con dotar de mayor eficacia a las medidas cautelares de naturaleza colectiva, que se revisan más adelante.

El tercer aspecto consiste en que la Comisión tendrá en cuenta “la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios cuando la solicitud sea presentada a la Comisión por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.4). Esto, desde luego, podría ocurrir en situaciones de desaparición forzada, pero también en otras en que la persona afectada no tenga acceso a la Comisión, típicamente cuando se encuentra privada de libertad pero también en otras hipótesis.

Otros aspectos procesales, referidos al seguimiento de medidas cautelares emitidas por la Comisión, los analizaremos más adelante, a propósito de ese punto específico.

3 Causales para la concesión de las medidas cautelares

Aunque la práctica de la Comisión en materia de medidas cautelares distinguía varias causales para su concesión, éstas recién han venido a ser reguladas expresamente mediante las reformas introducidas a su Reglamento que entraron en vigor el 31 de diciembre de 2009. De esta manera, pueden diferenciarse tres hipótesis para el otorgamiento de las medidas: una de carácter general referida a la prevención de

daños irreparables a las personas en el contexto de casos en trámite en la CIDH; una concerniente a la salvaguarda del asunto objeto del litigio ante la propia Comisión; y una tercera relativa a evitar daños irreparables fuera del sistema de casos. Para todas estas hipótesis una modificación reglamentaria reciente señala que se atenderá además al contexto.

La primera de dichas hipótesis – referida a la prevención de ciertos daños en el contexto de la tramitación de denuncias en la CIDH- es la más habitual, y sigue de cerca la regulación contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre las medidas provisionales de la Corte Interamericana. Además de perseguirse evitar daños irreparables a las personas se establece la exigencia de que se trate de situaciones de gravedad y urgencia (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.1). Se trata de una de las formas de medidas urgentes que típicamente adoptan los organismos internacionales de derechos humanos.

La segunda hipótesis –incorporada de manera expresa sólo recientemente al Reglamento de la Comisión y que viene a recoger una práctica anterior-⁶ se refiere a la protección del “objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.” En esta circunstancia, como se advierte, ya no se trata de impedir daños irreparables a las personas, sino que es la materia misma sujeta a decisión en un caso en trámite en la Comisión la que se pretende salvaguardar. De esta manera, se trata de evitar que la decisión final del caso por la CIDH se vuelva fútil e inconducente. Al igual que la primera hipótesis, la presente usualmente se encuentra dentro del alcance de las medidas urgentes adoptadas por órganos internacionales de derechos humanos. Más aun, como nota Antonio Cançado Trindade, al analizar el desarrollo de las medidas urgentes (que el autor denomina genéricamente medidas provisionales) en el Derecho Internacional Público general, ellas “siempre encararon la probabilidad o inminencia de un ‘daño irreparable’, y la preocupación o necesidad de asegurar la ‘futura realización de una situación jurídica dada.’” (CANÇADO TRINDADE, 2003)⁷.

La tercera hipótesis consiste en la emisión de medidas cautelares fuera del sistema de casos, es decir, cuando no existe una denuncia en trámite ante la Comisión. La analizamos con mayor detalle por el hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el único órgano semi-jurisdiccional del Sistema Internacional de Protección de dichos derechos que emite medidas urgentes en ausencia de una denuncia. Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, para señalar algunos de ellos, solo adoptan tales medidas en el contexto de denuncias en trámite ante ellos. Lo mismo sucedía en la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

Hasta hace poco, la adopción de medidas cautelares bajo esta tercera hipótesis sólo derivaba de una práctica de la CIDH –basada en las amplias facultades que le confiere la Convención Americana. Recientemente, la Comisión ha reafirmado su interpretación de dicho tratado en el sentido de que se encuentra autorizada al respecto. De este modo, la reforma a su Reglamento que entró en vigor el 31 de diciembre de 2009, establece en lo pertinente lo que se indica a continuación:

En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a personas que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.

(COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.2, el subrayado es mío).

El hecho de que la Comisión Interamericana emita medidas cautelares aun en ausencia de una denuncia tiene que ver con las peculiaridades de su desarrollo institucional y con los poderes generales que le otorgan diversos instrumentos interamericanos. Así, desde sus primeros años de funcionamiento ella adoptó un papel proactivo, que la condujo, por ejemplo, a no declarar inadmisibles las denuncias presentadas (a pesar de carecer durante los primeros años del poder para tramitarlas) sino a emplearlas como insumo para la elaboración de informes sobre países. Asimismo, desde un comienzo la Comisión requirió información a los Estados acerca de las presuntas violaciones, llamándolos en ocasiones a modificar su conducta.

Debe agregarse que ciertas medidas cautelares que en principio no tienen conexión con un caso pueden llegar a tenerla, ya que, por ejemplo, cuando se trata de medidas dirigidas a la protección de defensores/as de derechos humanos, la tutela de sus derechos puede resultar indispensable para que puedan presentar denuncias de violaciones ante la Comisión.

Además, se trata de una práctica consolidada y aceptada por los Estados. De hecho, ni aun los dos Estados que según señalábamos al principio cuestionan su validez, distinguen entre medidas cautelares relacionadas y no relacionadas con casos. Cabe añadir que el nivel de cumplimiento de las cautelares por parte de los Estados es superior al de su acatamiento de decisiones de fondo bajo el sistema de casos de la Comisión.

La cuestión de las medidas cautelares no relacionadas con el sistema de casos de la Comisión fue objeto de debate al interior de ésta durante la preparación del Reglamento de 1980, cuando ellas fueron expresamente consagradas. En efecto, se redactó una sucesión de textos sobre este asunto. En este sentido, el primer Anteproyecto que sometió a consideración la Secretaría Ejecutiva al pleno de la Comisión proponía sobre este particular el siguiente texto (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 1980a, p. 13):

La Comisión, en cualquier momento de la tramitación de una petición o comunicación, podrá solicitar al Gobierno aludido que adopte las medidas provisionales que sean necesarias para evitar un daño irreparable a las personas mencionadas en la petición o comunicación. La recomendación de dichas medidas provisionales no prejuzgará la decisión que en definitiva adopte la Comisión respecto del caso sometido a su consideración.⁸

Según se aprecia, el Anteproyecto en análisis se refería a las medidas urgentes de la Comisión como “medidas provisionales”, siguiendo la nomenclatura que utiliza la Convención Americana para referirse a las medidas urgentes de la Corte. Además, concernía a la situación de “personas mencionadas en la comunicación”

(víctimas, testigos, peticionarios) durante “cualquier momento de la tramitación de una petición”, por lo que las medidas estaban concebidas para el contexto de una denuncia en trámite ante la CIDH. A mayor abundamiento, la disposición reseñada se encontraba situada en el Capítulo II del Anteproyecto, denominado “De las peticiones y comunicaciones referentes a Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Unos días más tarde, a requerimiento del pleno de la Comisión, la Secretaría presentó sobre este asunto una nueva versión del Anteproyecto (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 1980b, p. 12), en la que se introduce el término “medidas cautelares”, así como las nociones de “extrema urgencia y gravedad”, recogiendo así los estándares establecidos por la Convención Americana para las medidas provisionales; además, al igual que el primer Anteproyecto, se vinculan las medidas urgentes al contexto de tramitación de denuncias. Por último, se establece un límite temporal para pedir las medidas: ello debe ocurrir antes de que la Comisión se pronuncie sobre el fondo en forma definitiva⁹.

El asunto continuó en discusión en la Comisión y finalmente se sometió a su consideración un tercer borrador, que resultaría el definitivo y que se incluyó en el nuevo Reglamento. El texto estableció lo que sigue:

- 1. La Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, tomar cualquier acción que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.*
- 2. En casos urgentes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Comisión podrá pedir que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consume un daño irreparable, en el caso de ser verdaderos los hechos denunciados.*
- 3. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 y 2 anteriores. Si no fuera posible hacer la consulta en tiempo útil, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará inmediatamente a sus miembros.*
- 4. El pedido de tales medidas y su adopción no prejuzgan la materia de la decisión final.*

(COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1980, art. 26).

De este modo, no se condicionó la concesión de una cautelar a la presentación de una denuncia. De hecho, la disposición en referencia fue trasladada desde el lugar que ocupaba en los borradores originales –en el título referido a la tramitación de casos– a las normas generales del Reglamento de la Comisión.

Como indicáramos al comienzo, entre las modificaciones incorporadas recientemente al Reglamento de la Comisión se cuenta una que señala que esta tendrá en consideración el contexto de la situación al momento de decidir otorgar o no las medidas cautelares (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.4). El sentido de esta disposición es poner en evidencia que al adoptar una decisión sobre una solicitud de medida urgente, la Comisión no considera el planteamiento formulado aisladamente. Dada la urgencia de los

requerimientos en esta materia, la decisión de la CIDH descansa en parte en la ponderación acerca de la verosimilitud de los hechos planteados, juicio que, a su vez, se basa en parte en el contexto en que éstos tienen lugar. Por ejemplo, respecto de las medidas cautelares solicitadas por ciudadanos hondureños después del Golpe de Estado en 2009, este fue un factor relevante, atendida la precariedad de la protección de los derechos humanos en dicho contexto a nivel policial y judicial interno (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Patricia Rodas y Otros /Honduras*, 2009a)¹⁰.

4 Aspectos Generales De Las Medidas Provisionales

Como hemos anotado, las medidas provisionales se encuentran expresamente previstas en la Convención Americana y sólo se aplican a los Estados Partes de dicho instrumento. De acuerdo a lo establecido en el artículo 63.2 de dicho tratado, tales medidas proceden “[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas.” Su consagración en el tratado no deja ningún margen de duda acerca del carácter obligatorio de las medidas provisionales (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 164).

El mismo artículo establece, en términos de etapas procesales, que las medidas provisionales pueden otorgarse tanto a propósito de los asuntos de los que esté conociendo la Corte cuanto “si se tratare de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, [en cuyo caso] podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Respecto de la primera hipótesis, en los ochenta, la Comisión había solicitado a la Corte que ordenara este tipo de medidas a los Estados en el contexto de los primeros casos contenciosos en trámite ante ésta (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, s.d., p. 1-11). En los noventa, además de continuár solicitándoselas en una serie de casos pendientes ante la Corte, la Comisión comenzó además a pedir las en el contexto de algunos casos que no habían llegado a la Corte, sino que estaban en trámite ante la propia Comisión. Ello sucedió a partir de los casos *Bustíos-Rojas* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1990) y *Chunimá* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1991).

Aplicando la lógica de la autonomía creciente de las víctimas una vez iniciado un caso contencioso ante la Corte¹¹, una modificación introducida al Reglamento de ésta en 2004 dispuso que ellas podrán presentar directamente la solicitud de medidas provisionales. En el Reglamento de la Corte de 2010 se precisa que las medidas “deberán tener relación con el objeto del caso” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 27.3)¹².

Dado que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen, como hemos visto, dos tipos de medidas urgentes –cautelares en la Comisión y provisionales en la Corte–, una de las preguntas que se plantea es bajo qué circunstancias la Comisión expide una cautelar y desestima solicitar una medida provisional a la Corte y en cuáles circunstancias solicita estas últimas. Cabe agregar que la decisión al respecto no es definitiva, ya que puede suceder que la Comisión inicialmente acoja una solicitud de medida cautelar y más adelante decida que las circunstancias ameritan presentar un pedido de provisional a la Corte.

En relación con solicitudes de medidas urgentes que no tengan relación con un caso contencioso en tramitación en la Corte, si bien no existen criterios expresos para la solicitud de medidas provisionales por parte de la Comisión a la Corte, la lógica es la misma que inspira actualmente a la presentación de casos contenciosos por la Comisión a la Corte: cuando la Comisión aprecia que el Estado respectivo no dará cumplimiento –o ha dejado de dárselo– a la medida cautelar, presenta la solicitud de medida provisional. Además –como anticipáramos– puede ocurrir que en un primer momento la Comisión otorgue una medida cautelar y transcurrido un tiempo significativo –y cuando así lo ameriten las circunstancias–, decida solicitar una provisional. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso del ciudadano chino Wong Ho Wing, preso en Perú, quien presentó una denuncia ante la Comisión por violaciones al debido proceso y solicitó una medida cautelar alegando la inminencia de su extradición por presuntos delitos de defraudación aduanera, lavado de dinero y cohecho a la República Popular China, donde podría aplicársele la pena de muerte. La Comisión otorgó las cautelares en marzo de 2009 (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Wong Ho Wing respecto de Perú*, 2009b) y el proceso siguió su curso en Perú. Casi un año después la Comisión efectuó una solicitud de medidas provisionales a la Corte, basándose en que a una decisión reciente de la Corte Suprema peruana concediendo la extradición se sumaba el señalamiento explícito de dicho tribunal de que las medidas cautelares no poseían carácter obligatorio, con lo cual dichas medidas se tornaban insuficientes para proteger la vida del beneficiario, haciéndose necesario solicitar medidas provisionales a la Corte Interamericana. Esta emitió tales medidas en mayo de 2010 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Wong Ho Wing respecto de Perú*, 2010).

En lo que atañe a la ponderación que efectúa la Comisión para, concurriendo los requisitos respectivos, determinar acaso otorgar medidas cautelares o, en cambio, solicitar directamente provisionales, Héctor Faúndez Ledesma ha observado que “[e]n ocasiones, la propia Corte parece haber visto con buenos ojos que primero se hayan utilizado las medidas cautelares, propias de la Comisión, y que sólo posteriormente, en caso de que ellas no resulten suficientes, se recurra al tribunal; por otra parte, la Corte ha considerado que la circunstancia que las medidas cautelares adoptadas por la Comisión no hayan producido los efectos de protección requeridos, y que no se hayan tomado por el gobierno medidas adecuadas de protección, constituyen ‘circunstancias excepcionales’ que hacen necesario ordenar medidas urgentes –o medidas provisionales– para evitar daños irreparables a las personas” (FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 518)¹³. En cualquier caso, es en la propia Comisión que radica la facultad de solicitar o no una medida provisional a la Corte (salvo en casos en curso ante el tribunal, en que intervienen los representantes de la víctima).

Según hemos señalado, el grado de cumplimiento de las cautelares por los Estados es superior al de su ejecución de resoluciones de la CIDH en casos específicos. De allí que la cantidad de medidas provisionales solicitadas y dictadas sea considerablemente inferior al de cautelares. Sólo en circunstancias sumamente calificadas, tales como situaciones en las que es inminente la ejecución de una pena

de muerte o en las que el contexto excepcional de la situación así lo amerita, la Comisión solicita medidas provisionales directamente, sin dictaminar respecto de cautelares en forma previa. Pero la lógica es la misma que la antes señalada, con la diferencia de que en estas dos últimas hipótesis se trata de una apreciación *ex ante* que efectúa la Comisión. Cabe agregar que si bien por regla general la apreciación sobre el potencial cumplimiento que hace la Comisión se refiere a la medida específica de que se trate, respecto de aquellos Estados que niegan de manera sistemática dar cumplimiento a las medidas cautelares, la Comisión presenta directamente una solicitud de medidas provisionales ante la Corte.

A lo anterior cabe añadir que el criterio que han mantenido la Comisión y la Corte es que sólo se pueden solicitar medidas provisionales respecto de aquellos Estados que hayan reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. Faúndez Ledesma ha afirmado que ello podría hacerse extensivo a todos los Estados que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, independientemente de si han o no reconocido la mencionada jurisdicción. Al respecto, el autor en análisis resalta el hecho de que “en el sistema interamericano, esta institución [las medidas provisionales] encuentra aplicación no sólo como un incidente en un procedimiento judicial ya en curso ante el tribunal, sino que también puede ser el resultado de una solicitud de la Comisión en un asunto aún no sometido ante la Corte”, agregando que “las medidas provisionales no forman parte de la competencia contenciosa de la Corte, sino de sus competencias como órgano de protección de los derechos humanos; en este sentido, no puede perderse de vista que la Corte ha señalado reiteradamente que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el propósito de las medidas provisionales, además de su carácter esencialmente preventivo, es proteger efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas” (FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 520). El argumento no resulta del todo convincente, puesto que la Convención Americana contempla las medidas provisionales en el contexto de casos contenciosos pendientes ante la Corte o susceptibles de llegar a conocimiento de ésta, evento este último que no podrá tener lugar si el Estado respectivo no ha reconocido su jurisdicción contenciosa. Distinta es la situación de las medidas cautelares de la Comisión, concebidas explícitamente en el ámbito más amplio de las diversas funciones de este órgano y no sólo en el de su competencia para conocer de casos.

Respecto de la tramitación de las medidas provisionales en la Corte Interamericana, ella ha ido experimentando transformaciones. El primer Reglamento de dicho tribunal establecía que si el mismo no se hallaba reunido al momento de la solicitud, su Presidente debía convocarla lo antes posible. La única alternativa que se contemplaba consistía en que el Presidente requiriera a las partes que actuaran de manera de facilitar la efectividad de cualquier medida que pudiera llegar a ser adoptada. Ello lo hacía el Presidente en consulta con la Comisión Permanente de la Corte o con todos los jueces si ello era posible. Todo esto significaba dilaciones en situaciones que por su propia naturaleza son urgentes. De allí que la Corte modificara su Reglamento en 1993, estableciendo que si la Corte no se hallara reunida, el Presidente podría requerir al Estado

respectivo tomar las medidas urgentes, lo cual quedaba sujeto a ratificación en el período de sesiones siguiente del tribunal.

Posteriormente, y como lo describe el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana, Antonio Cançado Trindade, se produjeron al respecto desarrollos que “han fortalecido la posición de los individuos en búsqueda de protección. En el caso del “Tribunal Constitucional”, la magistrada Delia Revoredo Marsano de Mur, destituida del Tribunal Constitucional del Perú, sometió directamente a la Corte Interamericana, el 03 de abril de 2000, una solicitud de medidas provisionales de protección. Tratándose de un caso pendiente ante la Corte Interamericana, y no estando esta última en sesión en aquel entonces, el Presidente de la Corte, por primera vez en la historia del tribunal, adoptó medidas urgentes, *ex officio*, en Resolución del 07 de abril de 2000, dados los elementos de extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a la peticionaria” (CANÇADO TRINDADE, 2004, p. 83). El Pleno de la Corte ratificó posteriormente lo dictaminado por el Presidente de la misma.

Lo mismo ocurrió en el caso Loayza Tamayo, cuando, en diciembre de 2000, encontrándose el asunto con sentencia condenatoria y bajo supervisión de cumplimiento por parte de la Corte, una persona particular, junto con la hermana de la víctima, presentaron una solicitud medidas provisionales, la que fue acogida por el Presidente de la Corte y ratificada después por ésta.

5 Los Derechos Susceptibles De Protección Mediante Medidas Cautelares Y Provisionales

Un aspecto central de la temática en estudio se refiere a cuáles son los derechos susceptibles de ser protegidos mediante el mecanismo de medidas urgentes en el Sistema Interamericano. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Reglamento de la Comisión –instrumentos que, como hemos apuntado, consagran las medidas provisionales y cautelares, respectivamente– establecen para su concurrencia, entre otros, el requisito de que sean inminentes daños irreparables a las personas. Esto ha significado que, en la práctica, un muy alto porcentaje de las medidas urgentes otorgadas lo han sido en relación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. En el caso del primero de tales derechos, típicamente se trata de personas en serio riesgo ya sea por parte de organismos estatales, paramilitares u otros análogos, pero también puede tratarse de personas en grave riesgo dentro de su núcleo familiar. Esto ocurre especialmente en contextos de violencia contra la mujer o contra niños/as¹⁴. En cuanto a aquellas medidas urgentes destinadas a salvaguardar la integridad personal, además de situaciones similares –*mutatis mutandi*– a las recién descritas, existe una serie de medidas que han sido otorgadas por la Comisión y la Corte respecto de condiciones carcelarias especialmente graves¹⁵.

Sin embargo, en una serie de medidas urgentes han sido otros derechos los protegidos, tanto por vía de cautelares como de provisionales. Algunas situaciones emblemáticas han sido la protección del derecho de propiedad indígena mediante medidas provisionales en el contexto del caso *Awas Tingni* (CORTE

INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002a)¹⁶, así como a través de una serie de medidas cautelares en la Comisión;¹⁷ las medidas provisionales destinadas a proteger la libertad de expresión en el marco de los casos *Herrera Ulloa* (Costa Rica) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001)¹⁸; *Diarios El Nacional y Así es la Noticia* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004c)¹⁹; y *Globovisión* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004d)²⁰, estos dos últimos respecto de Venezuela; y las medidas provisionales destinadas a salvaguardar, además de la vida e integridad personal, la protección especial a los niños en la familia y el derecho de circulación y residencia de las personas, como se señala expresamente en la Resolución de la Corte en el caso de las niñas *Jean y Bosico* (*Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2000)²¹.

Otro derecho que fue objeto de tutela por la vía de una cautelar fue el de acceso a la información pública. Esto se dio en las medidas que prohibieron la destrucción de las boletas de la elección para Presidente de la República realizadas en México (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Rafael Rodríguez Castañeda /México*, 2008b). Por la vía de la cautelar, además de salvaguardarse el derecho mencionado, se procuró preservar la finalidad del litigio ante la Comisión, ya que la cuestión del acceso o no de la ciudadanía a las boletas electorales constituye el núcleo de un caso pendiente ante la CIDH (RODRÍGUEZ MANSO; LÓPEZ CANO, 2008). El Estado mexicano acató la medida cautelar y evitó la destrucción de las boletas electorales.

Resulta difícil poder establecer con exactitud qué porcentaje de medidas urgentes corresponden a la protección de la vida e integridad personal y qué porcentaje a otros derechos. Graciela Rodríguez y Luis Miguel Cano realizan una estimación al respecto, anotando que “si se hace un análisis de las medidas cautelares que de 1996 a 2007 ha dictado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puede concluirse que de las 597 medidas dictadas en total en este período, 478 se encuentran relacionadas preponderantemente con la protección a la vida e integridad de las personas y las 119 restantes tienen que ver con otros temas” (RODRÍGUEZ MANSO; LÓPEZ CANO, 2008, p. 5)²². Esto arroja porcentajes cercanos al 80% y 20% respectivamente. A mi juicio, sin embargo, efectuar este tipo de estimaciones puede conducir a resultados equívocos, puesto que como las medidas cautelares a menudo no explicitan los derechos a ser protegidos, de una misma medida pueden desprenderse conclusiones diversas. Una serie de los ejemplos a los que hemos hecho mención proporcionados por los autores podrían ser reconducidos a medidas destinadas a salvaguardar la integridad personal, como, por ejemplo, dependiendo de las circunstancias específicas del asunto, situaciones de afectación del debido proceso, de la libertad personal, de suspensión de expulsión de un país, etc. Esto no significa desconocer que efectivamente se otorgan medidas urgentes respecto de derechos distintos a la vida e integridad personal, sino que su determinación precisa es difícilmente alcanzable (FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 544ss; PASQUALUCCI, 2003, p. 304-305)²³. De cualquier manera se trata de un porcentaje pequeño de las medidas cautelares otorgadas por la Comisión Interamericana.

6 Las Medidas Urgentes De Naturaleza Colectiva

El desarrollo jurisprudencial en materia de medidas cautelares y provisionales ha incluido la cuestión de aquellas de carácter colectivo. Si bien el sistema de casos de la Comisión y la Corte ha experimentado una significativa diversidad en las últimas dos décadas, y el mismo ya no se concentra de manera casi exclusiva en violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos –como ocurría durante el período de predominio de regímenes autoritarios en la región-, dado que el grueso de las medidas urgentes expedidas se refieren a situaciones de grave riesgo para la vida y la integridad de las personas, en no pocas oportunidades ellas se han referido a situaciones de carácter colectivo. En lo concerniente a las medidas cautelares de la Comisión, las reformas reglamentarias recientes aluden expresamente a las de carácter colectivo, al incorporarse una disposición que establece que “[l]as medidas a las que se refieren los incisos 1 y 2 anteriores (las cautelares según sus diferentes causales) podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.3).

Así, algunas de las medidas provisionales expedidas por la Corte Interamericana en casos paradigmáticos mencionados en el párrafo anterior, como el de *Awat Tingni* –entre otros referidos a pueblos indígenas²⁴ y el de las niñas *Jean y Bosico* (Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana) se referían justamente a situaciones de índole colectiva.

También se han expedido medidas urgentes de carácter colectivo en relación con condiciones carcelarias extremas, como las ya mencionadas de *Urso Branco* (Brasil), *Uribana* (Venezuela) y *Penitenciarías de Mendoza* (Argentina), además de una serie de otras referidas a condiciones de reclusión de niños y adolescentes (FEBEM – Brasil) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005) o de personas con discapacidad mental (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico /Paraguay*, 2007).

Lo propio ha sucedido respecto de varias situaciones de la misma naturaleza en el contexto del conflicto armado en Colombia, como, por ejemplo, las medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002b) y las de *las comunidades afrodescendientes del Jiguamiandó y del Curbaradó* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003), además de numerosas medidas cautelares de la Comisión.

Más recientemente, a raíz del Golpe de Estado en Honduras en junio de 2009, se adoptó una medida cautelar colectiva (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Patricia Rodas y Otros /Honduras*, 2009a) que progresivamente se fue engrosando con más beneficiarios, alcanzando a varios cientos de personas. La gran mayoría de las situaciones cubiertas por esta cautelar se refieren a la protección de la vida e integridad personal, aunque algunas conciernen a graves riesgos para el ejercicio de la libertad de expresión.

7 La Implementación Y Seguimiento De Las Medidas Urgentes

Sin perjuicio de que, en principio, las medidas urgentes puedan disponer cosas tan distintas como levantar un acto de censura, paralizar una determinada obra o poner en libertad a una persona, en la gran mayoría de ellas lo que se dispone es que el Estado proporcione protección a la vida e integridad personal. Usualmente, esto se llevará a cabo por medio de protección policial, ya sea con custodia permanente o bajo alguna otra modalidad, como rondas periódicas del lugar donde habita o trabaja el beneficiario de la medida.

La protección policial puede a veces resultar problemática para los beneficiarios de las mismas, especialmente cuando el riesgo inminente que los ha llevado a solicitar las medidas ha provenido precisamente de las fuerzas policiales o de otros agentes u órganos estatales con los cuales los vínculos de la policía pueden ser estrechos. De hecho, en ocasiones los solicitantes de medidas cautelares no tienen conocimiento al momento de pedirlos de que, en caso de ser acogidos, lo más probable es que ellas consistan en la asignación de protección policial. Por ejemplo, en las medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana en los meses posteriores al Golpe de Estado en Honduras – a las cuales ya hemos hecho mención- ocurrió precisamente esto, ya que un importante número de beneficiarios de las mismas no tenía la expectativa de que la cautelar consistiría en la protección por la policía y no pocos de ellos se negaron a ésta.

Un factor relevante para lo ocurrido con la implementación de las cautelares en Honduras parece haber sido el que, con anterioridad al Golpe de Estado, no fueran frecuentes las cautelares respecto de ese país, por lo que la población tenía escaso conocimiento sobre ellas y su modo de operar en la práctica. En cambio, en países como Colombia, Guatemala o México, que son los tres que han registrado la mayor cantidad de cautelares emitidas en los últimos diez años, el conocimiento que la sociedad civil tiene acerca de la forma de implementación de dichas medidas es mayor y, por lo mismo, son menos frecuentes las situaciones problemáticas derivadas de que el aspecto principal de dicha implementación suela consistir en la protección policial.

Cabe añadir que, en la práctica, incluso en contextos en los cuales existan organismos policiales que puedan haber tenido una vinculación con quienes han provocado la intimidación a los beneficiarios, en la gran mayoría de los casos esos organismos cumplen su papel de protección. La causa para ello no parece ser otra que la supervisión más estrecha de la policía que se produce por parte de otros organismos estatales, interesados en no quedar expuestos internacionalmente en caso de que el beneficiario sea objeto de una agresión que la cautelar busca precisamente impedir. Ello en un contexto de mayor visibilidad de la situación urgente. De allí que sea muy poco frecuente – aunque, por desgracia, suceda en ocasiones- que personas beneficiadas con medidas cautelares sean víctimas de agresiones mortales.

En cuanto al seguimiento de cautelares y provisionales, tal como en el sistema de casos, son la Comisión y la Corte por sí mismas las que llevan a cabo un seguimiento de dichas medidas, sin que exista un respaldo o iniciativas al respecto de parte de los órganos políticos de la OEA. Este seguimiento se da tanto a través de comunicaciones escritas entre dichos órganos, los beneficiarios y el Estado respectivo, como por medio de audiencias. Estas últimas son más frecuentes en la

Corte que en la Comisión – en consideración al gran número de audiencias que ésta realiza acerca de otros asuntos, tales como casos, países y temas-, aunque tiene lugar en ocasiones, como cuando existen serios problemas de incumplimiento. Así, por ejemplo, la Comisión ha realizado varias audiencias públicas de seguimiento a las medidas cautelares que emitiera respecto de las personas privadas de libertad por Estados Unidos en Guantánamo (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Detenidos en Guantánamo /Estados Unidos*, 2002)²⁵.

Un problema frecuente del seguimiento de las medidas urgentes de la Comisión y la Corte consiste en su larga duración. Cuando estos órganos emiten una cautelar o una provisional no le fijan un plazo límite. En la práctica existe un importante número de medidas urgentes en el Sistema Interamericano que se hallan en vigor desde hace años.

Las modificaciones introducidas al Reglamento de la Comisión se refieren a varios aspectos relativos al seguimiento de las medidas cautelares, teniendo en consideración también la duración que estas suelen alcanzar. Al respecto se indican roles para la Comisión y para los Estados, así como la participación de los beneficiarios. En este sentido, se dispone primeramente acerca del papel de la Comisión que ésta “evaluará con periodicidad la pertinencia de mantener la vigencia de las medidas cautelares otorgadas” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.6), como una manera de evitar que estas se prolonguen más allá de lo necesario. En relación con la iniciativa del Estado, el Reglamento establece que “[e]n cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto la solicitud de adopción de medidas cautelares”. En el curso de este trámite, “[l]a Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios o sus representantes antes de decidir sobre la petición del Estado”, precisándose que “[l]a presentación de dicha petición no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.7).

Mientras una cautelar se encuentre en vigor, la Comisión puede requerir la información que considere relevante al Estado y los beneficiarios acerca de la observancia de la misma. Una modificación reglamentaria dispone que “[e]l incumplimiento sustancial de los beneficiarios o sus representantes con estos requerimientos, podrá ser considerado como causal para que la Comisión deje sin efecto la solicitud al Estado de adoptar medidas cautelares” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, art. 25.8).

8 A modo de conclusión: ¿Son las medidas urgentes un amparo internacional?

Dado que por la vía de las medidas cautelares es posible obtener un pronunciamiento urgente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la pregunta que se plantea en ocasiones es si acaso la solicitud de las mismas constituiría una especie de recurso de amparo para proteger derechos a nivel internacional. Como hemos apuntado, tal solicitud puede tener lugar tanto en el contexto de una denuncia interpuesta ante la propia Comisión como en ausencia de esta, que posee competencia

al respecto a partir de sus amplios poderes de protección de los derechos humanos. De esta manera, y considerando que a través del mecanismo de las medidas urgentes es posible obtener un pronunciamiento rápido del órgano internacional, ello podría asemejarse en principio al amparo a nivel interno. Se trata de un asunto no menor, puesto que, como se sabe, en algunos países el amparo ha venido a constituirse en una vía expedita para “saltarse” el procedimiento habitual, especialmente en el contexto de sistemas judiciales internos colapsados de trabajo. Atendida la dilación que existe en la tramitación de casos en el sistema interamericano de derechos humanos, podría eventualmente producirse un fenómeno análogo que a nivel local.

Sin embargo, tanto conceptualmente como en la práctica ello está lejos de ocurrir. En lo que concierne al primer aspecto, los parámetros para la concesión de las cautelares y provisionales son más estrictos que los contemplados habitualmente para el otorgamiento de un amparo a nivel interno. Dichos parámetros se refieren a la perentoria exigencia de urgencia de las medidas así como con la irreparabilidad de la situación en caso de no ser ellas otorgadas. Así, como hemos visto, en lo referido a las medidas cautelares, el Reglamento de la Comisión establece que ellas deben ir dirigidas a la prevención de “daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente”, en tanto que la Convención Americana regula las medidas provisionales para “casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas”.

En la práctica, el desarrollo jurisprudencial de la Comisión y la Corte Interamericana en materia de medidas cautelares y provisionales también da cuenta de un tratamiento muy diferente al que usualmente se da al amparo en los sistemas judiciales internos. Así, si bien el objeto de las solicitudes de cautelares y provisionales abarca una amplísima gama de asuntos, incluyendo, entre muchas otras, tuiciones de niños/as y adolescentes, alegadas afectaciones al debido proceso, materias migratorias, cuestiones relativas al derecho de propiedad, condiciones carcelarias, etc., lo cierto es que la gran mayoría de las cautelares y provisionales que se otorgan se refieren a la vida e integridad personal. Respecto de las condiciones de salud de las personas privadas de libertad, cabe considerar que lo que hace la CIDH es determinar si la referida enfermedad o dolencia es lo suficientemente grave como para, de no atenderse adecuadamente a tiempo, el propuesto beneficiario pudiera sufrir un daño irreparable²⁶.

En este sentido, y por mencionar sólo algunos de ellos a título ilustrativo, entre los aspectos que suelen ser objeto de solicitudes de medidas urgentes y que casi invariablemente –aunque no de manera absoluta- quedan excluidos de la concesión de las mismas en el Sistema Interamericano se encuentran las disputas sobre tuición de niños/as que no reflejen una afectación de su vida o integridad personal; las dilaciones en los procesos judiciales internos; las sentencias alegadamente arbitrarias; las expropiaciones de bienes raíces; etc.

Si se considera el número de medidas cautelares acogidas en relación con el total de solicitudes presentadas se concluye asimismo que su concesión está lejos de constituir la regla general. En este sentido, en el período de cinco años que abarca desde 2005 a 2009 inclusive, las cifras son las siguientes:

Año	Cautelares solicitadas	Cautelares otorgadas
2005	265	33
2006	314	37
2007	250	40
2008	301	28
2009	324	34

Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informes Anuales*. <www.cidh.org>. Visitado por última vez el 23 jun. 2010.

Como se aprecia de las cifras precedentes, el porcentaje habitual de concesión de medidas cautelares es algo mayor de un 10% de las solicitudes presentadas. Las cifras son semejantes para años anteriores de la última década, salvo en 2002 en que la cantidad de cautelares otorgadas fue mayor. El porcentaje de provisionales otorgadas en relación con las solicitadas es más alto, pero ello obedece fundamentalmente al hecho de que en su gran mayoría ellas han pasado previamente por el “filtro” de la Comisión. Como hemos expuesto, la CIDH emplea la solicitud de provisionales como una suerte de “último recurso” cuando no puede solucionar la situación por sí misma. Decimos que en su gran mayoría las medidas urgentes que son pedidas a la Corte han pasado por el filtro de la Comisión porque algunas de ellas – las menos- son presentadas directamente en el contexto de casos contenciosos pendientes ante el propio tribunal.

Considerando esta variedad de antecedentes, no parece existir fundamento para equiparar las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con el amparo en el derecho comparado. La posibilidad de que personas que consideren que sus derechos han sido vulnerados recurran, por así decirlo, *per saltum* a la Comisión Interamericana vía medidas cautelares sorteando el sistema de casos no dará resultado a menos de que concurran los requisitos propios de tales medidas, diferentes y en ciertos aspectos más estrictos que los de admisibilidad de una denuncia.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

CANÇADO TRINDADE, A.A. 2003. The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002). *Human Rights Law Journal*, v. 24, n. 5-8, p. 162-168.

_____. 2004. El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional. En: CANÇADO TRINDADE, A.A.; VENTURA ROBLES, M. (Ed.). *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR/ACNUR. p. 21-115.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1980.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado el 8 de abril de 1980.

_____. 2009. **Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, aprobado en el 137º Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2009. **Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

FAUNDEZ LEDESMA, H. 2004. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales**. 3. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

MÉNDEZ, J.; DULITZKY, A. 2005. Medidas Cautelares y Provisionales. En: COURTIS, C.; HAUSER, D.; RODRÍGUEZ HUERTA, G. (Ed.). **Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos**. México: Porrúa-ITAM. p. 67-93.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1980a. **Anteproyecto del Reglamento de la Comisión Interamericana**, documento de trabajo preparado por la Secretaría Ejecutiva, OEA/Ser. L/V/II.49, 27 marzo 1980.

_____. 1980b. **Anteproyecto del Reglamento de la Comisión Interamericana**, documento de trabajo preparado por la Secretaría Ejecutiva, OEA/Ser. L/V/II.49 doc. 6 rev. 2, 1 abr. 1980.

_____. 1994. **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**. Adoptada el 9 de junio de 1994 en el XXIV. Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.

_____. 2006. **Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, AG/RES. 2227 (XXXVI-O/06), 6 jun. 2006.

PASQUALUCCI, J.M. 2003. **The Practice and Procedure of the Inter.-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press.

_____. 2005. Interim Measures in Internacional Human Rights: Evolution and Harmonization. **Vanderbilt journal of Transnational Law**, v. 38, p. 1-49.

PERU. 1982. **Ley n. 23.506**, de Hábeas Corpus y Amparo, de 8 de diciembre de 1982.

RODRÍGUEZ MANZO, G.; CANO LÓPEZ, L.M. 2008. Acceso a la información y democracia: medidas cautelares en torno a acceso a las boletas de la elección presidencial de 2006 en México. **Revista CEJIL**, n. 4, p. 1-9.

Jurisprudencia

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2000. Medida Cautelar 124-00, **Comunidades Indígenas Mayas / Belice**.

_____. 2001. Medida Cautelar 204-01, **Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua / Paraguay**.

- _____. 2002a. Medida Cautelar 155-02, **Doce Clanes Saramaka / Surinam**.
- _____. 2002b. Medida Cautelar 402-02, **Mercedes Julia Huenteao y otras / Chile**.
- _____. 2002c. Medida Cautelar, **Detenidos en Guantánamo / Estados Unidos**, 12 marzo 2002.
- _____. 2005. Medida Cautelar 304-05, **Comunidad Garífuna de San Juan / Honduras**.
- _____. 2006. Medida Cautelar 253-05, **Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz / Honduras**, 28 abr. 2006.
- _____. 2007. Medida Cautelar 277-07, **Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico / Paraguay**.
- _____. 2008a. Medida Cautelar 265/07, **MAA y sus hijas / México**, 12 feb. 2008.
- _____. 2008b. Medida Cautelar 102-08, **Rafael Rodríguez Castañeda / México**.
- _____. 2008c. Medida Cautelar 236-08, **Personas Privadas de Libertad en la Penitenciaría Polinter-Neves / Brasil**.
- _____. 2009a. Medida Cautelar 196-09, **Patricia Rodas y Otros / Honduras**, 28 jun. 2009.
- _____. 2009b. Medida Cautelar 10-09, **Wong Ho Wing / Perú**, 31 marzo 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1990. **Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Perú)**, resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de junio de 1990.
- _____. 1991. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, **Caso Chunimá**, resolución del 1º de agosto de 1991.
- _____. 2000. Medidas Provisionales, Resolución de 18 de agosto de 2000, **Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana**.
- _____. 2001. Medidas Provisionales, Resolución de 7 de septiembre de 2001, **Caso Mauricio Herrera Ulloa**.
- _____. 2002a. Medidas Provisionales, Resolución de 6 de septiembre de 2002, **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni**.
- _____. 2002b. Medidas Provisionales, **Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó**, Resolución de 18 de junio de 2002.
- _____. 2003. Medidas Provisionales, **Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó**, Resolución de 6 de marzo de 2003.
- _____. 2004a. Medidas Provisionales, **Nota de Presidencia CDS-S/1713**, de 5 de noviembre de 2004.
- _____. 2004b. Medidas provisionales adoptadas en el asunto de la **Penitenciarías de Mendoza (Argentina)**, Resolución de 22 de noviembre de 2004.

- _____. 2004c. Medidas Provisionales, Asunto **Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia”**, Resolución de 6 de julio de 2004.
- _____. 2004d. Medidas Provisionales, Asunto de la **Emisora de Televisión “Globovisión”**, Resolución de 4 de septiembre de 2004.
- _____. 2004e. Medidas Provisionales, **Caso del Pueblo Indígena Sarayaku**, Resolución de 6 de julio de 2004.
- _____. 2004f. Medidas Provisionales, **Comunidad Kankuamo**, Resolución de 5 de julio de 2004.
- _____. 2005. Medidas Provisionales, **Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Medidas Provisionales, “Complejo de Tatuapé” de Febem (Brasil)**, Resolución de 30 de noviembre de 2005.
- _____. 2006. Medidas Provisionales, **Fundación de Antropología Forense de Guatemala**, MP, Resolución del Presidente de 21 de abril de 2006.
- _____. 2007. Medidas Provisionales, **Cárcel de Uribana (Venezuela)**, Resolución de 2 de febrero de 2007.
- _____. 2008. Medidas Provisionales, **Cárcel de Urso Branco (Brasil)**, Resolución de 2 de mayo de 2008.
- _____. 2010. Medidas Provisionales, Asunto de **Wong Ho Wing respecto de Perú**, Resolución de 28 de mayo de 2010.
- _____. s.d. Medidas Provisionales, **Compendio 1987-1996**, Serie E N°1.

NOTAS

1. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre los órganos semijudiciales (lo propio ocurría con la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre los organismos judiciales. Las fuentes se detallan más adelante.
2. Se trata de Estados Unidos y Venezuela. Esto ha llevado a que, respecto de este último país, la CIDH, cuando considera que las circunstancias lo ameritan, presente una solicitud de medidas provisionales ante la Corte en vez de acoger cautelares. En cambio, en relación con EE.UU., la Comisión emite cautelares, ya que la Corte carece de jurisdicción para conocer de casos contenciosos y por extensión de provisionales.
3. Adoptada el 9 de junio de 1994 en el XXIV

Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.

4. A partir de la Decisión T-558/03, de 10 de julio de 2003.
5. Entró en vigor el 31 de diciembre de 2009.
6. Mediante la reforma a su art. 25.1.
7. La traducción es mía.
8. Este texto se hallaba en principio en el art. 37.
9. El texto completo del borrador sobre este punto era el siguiente:

“1. La Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, tomar cualquier acción que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.

2. En caso de extrema urgencia y gravedad, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Comisión al

solicitar informaciones al Estado aludido sobre las presuntas violaciones mencionadas en una petición, podrá pedir que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consume un daño irreparable, en el caso de ser verdaderos los hechos denunciados.

3. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, uno de los Vicepresidentes, o el Secretario Ejecutivo por instrucciones del mismo, consultará con los miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1. Si no fuera posible hacer la consulta en tiempo útil, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará a sus miembros.

4. Las medidas previstas en este Artículo podrán ser pedidas en cualquier otro momento de la tramitación de la denuncia, antes de la decisión final sobre los hechos. El pedido de tales medidas y su adopción no prejuzgan la materia de la decisión final."

10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medida Cautelar 196-09, adoptada inicialmente el 28 de junio de 2009 y ampliada a través de una serie de decisiones posteriores de la Comisión. Véase una descripción al respecto en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, párrafos 37ss. (2009).

11. Conforme a la cual los representantes de las víctimas pasaron de actuar como simples asesores de la Comisión en los juicios ante la Corte, a adquirir autonomía en la etapa de reparaciones (1996) y posteriormente desde el momento del inicio del juicio (con el Reglamento de la Corte de 2001).

12. Entró en vigor el 1 de enero de 2010.

13. Se han eliminado dos referencias contenidas en el texto original, en las cuales se indican las fuentes jurisprudenciales respectivas, a saber, los casos *Vogt y Cemente Teherán* y *Otros* para la primera de las afirmaciones del autor y el caso *Serech y Saquic* para la segunda.

14. Véase, por ejemplo, MC 265/07 MAA y sus hijas / México (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008a).

15. Véase, entre otras, las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana en el asunto de la Penitenciarias de Mendoza (Argentina) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004b); Cárcel de Uribana (Venezuela) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007); Cárcel de Urso Branco (Brasil) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008); etc.

16. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. La Corte resolvió, entre otras cosas, "[r]equerir al Estado que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad Mayagna Awas Tingni y de los recursos naturales existentes en

ellas, específicamente aquéllas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo, hasta tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas ordenadas por la Corte." (Parte resolutive, párrafo 1).

17. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, MC 253-05: Caso 12.548 (*Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz / Honduras*); MC 304-05: Petición 674-06 (*Caso Comunidad Garífuna de San Juan / Honduras*); MC 402-02: Petición 4617-02 (*Caso Mercedes Julia Huenteao y otras / Chile*); MC 155-02: Caso 12.338 (*Doce Clanes Saramaka / Surinam*); MC 204-01: Caso 12.313 (*Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua / Paraguay*); MC 124-00: Caso 12.053 (*Comunidades Indígenas Mayas / Belice*).

18. Resolución de la Corte Interamericana de 7 de septiembre de 2001, *Caso Mauricio Herrera Ulloa*. La Corte señaló:

"Que la libertad de expresión, consagrada en el artículo 13 de la Convención, 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." (párrafo 6)

"Que es necesario ordenar la suspensión de la publicación en el periódico "La Nación" del "por tanto" de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y la suspensión del establecimiento de una "liga", en La Nación Digital, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de esa sentencia, por cuanto dichas publicaciones causarían un daño irreparable al señor Mauricio Herrera Ulloa; lo anterior no ocurriría de aplicarse los otros puntos dispositivos de dicha sentencia. La referida suspensión debe mantenerse hasta que el caso sea resuelto en definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos." (párrafo 7)

Se ha eliminado una nota a pie de página contenida en el texto original de la sentencia.

19. Las referencias al derecho a la libertad de expresión se encuentran en los párrafos 9 y siguientes. La parte resolutive incluye el requerimiento al Estado para "que adopte, sin dilación, las medidas que sean necesarias para brindar protección perimetral a las sedes de los medios de comunicación social "El Nacional" y "Así es la Noticia"."

20. Allí se señala expresamente que los derechos protegidos son la vida, la integridad física y la libertad de expresión, además de la protección de la sede de la emisora (párrafo 18).

21. *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*, párrafo 9, en el que se establece “[q]ue los antecedentes presentados por la Comisión en su solicitud demuestran *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas identificadas en el *Addendum* de la Comisión de 13 de junio de 2000 (*supra* Vistos 3) y precisadas en la parte decisoria de la presente Resolución de la Corte (*infra* Puntos Resolutivos 1, 3, 4, 5, 6 y 7).”

22. Se han eliminado dos referencias a pie de página contenidas en el texto original. Los autores agregan que entre esos otros temas se hallan “la libertad personal; la investigación del paradero de las personas; permitir el regreso al país de origen; la devolución de documentos de identidad, suspensión de órdenes de expulsión, deportación o extradición; el revocamiento de órdenes de captura y poner fin a persecuciones, y dejar de amedrentar a las personas; la suspensión de concesiones que afectan el ambiente; la protección de los derechos de propiedad; evitar confiscación de bienes, garantizar el debido proceso; la investigación y revisión de diligencias extrajudiciales; permitir el libre acceso a instancias judiciales; dar cumplimiento al mandamiento de habeas corpus; determinar situación jurídica de detenidos; suspensión de ejecución de sentencias distintas a las que imponen pena de muerte; regularización de las condiciones en los centros de detención; los derechos de reunión, asociación y derechos políticos; los derechos de residencia y de circulación; derecho al nombre, a protección de la familia, derechos del niño; adopción internacional de niños; garantizar el derecho a la educación; protección de pueblos indígenas frente a terceros; la libertad de conciencia, aseguramiento de oficinas; protección de centros arqueológicos; protección de instalaciones de emisoras de radio, la garantía de la libertad de expresión y del derecho a la información.” (RODRÍGUEZ MANSO; LÓPEZ CANO, 2008, p. 5-6).

23. Aunque no lo señala expresamente - salvo en lo referido al derecho de propiedad, en que sí lo hace-, Faúndez Ledesma parece sostener que las medidas provisionales sólo podrían ser dictadas para salvaguardar el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. Sin embargo, sobre la base de los argumentos y la jurisprudencia que hemos expuesto pareciera claro que tales medidas sí pueden ser adoptadas en relación con otros derechos. La alusión al derecho de propiedad se

encuentra en Faúndez Ledesma (2004, p. 547). Por su parte, Jo M. Pasqualucci aprecia una evolución al respecto, anotando que “[e]n casos más recientes, la Corte parece haber ampliado su interpretación de daño irreparable para incluir cualquier tipo de daño irreparable a las personas. Por ejemplo, una persona o comunidad de personas puede sufrir daño irreparable en ciertos casos si sus tierras ancestrales taladas y despojadas de árboles. Las personas pueden sufrir también daño irreparable en ciertos casos si son privadas de sus posesiones personales o de su forma de ganarse la vida. La Corte —añade autora— debería considerar acaso la acción con la que se amenaza dañará a una persona de tal manera que una indemnización pecuniaria no la compensará por la pérdida. Si tal es el caso, y el daño es serio, la Corte debería ordenar medidas provisionales.” (PASQUALUCCI, 2003, la traducción es mía).

24. Véase al respecto también, entre otros, *Caso del Pueblo Indígena Sarayaku* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004e); *Comunidad Kankuamo* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004f).

25. De acuerdo a dichas medidas, emitidas aproximadamente dos meses después de que EE.UU. comenzara a transferir detenidos a su base en Guantánamo, la CIDH solicitó al Estado que adoptara las medidas urgentes necesarias para que un tribunal competente determinara la situación jurídica de los beneficiarios. En 2005 la Comisión amplió las medidas cautelares, solicitando a Estados Unidos “que investigara a fondo y de manera imparcial todas las instancias de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que llevara a juicio y castigara a los responsables.” Posteriormente la CIDH aprobó la Resolución No 1/06, “urgiendo a Estados Unidos a cerrar el centro de detención de Guantánamo en forma inmediata, a trasladar a los detenidos en total cumplimiento con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los detenidos tuvieran acceso a un proceso judicial justo y transparente ante una autoridad competente, independiente e imparcial.” Las citas son del Comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 02/09, de 27 de enero de 2009.

26. Así, se han concedido cautelares por la Comisión Interamericana respecto de personas privadas de libertad que padecían de tuberculosis, diabetes, oclusión completa de la vena aorta y gangrena en los miembros inferiores, tumoración en la espalda, dificultades respiratorias, infección crónica de un oído y úlcera duodenal, problemas prostáticos, etc.

ABSTRACT

This work is a review of the way in which the Inter-American Human Rights System addresses, through its bodies -the Inter-American Commission and Court on Human Rights- urgent measures (precautionary at the Commission and provisional at the Court), an issue subject to recent reforms in the rules of procedure of both bodies. For this purpose, general aspects of these measures shall be analyzed, the grounds for their granting, the protection of rights and urgent measures of collective nature, among other issues.

KEYWORDS

Precautionary Measures – Provisional Measures – Inter-American Human Rights System

RESUMO

Este trabalho revisa o tratamento dado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio de seus órgãos na matéria, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, às medidas de urgência (cautelares na Comissão e provisórias na Corte), matéria que foi objeto de reformas recentes, por meio de alterações dos regulamentos de ambos os órgãos. Para isso se analisam, entre outros aspectos, questões gerais de tais medidas, suas causas de concessão, os direitos passíveis de proteção, e as medidas de urgência de natureza coletiva.

PALAVRAS-CHAVE

Medidas Cautelares – Medidas Provisórias – Sistema Interamericano de Direitos Humanos



JUAN CARLOS GUTIÉRREZ CONTRERAS

Juan Carlos Gutiérrez Contreras es maestro en Derecho Penal y terminación del tercer ciclo del Doctorado en Derecho Penal y Derechos Humanos en la Universidad de Salamanca, España. Profesor en diversas instituciones. Ha sido consultor de la OACNUDH - México; Director del Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Unión Europea y Director Regional de CEJIL Mesoamérica. Actualmente es Director General de la

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH).

Email: direccion@cmdpdh.org



SILVANO CANTÚ MARTÍNEZ

Silvano Cantú Martínez es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León y Maestro en Derechos Humanos y Democracia por la FLACSO - México. Ha trabajado en los sectores social y público en actividades relacionadas a los derechos humanos, la educación popular, la defensa jurídica de grupos en situación de vulnerabilidad y el desarrollo rural.

Actualmente es Director de Incidencia e Investigación de la CMDPDH.

Email: investigacion@cmdpdh.org

RESUMEN

En el ensayo se abordan algunos casos de los sistemas universal, interamericano, africano y europeo de protección de los derechos humanos para poner el tema de la jurisdicción militar en perspectiva regional, desde la normatividad, la jurisprudencia y otras fuentes de derecho que pueden ser de utilidad para comprender y actuar adecuadamente en casos en los que la jurisdicción militar se aplica extensivamente sobre civiles, ya sea como sujetos activos o pasivos. Se hace especial mención a las Sentencias del caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2009, y *Öcalan vs. Turquía*, emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en mayo de 2005.

Original en español.

Recibido en julio de 2010. Aceptado en diciembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos – Jurisdicción militar – Militarismo – Debido proceso – Competencia – Independencia – Imparcialidad – Fuero funcional



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

LA RESTRICCIÓN A LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú

1 La aplicación extensiva de la jurisdicción militar hoy

Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario coinciden en reconocer una serie de principios aplicables a la administración de justicia incluyendo a la jurisdicción militar. Entre esos principios encontramos la igualdad ante los tribunales, el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales competentes, independientes e imparciales, preestablecidos por la ley, el derecho a un recurso efectivo, el principio de legalidad y el derecho a un juicio efectivo, equitativo y justo. En ese sentido se manifiesta el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyas disposiciones, como señala la Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2007), “se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de ese artículo, sean ordinarios o especializados, civiles o militares”.

Ahora bien, la cuestión que problematiza la jurisdicción militar estriba en determinar si una autoridad de esa especie es la competente para juzgar a civiles o para juzgar a militares que han cometido delitos constitutivos de violaciones de los derechos humanos de civiles, a la luz de principios tales como el debido proceso legal, la independencia y la imparcialidad de las autoridades que imparten justicia.

Un punto de partida adecuado para abordar la cuestión consiste en atender al principio de funcionalidad, que ha merecido la atención del CDH y de varios relatores de la ONU, ha sido ampliamente discutido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y abordado tanto por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) como por el Tribunal Europeo

Ver las notas del texto a partir de la página 96.

de Derechos Humanos (TEDH) en varias de sus resoluciones. El principio de funcionalidad acota la jurisdicción militar a los delitos cometidos en relación con la función militar, lo que la limita a *delitos militares* cometidos por *elementos de las fuerzas armadas*. El principio No. 8 *Competencia funcional de los órganos judiciales militares* del Proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares, contenido en el Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU (ONU, 2006a) señala expresamente que “[l]a competencia de los órganos judiciales militares debería estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar”.

La Corte IDH coincide con este criterio en el párrafo 272 de la Sentencia del caso *Rosendo Radilla contra Estados Unidos Mexicanos* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a), al sostener que: “[...] En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares.”

Subrayémoslo, se trata de una jurisdicción 1) restrictiva, 2) excepcional y 3) de competencia funcional. Se restringe precisamente a la función materia de su competencia, y por ello su uso ha de ser excepcional en una democracia.

No obstante lo anterior, la antedicha excepcionalidad rara vez ha sido verdaderamente excepcional, y lo es cada vez menos. No sólo convivimos cotidianamente con guerras “preventivas” cuyos motivos se diluyen ante el menor examen; también se vuelve habitual conocer de casos en los que los ejércitos extienden sus ámbitos de actuación normales (por ejemplo, su creciente participación en labores de seguridad pública en varios países del mundo), así como de los abusos que esta extensión genera, sobrepasando los límites de su funcionalidad. Los ejércitos de hoy también suelen emprender pesquisas penales “preventivas” y labores de contrainsurgencia “preventiva”.

Ejemplos de la creciente excepcionalidad *legalizada* del derecho sobran, pero acaso una de sus facetas más alarmantes es la aplicación extensiva de la jurisdicción militar, cuyo impacto afecta al conjunto de derechos de las personas afectadas y trastocan, como se ha dicho, la delgada línea de la funcionalidad que distingue a una democracia de otro tipo de régimen político.

Al respecto, el Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados de la Organización de las Naciones Unidas, Leandro Despouy, indicó lo siguiente en su segundo Informe a la Asamblea General de 25 de septiembre de 2006 (ONU, 2006b):

En los últimos años el Relator Especial ha notado con preocupación que la extensión de la jurisdicción de los tribunales militares sigue siendo un grave obstáculo para muchas víctimas de violaciones de derechos humanos en su búsqueda de justicia. En un gran número de países, los tribunales militares siguen juzgando a militares responsables de graves violaciones de derechos humanos, o juzgando a civiles, en franca violación de los principios internacionales aplicables en esta materia, y en algunos supuestos, incluso, transgrediendo sus propias legislaciones nacionales.

El Informe nos ofrece una relevante visión panorámica del problema al referir, por citar algunos ejemplos:

1. Que por virtud de la promulgación de una nueva constitución en la que se estableció el principio del fuero personal, la República Democrática del Congo aplicaba el fuero militar a prácticamente la totalidad de los delitos cometidos tanto por militares como por civiles, incluyendo los delitos de *lesa humanidad*.
2. Que en países del mundo islámico como Egipto y Túnez la jurisdicción militar enjuiciaba a civiles por virtud de las disposiciones antiterroristas adoptadas por esos países. En el caso tunecino, las decisiones de los tribunales militares son inapelables. Otro caso mencionado en el Informe es el de Jordania, país que cuenta con tribunales de seguridad nacional conformados por dos jueces militares y uno civil. Todo supuesto delito contra la seguridad nacional cometido por militares o por civiles es juzgado por esos tribunales que, en razón de la participación de militares en su composición, constituyen una forma de jurisdicción especial.
3. Sobre Asia, el Relator Especial expone con preocupación el caso camboyano, en el cual, contravieniéndose el derecho internacional y el propio derecho interno, los tribunales militares juzgan civiles y permiten la impunidad de militares involucrados en la comisión de delitos tales como las ejecuciones sumarias. Las investigaciones sobre esos delitos dependen de la decisión del ejecutivo. Otro caso preocupante es el de Nepal, cuyo derecho permite la extensión de la jurisdicción militar a casos de desaparición forzada, tortura y ejecuciones extrajudiciales. No se penan los delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones.
4. El Informe refiere también el caso de los procesos y detenciones de supuestos terroristas en Guantánamo, donde el Ejecutivo de los Estados Unidos de América es el acusador, juzgador y defensor de los *detainees* (“detenidos”). Juzgados por Cortes Militares creadas *ex profeso*, los acusados carecían de un *status* jurídico definido, eran tratados como “enemigos – combatientes”, sin gozar de los derechos de los prisioneros de guerra contemplados por los Convenios de Ginebra, y además, eran juzgados por un delito inexistente en el derecho internacional y aún en el derecho doméstico (el de conspiración) (*cfr. Caso Hamdan contra Rumsfeld de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América*, ONU, 2006b: párr. 53).

Sobre América Latina, el Informe del Relator Especial señala que el problema de la jurisdicción militar era latente en casi toda la región. A la luz de los hechos recientes, hoy cabe sostener fuera de dudas que el problema se ha agudizado y que México representa uno de sus casos más elocuentes. Justo en 2009 la Corte IDH emitió sentencia contra el Estado mexicano por el caso de desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, en el que la aplicación extensiva del fuero militar había redundado en más de treinta años de ineficacia e impunidad.

Este caso no es un hecho aislado. Recientemente, la Corte IDH reiteró sus criterios sobre la indebida extensión de la jurisdicción militar mexicana y condenó

al Estado mexicano por los casos – defendidos respectivamente por el Centro de Derechos Humanos de la Montaña “Tlachinollan” y el Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez” (PRODH) - de las indígenas tlapanecas Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, quienes fueron violadas sexualmente por militares que siguen impunes, y el de los campesinos ecologistas Rodolfo Montiel Flores y Teodoro Cabrera García, ilegal y arbitrariamente detenidos y torturados por efectivos castrenses que tampoco han sido sancionados (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010a, 2010b, 2010c). Todos estos casos y otros similares¹ están directamente relacionados con la injustificada amplitud de la función militar, cuyo sostenimiento está teniendo graves costos humanos, políticos, jurídicos y sociales, derivados de la impunidad y la ruptura de las reglas democráticas.

Este aspecto resulta tanto más preocupante cuanto el Estado ha incumplido con su obligación, señalada en el punto resolutivo 10 de la Sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Rosendo Radilla*, de reformar el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, cuya imprecisión favorece a que sea invocado para aplicar extensivamente el fuero militar a civiles, en contravención del derecho internacional y del artículo 13 constitucional.

Ante la problemática generalizada y grave que implica el tema, se vuelve imperioso contar con elementos de derecho para comprender y actuar adecuadamente a fin de exigir justicia en estos casos. Por ello, los siguientes apartados buscan explicitar las razones vertidas por los órganos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos por las cuales la aplicación extensiva de la jurisdicción militar a actos u omisiones de activos de las Fuerzas Armadas en perjuicio de civiles resulta violatoria de los derechos humanos, con los efectos de perpetuar la impunidad e incentivar a los sujetos activos a repetir estos hechos.

2 La jurisdicción militar y la administración de justicia en el derecho internacional de los derechos humanos

2.1 Normatividad internacional aplicable

Por lo que hace a los instrumentos del sistema universal, tanto los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como los artículos 2.3 a) y 14 del PIDCP, consagran el derecho de toda persona a ser oída *públicamente* (principio de publicidad) y con las *debidas garantías* (incluidas en el concepto de “debido proceso legal”) por tribunales *competentes, independientes e imparciales, establecidos por la ley* (principio de legalidad)², así como a contar con un *recurso efectivo* ante dichos tribunales, que amparen a la persona “contra actos que violen sus *derechos fundamentales* reconocidos por la constitución o por la ley”, o bien, por esos mismos instrumentos internacionales. Este recurso efectivo podrá interponerse aún cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en el ejercicio de sus funciones oficiales.

En el mismo sentido y prácticamente en los mismos términos se pronuncian tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”

(en lo sucesivo “Convención Americana”) en sus artículos 8.1, 8.5 y 25, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo “Convención Europea”) en sus artículos 5, 6, 7 y 13. Por su parte, el artículo 7.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (en lo sucesivo “Carta Africana”) reconoce el derecho de toda persona a recurrir a los órganos nacionales competentes contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, así como a ser juzgada por una corte o tribunal competente e imparcial. El apartado 2 de ese artículo incluye el principio de legalidad.

Como se comentó antes, estas disposiciones son aplicables a toda jurisdicción, incluyendo la militar. Cabe destacar el hecho de que existen muy pocas normas internacionales que se refieren explícitamente a la prohibición de aplicación de la jurisdicción militar. En ese sentido, podemos citar el artículo IX de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (OEA, 1994), que dice en sus primeros dos párrafos:

IX. Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares. [...].

2.2 Informes y opiniones consultivas sobre jurisdicción militar

Además de los informes sobre la independencia de los magistrados y abogados que ya se han citado, entre los cuales vale la pena destacar el Informe a la Asamblea General de 25 de septiembre de 2006 (ONU, 2006a) y el Proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares (ONU, 2006b), encontramos también el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad recomendados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2005), cuyo numeral 29 estipula que:

[L]a competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado.

De igual manera, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura, en el Informe que emitió sobre su visita a México en 1997 (ONU, 1998), recomienda al Estado mexicano en el párrafo 88 que las violaciones a los derechos humanos por militares en contra de civiles sean investigadas y juzgadas por la justicia civil, “con independencia de que hayan ocurrido en acto de servicio”.

En consonancia con lo anterior, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias recomendó en el Informe

sobre su visita a México en 1999 (ONU, 1999), que el Estado debe garantizar que sea el fuero civil el que investigue las violaciones a los derechos humanos cometidas en perjuicio de civiles, además de recomendar la desmilitarización de la sociedad, evitar delegar en las fuerzas armadas el mantenimiento del orden público o la lucha contra el delito y generar las reformas necesarias para que la justicia civil juzgue a los violadores de derechos humanos (*cfr.* ONU, 1999, párr. 107).

Por su parte, el sistema africano cuenta con los Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 2001) establecen en el principio L la prohibición de que los tribunales militares juzguen a civiles. En ese documento se apunta que dicha prohibición constituye un derecho de todo civil, como se aprecia en la redacción:

L. RIGHT OF CIVILIANS NOT TO BE TRIED BY MILITARY COURTS:

- a) The only purpose of Military Courts shall be to determine offences of a purely military nature committed by military personnel.*
- b) While exercising this function, Military Courts are required to respect fair trial standards enunciated in the African Charter and in these guidelines.*
- c) Military courts should not in any circumstances whatsoever have jurisdiction over civilians. Similarly, Special Tribunals should not try offences which fall within the jurisdiction of regular courts.³*

Cabe destacar que en la región de Asia y Pacífico, la LAWASIA (Asociación Jurídica para Asia y el Pacífico, por sus siglas en inglés) emitió en 1995 la Declaración de Beijing de los Principios sobre la Independencia del Poder Judicial (LAWASIA, 1995), cuyo principio número 44 postula que la jurisdicción de los tribunales militares debe limitarse a delitos militares. Debe haber siempre un derecho a apelar las decisiones de esos tribunales ante una corte o tribunal de apelación legalmente cualificados, u otro recurso mediante el cual pueda solicitarse la nulidad de las actuaciones militares.

2.3 Jurisprudencia contenciosa sobre competencia, independencia e imparcialidad de la jurisdicción militar

La jurisprudencia contenciosa contiene importantes razonamientos y conclusiones sobre la jurisdicción militar en casos concretos en los que se ha evidenciado su ilegitimidad en el tratamiento de civiles como sujetos activos o pasivos.

En el sistema europeo tenemos entre algunos ejemplos relevantes las sentencias del TEDH correspondientes a los casos *Incal contra Turquía* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1998a), *Çiraklar contra Turquía* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1998b), *Gerger contra Turquía* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1999a), *Karataş contra Turquía* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1999b) y *Öcalan contra Turquía* (además de los casos sobre independencia e imparcialidad de los tribunales en general, que incluyen, por ejemplo, los casos *Ergin contra*

Turquía, Chipre contra Turquía, Refinerías Stan Greek y Stratis Andreadis contra Grecia, Findlay contra Reino Unido y Ringeisen contra Austria).

En los casos *Incal*, *Gerger*, *Karataş y Çiraklar*, la jurisdicción militar turca (bajo la figura de las Cortes de Seguridad Nacional, compuestas por un juez militar y dos civiles) extendió su ámbito de competencia arguyendo diversos delitos consistentes en la incitación al odio, al separatismo y la violencia, extensión que violenta los principios de competencia, independencia e imparcialidad, así como la misma Constitución turca en su artículo 138 parágrafos 1 y 2 (*cf.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1998a, caso *Incal* apartado C.II. y párr. 27). Una consideración importante que ofrece el TEDH puede leerse en el párrafo 65 de la Sentencia del caso *Incal*, que precisa que la independencia del tribunal, en los términos del artículo 6 de la Convención Europea, requiere *inter alia* de que ésta se verifique en la designación de sus integrantes, en la existencia de salvaguardas contra presiones externas, así como en la cuestión sobre la apariencia de independencia. Sobre la imparcialidad, el TEDH señala dos maneras de confirmarla: tratar de determinar la convicción personal del juez en un caso dado y determinar si el juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. El TEDH consideró que *Incal* podía dudar legítimamente de la independencia e imparcialidad de la Corte de Seguridad Nacional debido a su composición semi-militar, lo que podía derivar en la influencia indebida de consideraciones que no tenían ninguna relación con la naturaleza de su caso (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1998a, párr. 72).

Por lo que concierne al sistema africano, algunos ejemplos destacados son las resoluciones sobre los casos *Wahab Akamu y otros contra Nigeria* (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 1995), *Abdoulaye Mazou contra Camerún* (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 1997), *Oladipo Diya y otros contra Nigeria* (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 1998), y un caso de 24 soldados representados por la organización *Forum of Conscience* contra Sierra Leona (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 2000).

En estas resoluciones, la CADH considera que los tribunales militares no son cuestionados por el mero hecho de componerse por oficiales del ejército, sino por el hecho de que se conduzcan o no con justicia, equidad e imparcialidad (*cf.* COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 1998, párr. 27). Asimismo, establece que, indistintamente del carácter de los miembros individuales de los tribunales que cuentan con participación militar, su sola composición genera la apariencia o incluso la falta real de imparcialidad, violando así el artículo 7.1 inciso d) de la Carta Africana (*cf.* COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 1998, párr 14; COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 1997, apartado de méritos). Es decir, que el tribunal no sólo debe ser imparcial, sino que debe parecerlo; más aún, de esto se desprende la posibilidad de que la víctima no esté obligada a demostrar que los jueces o autoridades de cualquier tipo que integran un órgano propio de la jurisdicción militar son parciales o carecen de independencia, sino que este hecho se deriva de la estructura misma de dichos órganos (*cf.* O'DONNELL, 2004, p. 388).

Acaso debido a la experiencia de severas dictaduras militares en Latinoamérica, la jurisprudencia de la Corte IDH sobre jurisdicción militar es la más copiosa. Muchas de las principales consideraciones del tribunal interamericano se encuentran en las sentencias relativas a los casos *Castillo Petruzzi y otros contra Perú* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, párr. 128); *Durand y Ugarte contra Perú* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2000a, párr. 117); *Cantoral Benavides contra Perú* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2000b, párr. 112); *Las Palmeras contra Colombia* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2000c, párr. 51); *19 Comerciantes contra Colombia* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, párr. 165); *Lori Berenson Mejía contra Perú* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004, párr. 142); *Masacre de Mapiripán contra Colombia* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005a, párrs. 124 y 132); *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006a, párr. 131); *La Cantuta contra Perú* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006b, párr. 142); *Masacre de la Rochela contra Colombia* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008a, párr. 200); *Escué Zapata contra Colombia* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008b, párr. 105), y *Tiu Tojín contra Guatemala* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008c, párr. 118), entre otros. En todas ellas, la Corte IDH insiste en la necesidad de conservar la jurisdicción militar como un fuero restrictivo, excepcional y funcional. Muchas de estas consideraciones se encuentran en la Sentencia del caso *Rosendo Radilla contra Estados Unidos Mexicanos*, de cuyo análisis nos ocuparemos en el siguiente apartado como estudio de caso.

3 El caso *Rosendo Radilla* y la aplicación extensiva de la jurisdicción militar a delitos constitutivos de violaciones de derechos humanos de civiles

La Sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Rosendo Radilla contra Estados Unidos Mexicanos* (caso 12.511) de 23 de noviembre de 2009 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a) representa principalmente un triunfo significativo del movimiento de familiares y víctimas de los crímenes cometidos por el Estado durante la “guerra sucia”, que durante décadas han luchado por obtener justicia por las violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos durante ese período.

Como ya se mencionó, el caso del señor Radilla demoró alrededor de treinta y cinco años hasta llegar a la Corte IDH. En 2001, cuando el caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por los familiares de las víctimas, asistidos por la Asociación de Familiares de Detenidos, Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México (AFADEM) y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH), luego de 27 años de exigir justicia a las autoridades nacionales, la Secretaría de Relaciones Exteriores arguyó que los

quejosos no habían agotado las instancias legales internas. La CIDH concluyó en 2005 que 31 años de ineficacia de los recursos internos justificaban la intervención de la corte regional en la materia. Pasaron entonces, en total, 35 años para que finalmente se condenara al Estado mexicano por uno de los cientos de casos de impunidad, dolor e injusticia de aquella época.

La Sentencia representa también un importante precedente para la comprensión del impacto de la aplicación extensiva de la jurisdicción militar a delitos constitutivos de violaciones de derechos humanos de los civiles. Consideraremos este aspecto de la Sentencia en tres subtítulos: a) la incompetencia de la jurisdicción militar para conocer de estos casos, b) la desprotección judicial de los civiles en la jurisdicción militar y c) la imposición de reservas y declaraciones interpretativas en casos de delitos de lesa humanidad bajo la jurisdicción militar.

3.1 El caso Rosendo Radilla y la incompetencia de la jurisdicción militar para conocer de violaciones de derechos humanos de civiles

Conforme al sistema interamericano y atendiendo a los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, ¿por qué es incompetente la jurisdicción militar para conocer de casos de violaciones de derechos humanos de civiles?

La Corte IDH trae a colación en el párrafo 266 de la Sentencia del caso *Rosendo Radilla* el hecho de que la CIDH “señaló que la actuación de la justicia penal militar constituye una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, ya que no cumple con los estándares del sistema interamericano respecto a casos que involucran violaciones a derechos humanos, principalmente por lo que se refiere al principio de tribunal competente”. Asimismo, fue muy clara al asentar en el párrafo 273, que:

[...] la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. [...] El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.

(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a)

Consideremos este aserto a la luz de la legislación mexicana sobre justicia militar. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo Constitución mexicana) impone un límite preciso a la extensión del fuero castrense, al establecer en su artículo 13 que:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. [...]. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

(ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917)

No obstante la claridad del texto constitucional, el Código de Justicia Militar (en lo sucesivo CJM) define la “disciplina militar” de una manera extensiva aplicando el fuero militar a todo delito cometido por elementos militares “en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”, permitiendo así que cualquier delito cometido por militares, sin importar cuál sea el bien jurídico afectado, sea investigado por la procuraduría castrense y juzgado por las autoridades del mismo ámbito.

De igual modo, cabe anotar que conforme a los artículos 7, 13, 16, 27, 41, 42, 43 y demás relativos del CJM (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1933), el Supremo Tribunal Militar (órgano supremo del sistema mexicano de justicia militar, en lo sucesivo STM), los Consejos de Guerra Ordinarios y Extraordinarios, el personal de los juzgados militares así como el titular y los agentes de la Procuraduría General de Justicia Militar (que es la encargada de las investigaciones en materia de derecho penal militar) constan en su composición exclusivamente de elementos militares, designados por autoridades militares que, en el caso de los magistrados integrantes del STM y del Procurador General de Justicia Militar, incluyen un nombramiento del Secretario de la Defensa Nacional con acuerdo del Presidente de la República, en su carácter de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de México.

Esta situación pone de relieve dos elementos característicos de la justicia militar mexicana que apuntó Federico Andreu Guzmán en el peritaje que rindió ante la Corte IDH sobre el caso *Radilla*: 1) alta dependencia de los funcionarios judiciales y del Ministerio Público militares con respecto al Poder Ejecutivo; y 2) un extenso ámbito de competencia material que supera el marco de los delitos estrictamente militares (*cfr.* ANDREU GUZMÁN, 2009, párr. 11).

Lo primero, que resulta evidente por la composición de los órganos del sistema mexicano de justicia militar, impacta directamente sobre la independencia e imparcialidad que debe tener toda autoridad que asuma funciones materialmente jurisdiccionales. Estos requisitos no pueden verificarse si no se cumple con el principio de la separación de poderes en la administración de justicia. La noción de independencia de la justicia implica que todo tribunal o juez deben ser independientes del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, así como de las partes del proceso judicial. Esta noción cuenta con un consenso internacional, como puede apreciarse en los ya citados informes del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y los Abogados, el párrafo 272 de la Sentencia del caso *Rosendo Radilla*, y en la jurisprudencia europea sobre el tema, como se asienta en el párrafo 49 de la Sentencia del TEDH sobre el caso *Refinerías Stan Greek y Stratis Andreadis contra Grecia* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1994), entre otros. Sin embargo, en el caso mexicano ocurre lo contrario: el Ejército es juez de su propia causa y el tribunal que juzga no pertenece al Poder Judicial, sino al Ejecutivo.

Ahora bien, con respecto a la competencia (también llamada “principio del juez natural”), caben dos consideraciones adicionales: atender a la competencia *ratione materiae* y a la competencia *ratione personae*. Sobre la primera, como ya se dijo, existe una regulación contradictoria que confronta a la Constitución mexicana con el CJM. El ámbito de competencia de la jurisdicción militar es restrictivo en la norma primaria, mientras que en la legislación secundaria “tiene una fenomenal expansión”, por usar la expresión de Andreu - Guzmán (2009, párr. 6 del peritaje).

Esta afirmación se sostiene apuntando al hecho de que la jurisdicción militar en el artículo 57 del CJM comprende entre los delitos contra la disciplina militar todo delito común cometido por militares, entre otras circunstancias: durante el servicio o con motivo de actos del mismo; en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial; o en conexión con un delito estrictamente militar, tipificado en el Código de Justicia Militar.

Alrededor de este artículo del CJM, la Corte IDH consideró que sobrepasa el ámbito estricto y cerrado de la disciplina militar, resultando más amplio con respecto al sujeto activo pero también en virtud de que, como afirmó Miguel Sarre en su peritaje para el caso *Radilla*, “no considera al sujeto pasivo” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 276). “Asimismo, - señala el párrafo de la Sentencia citado - el perito Federico Andreu-Guzmán, en la declaración rendida ante el Tribunal, señaló que [...] que ‘[m]ediante la figura del delito de función o con ocasión del servicio consagrado por el artículo 57 del [CJM], la jurisdicción penal mexicana tiene las características de un fuero personal ligado a la condición de militar del justiciable y no a la naturaleza del delito’” (se eliminaron las citas).

Debido a esta errónea expansión material se afectan bienes jurídicos que trascienden a la disciplina militar invocada por el Estado. Sobre este particular, la Sentencia del caso *Radilla* indica puntualmente cuál es el impacto de la aplicación extensiva de la jurisdicción militar:

274. [...] debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.

275. [...] las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

277. En el presente caso, no cabe duda que la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, en las que participaron agentes militares, no guardan relación con la disciplina castrense. De dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco. [...] Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar.

(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 274, 275, 277)

Ponderando estos argumentos y los presentados por la defensa de los solicitantes, la Corte IDH concluyó que el artículo 57, fracción II, inciso a) del CJM (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1933, párr. 286):

es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

No obstante el carácter inconstitucional e inadecuado con respecto a los estándares internacionales de la expansión material del fuero militar mexicano, el Estado sigue permitiendo que el Ejército juzgue a sus elementos ante sus propios tribunales, aplicando su normatividad especial, vulnerando las garantías procesales de las víctimas civiles y rehuyendo el cumplimiento de sus obligaciones de reformar el CJM (cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, punto resolutivo 10).

Al respecto, es digna de mención una discusión recientemente resuelta en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que decidió el pasado 12 de julio de 2011, en el marco de la “Consulta a Trámite en el Expediente Varios 489/2010 Caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos”, que todos los jueces del país que conozcan de controversias sobre el fuero militar deberán replicar el criterio de la Corte IDH sobre su exclusión como jurisdicción competente para conocer de casos de violaciones de derechos humanos por parte de elementos de las Fuerzas Armadas, por lo que será la misma SCJN el órgano judicial encargado de conocer de casos de conflicto de competencias entre autoridades civiles y militares en esas situaciones. Esto significa que la SCJN, en su calidad de tribunal constitucional, declarará para cada caso la inconstitucionalidad del artículo 57 del CJM mientras el Congreso no reforme el citado artículo, tal y como lo ordenó la Corte IDH en las Sentencias de los casos Radilla Pacheco, Rosendo Cantú, Fernández Ortega y “Campesinos Ecológicos”. Sin duda, lo anterior representa un paso importante en el proceso de cumplimiento de la Sentencia,⁴ aunque aún es preciso que la resolución se perfeccione con la adopción de jurisprudencia y, sobre todo, de la reforma del CJM, que corresponde al Poder Legislativo.

3.2 El caso Rosendo Radilla y el derecho a contar con recursos judiciales efectivos

El problema que nos ocupa se ve agravado por: a) la inexistencia de un recurso efectivo que ampare a las víctimas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 190, 233, 265, 267, 281, 288, 296); b) las reservas y declaraciones interpretativas interpuestas a los tratados internacionales en la materia (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 236, 312); c) la inexistencia o inadecuación del tipo penal de delitos constitutivos de violaciones de los derechos humanos de civiles, tales como desaparición forzada y tortura (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 235, 238, 240, 288, 315 - 324); d) la promoción de reformas legislativas tendientes a proteger a los responsables de graves violaciones de derechos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 285, 286, 288); e) la

negativa de investigar los hechos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 233); f) la negativa a expedir copias de los expedientes penales, aún tratándose de violaciones graves de los derechos humanos, es decir, la negación del derecho de toda persona a participar en el proceso del que es parte (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 182, 222, 248, 252); g) la ausencia de una investigación sobre la responsabilidad en una cadena de mando, base para la identificación de los responsables materiales e intelectuales (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 205); h) la ausencia de acceso al derecho a la verdad, en aquellos casos propios de la justicia transicional (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 180), e i) la creación, en general, de mecanismos ilusorios que pretenden sustituir el castigo de los responsables y la reparación integral del daño a las víctimas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 179 y 181).

Sobre la inexistencia de un recurso efectivo, por atender a una de estas situaciones, la Corte IDH ha reiterado en diversas ocasiones la obligación de los Estados Parte de la Convención Americana de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, como se desprende de la lectura del artículo 25 (*cf.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1987, párr. 90, *Excepciones preliminares del Caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras*; ; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1988, párr. 91, *Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras*; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009b, párr. 110, *Caso Kawas Fernández contra Honduras*; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009c, párr. 122, *Caso Anzualdo Castro contra Perú*).

¿Qué implica que un recurso sea efectivo? Uno de los aspectos de la efectividad de los recursos judiciales es, *inter alia*, su diligencia, como se colige de la lectura del párrafo 191 de la Sentencia del caso *Rosendo Radilla*. Ese párrafo recuerda que la investigación ministerial implica la “efectiva determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.” Se trata del *periculum in mora* positivamente verificado, para perjuicio de los civiles (*cf.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005c, párr. 4 inciso c) de la Solicitud de medidas provisionales presentada por la CIDH respecto de los Estados Unidos Mexicanos en el caso Jorge Castañeda Gutman).

En este caso, lo que hizo ilusorio el recurso penal ordinario fue el involucramiento de altos mandos militares en la comisión de los delitos denunciados por los familiares del señor Radilla. En efecto, por su desaparición forzada la Procuraduría General de la República citó a declarar únicamente a 3 miembros de las Fuerzas Armadas que ya se encontraban en prisión por otros delitos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 205 caso Rosendo Radilla), en el marco de la breve e inefectiva actuación de la “Fiscalía Especial para la investigación de hechos probablemente constitutivos de delitos cometidos por servidores públicos en contra de personas vinculadas con Movimientos Sociales y Políticos del Pasado” (FEMOSPP), cuyo propósito era el de esclarecer los crímenes cometidos por el Estado mexicano contra la población civil durante las décadas de los sesenta y setenta.

Lo anterior nos lleva a concluir que la independencia del tribunal *qua* ausencia de presiones externas es un requisito para la efectividad del recurso del cual carece la jurisdicción militar, como se indica en la Sentencia del caso *Radilla* y, por citar otro claro ejemplo de jurisprudencia regional, en el párrafo 65 de la Sentencia del TEDH sobre el caso *Incal contra Turquía* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1999a), donde el requisito de ausencia de presiones externas es un elemento central de la independencia del juez.

Ahora bien, la misma legislación mexicana contiene disposiciones que impiden la efectividad del recurso cuando se extiende la jurisdicción militar en tanto que fuero personal en los que el mismo juicio de amparo (para la protección de las garantías individuales consagradas por la Constitución mexicana) resulta inefectivo. Cuando los familiares del señor Radilla intentaron llevar las investigaciones ante la justicia penal ordinaria, el Juzgado Segundo de Distrito declinó su competencia a favor de la jurisdicción militar, decisión que motivó la interposición de un juicio de amparo para revocar la resolución. Sin embargo el Tribunal Sexto de Distrito desechó la demanda en primera instancia bajo la consideración de que:

[e]n el sistema jurídico mexicano, los procesos del orden penal se integran sólo entre el acusado y el Ministerio Público, titular de la acción penal quien ejerce monopolio de ésta y, por ende, está facultado para emprender las defensas durante el proceso de todos y cada uno de los actos que durante éste se susciten y que afecten su buena marcha, [entre] los cuales [...] se encuentran temas procedimentales como son los que atañen al Tribunal ante el cual deba ventilarse el caso en razón del fuero, tópico que puede ser analizado a través de los medios de defensa planteados ante las instancias competentes en términos del artículo 367, fracción VIII, del Código Federal de Procedimientos Penales; recurso que [...] solamente puede plantear el Ministerio Público, no así el ofendido o sus legítimos representantes así sean coadyuvantes del Representante Social [...].

Esta resolución, que invoca una norma violatoria del derecho de las partes a participar en el proceso, buscó ser combatida por medio de la interposición de un recurso de revisión ante los Tribunales Colegiados, que confirmaron el desechamiento del amparo sobre el conflicto competencial bajo el argumento de que el Tribunal Colegiado había resuelto previamente sobre ese particular y que el artículo 73 fracción XVI de la Ley de Amparo establece que éste es improcedente “[c]uando hayan cesado los efectos del acto reclamado”⁵.

Por ello, la Corte IDH concluyó que se privó a los familiares del señor Radilla “de la posibilidad de impugnar la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que, por su naturaleza, debe corresponder a las autoridades del fuero ordinario” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 294), toda vez que “para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto. La Corte [IDH] ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 296).

3.3 *El caso Rosendo Radilla y la imposición de reservas y declaraciones interpretativas en casos de delitos de lesa humanidad bajo la jurisdicción militar*

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, 1969) (en lo sucesivo Convención de Viena) regula en sus artículos 19 a 23 el derecho de los Estados para interponer reservas a los tratados internacionales. La Corte IDH afirma en su Opinión Consultiva OC-2/82 que esta normatividad requiere una interpretación integral teniendo en cuenta que ante todo la finalidad de los tratados en derechos humanos debe ser la de preservar su objeto y fin, que estriban en lograr el reconocimiento y realización de los derechos consagrados en el instrumento del que se trate.

Ahora bien, el Estado mexicano impuso reserva al artículo IX de la CIDFP (citado en el apartado sobre normatividad internacional aplicable de este ensayo) en los siguientes términos:

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belem, Brasil el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

(cfr. OEA, 1994, párr. 306)

Desde luego, esta reserva hace inaplicable el artículo IX de la CIDFP que justamente pretende establecer una regla procesal a partir de la cual todo acto de desaparición forzada sea investigado y juzgado por las autoridades civiles, pretendiendo sobre todo establecer recursos judiciales efectivos que protejan a las víctimas de los riesgos de impunidad asociadas a la falta de independencia, imparcialidad y competencia del fuero militar para tratar de estos asuntos (cfr. OEA, 1994, párr. 308). El artículo IX de la CIDFP hace especial énfasis en el fuero militar al establecer que los hechos de desaparición no podrán ser interpretados como actos cometidos en ejercicio de las funciones militares. Sin embargo, la reserva mexicana hace del fuero militar un fuero personal, violando el derecho al juez natural, constituyendo también una regla en vez de una excepción, atentando por estas razones contra el objeto y fin del Tratado y de su artículo IX, en franca contravención con lo dispuesto por el artículo 19 de la Convención de Viena.

Por lo anterior, la Corte IDH declaró nula la reserva interpuesta por el Estado mexicano al artículo IX de la CIDFP, que pretendía justificar la aplicación extensiva del fuero militar a este tipo de casos, por ir en contra del objeto y fin del tratado (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 312 de la Sentencia).

Finalmente, como epílogo de esta sección, cabe mencionar que otro efecto pernicioso de la aplicación extensiva de la jurisdicción militar que ha sido considerada

por la jurisprudencia interamericana es el de la impunidad resultante de la aplicación de leyes o decretos de autoamnistía, la configuración de tipos penales que incluyen la prescripción a delitos de lesa humanidad o prescripciones de corto plazo para otro tipo de delitos lesivos de los derechos humanos, o bien, mediante la absolución en casos de delitos de lesa humanidad, generalmente acompañada de investigaciones inefectivas.

Al respecto, la Corte IDH ha sido contundente al afirmar en el párrafo 41 de la sentencia *Barrios Altos vs. Perú* que

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001, párr. 41)

En el mismo sentido se pronunció en el caso *Almonacid Arellano contra Chile* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006c) con relación a la aplicación de autoamnistías a favor de servidores públicos que cometen delitos de lesa humanidad (*cf.* voto particular del juez Cançado Trindade).

En la Sentencia del caso *Rosendo Radilla* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a, párr. 278 y ss.), la intención de poner los tiempos procesales a favor de la impunidad se evidencia en el alegato del Estado sobre la supuesta incompetencia *ratione temporis* de ese tribunal para juzgar el asunto, en razón de que la fecha de depósito del instrumento de adhesión de México a la Convención Americana, así como, ulteriormente, a la CIDFP, eran actos posteriores a los hechos materia de la *litis*. Por ello, afirmó el Estado, el carácter continuado de la desaparición forzada resultaba “irrelevante” en el proceso. El razonamiento de la Corte al desestimar ese alegato giró en torno a que, por sus características, el de desaparición forzada es un delito de ejecución permanente, imprescriptible, cuyos efectos se prolongan en el tiempo mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, ya que se está ante una aplicación de normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) que comportan un elemento intemporal (OEA, 1994, párr. 15-38).

4 El caso de *Abdullah Öcalan contra Turquía* en relación con la aplicación extensiva de la jurisdicción militar en el juzgamiento de civiles

Otro caso a analizar es el de *Öcalan contra Turquía* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003), en el que estamos ante el juzgamiento de un civil por una corte con componentes militares. En este caso destaca la violación de dos derechos procesales vulnerados por la jurisdicción militar: el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal independiente (artículo 6.1 de la Convención Europea) y el derecho a un juicio justo (artículo 6.1 en relación con el 6.3). Sobre el tema de la independencia, el

TEDH examinó la composición de la Corte de Seguridad Nacional (en lo sucesivo CSN) de Ankara. Ésta juzgó a *Öcalan* por actividades terroristas en el marco de sus actividades como fundador y líder del grupo armado Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK) y estaba compuesta por dos jueces civiles y uno militar, de conformidad con lo que disponía la Constitución turca antes de la enmienda del artículo 143 en 1999.

El 18 de junio de 1999, dando cumplimiento a la Sentencia sobre el caso *Incal*, la Gran Asamblea de Turquía reformó el artículo 143 de la Constitución turca para excluir de los procedimientos ante la CSN a los jueces y fiscales militares y, de conformidad con la nueva legislación, el 23 de junio siguiente se suplantó en el caso *Öcalan* al juez militar por uno civil (*cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003, párr. 43 y 44). Seis días después, la CSN emitió la sentencia: pena de muerte por actividades terroristas y secesionistas (*cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003, párr. 46).

El TEDH observó que la presencia de un juez militar hacía discutible la independencia de la CSN con respecto al Poder Ejecutivo (*cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003, párr. 112), así como la independencia de cualquier tribunal en una democracia (*cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003, párr. 116). Como en los casos *Incal e Iprahim Ülger contra Turquía*, el TEDH observó que *Öcalan* podía temer legítimamente por la posibilidad de que el juez militar pudiera influir en su proceso en atención a razones de naturaleza distinta a las del caso. Incluso una vez que el juez militar fue sustituido por uno civil, la duda fundada sobre la independencia del tribunal (que incluye la independencia con respecto al Poder Legislativo) sigue teniendo sentido toda vez que las decisiones tomadas por el juez militar tuvieron efectos que perduraron a su sustitución. El párrafo 115 de la Sentencia es muy claro al afirmar que “donde un juez militar ha participado en una decisión interlocutoria que es parte integral de procedimientos contra un civil, el proceso entero se ve privado de su apariencia de haberse llevado por un tribunal independiente e imparcial” (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003)⁶.

Es una conclusión similar a la que expone la CADH en la Sentencia sobre el caso *Akamu y otros contra Nigeria* (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 1995), en la cual cuestionó la independencia de los tribunales previstos por la *Robbery and Firearms Act* (Ley de robo y armas de fuego) de ese país, compuestos por tres jueces: uno civil (que podía ser un juez retirado), un oficial del ejército, la marina o la fuerza aérea y otro de la policía, y que además emitían sentencias inapelables que debían ser confirmadas por el Poder Ejecutivo.

En relación con el derecho a un juicio justo, encontramos diversas irregularidades tanto antes como a lo largo del proceso ante la CSN. Por citar algunos ejemplos, durante la detención se mantuvo incomunicado al detenido durante siete días y se le negó el acceso a un abogado. Durante el juicio se restringió el número y duración de las reuniones entre el acusado y sus abogados (*cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003, párr. 137); se dio un acceso tardío al expediente a la defensa, violando el principio de equidad procesal (*cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1991, párr. 36 y 148, y párr. 66 y 67 de la Sentencia del TEDH sobre el caso *Brandstetter contra Austria*); las primeras dos audiencias se desarrollaron sin la presencia del acusado, violando el derecho de las partes a participar en el procedimiento (*cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003, párr. 37); la CSN negó

a *Öcalan* el derecho a citar a comparecer como testigos a los oficiales gubernamentales que condujeron las negociaciones de paz con la PKK (*cf. op. cit.*, párr. 39), así como a aportar documentos adicionales o a solicitar nuevas investigaciones para recabar más pruebas bajo el argumento de que se trataban de tácticas dilatorias (*cf. op. cit.*, párr. 40).

La observancia de los principios del debido proceso y la correcta administración de justicia en casos en los que está en juego la vida del acusado adquiere una importancia superlativa (*cf. op. cit.* párr. 136). Al respecto existe un consenso en las más recientes disposiciones europeas, contándose entre ellas la prohibición de la pena de muerte en los artículos 1 comunes a los Protocolos No. 6 y No. 13 de la Convención Europea, así como la prohibición de la pena de muerte a terroristas conforme al artículo X.2 de las *Directrices sobre derechos humanos y la lucha contra el terrorismo* emitidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2002. La Corte IDH también ha aportado jurisprudencia en ese sentido, al sostener en el párrafo 148 de la Sentencia sobre el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago* que “[t]omando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena de muerte, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se halle en juego la vida humana” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005b).

5 A manera de conclusión: la significación de los derechos humanos ante la expansión del militarismo y la aplicación extensiva de la jurisdicción militar

Los estándares relativos al debido proceso legal, y al derecho al acceso y a la protección de la justicia de los cuatro sistemas referidos (universal, interamericano, europeo y africano) exigen en general a los Estados la observancia de los mismos requisitos. Para fines explicativos, podemos enumerar (sin limitar) entre los primeros: 1) el reconocimiento de las garantías judiciales de toda persona (presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, etcétera), 2) la igualdad de las partes, 3) el derecho de toda persona de ser oída sin demora, 4) la publicidad de los procesos, 5) el derecho a estar presente durante el proceso, 6) la legalidad de los jueces o tribunales, lo que implica su anterior existencia, así como la de las normas que aplican a la causa, 7) la competencia de dicho juez o tribunal, 8) su independencia y 9) su imparcialidad (a lo que habrá que sumar la independencia e imparcialidad del Ministerio Público). Por su parte, entre los segundos se encuentran 1) la disponibilidad del recurso, 2) la garantía del cumplimiento de las resoluciones (que incluyen el derecho a la investigación y sanción de las violaciones de los derechos humanos), 3) la sencillez y la rapidez del proceso (estas últimas dos previstas en la Convención Americana).

El problema con la aplicación extensiva de la jurisdicción militar a casos en los que están involucrados civiles como sujetos activos o pasivos es que violenta más de uno de esos principios según los casos y la jurisprudencia regional citados, además de impactar en la calidad de la democracia del Estado que la aplica. La jurisdicción militar completa el círculo de la violencia del Estado, en la cual el interés jurídico de los civiles queda excluido al vulnerarse el derecho al proceso ante un juez competente, independiente,

objetivo e imparcial, consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos.

La impunidad es el signo más evidente de un Estado que no ofrece plenas garantías para la realización de los derechos humanos, quedando así en entredicho la autenticidad de su democracia. La jurisdicción militar es, por su parte, el signo más elocuente de la impunidad. Se trata de un voto del Estado a favor de la arbitrariedad y de la separación de la sociedad en privilegiados y excluidos.

Giorgio Agamben insiste en su libro *Estado de excepción*, que desde la Segunda Guerra Mundial “la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en el sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aún de aquellos así llamados democráticos” (AGAMBEN, 2007, p. 25). En efecto, la creciente *excepcionalización* del derecho, reflejada en la actuación de las Fuerzas Armadas en diversos lugares del mundo, genera un sistema paralelo de “justicia” en el que la arbitrariedad procesal premia la arbitrariedad en el uso de la fuerza y castiga la legítima demanda de respeto y reconocimiento de los derechos humanos de cientos de civiles víctimas de estos abusos, así como de las sociedades enteras, que se encuentran expuestas a una situación de vulnerabilidad ante los excesos del poder. La paz y la justicia son inconcebibles cuando lo que debe ser excepción se vuelve regla.

Por todo lo anterior, en un contexto como el actual en el que, con los matices y proporciones aplicables a cada caso nacional, la expansión del militarismo busca eludir los contrapesos y límites jurídicos que corresponden a los Estados democráticos de derecho, los autores esperan compartir con el lector la convicción de que actuar desde el derecho internacional de los derechos humanos contra la aplicación extensiva de la jurisdicción militar representa la reivindicación de esas contenciones jurídicas y de los más altos principios que han alentado a las democracias modernas.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

- AGAMBEN, G. 2007. *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Ed.
- ANDREU GUZMÁN, F. 2009. *Declaración rendida por el señor Federico Andreu-Guzmán ante fedatario público (affidávit) el 22 jun. 2009* (expediente de fondo, tomo IV, folio 1319) ante la Corte IDH.
- COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. 2001. *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 2005. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. UN DOC: E/CN.4/2005/102/Add.1, 21 abr. 2005.
- _____. 2007. *Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU*. UN DOC: CCPR/C/GC/32.

- CONSEJO DE EUROPA. 1950. **Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.**
- _____. 1983. **Protocolo N° 6 al Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte.**
- _____. 2002a. **Directrices sobre derechos humanos y la lucha contra el terrorismo.**
- _____. 2002b. **Protocolo N° 13 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales referente a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia.**
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1982. **El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 sept. 1982. Serie A No. 2.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1917. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**
- _____. 1933. **Código de Justicia Militar.**
- HUMAN RIGHTS WATCH. 2009. **Uniform impunity. Mexico's misuse of military justice to prosecute abuses in counternarcotics and public security operations.**
- LAWASIA. 1995. **Declaración de Beijing de los Principios sobre la Independencia del Poder Judicial (CCJAPRes).**
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). 1948. **Declaración Universal de los Derechos Humanos.**
- _____. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**
- _____. 1969. **Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.**
- _____. 1998. **Informe sobre la visita a México del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura.** UN DOC: E/CN.4/1998/Add.2, Relator sobre Tortura, 14 enero 1998.
- _____. 1999. **Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias sobre su visita a México en 1999.** UN DOC: E/CN.4/2000/3/Add.3, Relatora Sobre Ejecuciones, 25 nov. 1999).
- _____. 2006a. **Proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares, contenido en el Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU.** UN DOC: E/CN.4/2006/58.
- _____. 2006b. **Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas, Leandro Despouy, a la Asamblea General de 25 sept. 2006.** UN DOC: A/61/384.
- O'DONNELL, D. 2004. **Protección internacional de los derechos humanos.** Bogota: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA. 1981. **Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, "Carta de Banjul".**
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1969. **Convención Americana sobre Derechos Humanos.**
- _____. 1994. **Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.**

Jurisprudencia

COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS

PUEBLOS. 1995. Sentencia del **caso Wahab Akamu y otros contra Nigeria** (60/91).

_____. 1997. Sentencia del **caso Abdoulaye Mazou contra Camerún** (39/90).

_____. 1998. Sentencia del **caso Oladipo Diya y otros contra Nigeria** (218/98).

_____. 2000. Sentencia del **caso Forum of Conscience contra Sierra Leona** (223/98).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1987. Sentencia de excepciones preliminares del **caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras** (26 jun. 1987. Serie C No. 2).

_____. 1988. Sentencia de excepciones preliminares del **caso Velázquez Rodríguez contra Honduras** (29 jul. 1988. Serie C No. 4).

_____. 1999. Sentencia del **caso Castillo Petrucci y otros contra Perú** (30 mayo 1999. Serie C No. 52).

_____. 2000a. Sentencia del **caso Durand y Ugarte contra Perú** (16 agosto 2000. Serie C No. 68).

_____. 2000b. Sentencia del **caso Cantoral Benavides contra Perú** (18 agosto 2000. Serie C No. 69).

_____. 2000c. Sentencia del **caso Las Palmeras contra Colombia** (4 feb. 2000. Serie C No. 67).

_____. 2001. Sentencia del **caso Barrios Altos vs. Perú** (3 sept. 2001. Serie C No. 83).

_____. 2002. Sentencia del **caso 19 Comerciantes contra Colombia** (12 jun. 2002. Serie C No. 93).

_____. 2004. Sentencia del **caso Lori Berenson Mejía contra Perú** (25 nov. 2004. Serie C No. 119).

_____. 2005a. Sentencia del **caso Masacre de Mapiripán contra Colombia** (15 sept. 2005. Serie C No. 134).

_____. 2005b. Sentencia del **caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago** (11 marzo 2005. Serie C No. 123).

_____. 2005c. Resolución sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por la CIDH respecto de los Estados Unidos Mexicanos en el **caso Jorge Castañeda Gutman**.

_____. 2006a. Sentencia del **caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia** (31 enero 2006. Serie C No. 140).

_____. 2006b. Sentencia del **caso La Cantuta contra Perú** (29 nov. 2006. Serie C No. 162).

_____. 2006c. Voto particular del juez Cançado Trindade en el **caso Almonacid Arellano contra Chile** (26 sept. 2006. Serie C No. 154).

_____. 2008a. Sentencia del **caso Masacre de la Rochela contra Colombia** (28 enero 2008 Serie C No. 175).

_____. 2008b. Sentencia del **caso Escué Zapata contra Colombia** (5 mayo 2008 Serie C No. 178).

_____. 2008c. Sentencia del **caso Tiu Tojín contra Guatemala** (26 nov. 2008. Serie C No. 190).

- _____. 2009a. Sentencia del **caso Rosendo Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos** (23 nov. 2009. Serie C No. 209).
- _____. 2009b. Sentencia del **caso Kawas Fernández contra Honduras** (3 abr. 2009 Serie C No. 196).
- _____. 2009c. Sentencia del **caso Anzualdo Castro contra Perú** (22 sept. 2009. Serie C No. 202).
- _____. 2010a. Sentencia del **caso Inés Fernández Ortega contra Estados Unidos Mexicanos** (30 ago. 2010. Serie C No. 215).
- _____. 2010b. Sentencia del **caso Valentina Rosendo Cantú contra Estados Unidos Mexicanos** (31 ago. 2010. Serie C No. 216).
- _____. 2010c. Sentencia del **caso Cabrera García y Montiel Flores contra Estados Unidos Mexicanos** (26 nov. 2010. Serie C No. 220).
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1971. Sentencia del **caso Ringeisen contra Austria** (2614/65).
- _____. 1991. Sentencia del **caso Brandstetter contra Austria** (11170/84, 12876/87, 13468/87).
- _____. 1994. Sentencia del **caso Refinerías Stan Greek y Stratis Andreadis contra Grecia** (22/1993/417/496).
- _____. 1997. Sentencia del **caso Findlay contra Reino Unido** (110/1995/616/706).
- _____. 1998a. Sentencia del **caso Incal contra Turquía** (41/1997/825/1031).
- _____. 1998b. Sentencia del **caso Çiraklar contra Turquía** (70/1997/854/1061).
- _____. 1999a. Sentencia del **caso Gerger contra Turquía** (24919/94).
- _____. 1999b. Sentencia del **caso Karataş contra Turquía** (23168/94).
- _____. 2001. Sentencia del **caso Chipre contra Turquía** (25781/94).
- _____. 2003. Sentencia del **caso Öcalan contra Turquía** (46221/99).
- _____. 2004. Sentencia del **caso İbrahim Ülger contra Turquía** (57250/00).
- _____. 2006. Sentencia del **caso Ergin contra Turquía** (47533/99).

NOTAS

1. Para mayor referencia sobre los casos, se recomienda la lectura del informe "Uniform impunity. Mexico's misuse of military justice to prosecute abuses in counternarcotics and public security operations" (HUMAN RIGHTS WATCH, 2009).

2. La Convención Americana precisa que el tribunal debe ser establecido por la ley con anterioridad al proceso.

3. En una traducción libre, este texto dice: "L. Derechos de los civiles de no ser juzgados por tribunales militares.

a) El único propósito de los tribunales militares debe ser determinar delitos de una naturaleza puramente militar cometidos por personal militar.

b) En el ejercicio de esta función, se exige a los tribunales militares respetar los estándares relativos al juicio justo enunciados en la Carta Africana y en estas directrices.

c) Los tribunales militares no deberán bajo ninguna circunstancia tener jurisdicción sobre civiles. De igual modo, los tribunales especiales

no tratarán sobre delitos que caen en la jurisdicción de los tribunales regulares.”

4. El 20 de julio de 2011, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, emitió un comunicado con motivo del Día Internacional de la Justicia Penal, en el cual destaca la resolución de la SCJN del siguiente modo: “Como Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, me uno a la conmemoración en todo el mundo del Día Internacional de la Justicia Penal. [...] debo recalcar los logros positivos que, entre muchos, hemos presenciado este año: el arresto y la transferencia del general Ratko Mladić al ICTY; la condena del general Augustin Bizimungu en el ICTR; la condena en el ICTR de la ex ministra ruandesa Pauline Nyiramasuhuko, por las violaciones cometidas contra mujeres durante el Genocidio de Ruanda y por su responsabilidad sobre

los actos de los violadores de Interahamwe, entre otros delitos; la reciente decisión de un tribunal nacional argentino en Buenos Aires para formalizar a dos ex miembros de la junta militar argentina que estableció un duro régimen las décadas de los 70 y los 80; y la sentencia de la Corte Suprema de México de juzgar en tribunales civiles a militares acusados de violar los derechos humanos de civiles.”

5. Vale la pena mencionar que el amparo precisa de la ratificación personal del afectado en sus garantías por los actos de autoridad. En los casos de desaparición forzada esto hace ilusoria la efectividad del recurso.

6. La redacción original dice: “115. [...] where a military judge has participated in an interlocutory decision that forms an integral part of proceedings against a civilian, the whole proceedings are deprived of the appearance of having been conducted by an independent and impartial court.”

ABSTRACT

The essay deals with some cases within the international, Inter-American, African and European systems for the protection of human rights. It views the subject of military jurisdiction from a regional perspective, using norms, jurisprudence and other sources of the law to understand and act accordingly in those cases in which the military jurisdiction is applied extensively on civilians, either as active or passive subjects. It focuses especially on sentencing in the cases of *Rosendo Radilla Pacheco v. United Mexican States*, issued by the Inter-American Court of Human Rights in November, 2009, and *Öcalan v. Turkey*, issued by the European Court of Human Rights in May, 2005.

KEYWORDS

Human rights – Military jurisdiction – Militarism – Due process – Competence – Independence – Impartiality – Functional jurisdiction

RESUMO

No ensaio são abordados alguns casos dos sistemas global, interamericano, africano e europeu de proteção dos direitos humanos para situar a questão da jurisdição militar em uma perspectiva regional, da normatividade, jurisprudência e outras fontes de direito que possam ser úteis para compreender e agir adequadamente em casos nos quais a jurisdição militar é aplicada extensivamente a civis, sejam eles sujeitos ativos ou passivos. É feita uma menção especial às Sentenças dos casos *Rosendo Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em novembro de 2009, e *Öcalan contra Turquia*, emitida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em maio de 2005.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos – Jurisdição militar – Militarismo – Devido processo – Competência – Independência – Imparcialidade – Foro funcional



DEBRA LONG

Debra Long es abogada especializada en la prevención de la tortura y otros malos tratos. Trabajó para Amnistía Internacional y la Asociación para la Prevención de la Tortura. En la actualidad trabaja en la Universidad de Bristol del Reino Unido, en un proyecto que examina la aplicación de las normas de derechos humanos.

Email: Debra.Long@bristol.ac.uk



LUKAS MUNTINGH

Lukas Muntingh es investigador senior del Community Law Centre de la Universidad de Western Cape, Sudáfrica. Es coordinador de la Iniciativa de Reforma Carcelaria de la Sociedad Civil, un proyecto del Centro.

Email: lmuntingh@uwc.ac.za

RESUMEN

El presente artículo analiza las implicancias que surgen de la reciente decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) de designar al Presidente del Comité para la Prevención de la Tortura en África (CPTA) como Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención (REP). Se examinan los mandatos de estos mecanismos especiales y se considera el impacto que podría tener el hecho de que un mismo Comisionado deba desempeñar ambos mandatos al mismo tiempo. Luego se considera si la actual práctica de la Comisión Africana de designar a miembros de la Comisión como Relatores Especiales puede brindar el nivel de conocimientos especializados y acción necesarios para un funcionamiento efectivo y satisfacer las crecientes demandas de nuevos mecanismos. Por último, el artículo sugiere que pueden extraerse lecciones del último examen de los Procedimientos Especiales de Naciones Unidas a fin de reformar los mecanismos especiales de la Comisión Africana.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en 29 de junio de 2010. Aceptado en noviembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Tortura – Prisión – Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen al Profesor Malcolm Evans y a la Profesora Rachel Murray de la Universidad de Bristol por sus comentarios sobre versiones anteriores del presente artículo, y al Sr. Japheth Biegon, investigador de la Universidad de Pretoria, por su invaluable asesoramiento respecto de la Comisión Africana.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

EL RELATOR ESPECIAL SOBRE PRISIONES Y CONDICIONES DE DETENCIÓN EN ÁFRICA Y EL COMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA EN ÁFRICA: ¿POTENCIAL PARA LA SINERGIA O LA INERCIA?

Debra Long y Lukas Muntingh

1 Introducción

Durante el 46º Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana), que tuvo lugar en Gambia del 11 al 25 de noviembre de 2009, se aprobaron dos resoluciones importantes y vinculadas entre sí. La primera referida al nuevo nombre dado al Comité de Seguimiento de la Aplicación de las Directrices de Robben Island, que pasó a llamarse “Comité para la Prevención de la Tortura en África” (CPTA) (ACHPR, 2009b). La misma resolución también prorrogó el mandato de su actual presidenta, la Comisionada Dupe Atoki, por otros dos años. La resolución le confirió al recientemente rebautizado comité el mismo mandato que el de su predecesor. El cambio de nombre estuvo motivado principalmente por la conclusión de que el nombre “Comité de Seguimiento de la Aplicación de las Directrices de Robben Island” no identificaba claramente el mandato de prevenir la tortura.

La segunda resolución además designaba a la Comisionada Atoki Relatora Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención en África (REP) (ACHPR, 2009a). Si bien no es el único caso en que un miembro de la Comisión Africana ocupa una Relatoría Especial al mismo tiempo que se desempeña como miembro de un Grupo de Trabajo, sí es la primera vez que una misma persona se desempeña como REP y Presidenta del CPTA o su predecesor. Esta situación en particular plantea varias preguntas cruciales sobre el enfoque de la Comisión Africana respecto de temas relacionados con la privación de la libertad y la prevención de la tortura específicamente y sobre la sostenibilidad y eficacia del procedimiento de mecanismos especiales de la Comisión Africana en general.

Ver las notas del texto a partir de la página 118.

El presente artículo reseña y compara los mandatos y actividades del REP y del CPTA, y considera las consecuencias potencialmente positivas y negativas del hecho de que un Comisionado deba desempeñar ambos mandatos al mismo tiempo. Luego se considera si el actual procedimiento de mecanismos especiales de la Comisión Africana en general puede brindar el nivel de conocimientos especializados y acción necesario para funcionar con eficacia y satisfacer las crecientes demandas de nuevos mecanismos. Por último, se sugiere que la experiencia y el reciente examen de los Procedimientos Especiales de Naciones Unidas pueden resultar instructivos para considerar la sostenibilidad futura de los mecanismos especiales de la Comisión Africana.

2 El mandato del Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención en África

La figura de Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención (REP) fue creada en 1996 luego de un período de lobby intensivo de parte de las ONG, en particular Penal Reform International (PRI). Una vez establecido el cargo, PRI siguió estrechamente asociada su mandato y estuvo a cargo de asegurar el financiamiento¹, organizar y acompañar al REP en sus misiones a diversos países, y asistir en la preparación de informes hasta 2003, cuando ya no pudo brindar dicha asistencia. La primera persona en ser designada REP fue el Profesor Victor Dankwa, miembro de la Comisión Africana y profesor de derecho de Ghana, quien se desempeñó como REP hasta el año 2000, cuando fue designada la Comisionada Dra. Vera Chirwa, que era una reconocida y respetada militante de los derechos humanos y había sufrido una detención arbitraria en Malawi durante más de 10 años. En 2005, fue designado el Comisionado Mumba Malila, entonces Procurador General de Zambia, que desempeñó el cargo hasta su elección como Vicepresidente de la Comisión Africana en noviembre de 2009, cuando asumió el puesto la Comisionada Dupe Atoki, abogada oriunda de Nigeria.

El mandato del REP consiste en examinar la situación de las personas privadas de su libertad dentro de los territorios de los Estados Parte de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana). El mandato y métodos de trabajo del REP fueron aprobados durante el 21º Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión Africana en 1997. Según dichos términos de referencia, el REP tiene las siguientes funciones:

- Examinar el estado de las cárceles y condiciones de detención en África y hacer recomendaciones con vistas a mejorarlos;
- Promover la observancia de la Carta Africana y de las normas y estándares internacionales de derechos humanos relativos a los derechos y condiciones de las personas privadas de su libertad, examinar las leyes y normativas pertinentes de los respectivos Estados Parte como así también su aplicación, y hacer las recomendaciones correspondientes relativas a su conformidad con la Carta Africana y el derecho y las normas internacionales;
- A pedido de la Comisión, hacerle recomendaciones sobre las comunicaciones

presentadas por personas que han sido privadas de su libertad, sus familiares, representantes, ONG u otras personas o instituciones;

- Proponer las acciones urgentes que correspondan;
- Realizar estudios sobre las condiciones o situaciones que contribuyan a la violación de los derechos humanos de los presos y recomendar medidas preventivas. El Relator Especial deberá coordinar actividades con otros Relatores Especiales pertinentes y Grupos de Trabajo de la Comisión Africana y de las Naciones Unidas;
- Presentar un informe anual ante la Comisión. El informe será publicado y ampliamente divulgado de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta. (ACHPR, 1997, p. 21).

Este mandato ha sido descrito como un mandato que abarca cuatro mecanismos principales de aplicación: investigación y presentación de informes mediante visitas a los países; intervención mediante “acciones urgentes”; asistencia para las comunicaciones; y promoción (VILJOEN, 2005, p. 131). Sin embargo, en la práctica, el REP ha centrado su atención principalmente en las visitas a los centros de detención (MURRAY, 2008, p. 205). Entre 1997 y 2004, el REP realizó 16 visitas a 13 Estados, gracias, en su mayor parte, al financiamiento externo y apoyo brindado por PRI (VILJOEN, 2005, p. 137). Lamentablemente, cuando se dejó de contar con apoyo externo, la productividad del mandato del REP decayó inevitablemente y, según los informes de actividades de la Comisión Africana, entre 2005 y 2009, el REP sólo pudo realizar una visita a un país, que fue a Liberia en 2008, que, es de notar, fue realizada en forma conjunta con el Comité de Seguimiento de la Aplicación de las Directrices de Robben Island. También debe agregarse que, a la fecha, ninguno de los REP llevó a cabo ningún estudio integral y analítico sobre las cárceles y condiciones de detención en África del tipo, por ejemplo, de los del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura², como se preveía en el mandato. Los sucesivos titulares del cargo interpretaron el mandato del REP en un sentido acotado y prefirieron concentrarse exclusivamente en las cárceles prestando poca atención a otras situaciones de detención, como comisarías y centros de detención de inmigrantes.

3 El mandato del Comité para la Prevención de la Tortura en África (antes llamado Comité de Seguimiento de la Aplicación de las Directrices de Robben Island)

El predecesor del CPTA, el Comité de Seguimiento de la Aplicación de las Directrices de Robben Island (Comité de Seguimiento), fue establecido por la Comisión Africana durante su 35° Período Ordinario de Sesiones, que tuvo lugar en Gambia entre el 21 de mayo y el 4 de junio de 2004. El Comité de Seguimiento fue establecido para elevar el perfil de las Directrices y Medidas para la Prohibición y Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en África: las Directrices de Robben Island (DRI). Las DRI contienen un conjunto

de disposiciones que se ocupan específicamente de temas relacionados con la prohibición y la prevención de la tortura y otros malos tratos y la rehabilitación de las víctimas de la tortura. Las DRI fueron elaboradas en una reunión de expertos celebrada en Sudáfrica entre el 12 y el 14 de febrero de 2002 y fueron formalmente aprobadas por la Comisión Africana mediante una resolución de octubre de 2002 (ACHPR, 2002). Dicha resolución también incluyó el compromiso de crear un Comité de Seguimiento, aunque este Mecanismo Especial fue establecido recién casi dos años después³.

El siguiente es el mandato del Comité de Seguimiento establecido en la Resolución de la Comisión Africana sobre las Directrices de Robben Island (ACHPR, 2002):

- Organizar, con el apoyo de los socios interesados, seminarios para divulgar las Directrices de Robben Island entre los actores interesados nacionales e internacionales;
- Desarrollar y proponer a la Comisión Africana estrategias para promover y aplicar las Directrices de Robben Island a nivel nacional y regional;
- Promover y facilitar la aplicación de las Directrices de Robben Island en los Estados miembro;
- Elaborar un informe de avance para presentar ante la Comisión Africana en cada período ordinario de sesiones.

Este mandato tiene un marcado contraste con el mandato más detallado del REP; es más promocional y no tan centrado en la investigación ni impulsado por las denuncias recibidas. En particular, la parte “operativa” del mandato del Comité de Seguimiento, es decir, desarrollar, proponer y facilitar estrategias para la aplicación de las DRI, está definida con menos claridad que los muchos aspectos operativos del mandato del REP. Esto quizás representa una diferencia de enfoque entre los dos mandatos: el REP con un mandato más tradicional de investigación y el CPTA con un enfoque más “preventivo” (más adelante se analiza esta diferencia de enfoque). Sin embargo, la relación entre el Mecanismo Especial y el REP no es clara. En efecto, la falta de detalle en el mandato del Comité de Seguimiento ha contribuido para que el alcance completo de su mandato y sus términos de referencia hayan sido ambiguos desde el principio (más adelante se trata la necesidad de abordar esta falta de claridad).

En sus primeros años, a diferencia del REP, el Comité de Seguimiento no recibió financiamiento externo y fue significativamente menos activo. La primera reunión del Comité de Seguimiento se celebró en Bristol el 18 y 19 de febrero de 2005, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bristol, en el Reino Unido⁴. En aquella reunión, el Comité de Seguimiento aprobó su reglamento interno y elaboró un plan de acción. También en aquella reunión se elaboraron las recomendaciones para la promoción y aplicación de las DRI. Sin embargo, debido a la falta de recursos, el Comité de Seguimiento no pudo llevar a cabo ninguna actividad oficial en ningún país entre 2005 y 2007. En noviembre de 2007, la Comisionada Dupe Atoki fue elegida Presidente del Comité de Seguimiento en reemplazo de la Comisionada Sanji

Monageng luego de que Monageng tuviera que retirarse del Comité de Seguimiento para asumir como Presidente de la Comisión Africana.

En abril de 2008, el Comité de Seguimiento celebró su segunda reunión en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, como parte de una Conferencia sobre el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura en África, también organizada por la Universidad de Bristol. El objetivo de dicha reunión era repasar el avance logrado por el Comité y elaborar un plan de actividades efectivo para la promoción, divulgación y aplicación de las DRI. Durante el 43° Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Africana, celebrado en mayo de 2008, el Presidente del Comité de Seguimiento informó que en la reunión de Ciudad del Cabo el Comité de Seguimiento había identificado tres países para la realización de actividades piloto⁵, y que se había decidido convocar a otra reunión del Comité en Nigeria (ACHPR, 2008, p. 1-2). Así, en julio de 2008, con fondos adicionales provistos a la Comisión Africana por parte de la Unión Africana, el Comité de Seguimiento emprendió su primera actividad oficial en un país cuando celebró una reunión subregional en Nigeria para los jefes de policía y servicios penitenciarios de los Estados de África Occidental. Desde aquella primera actividad, el Comité ha realizado visitas promocionales o actividades de capacitación en los siguientes países: Liberia (septiembre de 2008), Benín (octubre de 2009) y Uganda (octubre de 2009). Al igual que su predecesor, la Presidenta también ha promocionado las DRI durante sus actividades en calidad de miembro de la Comisión Africana.

Durante el 47° Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Africana en noviembre de 2009, luego del cambio de nombre, cuatro de los miembros del Comité de Seguimiento fueron redesignados miembros del CPTA y se designó además un miembro nuevo. El CPTA sigue con la práctica de incluir entre su membresía a Comisionados y representantes de la sociedad civil⁶.

A efectos prácticos, el cambio de nombre del Comité de Seguimiento por el de CPTA no ha alterado la finalidad ni los métodos de trabajo. El cambio fue sólo de nombre y el CPTA sigue trabajando dentro del alcance del mandato establecido para el Comité de Seguimiento. Lamentablemente, la sigla 'CPTA' despierta la preocupación de que el Comité pueda ser percibido como un mecanismo de vigilancia similar al Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) y el Subcomité de la ONU para la Prevención de la Tortura (SPT), que tienen mandatos preventivos muy específicos incluso el poder de realizar visitas a centros de detención sin consentimiento previo, mientras que el CPTA no tiene el mandato necesario ni el poder de funcionar de manera similar (este tema, sin embargo, está fuera del alcance del presente artículo).

Hasta el momento de la redacción del presente trabajo, el CPTA no ha realizado ninguna visita a ningún país y lamentablemente el Comité de Seguimiento no ha podido elaborar informes sobre sus visitas a países debido a la falta de recursos. Como consecuencia de esta falta de información, de las pocas visitas a países que realizó el Comité de Seguimiento no queda claro cuál es el propósito y metodología para dichas visitas, ni cuál es la diferencia entre las visitas realizadas por el CPTA y las realizadas por el REP.

4 ¿Sinergia o inercia?

En apariencia, la decisión de designar al Presidente del CPTA para que ocupe el cargo de REP podría ser considerada como una simple decisión pragmática; la Comisión Africana tiene 11 Comisionados y 11 mecanismos especiales (4 Relatores Especiales, 6 grupos de trabajo temáticos, y 1 Grupo de Trabajo sobre Temas Especiales relativos al trabajo de la Comisión Africana). La mayoría de los Comisionados participan de más de un Mecanismo Especial al mismo tiempo. Pero el hecho de que un Comisionado quede a cargo de los mandatos de mecanismos especiales tan estrechamente relacionados pero potencialmente divergentes no fue tan sólo el resultado de un ejercicio tendiente a que cierren los números sino que se trató de una decisión deliberada que probablemente tenga consecuencias intencionadas y/o involuntarias. El tiempo dirá si esta decisión dará como resultado una duplicación de esfuerzos sobre cuestiones relacionadas o si el resultado será menos que la suma de sus partes. Tampoco hay certeza sobre si la designación de una misma persona como titular de los dos mandatos se va a repetir cuando se renueven los cargos a fines de 2011. Sin embargo, la actual decisión de que quien preside el CPTA sea REP al mismo tiempo presenta algunas oportunidades y desafíos particulares.

4.1 *La necesidad de prácticas de trabajo y términos de referencia transparentes*

Una de las razones por las que se consideró deseable que el Presidente del CPTA ocupara también el cargo de REP fue que existe un nexo entre la prevención de la tortura y la privación de la libertad. Antes del establecimiento del CPTA (y su predecesor, el Comité de Seguimiento) no había ningún Mecanismo Especial con el mandato expreso de considerar cuestiones relacionadas con la prohibición y prevención de la tortura y otros malos tratos. Durante los debates sobre el establecimiento del REP, surgió el tema de si debería haber una referencia específica a la tortura y otros malos tratos en el título del mecanismo, pero los propulsores del mandato del REP no accedieron a incluir la tortura y otros malos tratos en el nombre del Relator Especial porque querían que el REP estuviera claramente asociado a temas más amplios relativos a la privación de la libertad. En la práctica, sin embargo, el corolario de una buena gestión penitenciaria es la prevención de los abusos; en consecuencia, los diversos REP inevitablemente han comentado sobre aspectos relativos a las condiciones de detención y el trato dado a personas privadas de la libertad que pudieran constituir violaciones del artículo 5 de la Carta Africana. No obstante, el enfoque general de los distintos REP a la documentación de abusos ha sido un tanto improvisada y carente de una estrategia coherente (MURRAY, 2008, p. 208-210). Otra crítica a las misiones del REP indica que se ha puesto demasiado énfasis en las condiciones materiales de detención y no tanto en la situación jurídica (VILJOEN, 2007, p. 395).

En cierta medida, el desarrollo de las DRI y el establecimiento de un Mecanismo Especial para la Promoción y Prevención de la Tortura y Otros Malos Tratos en África

fue un intento de responder a las críticas en el sentido de que la Comisión Africana carecía de una estrategia coherente para la prevención de tales formas de abuso⁷ (El análisis para observar si el CPTA y su predecesor han podido establecer una estrategia bien articulada y elaborada para la prevención de la tortura queda fuera del alcance del presente artículo). Una de las consecuencias naturales surgidas del establecimiento del Comité de Seguimiento fue la necesidad de decidir cómo se relacionaría su mandato con el del REP y de qué modo responderían los dos mandatos ante cuestiones que se superpusieran. Lamentablemente, hasta el momento no hubo claridad al respecto. Y, tal como se señaló más arriba, este problema se vio agravado por la falta de términos de referencia claros y transparentes para el Comité de Seguimiento mismo. De todos modos, dado que ninguno de los dos mandatos ha sido muy activo en los últimos años, esta falta de claridad no ha sido un obstáculo tan importante hasta el momento ni ha generado tanta incertidumbre como hubiera podido esperarse de otro modo; no obstante, la designación de una misma persona para que ocupe el cargo de Presidente del CPTA y REP sólo puede acentuar los problemas causados por la falta de claridad en torno a la relación entre estos dos mecanismos especiales. Éste es un tema que hace falta abordar en forma prioritaria.

Ha habido intentos previos de establecer una relación formal de colaboración entre los dos mandatos pero han resultado en gran medida insatisfactorios. Por ejemplo, en 2006, quien fuera REP en aquel momento, el Comisionado Malila, fue invitado a “ocupar un lugar” en el entonces llamado Comité de Seguimiento (ACHPR, 2005, p. 2). Presumiblemente, aquella decisión respondía al intento de fortalecer la colaboración entre el REP y el Comité de Seguimiento y favorecer el intercambio de información y el desarrollo de estrategias comunes. Eso era, efectivamente, algo que requería la Resolución de las DRI en 2002, donde se hacía referencia a la participación de ‘expertos africanos prominentes’ en el trabajo del Comité de Seguimiento (ACHPR, 2002). De hecho, eso puede presumirse de la participación formal del REP en la segunda reunión del Comité de Seguimiento en Ciudad del Cabo en abril de 2008. También puede haber respondido a la necesidad de “hacer un fondo común” en un momento en el que ambos mandatos, y todos los mecanismos especiales, estaban estancados por la falta de recursos. Sin embargo, el proceso tenía ciertas ambigüedades y no quedaba claro desde afuera si el Comisionado Malila era oficialmente miembro del entonces Comité de Seguimiento y de qué manera había una cooperación formal entre los dos mandatos. Este experimento de colaboración puede haber conducido a la realización de la misión conjunta del REP y el CPTA a Liberia en 2008. Sin embargo, no queda claro si la misión conjunta implicó alguna ventaja en particular y, en cierta medida, la actividad conjunta puede de hecho haber puesto de relieve la ambigüedad en torno a la relación entre los dos mecanismos especiales.

Es posible que la designación de una misma persona al frente de los mandatos del REP y el CPTA pueda en efecto fortalecer la colaboración y cooperación entre ambos mecanismos en cuestiones de interés común. No obstante, ahora más que nunca, es imperiosa la necesidad de desarrollar los términos de referencia del CPTA y definir con claridad la forma en que trabajarán juntos el CPTA y el REP y en qué medida se diferenciarán sus mandatos y responsabilidades.

4.2 La posibilidad de que se desdibujen los mandatos

Uno de los principales desafíos que enfrenta la Comisionada Atoki como Presidenta del CPTA y REP es que es notoriamente difícil para una misma persona ponerse distintas “camisetas” al mismo tiempo y mantener la distinción entre los roles. La distinción entre mandatos diferentes pero estrechamente relacionados inevitablemente se desdibuja en la mente de los actores interesados y de quienes entran en contacto con el titular del mandato. A nivel superficial, el hecho de que puedan empañarse las distinciones entre las misiones y actividades emprendidas en nombre del REP y las realizadas bajo los auspicios del CPTA puede parecer intrascendente. Sin embargo, los mandatos del REP y del CPTA tienen efectivamente diferencias importantes y deliberadas a nivel operativo, lo que puede llevar a confusiones y expectativas injustificadas respecto de lo que pueda lograr el titular del mandato de estos mecanismos especiales en un determinado momento.

Por ejemplo, tal como se señaló más arriba, el REP tiene el mandato expreso de realizar una serie de actividades tradicionalmente asociadas a los Relatores Especiales, como realizar visitas a países e investigar y responder a denuncias. El mandato del REP, por lo tanto, tiene un enfoque más manifiestamente investigativo que el del CPTA, está más impulsado por las denuncias recibidas y es potencialmente punitivo. Al REP también se le encomienda “realizar estudios sobre las condiciones o situaciones que contribuyan a la violación de los derechos humanos de los presos” (ACHPR, 1997, p. 21), aunque en la práctica ésta es una parte del mandato que ha quedado desatendida.

Por otro lado, el CPTA heredó el mandato “promocional” que se había elaborado para el Comité de Seguimiento y no tiene el mandato expreso de realizar las actividades más tradicionales encomendadas al REP. A primera vista, el mandato del CPTA puede parecer más “débil” que el del REP. Ciertamente parece estar menos definido. Sin embargo, el mandato del CPTA está influenciado por el concepto de “prevención”, que ha surgido en los últimos años como enfoque dominante en las iniciativas contra la tortura. Un enfoque preventivo se caracteriza por la idea de intervenir antes de que se haya producido una violación, estableciendo un diálogo constructivo con los actores interesados a fin de atender las causas de origen de la tortura y otros malos tratos antes de se produzcan o se repitan⁸. Por lo tanto, un enfoque preventivo se concentra más en una cooperación sostenida que en detectar la falta.

Si bien desempeñar las dos funciones al mismo tiempo podría permitir al REP y Presidente del CPTA seguir con mayor facilidad casos a nivel de los países mediante una visita, existe la preocupación de que la diferencia de enfoque de los mandatos del REP y del CPTA pueda llevar a confusión a quienes entran en contacto con el titular de los mandatos de estos dos mecanismos especiales. Podría darse la situación de que la Comisionada Atoki, en su calidad de REP, reciba y responda a acciones urgentes o comunicaciones que denuncien violaciones en algún país en particular y que después deba cambiar ese rol cuasi judicial y confrontativo por uno de mayor cooperación mediante una visita al país en cuestión en su calidad de Presidente del CPTA. En esta instancia, las personas pueden verse menos dispuestas

a hablar abiertamente con el CPTA si temen que en una etapa posterior y como parte de una decisión respecto de una comunicación o llamamiento urgente a la acción pueda revelarse su identidad o la información que brindan.

Otro desafío práctico que no puede soslayarse es la mera carga de trabajo implícita en el desempeño de los dos mandatos, un problema que se ve acentuado por la falta de capacidad de investigación y apoyo disponible para los mecanismos especiales. Hacer que una sola persona esté a cargo de los dos mandatos con poco apoyo puede efectivamente reducir a ambos a un estado de inercia.

4.3 La necesidad de definir el alcance de ambos mandatos

Las personas privadas de su libertad están especialmente en riesgo de ser sometidas a la tortura y otros malos tratos; por lo tanto, habrá temas en común entre los dos mecanismos especiales. Además, si se interpretan ambos mandatos en forma expansiva, es decir, que el REP considere la justicia penal en general y el CPTA la prevención de la tortura en su sentido más amplio, se dará naturalmente una mayor convergencia ya que es difícil, y quizás innecesario, definir dónde comienza la buena gestión penitenciaria y termina la prevención de la tortura y viceversa.

Por ejemplo, como se señaló más arriba, aunque los sucesivos REP se han concentrado en las prisiones, el mandato del REP en sí no se limita a las prisiones solamente sino que abarca todos los lugares de detención y ha sido descrito como un “mandato expansivo, que va más allá del ‘cómo’ de la detención para incluir el ‘por qué’” (VILJOEN, 2005, p. 132) De hecho, el método de trabajo del REP contiene una disposición expresa que establece que el REP “[...]realizará estudios sobre las condiciones o situaciones que contribuyan a la violación de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y recomendará medidas preventivas [...]” (ACHPR, 1997, p. 21) Así, el REP no sólo tiene el mandato de investigar y tratar de lograr mejoras en las condiciones de detención y trato de las personas privadas de la libertad (el “cómo” de la detención) sino que también puede y debe realizar trabajos de investigación y considerar si se necesitan reformas en la justicia penal en general (el “por qué” de la detención) con el fin de prevenir prácticas abusivas.

Del mismo modo, la prevención de la tortura en su sentido más amplio requiere de la adopción de una serie de medidas complementarias a fin de enfrentar prácticas y comportamientos que, de no ser controladas, podrían convertirse en tortura u otros malos tratos. Por lo tanto, la prevención de la tortura en su sentido más amplio podría abarcar propuestas de reformas dentro del sistema de justicia penal que fortalezcan la protección de las personas privadas de la libertad. Por ejemplo, la superpoblación es el mayor problema que enfrenta hoy el sistema penitenciario en todo el mundo. El hacinamiento produce malas condiciones de detención, lo que en sí mismo puede constituir un mal trato y una violación, entre otros, del artículo 5 de la Carta Africana. El uso excesivo de la prisión preventiva ha contribuido a esta crisis por la superpoblación penitenciaria. Por lo tanto, ciertamente el mandato del CPTA incluiría el hacer recomendaciones tendientes a reducir la prisión preventiva y el hacinamiento en las prisiones, temas que normalmente serían considerados como cuestiones de competencia del REP.

Como resultado de esta potencial superposición, los gobiernos, instituciones y personas pueden quizás no entender la necesidad de contar con dos mecanismos especiales con el mandato de atender los derechos de las personas privadas de la libertad. Esta posibilidad de confusión entre las funciones de los dos mecanismos puede ser particularmente grave porque, como se señaló más arriba, las líneas de división y la relación entre estos dos mandatos no han sido transparentes desde el establecimiento del Comité de Seguimiento en 2004. No obstante, es en este sentido en el que quizás tener a una misma persona en la función de REP y Presidente del CPTA podría ser beneficioso, ya que podría evitar duplicaciones innecesarias y tendría el potencial de facilitar el desarrollo de un mensaje más cohesivo y sistemático de parte de los distintos mecanismos respecto de una misma cuestión. Es también posible que la Comisionada Atoki, a través de su experiencia como titular de ambos mandatos, pueda desarrollar distinciones más claras y sostenibles en los deberes y métodos de trabajo de los dos mecanismos especiales.

No obstante, si bien existe la posibilidad de una sinergia entre los dos mandatos y áreas identificables en las que sus actividades e interés puedan converger, también queda claro que ambos mantendrán su distinción y, en este momento, ninguno de estos dos mecanismos especiales puede por sí solo cubrir todo el alcance de ambos mandatos. Debe reconocerse que el foco del REP en las prisiones y condiciones de detención cubre un espectro de temas que va mucho más allá de la prevención de la tortura y otros malos tratos. Esto resulta evidente en el contenido de la Declaración de Kampala sobre las Condiciones de las Cárceles en África, que el REP tenía el mandato debía promover (ACHPR, 1997, p. 22) Asimismo, el REP, a diferencia del CPTA, tiene el poder explícito de visitar lugares de detención a fin de considerar una amplia gama de temas relativos a la privación de la libertad que no estén incluidos en el artículo 5 de la Carta Africana, como la provisión de trabajo, instalaciones educativas, actividades recreativas, etc., mientras que el CPTA tiene el mandato específico de promover y facilitar la aplicación de medidas tendientes a la prevención de la tortura y otros malos tratos en África.

En consecuencia, consideramos que sin una revisión y enmienda sustanciales de sus respectivos mandatos, hace falta mantener ambos mecanismos especiales para cubrir todo el amplio espectro de temas y contar con el nivel de conocimientos especializados que exigen sus respectivos mandatos.

5 La necesidad de reformar el procedimiento de los mecanismos especiales en general

La designación de una misma persona como titular de los mandatos del REP y de la presidencia del CPTA también pone de manifiesto un problema con el procedimiento de los mecanismos especiales de la Comisión Africana en general. Históricamente, los Comisionados han sido designados Relatores Especiales y presidentes de grupos de trabajo temáticos; sin embargo, no siempre cuentan con los conocimientos especializados necesarios para el mandato para el que son designados y, además, los Comisionados dedican a ese cargo tiempo parcial y

tienen una importante carga de trabajo y obligaciones que desempeñar como tales. Es por eso que el tiempo que pueden destinar a actividades como los Mecanismos especiales puede ser limitado. Este problema también se ha visto agravado por la falta de financiamiento, de personal y de capacidad de investigación dentro de la Comisión Africana. Sin perjuicio del compromiso evidente de los distintos Comisionados hacia sus mandatos en los mecanismos especiales y sus logros a lo largo de los años, consideramos que es hora de revisar esta práctica y analizar procedimientos alternativos basados en la experiencia de otros mecanismos de derechos humanos.

El primer Mecanismo Especial que estableció la Comisión Africana fue la Relatoría Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias en África (1994). El establecimiento de este cargo de Relator Especial fue promovido por Amnistía Internacional, que propuso la idea durante su declaración en el 14º Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Africana, celebrado en Addis Ababa en 1993 (HARRINGTON, 2001, p. 251). Durante las deliberaciones sobre la designación de este Relator Especial se planteó el tema de si debía designarse a una persona que no fuera miembro de la Comisión Africana. En aquel entonces, el Comisionado Umozurike expresó la opinión de que debía designarse a un experto externo porque un Comisionado no podría viajar con la regularidad que requería el mandato del Relator Especial debido a la carga de trabajo de la Comisión Africana (HARRINGTON, 2001, p. 252-253). Sin embargo, esta opinión no fue la que prevaleció y la mayoría de los Comisionados prefirieron designar a alguien de dentro de sus propias filas. Quedó registrado en actas que las razones de esta decisión fueron que muchos de los Comisionados consideraban que designar a “un externo no entraba dentro de la competencia de la Comisión; que en esencia no se podía confiar en los externos; y que pagar a un consultor externo resultaría oneroso. Tal curso de acción además daría a entender que los comisionados no son competentes” (HARRINGTON, 2001, p. 252-253). En consecuencia, se designó al Comisionado Ben Salem para que ocupara el cargo de Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias en África (ACHPR, 1994, §26, p.188).

Es interesante notar que en la época de la designación del primer REP, que fue la segunda Relatoría Especial en ser establecida, el tema de la designación de expertos externos fue planteado nuevamente cuando PRI propuso que debían considerarse para el cargo candidatos que no pertenecieran a la Comisión Africana y se presentaron los nombres de 6 expertos externos (VILJOEN, 2005, p. 129). No obstante, la Comisión Africana siguió el precedente establecido con la designación del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias en África y designó como primer REP en 1996 al entonces Vicepresidente de la Comisión Africana, el Comisionado Danka. Con esta designación, la selección de Relatores Especiales de entre las filas de los Comisionados parece haberse convertido en la práctica establecida. Como se dijo anteriormente, al momento de la redacción del presente artículo, la Comisión Africana tiene 11 mecanismos especiales (4 Relatores Especiales; 6 grupos de trabajo temáticos; y 1 Grupo de Trabajo sobre Temas Específicos) y la mayoría de los Comisionados participan de más de un Mecanismo Especial⁹.

A lo largo de los años, el Foro de ONG, que se reúne antes del período ordinario de sesiones de la Comisión Africana, ha pedido que se establezcan más mecanismos especiales para concentrarse en temas específicos relativos a los derechos humanos. El procedimiento de mecanismos especiales es particularmente popular entre las ONG porque ha demostrado ser una forma efectiva, y posiblemente la única, de asegurarse de que un tema en particular que éstas estén promoviendo tenga un perfil sostenido dentro de las actividades de la Comisión Africana. La experiencia ha demostrado que las resoluciones sobre temas específicos que no están asignadas a un mecanismo especial tienden a tener una ‘vida útil’ breve y carecen de impulso para acciones ulteriores. El procedimiento de mecanismos especiales se ha desarrollado entonces como una forma de ‘operacionalizar’ las resoluciones temáticas de la Comisión Africana.

Se postula aquí que esta proliferación de mecanismos especiales y la continuidad de la práctica de designar a los Comisionados para los cargos de Relatores Especiales y presidentes de los grupos de trabajo temáticos no es sostenible ni tampoco es la forma más efectiva ni deseable de ocupar esos puestos especializados. A lo largo de los años, la Comisión Africana ha sufrido de una falta crónica de fondos y los Comisionados se han quejado persistentemente de que los mecanismos especiales siempre han carecido de los recursos necesarios en términos de financiamiento, personal y capacidad de investigación para desempeñar correctamente sus mandatos. Sin dudas, para que puedan satisfacerse las crecientes demandas a las que están sujetos los Mecanismos especiales hace falta revisar los procedimientos y prácticas que los rigen.

La Comisión Africana ha intentado hacer frente a algunos de los problemas arriba mencionados que aquejan a los mecanismos especiales. En 2002, la Comisión Africana inició un examen del uso del mecanismo de Relatoría Especial porque “no resultaba demasiado exitoso” (ACHPR, 2004, §32). Entonces se inició una revisión a fin de considerar las formas de fortalecer este tipo de mecanismos. Durante este período de examen, la Comisión Africana impuso una moratoria sobre el establecimiento de Relatorías Especiales y tomó la decisión de designar puntos focales como medida provisional para los proyectos que ya estaban en marcha hasta que hubiera concluido el examen. (ACHPR, 2004, §32). Fue en ese momento que se presentó la Resolución de las DRI para su aprobación con el pedido de creación de un Comité y no de una Relatoría Especial.

Una de las consecuencias de este examen fue el establecimiento de grupos de trabajo temáticos. Si bien los grupos de trabajo establecidos están todos presididos por un Comisionado, han permitido que expertos externos participen del engranaje de la Comisión Africana. El CPTA, y antes el Comité de Seguimiento, son un ejemplo de tales grupos de trabajo y entre sus miembros se cuentan Comisionados y representantes de la sociedad civil. Sin embargo, los grupos de trabajo pueden requerir de muchos más recursos que una Relatoría Especial ya que naturalmente necesitan más financiamiento y coordinación para juntar a los miembros en reuniones o visitas a países.

No obstante el reciente examen del procedimiento de Relatoría Especial de la Comisión Africana y el establecimiento de grupos de trabajo temáticos,

se postula aquí que la práctica de designar a Comisionados para que ocupen los cargos de Relatores Especiales es fallida y no resulta sostenible. Para asegurar que los titulares de los mandatos de los distintos mecanismos especiales cuenten con los conocimientos especializados necesarios para desempeñar sus mandatos y para abordar los problemas prácticos que implican las crecientes demandas de estos mecanismos especiales, pueden extraerse lecciones de la experiencia de los Procedimientos Especiales de las Naciones Unidas.

El término “Procedimientos Especiales de la ONU” es el nombre dado a toda la gama de mecanismos de Naciones Unidas que han sido establecidos para abordar cuestiones temáticas o situaciones concretas en los países. Los Procedimientos Especiales están constituidos por una persona (llamada “Relator Especial”, “Representante Especial del Secretario General” o “Experto Independiente”) o un grupo de trabajo compuesto por cinco miembros (uno de cada región del mundo).

El sistema de Procedimientos Especiales de la ONU fue establecido originariamente en el marco de la Comisión de Derechos Humanos en la década de 1980 y luego asumido por el Consejo de Derechos Humanos en 2006. En la actualidad, hay 31 mandatos temáticos y 8 por situaciones concretas en países. Los Procedimientos Especiales de la ONU reciben financiamiento y apoyo administrativo, logístico y de investigación de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (OACDH) para el desempeño de sus mandatos.

Los Procedimientos Especiales de la ONU en general tienen el mandato de examinar, prestar asesoramiento e informar públicamente sobre situaciones relativas a los derechos humanos en países o territorios específicos o respecto de cuestiones temáticas. Los Procedimientos Especiales de la ONU se encargan de diversas actividades, entre ellas, realizar misiones de investigación en países, dar respuesta a denuncias individuales, realizar estudios y actividades promocionales en general¹⁰. A lo largo de los años, los Procedimientos Especiales de la ONU han demostrado ser un recurso invaluable para monitorear el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos y desarrollar una mayor comprensión del derecho internacional de derechos humanos.

Una de las principales diferencias entre los Procedimientos Especiales de la ONU y los mecanismos especiales de la Comisión Africana es que, a diferencia de la Comisión Africana, que, como se dijo antes, siempre ha designado a sus propios Comisionados para el desempeño de los mandatos de los mecanismos especiales, los Procedimientos Especiales de la ONU han estado tradicionalmente a cargo de expertos externos y no de personal de Naciones Unidas.

Los cargos en los Procedimientos Especiales de la ONU se establecen y se mantienen mediante la aprobación de resoluciones intergubernamentales en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Asamblea General de Naciones Unidas. El método para el establecimiento de los Procedimientos Especiales de la ONU y sus mandatos se determina en dichas resoluciones. Los Procedimientos Especiales que van a actuar como “representantes del Secretario General de Naciones Unidas” son seleccionados por el Secretario General, mientras que otros Procedimientos Especiales son nombrados por el Presidente del Consejo de Derechos Humanos previa consulta con los Estados miembro

de Naciones Unidas. En consecuencia, el proceso para el establecimiento de los Procedimientos Especiales y sus respectivas designaciones podría ser percibido como un proceso potencialmente mucho más político que la designación de los mecanismos especiales de la Comisión Africana, lo que podría generar preocupación respecto de la objetividad y la independencia de los titulares de los mandatos de la ONU. Sin embargo, en la práctica, el sistema de Procedimientos Especiales de la ONU tiene vastos antecedentes que demuestran que funcionan con independencia y neutralidad.

La designación de expertos externos para el desempeño de los mandatos de los Procedimientos Especiales de la ONU brinda la beneficiosa posibilidad de nombrar a personas que han demostrado contar con los conocimientos especializados necesarios para la cuestión en particular de que trate el mandato en cuestión. Si bien no es nuestra intención cuestionar el innegable compromiso de los Comisionados de la Comisión Africana respecto de sus respectivos mandatos al frente de los mecanismos especiales, ciertamente el sistema de designaciones para los Procedimientos Especiales de la ONU ha permitido la adopción de un proceso más a medida, realizando los mayores esfuerzos por seleccionar como titulares de los Procedimientos Especiales a personas que tengan los conocimientos especializados necesarios y más adecuados para el mandato en cuestión.

Es interesante observar en este punto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha ido adoptando un procedimiento de designaciones para sus Relatores Especiales que va a permitir la participación de más expertos externos en los mandatos. En un principio, los primeros Relatores Especiales de la CIDH eran designados de entre los miembros de la Comisión, pero las designaciones posteriores incluyeron a miembros de la Comisión y expertos independientes. En 2006, la CIDH adoptó reglas de procedimiento para la designación de los Relatores Especiales que establecen que “[u]na vez que la Comisión tome conocimiento de que se producirá una vacante en un puesto de Relator o Relatora Especial, la Comisión convocará a un concurso público y dará a conocer la convocatoria ampliamente a fin de posibilitar que se presente la mayor cantidad de candidaturas para ocupar dicho cargo” (IACHR, 2006). Por lo tanto, la CIDH abrió oficialmente el procedimiento para recibir candidaturas de fuera de su seno¹¹.

De manera similar a los mecanismos especiales de la Comisión Africana, los Procedimientos Especiales de la ONU han sido víctimas de su propia popularidad y su carga de trabajo ha ido en constante aumento mientras que sus recursos han sido siempre escasos. En junio de 2006, se inició un examen del sistema de Procedimientos Especiales de la ONU a fin de considerar formas de mejorar la efectividad de estos mecanismos. El examen ayudó a identificar varias prácticas que podrían ser beneficiosas para los mecanismos especiales de la Comisión Africana.

El resultado del examen fue la aprobación por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de la resolución “Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos” (Resolución 5/1), que contiene disposiciones sobre la selección de los titulares de mandatos y el examen de todos los mandatos de los Procedimientos Especiales. De conformidad con la Resolución 5/1, al seleccionar

y nombrar a los titulares de mandatos de Procedimientos Especiales, se deberán considerar los siguientes criterios generales (UNITED NATIONS, 2007, §39):

- a) Conocimientos especializados;
- b) Experiencia en la esfera del mandato;
- c) Independencia;
- d) Imparcialidad;
- e) Integridad personal; y
- f) Objetividad.

Se establece que el proceso para la designación de los titulares de mandatos de Procedimientos Especiales de la ONU deberá estar orientado por el objetivo de asegurar que los candidatos seleccionables sean personas altamente calificadas con reconocida competencia, conocimientos especializados pertinentes y amplia experiencia profesional en la esfera de los derechos humanos (UNITED NATIONS, 2007, §41).

De acuerdo con la Resolución 5/1, podrán proponer candidatos a titulares de mandatos de Procedimientos Especiales las siguientes entidades (UNITED NATIONS, 2007, §42):

- a) Gobiernos;
- b) Grupos regionales que operen dentro del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas;
- c) Organizaciones internacionales o sus oficinas (por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos);
- d) Organizaciones no gubernamentales;
- e) Otros órganos de derechos humanos; y
- f) Candidaturas individuales.

Asimismo, es particularmente interesante notar que para los Procedimientos Especiales de la ONU rige “el principio de no acumulación simultánea de funciones de derechos humanos” (UNITED NATIONS, 2007, §44), que impide que una misma persona sea titular de más de un mandato de Procedimiento Especial al mismo tiempo. Este principio apunta a fortalecer la eficacia y efectividad de los Procedimientos Especiales asegurando que una misma persona no tenga que dividir su tiempo entre varios mandatos. Además, la Resolución 5/1 prohíbe la designación como titular de un mandato de Procedimiento Especial de personas que ocupen cargos de decisión en gobiernos o en cualquier organización o entidad que pudiera dar lugar a un conflicto de interés (UNITED NATIONS, 2007, §46). Esta disposición es una salvaguardia necesaria para proteger la independencia real y percibida de los Procedimientos Especiales de la ONU. Estas dos disposiciones

tienen una resonancia particular para el enfoque de la Comisión Africana hacia sus mecanismos especiales, que actualmente permite que los Comisionados ocupen los cargos de Relatores Especiales y Presidentes de grupos de trabajo temáticos al mismo tiempo, además de que los Comisionados también pueden ocupar cargos en gobiernos, incluso cargos políticos, mientras son titulares de mandatos de mecanismos especiales.

Además de beneficiarse de tener expertos en el tema de cada mandato en particular y salvaguardias para proteger la independencia de estos mecanismos, el hecho de que los titulares de mandatos de los Procedimientos Especiales de la ONU sean expertos externos también les ha permitido ser creativos a la hora de responder a problemas similares a los experimentados por la Comisión Africana, como la falta de apoyo institucional a los mandatos, la falta de financiamiento, y la falta de apoyo logístico y de investigación. Muchos de los titulares de mandatos de Procedimientos Especiales de la ONU han apelado a recursos externos para reforzar aquellos provistos por la OACDH. Por ejemplo, el actual Relator Especial sobre la Tortura (RET), el Profesor Manfred Nowak, en su calidad de director del Instituto Ludwig Boltzmann de Derechos Humanos de Austria, ha logrado recibir de dicho instituto apoyo para la investigación para su mandato como RET. El Instituto cuenta con un proyecto específico para brindar apoyo al mandato del RET, en virtud del cual un equipo del Instituto ayuda a diario al RET a responder a denuncias de víctimas de la tortura, sus familiares y ONG, y asiste al RET en la preparación y seguimiento de las visitas de investigación a los países¹². Este esquema le ha otorgado al RET considerable flexibilidad para ejercer su mandato, realizar trabajos de investigación sobre cuestiones temáticas pertinentes y fortalecer su condición de independiente.

Asimismo, la práctica de designar expertos externos independientes como titulares de los mandatos de los Procedimientos Especiales de la ONU también asegura que haya una separación a nivel institucional entre las funciones de investigación y defensa de los Procedimientos Especiales de la ONU y las funciones cuasi jurisdiccionales de los órganos de los tratados. Sin embargo, la actual práctica de la Comisión Africana de designar a los Comisionados como Relatores Especiales no permite este tipo de separación institucional entre las funciones de los Relatores Especiales y la consideración de las comunicaciones individuales por parte de la Comisión Africana (MURRAY, 2008, p. 209-210). Por ejemplo, como Comisionado, el REP participará de las funciones cuasi jurisdiccionales de la Comisión Africana cuando ésta considere comunicaciones individuales. Durante la consideración de tales denuncias, fácilmente puede darse la situación de que se relaten y deliberen las observaciones realizadas por el REP durante una misión a pesar de que los informes de misión del REP hayan carecido sistemáticamente del rigor, coherencia y exhaustividad requeridos para representar una prueba para la determinación de una denuncia individual (MURRAY, 2008, p. 209-210). Postulamos, por lo tanto, que la única forma de asegurar algún grado de separación institucional entre las funciones de los Relatores Especiales y las funciones cuasi judiciales de la Comisión Africana sería designar para los cargos de Relatores Especiales a expertos externos.

6 Conclusión

A lo largo de los años, el procedimiento de mecanismos especiales de la Comisión Africana ha, sin duda, elevado el perfil de muchas cuestiones relativas a los derechos humanos y es una función central del mandato de proteger de la Comisión Africana. Si bien la designación del Presidente del CPTA como REP brinda la posibilidad de facilitar un enfoque más fuerte y cohesivo hacia estos mandatos, también presenta algunos desafíos particulares para el titular de ambos, que es una misma persona. Desde 2004, cuando se estableció por primera vez un Mecanismo Especial con un mandato de prevención de la tortura, la relación y la interacción entre este Comité y el mandato del REP han sido ambiguas y confusas. En consecuencia, como primer paso, es crucial que los términos de referencia del CPTA estén elaborados en su totalidad y que el titular de los dos mandatos defina claramente cómo trabajarán juntos el CPTA y el REP, en qué medida se van a distinguir sus mandatos y responsabilidades, y de qué modo se van a resolver las superposiciones cuando las haya. Asimismo, cuando finalice el mandato de la Comisionada Atoki como Presidente del CPTA y REP en 2011, debería realizarse un examen profundo de este desdoblamiento experimental del titular de estos mandatos en consulta con un amplio espectro de actores interesados con el fin de determinar si resultó beneficioso o si deben considerarse enfoques alternativos para el futuro.

La designación del Presidente del CPTA como titular del mandato del REP también puso de manifiesto algunas preocupaciones más generales respecto de la actual práctica de designar Relatores Especiales a los Comisionados de la Comisión Africana. A pesar del notable compromiso de los Comisionados para con sus respectivos mandatos en los mecanismos especiales, el sistema ha enfrentado dificultades a la hora de responder a las demandas a las que están sujetos los titulares de los mandatos y necesita imperiosamente un examen profundo. Los mecanismos especiales siguen limitados por la falta de capacidad y recursos. El éxito de los mecanismos especiales va a depender del alcance y la profundidad de la capacidad disponible para apoyar los mandatos. Además, deben investigarse urgentemente modelos de financiamiento innovadores.

Es interesante observar que durante el 47° Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Africana en mayo de 2010, el Centro de Derechos Humanos y la Iniciativa para el Desarrollo de los Derechos Humanos (HRDI) pidieron que se estableciera una Relatoría Especial sobre VIH/SIDA y que se designara a un experto independiente para ocupar el cargo y no a ninguno de los Comisionados. Finalmente, la Comisión Africana decidió seguir su práctica más reciente de crear grupos de trabajo o comités en lugar de Relatorías Especiales y estableció entonces el Comité para la Protección de las Personas que Viven con VIH o están en riesgo de contraer, son vulnerables a o se ven afectados por el VIH (ACHPR, 2010). Así, la Comisión Africana se muestra entonces reticente a establecer nuevas Relatorías Especiales y designar a expertos externos para que ocupen los cargos. En cambio, pareciera favorecer el establecimiento de grupos de trabajo y comités compuestos por Comisionados y representantes de la sociedad civil u otros expertos externos. Si bien los grupos de trabajo y comités establecidos por la Comisión Africana permiten

que expertos externos participen directamente de los mecanismos especiales junto con los Comisionados, esto inevitablemente tiene implicancias en términos de personal y financiamiento para estos órganos en un momento en que los mecanismos especiales en general enfrentan dificultades por la falta de capacidad y fondos.

En cuanto a las Relatorías Especiales que ya ha creado la Comisión Africana, postulamos que la única forma de que los titulares de estos mandatos puedan ser verdaderamente efectivos será dejar de lado la costumbre de designar Relatores Especiales a los Comisionados y, en cambio, adoptar prácticas similares a las del sistema de Procedimientos Especiales de la ONU, y designar expertos externos independientes mediante un proceso de designación transparente e inclusivo.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS (ACHPR).

1994. **7th Annual Activity Report**, 1993-1994. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/activity_reports/7th%20Activity%20Report.pdf>. Visitado el: noviembre de 2010.

_____. 1997. **10th Annual Activity Report**, 1996-1997. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/activity_reports/activity10_en.pdf>. Visitado el: noviembre de 2010.

_____. 2002. **Resolution on Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa**, Res.61(XXXII)02. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/resolutions/resolution66_en.html>. Visitado el: noviembre de 2010.

_____. 2004. **17th Annual Activity Report**, 2003-2004. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/activity_reports/activity17_en.pdf>. Visitado el: noviembre de 2010.

_____. 2005. **19th Annual Activity Report**, 2005. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/activity_reports/19th%20%20Activity%20Rpt..pdf>. Visitado el: noviembre de 2010.

_____. 2007. **Intersession Report of Special Rapporteur on Freedom of Expression in Africa Commissioner A. R. Chigovera**. Disponible en: <[http://www.achpr.org/english/Special Mechanisms/Freedom of expression/37_Activity Report.doc](http://www.achpr.org/english/Special_Mechanisms/Freedom_of_expression/37_Activity_Report.doc)>. Visitado el: noviembre de 2010.

_____. 2008. **Report of Activities by Commissioner Dupe Atoki Chairperson of the Follow-up Committee of the Robben Island Guidelines During the Intersession Period November 2007 to May 2008**. Disponible en: <<http://www.achpr.org/english/Commissioner%27s%20Activity/43rd%20OS/Special%20Rapporteurs/robben%20Island%20Guidelines.pdf>>. Visitado el: noviembre de 2010.

- _____. 2009a. **Resolution on the Appointment of the Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa**, Res.156(XLVI)09. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/resolutions/resolution156_en.htm>. Visitado el: noviembre de 2010.
- _____. 2009b. **Resolution on The Change of Name of the “Robben Island Guidelines Follow-Up Committee” to the “Committee for the Prevention of Torture in Africa” and the Reappointment of the Chairperson and the Members of the Committee**, Res.158(XLVI)09. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/resolutions/resolution158_en.htm>. Visitado el: noviembre de 2010.
- _____. 2010. **Resolution on the Establishment of a Committee on the Protection of the Rights of People Living With HIV (PLHIV) and Those at Risk, Vulnerable to and Affected by HIV**, Res.163(XLVII)2010. Disponible en: <http://www.achpr.org/english/resolutions/Resolution163_en.htm>. Visitado el: noviembre de 2010.
- HARRINGTON, J. 2001. Special Rapporteurs of the African Human Rights System. **African Human Rights Law Journal**, Pretoria, v. 1, n. 2, p. 247-267.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR). 2006. Iachr Adopts Amendments to its Rules of Procedure and Establishes Procedural Rules for the Appointment of Special Rapporteurs. **Press Release**, Washington, D.C., n. 41, 2 Nov. 2006. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/2006/41.06eng.htm>>. Visitado el: noviembre de 2010.
- MURRAY, R. 2008. The African Commission's approach to prisons. In: SARKIN, J. **Human Rights in African Prisons**. Cape Town: HRSC Press. p. 204-223.
- VILJOEN, F. 2005. The Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa: Achievements and Possibilities. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 27, n. 1, p.125-171.
- _____. 2007. **International Human Rights Law in Africa**. Oxford: Oxford University Press.
- UNITED NATIONS. 2007. **Resolution on Institution-building of the United Nations Human Rights Council**, UN. Doc. A/HRC/RES/5/1 (June 18, 2007).
- _____. 2010a. Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR). **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in the world, including an assessment of conditions of detention**, UN. Doc. A/HRC/13/39/Add.5 (Feb. 5, 2010).
- _____. 2010b. Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR). **Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention in the Context of Countering Terrorism of the Special Rapporteur on The Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism**, Martin Scheinin; The Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak; the Working Group on Arbitrary Detention Represented by its Vice-Chair, Shaheen Sardar Ali; and the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances Represented by its Chair, Jeremy Sarkin, UN. Doc. A/HRC/13/42 (Feb. 19, 2010).

NOTAS

1. PRI consiguió fondos de la Agencia Noruega para el Desarrollo (NORAD) para su proyecto "Condiciones en las cárceles de África, establecimiento del cargo de Relator Especial".
2. Ver, por ejemplo, el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura "Estudio sobre el fenómeno de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes en el mundo, con una evaluación de las condiciones de detención" (UNITED NATIONS, 2010a), y el Estudio Conjunto sobre Detención Secreta del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo y del Relator Especial sobre la Tortura (UNITED NATIONS, 2010b).
3. En su 35° Período Ordinario de Sesiones (mayo a junio de 2004), la Comisión Africana también designó a las siguientes personas como los primeros miembros del Comité de Seguimiento:
 1. Comisionada Sra. Sanji Monageng: elegida Presidente;
 2. Sr. Jean-Baptiste Niyizurugero: Funcionario de Programa de la APT para África; elegido Vicepresidente;
 3. Sra. Hannah Forster: Centro Africano de Estudios de Democracia y Derechos Humanos (African Centre for Democracy and Human Rights Studies - ACDHRS);
 4. Sra. Leila Zerrougui: Jueza y Profesora de Derecho del Instituto Nacional de la Magistratura en Argel y Presidente del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria;
 5. Sra. Karen McKenzie: Directora de la Dirección de Denuncias Independientes de Sudáfrica;
 6. Sr. Malick Sow: Secretario Ejecutivo del Comité Senegalés de Derechos Humanos.
4. La Facultad de Derecho de la Universidad de Bristol ofició de anfitrión de la primera y segunda reunión del Comité de Seguimiento dado que tiene importantes antecedentes en la investigación del sistema africano de derechos humanos, y Malcolm Evans, Profesor de derecho de la Universidad de Bristol, fue miembro del grupo principal de redacción que elaboró las Directrices de Robben Island en febrero de 2002.
5. El informe de actividades no consigna el nombre de los tres países.
6. El CPTA está compuesto por los siguientes miembros:
 1. Com. Dupe Atoki: reelegida Presidente del CPTA
 2. Sr. Jean-Baptiste Niyizurugero: reelegido Vicepresidente del CPTA
 3. Com. Musa Ngary Bitaye
 4. Sr. Malick Sow
 5. Sra. Hannah Forster.
7. Con el desarrollo de las DRI, iniciado por la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), se buscaba principalmente diseñar un instrumento que alentara el apoyo político en África para el concepto de prevención de la tortura en general y para el entonces Proyecto de Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura en particular.
8. El Relator Especial sobre la Tortura es claro en este sentido: "El método más importante para la prevención de la tortura consiste en reemplazar el paradigma de la opacidad por el de la transparencia, sometiendo a todos los lugares de detención a examen y escrutinio externo independiente. Un sistema de visitas regulares a los lugares de detención por parte de órganos de vigilancia independientes constituye la forma más innovadora y efectiva de prevenir la tortura y generar respuestas oportunas y adecuadas a las denuncias de abusos y malos tratos por parte de los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes." (UNITED NATIONS, 2010a, para. 157).
9. Para acceder a una lista de los actuales mandatos de los miembros de la Comisión Africana, ingrese a: <http://www.achpr.org/english/List%20of%20Commissioners/list_updated-2010.pdf>.
10. Pueden obtenerse más detalles sobre los Procedimientos Especiales de la ONU en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/index.htm>>.
11. Ver Comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el establecimiento de reglas de procedimiento para la designación de Relatores Especiales (IACHR, 2006). Para mayor información sobre las distintas Relatorías, ver <http://www.cidh.oas.org/relatorias_eng.htm>. Asimismo, en su Informe entre Período de Sesiones al 37° Período Ordinario de Sesiones de la CADHP, el Relator Especial sobre Libertad de Expresión en África señala que "[e]s necesario aclarar cuál es la condición del Relator Especial de la OEA sobre libertad de expresión. El Relator Especial no es un miembro de la Comisión Interamericana. Se trata de un cargo que reporta a la Comisión; es autónomo y cuenta con su propio personal y presupuesto." (ACHPR, 2007, p. 3).
12. Para más información sobre el apoyo brindado por el Instituto Ludwig Boltzmann de Derechos Humanos al Relator Especial de la ONU sobre la Tortura, ingresar a <<http://bim.lbg.ac.at/en/human-dignity-and-public-security/support-un-special-rapporteur-torture>>.

ABSTRACT

This article examines the implications arising out of the recent decision of the African Commission on Human and People's Rights (African Commission) to appoint the Chair of the Committee for the Prevention of Torture in Africa (CPTA) as the Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention (SRP). The article reviews the mandates of these Special Mechanisms and considers the potential impact of one Commissioner holding both mandates at the same time. The article then considers whether the current practice of the African Commission to appoint Commissioners as Special Rapporteurs can in fact deliver the necessary expertise and level of action required to function effectively and meet the increasing demands for more mechanisms to be established. Finally, the article suggests that lessons can be drawn from the recent review of the UN Special Procedures in order to reform the Special Mechanisms procedure of the African Commission.

KEYWORDS

Torture – Prison – African Commission on Human and People's Rights

RESUMO

Este artigo estuda as consequências decorrentes da decisão recente da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão Africana) de nomear, para o cargo de Relator Especial sobre Prisões e Condições de Detenção (REP), a Presidente do Comitê para Prevenção da Tortura na África (CPTA). O presente artigo analisa os mandatos desses dois Mecanismos Especiais e considera o potencial conflito gerado pela cumulação de dois mandatos por um mesmo Comissário. O artigo, em seguida, avalia se a prática atual da Comissão Africana de nomear Comissários para o cargo de Relator Especial é capaz de oferecer a expertise e o dinamismo necessários para desempenhar efetivamente essas funções e satisfazer as demandas pela criação de novos mecanismos. Por fim, este artigo sugere que algumas lições podem ser extraídas da recente revisão dos Procedimentos Especiais da ONU no intuito de revisar os procedimentos dos Mecanismos Especiais da Comissão Africana.

PALAVRAS-CHAVE

Tortura – Prisão – Comissão Africana para os Direitos do Homem e dos Povos



LUCYLINE NKATHA MURUNGI

Nkatha Murungi es investigadora del Proyecto sobre los Derechos del Niño del Centro de Derecho Comunitario de la Universidad de Western Cape, Sudáfrica. Es defensora en la Corte Suprema de Kenia, y tiene una maestría en Derechos Humanos y Democratización en África de la Universidad de Pretoria. Prepara su Doctorado en Derecho (LLD) en la Facultad de Derecho, Universidad de Western Cape.

E-mail: nkatha.murungi@gmail.com



JACQUI GALLINETTI

La Dra. Jacqui Gallinetti es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Western Cape, Sudáfrica. Tiene una maestría en Derecho de la Universidad de Ciudad del Cabo y un doctorado en la Universidad de Western Cape. También es Coordinadora del Proyecto sobre los Derechos del Niño del Centro de Derecho Comunitario de la Universidad de Western Cape.

E-mail: jgallinetti@gmail.com

RESUMEN

El desarrollo de las comunidades subregionales en África no es un fenómeno nuevo, pero la incorporación de los derechos humanos a su agenda es relativamente reciente. En efecto, los tribunales REC han introducido un nuevo manto de protección supra-nacional a los derechos humanos en África. Este hecho es bienvenido porque puede producir un paso adelante en la promoción y protección de los derechos humanos. Sin embargo, considerando que el objetivo principal de las REC es el desarrollo económico, su capacidad para asumir eficazmente la función de protección de los derechos humanos es discutible. La creciente importancia de los derechos humanos en los asuntos de las REC necesita del desarrollo de este mandato para los tribunales subregionales. Pero la interpretación e implementación que ellos hagan tendrá amplias ramificaciones para el avance de los derechos humanos en África, para la armonización de los estándares de derechos humanos en la región y para la unidad y eficacia del sistema africano de derechos humanos.

Original en inglés. Traducido por Andrea Pochak y Silvia Pupato.

Recibido en junio de 2010. Aceptado en noviembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Integración regional – Comunidades económicas regionales – Mandato de derechos humanos – Tribunales subregionales – Sistema Africano de Derechos Humanos – Jurisdicción de derechos humano



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES SUBREGIONALES EN EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS

Lucyline Nkatha Murungi y
Jacqui Gallinetti

1 Introducción

La integración regional en el África poscolonial comenzó en 1963, con la aprobación de la Carta de la Organización para la Unidad Africana (OAU, por sus siglas en inglés). Esta iniciativa regional fue seguida por la formación de las comunidades económicas subregionales, conocidas como Comunidades Económicas Regionales (REC, por sus siglas en inglés), tal como la Comunidad de África Oriental (EAC, por sus siglas en inglés), de 1967, la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés) de 1975, y la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC, por sus siglas en inglés), de 1980. En general, el principal objetivo de la cooperación fue la búsqueda del desarrollo económico de los Estados miembros¹. Salvo por una mera referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los propósitos de la OUA no incluían la promoción o protección de los derechos humanos. Además, aunque la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana) fue adoptada en 1981, la promoción y protección de los derechos humanos sólo se convirtió en un objetivo de la Unión Africana (AU, por sus siglas en inglés) en el año 2000, luego de aprobarse el Acta Constitutiva de la Unión Africana².

Del mismo modo, los documentos fundacionales de la mayoría de las REC, adoptados antes de la Carta Africana, no contemplaban la protección o promoción de los derechos humanos, ni como su objetivo ni como su principio. Sin embargo, actualmente la promoción y protección de los derechos humanos y la democracia son parte de los principios fundamentales o de los objetivos de la mayoría de las REC. En efecto, las REC han introducido un nuevo manto de protección y

Ver las notas del texto a partir de la página 144.

promoción supra-nacional de los derechos humanos en África. En la actualidad, sus tribunales desempeñan un papel importante en la protección de los derechos humanos mediante la resolución de casos de derechos humanos.

Si bien la inclusión de las REC entre las posibles vías para la protección derechos es, en general, aclamada favorablemente (VILJOEN, 2007, p. 503), es preciso realizar un examen respecto de su idoneidad como mecanismo de protección de los derechos humanos. En particular, es necesario establecer qué lugar ocupan los tribunales REC dentro del Sistema Africano de Derechos Humanos (AHRs, por sus siglas en inglés) y cómo se relacionan con las instituciones regionales de derechos humanos. También existe preocupación sobre su capacidad para ejercer efectivamente la nueva competencia a la luz del enfoque económico de sus tratados fundacionales. El impacto que puede tener la proliferación de tribunales de derechos humanos en la unidad del derecho internacional de los derechos humanos en África y la mejor manera de hacer frente a esta realidad, son otros temas pendientes para los defensores de derechos humanos en la región.

Este artículo examina la importancia del papel de los tribunales REC en la protección de los derechos humanos en África. Así, serán analizados algunos de los desafíos que éstos enfrentan respecto a su lugar en el Sistema Africano de Derechos Humanos, tales como su idoneidad como *foros* para resolver los conflictos de derechos humanos y las consecuencias de su integración en un marco regional más amplio.

2 La integración regional en África: antecedentes históricos de la incorporación de un programa general de derechos humanos

Después de la desaparición del régimen colonial en África, principalmente en la década de 1960, se hizo evidente la fragilidad política y económica de los Estados africanos. En respuesta a esta realidad, los Estados africanos decidieron integrarse política y económicamente a fin de lograr su desarrollo y deshacer la balcanización de África por el colonialismo (LOLETTE, 2005). Esto debía lograrse a través de la creación de mercados mayores y de la consolidación de los recursos y la potencialidad de las economías pobres (THOKO, 2004, p. 1). Aunque este plan no se alcanzó inmediatamente a nivel regional, los Estados comenzaron a reunirse en sus respectivas subregiones de acuerdo con un patrón de proximidad geográfica (ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, 2006). Así, la mayoría de las REC se centraron en subregiones geográficas (VILJOEN, 2007, p. 488). La decisión de la OAU de 1996 de dividir África en 5 subregiones a lo largo de las líneas geográficas parece haber seguido este enfoque (AJULU, 2005, p. 19). En 1980, la OAU adoptó el Plan de Acción de Lagos, que desencadenó un proceso que culminó con la aprobación del Tratado que estableció la Comunidad Económica Africana, conocido como el Tratado de Abuja (KOUASSI, 2007; RUPPEL, 2009). A pesar de que el proceso de Abuja fue posterior a la formación de algunas REC, su impacto en el lugar que comenzaron a tener los derechos humanos en sus actividades se evidencia desde la elaboración de sus documentos fundacionales,

que en algunos casos casi replican las disposiciones de aquellos (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007. art. 3.3.b*, art. 6 (d)).

La búsqueda de la integración económica africana a través de la Comunidad Económica Africana (AEC, por sus siglas en inglés) es un proyecto fundamental de la OAU/AU. Y si bien se argumenta que la integración económica no fue una etapa central en la transformación de la OAU en la AU (VILJOEN, 2007, p. 480); el Acta Constitutiva de la AU reconoce la necesidad de coordinar y armonizar las políticas entre las REC existentes y futuras para el logro progresivo de los objetivos de la Unión (AFRICAN UNION, 2000, art. 3 (c, l)). Esto reafirma la centralidad de las REC en el programa de la AU y su papel como bloques de construcción económica dentro de aquélla. Junto con otras causas (RUPPEL, 2009, p. 275)³,

el proceso de Abuja puede considerarse como un factor clave detrás tanto de la formación de las REC en todo el continente⁴, como de la inclusión de los derechos humanos en su agenda.

Hay otras razones que explican la inclusión de la agenda de derechos humanos en el mandato de las REC. En primer lugar, la aprobación de la Carta Africana ha hecho de los derechos humanos una característica común en las relaciones interestatales en el continente (EBOBRAH, 2009a, p. 80). Las obligaciones de los Estados que emanan de la Carta y de otros tratados de derechos humanos de los que son parte los Estados africanos, los obligan a reflejar la protección de los derechos humanos en compromisos posteriores, como aquellos derivados de los tratados de las REC (THOKO, 2004, p. 112)⁵. En segundo lugar, los derechos humanos y los buenos gobiernos crean un clima de inversión adecuado que es fundamental para promover el desarrollo económico (RUPPEL, 2009, p. 279). La adopción de fuertes valores de derechos humanos y de sólidas instituciones genera confianza para los inversores y socios comerciales y garantiza la participación efectiva de los individuos.

Finalmente,

el derecho internacional de los derechos humanos destaca la importancia de las obligaciones de derechos humanos en todas las áreas de gobierno y desarrollo, y requiere que los Estados y los ámbitos de política económica [como las REC] tomen en cuenta los principios de derechos humanos al formular programas económicos nacionales, regionales e internacionales.

(OLOKA-ONYANGO; UDAGAMA, 1999, párr. 47).

3 Evolución de los derechos humanos en el mandato de los tribunales REC⁶

Es evidente que en los últimos años los derechos humanos se han convertido en un componente fundamental de la tarea de las REC en África. Este desarrollo puede considerarse como una respuesta a la agenda regional establecida en la Carta Africana y el Tratado de Abuja. Actualmente el mandato de los tribunales REC también se ha ampliado para incluir los derechos humanos. Sin embargo, los

*Nota del Editor. En el texto original se hace referencia al artículo 3. g. Sin embargo el East African Community Amended Treaty no tiene un artículo 3.g. Por eso consideramos que los autores han querido hacer referencia o bien al artículo 3.3.b de dicho tratado, o bien al Artículo 3.g del Tratado de Abuja.

enfoques adoptados por las REC en este sentido son diferentes y descoordinados. Por lo tanto, persiste la preocupación respecto de su idoneidad como mecanismo de promoción y protección de derechos humanos, la delimitación de tal función para mantener tanto su legitimidad como su utilidad dentro de los marcos existentes de las REC y el impacto de estos nuevos actores sobre el discurso de los derechos humanos en el continente.

Las REC tienden a tener una estructura institucional que incluye un tribunal, que es el principal órgano jurídico o judicial de la comunidad para tratar las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la normativa de las REC (RUPPEL, 2009, p. 282). Como órganos investidos con esa responsabilidad, y como resultado de la incorporación de los derechos humanos a la agenda de las REC, a estos tribunales se les ha requerido juzgar casos, interpretar disposiciones de tratados o asesorar a sus superiores sobre cuestiones vinculadas con derechos humanos. Los tratados de la mayoría de las REC, de este modo, se han ido modificando gradualmente para atribuir a sus tribunales competencia para tratar casos de derechos humanos (EBOBRAH, 2009a, p. 80).

La evolución de la protección de los derechos humanos como plan de acción de las REC y como parte de la jurisdicción de sus tribunales es diferente en cada caso, tal como los enfoques adoptados en cada uno de ellos. Por ello, para rastrear estos desarrollos examinaremos algunas de estas REC y sus tribunales.

3.1 La Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS)

La Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés) es un grupo de 15 Estados del África occidental formado en 1975 para promover la integración económica de los Estados miembros⁷. Este ámbito de cooperación se expandió en tándem con la necesidad de responder a ciertas cuestiones que ocurrían en los Estados parte, que también creaban un punto de entrada para los derechos humanos en la agenda de la ECOWAS (EBOBRAH, 2008, p. 7). Su tratado fundacional no contenía ninguna referencia a los derechos humanos (EBOBRAH, 2008, p. 9). Gradualmente, sin embargo, los protocolos adicionales al tratado incorporaron el reconocimiento de diferentes derechos, culminando en la Declaración de Principios Políticos de la ECOWAS, de 1991, que expresa, entre otras cosas, la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos humanos fundamentales consagrados en la Carta Africana⁸. En 1993 el Tratado de ECOWAS se modificó y consagró explícitamente el deber de promover y proteger los derechos humanos y los pueblos de conformidad con la Carta Africana como un principio fundamental de la ECOWAS⁹. El avance hacia una mayor conciencia de los derechos, por lo tanto, fue una combinación de necesidad y de cambio de la dinámica internacional (NWOGU, 2007, p. 349).

El Tribunal de Justicia de ECOWAS (Tribunal ECOWAS) es el brazo judicial (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 1993, art. 6 (1) (e)) y el principal órgano jurídico (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN

STATES, 1991b) de la comunidad. El Protocolo para ponerlo en funcionamiento fue adoptado en 1991 y enmendado en 2005 y 2006¹⁰ dándole competencia en materia de violaciones de derechos humanos que se produzcan en cualquiera de los Estados miembros (EBOBRAH2009a, p. 86). Desde entonces, el Tribunal ECOWAS ha admitido y resuelto varios casos de derechos humanos¹¹ y es el único de los tribunales analizados en este artículo que tiene mandato expreso en materia de derechos humanos.

3.2 *La Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC)*

La Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC, por sus siglas en inglés) es el equivalente subregional de África del Sur de la ECOWAS, que actualmente tiene 15 Estados miembros¹². El marco de cooperación de la SADC se basa en una garantía *inter alia* de los derechos humanos (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2001, art. 5 (a)(b)(c)(i)(j)(k)) que también es uno de los principios de la SADC (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2001, art. 4 (c)). Se sostiene que la construcción de la institución política prevista por la SADC promueve el desarrollo económico en una comunidad basada en los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho (THOKO, 2004, p. 110). Sin embargo, a pesar de que el propio tratado consagra la concepción de un desarrollo centrado en los derechos humanos y reconoce la importancia de los derechos humanos en sus objetivos, se argumenta que la protección de los derechos humanos establecida en el Tratado SADC tiene un estatus secundario, casi superficial (THOKO, 2004, pág. 110), y que no es la prioridad de la SADC (RUPPEL, 2009, p. 291).

El Tribunal SADC se estableció como una de las instituciones de la comunidad (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2001, art. 9 (1), (g)) con la función de garantizar la adhesión y la correcta interpretación del tratado y sus instrumentos subsidiarios y de dirimir controversias que a ellos se refieran (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2001, art. 16 (1)). El tribunal tiene jurisdicción sobre la interpretación y la aplicación del tratado, los protocolos y los instrumentos complementarios de la SADC y sobre todas las cuestiones derivadas de los acuerdos específicos entre los Estados miembros, con la comunidad o entre sí (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2000, art. 14). Sin embargo, la disposición que establece su competencia omite la mención expresa al ámbito de derechos humanos y, por lo tanto, se sostiene que el tribunal carece de un mandato claro al respecto (EBOBRAH, 2009b, p. 20). Ahora bien, a pesar de la claridad de estos argumentos, lo cierto es que el Tribunal SADC ya ha analizado y resuelto varios casos vinculados a violaciones de derechos humanos¹³.

Este tribunal tiene el potencial para contribuir significativamente a una armonización más profunda de la legislación y la jurisprudencia, y para mejorar la protección de los derechos humanos en la comunidad. No obstante, esta potencialidad depende del compromiso de los Estados miembros y las instituciones de la SADC para implementar las decisiones del tribunal (RUPPEL, 2009, p. 301), y requeriría explicitar su mandato en materia de derechos humanos.

3.3 *La Comunidad de África Oriental (EAC)*

La integración económica en el África oriental poscolonial se remonta al Tratado de Cooperación de África Oriental de 1967, celebrado entre Kenia, Uganda y Tanzania, que tiempo después fracasó (ADAR, 2008, p. 2; EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, párr. 2 del Preámbulo). La Comunidad de África Oriental (EAC, por sus siglas en inglés) fue revivida en 1999 mediante la firma del Tratado Constitutivo de la Comunidad de África Oriental que entró en vigor en el año 2000. Los principios fundamentales de la EAC incluyen el buen gobierno, que conlleva *entre otros* el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos y de los pueblos, de conformidad con la Carta Africana (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 6). Esta disposición puede considerarse como un punto de entrada para los derechos humanos en la EAC. En la medida en que el tratado establece el respeto de los derechos humanos como un componente del buen gobierno, hace referencia a aspectos de los derechos humanos, e incluso considera la observancia de los derechos humanos como factor a tener en cuenta para la admisión de nuevos miembros a la comunidad (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art (3) 3 b) puede argumentarse que sí se han incorporado los derechos humanos en el instrumento (RUPPEL, 2009, p. 277).

El Tratado EAC crea el Tribunal de Justicia de África Oriental (EACJ, por sus siglas en inglés) como el órgano judicial de la EAC (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 9), con la responsabilidad de garantizar el respeto a la ley en la interpretación, aplicación y cumplimiento del tratado (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 23). El EACJ está investido con una jurisdicción inicial sobre la interpretación y aplicación del Tratado EAC (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 27 (1)), pero dependiendo de una determinación en tal sentido por parte del Consejo de Ministros podría tener también jurisdicción original o en apelación en materia de derechos humanos (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 27 (2)).

El artículo 27 (2) del Tratado EAC (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007) se ocupa de la jurisdicción del EACJ. Así, hace referencia tanto a la jurisdicción inicial como a “otra a determinar” por el Consejo. Esto indica que los Estados miembros de la EAC pretendieron ampliar paulatinamente su jurisdicción (OJIENDA, 2004, p. 95). Como resultado, habrá un segundo conjunto de áreas de jurisdicción del EACJ, más allá de su competencia actual, que serán incluidas más adelante, entre las que se encuentran los derechos humanos. Por ello, en tanto no hay hasta el momento una decisión expresa ni se adoptó un protocolo específico, se dice que el EACJ aún no tiene jurisdicción en materia de derechos humanos (PETER, 2008, p. 210; OJIENDA, 2004, p. 98; EBOBRAH, 2009b, p. 315)¹⁴.

Sin embargo, al respecto, existen posiciones diferentes. Mientras que para algunos la ausencia de un mandato expreso implica falta de jurisdicción (RUPPEL, 2009, p. 306)¹⁵, para otros la disposición simplemente no es clara (VILJOEN, 2007, p. 504). Esta última opinión entiende que existe un mandato implícito en materia de derechos humanos, y se apoya, entre otras razones, en las amplias referencias a los derechos humanos del Tratado EAC y en el hecho de que el EACJ ya ha intervenido en casos vinculados con derechos humanos¹⁶. Además, es probable que la aplicación

de las disposiciones sobre la competencia —artículos 27(1), 31 y 32 del Tratado EAC— toque cuestiones de derechos humanos. En este contexto, la posición que fije el EACJ ante los planteos que se le presenten, será esencial para determinar si de hecho tiene o no mandato en materia de derechos humanos.

Finalmente, se subraya la necesidad de que exista una disposición clara sobre el derecho que debe aplicar el EACJ o de un protocolo adicional, como exige el artículo 27(2) (Pedro, 2008, p. 213). Ello pues el Tratado EAC no lo establece claramente, sino que apenas hace referencia a los principios de la Carta Africana dentro de los objetivos de la EAC (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 6, 7).

4 Temas específicos relacionados con el mandato de derechos humanos de los tribunales REC

Como ya se señaló, el papel de las REC en la protección y promoción de los derechos humanos en África es relativamente nuevo. A pesar de la contribución de los tribunales REC a la protección de los derechos en África, existe preocupación en relación con su idoneidad y el modo en que esto repercute en el discurso sobre derechos humanos en el continente. Estas preocupaciones se examinan a continuación.

4.1 Relación de los tribunales REC con el AHRS

Un sistema de derechos humanos consiste en un conjunto de normas e instituciones aceptadas por los Estados como obligatorias (FREEMAN, 2002, p. 53). Evaluados frente a un sistema de este tipo, los esfuerzos de las REC respecto de los derechos humanos son insuficientes para constituir mecanismos independientes de derechos humanos. Esto se debe a que a pesar de hacer referencia a los derechos humanos, carecen de instituciones específicamente establecidas en esta materia. Ésta es la razón principal por la cual puede sostenerse que no existe ningún sistema subregional de derechos humanos; sino simplemente agrupaciones subregionales intergubernamentales cuyos mandatos tienen preocupación sobre los derechos humanos (VILJOEN, 2007 p. 10). En última instancia, esta situación puede cambiar si las REC se comprometen a desarrollar las iniciativas actuales en sistemas más desarrollados. En una reunión de trabajo en 2006, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) reconoció que su mandato en materia de derechos humanos no excluye al de los demás órganos de la AU (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS, 2006, anexo 2). Esto significa que los otros órganos de la AU, incluyendo la AEC a la que las REC atribuyen su papel, están igualmente comprometidos a incorporar los derechos humanos a sus mandatos y su función.

Si se analizaran sólo los documentos oficiales y las instituciones de la AU se concluiría que el AHRS no comprende la función de las REC. Sin embargo, considerando hasta dónde se han integrado los derechos humanos en la agenda económica y otras agendas de la AU, es difícil entender los derechos humanos en África sin reconocer el papel de las REC. Además, a pesar de la ausencia de un

vínculo expreso entre las REC y el AHRS, es imposible negar que las REC se apoyan en una relación con la AU.

Fortalecer las REC existentes y crear nuevas donde no existen son los primeros pasos en el camino hacia la agenda de la integración económica africana que persigue la AEC¹⁷. Así, se argumenta que las REC, en tanto parte de la AEC, tienen el deber de respetar y promover los derechos humanos en sus jurisdicciones (RUPPEL, 2009, p. 281; AFRICAN UNION, 2000, art. 3 (c), (l)). Por analogía, los tribunales REC, en la medida en que intervienen en cuestiones de derechos humanos, se supone que mantienen una relación informal con la Corte y la Comisión Africana.

Un sistema de derechos humanos consiste en un conjunto de normas e instituciones aceptadas por los Estados como obligatorias (FREEMAN, 2002, p. 53). En el AHRS, éstas están contenidas en la Carta Africana y sus protocolos y en la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño. Estos instrumentos establecieron la Comisión Africana (Carta de la OAU, 1986, art. 30), la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana)¹⁸ y el Comité Africano de Expertos en Materia de Derechos y el Bienestar del Niño (el Comité)¹⁹ respectivamente. Estos órganos promueven y protegen los derechos establecidos en los respectivos tratados²⁰. Hay, sin embargo, diferentes opiniones sobre el alcance del AHRS. Algunos juristas lo restringen a los tratados e instituciones anteriores (BENEDEK, 2006, p. 46); mientras que otros lo amplían para incluir todos los instrumentos adoptados por la AU vinculados con derechos humanos (HEYNS, 2004, p. 681).

En 2008, la AU aprobó un protocolo²¹ para establecer un Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos (ACJHR por sus siglas en inglés). Al momento de este trabajo, este tribunal, todavía no está en vigencia a la espera de la entrega del 15° instrumento de ratificación (AFRICAN UNION, 2008b, art. 60). Una vez en funciones, el ala de derechos humanos de la ACJHR²² asumirá la competencia que actualmente tiene la Corte Africana de Derechos Humanos. Por lo tanto, este trabajo se centrará en la Corte Africana, en tanto el único mecanismo existente de ejecución judicial del AHRS.

El ingreso de las REC a la protección de los derechos humanos ha dado lugar a un complejo marco institucional en la región (CHIDI, 2003, pág. 3). El establecimiento de tribunales REC con competencia en derechos humanos implicó que la Corte Africana ya no tiene el monopolio de la interpretación y aplicación de la Carta Africana. Sin embargo, la Carta Africana no contempla la existencia de otros tribunales supra-nacionales en África (tales como los tribunales REC) en materia de derechos humanos. Esto se explica por el hecho de que la Carta Africana es anterior a la entrada de las REC al campo de los derechos humanos.

Como se describió en la sección 2, las REC son los pilares de la AEC que se estableció en el proceso de Abuja. Como la AEC es un proyecto de la AU, se puede decir que existe una relación entre el AHRS y las REC como instituciones establecidas bajo los auspicios de la AU. Por lo tanto sería incorrecto tratar la AEC y las REC como sistemas separados. Así, es dable afirmar que los textos y documentos del AHRS han sido superados por la práctica desde hace mucho tiempo. Este trabajo, no obstante, se desarrolla sobre la base de los parámetros formales del AHRS.

4.2 *Relación jurisdiccional entre los tribunales REC, la Corte Africana y la Comisión Africana*

Ante la ausencia de cualquier jurisprudencia, esta relación recién podrá deducirse a partir del valor que la Corte Africana y la Comisión Africana atribuyan a las decisiones de los tribunales REC. Para ello, la vía principal será analizar los requisitos de admisibilidad de las peticiones presentadas ante la Corte Africana y la Comisión, según lo establecido en el artículo 56 de la Carta Africana (VILJOEN, 2008, p. 78). Esta norma prevé dos requisitos que podrían ser pertinentes a la relación entre las REC y el AHRs: el agotamiento de los recursos internos y el principio de *cosa juzgada*.

4.2.1 Agotamiento de los recursos internos

Se argumenta que las víctimas no tienen ninguna obligación de recurrir al tribunal de la REC antes de presentar su petición ante la Comisión o la Corte Africanas. Ello por cuanto el requisito de agotamiento de los recursos internos se vincula con la relación entre un tribunal internacional o regional y un Estado. Esta regla se basa en el principio de que las autoridades nacionales deben tener la oportunidad para remediar la violación dentro de su propia jurisdicción (VILJOEN, 2007, p. 336). Los recursos internos son “los recursos ordinarios de *common law* existentes en cada jurisdicción y normalmente accesibles a las personas que buscan justicia” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2004); y por lo tanto no se refieren a los tribunales supra-nacionales tales como los REC. Entonces, es dudoso que la Comisión Africana o la Corte Africana pudieran negarse a admitir una petición sobre la base de que no ha sido tratada antes por el tribunal REC competente o incluso que pudieran rechazarla.

4.2.2 Cuestiones resueltas por otra corte o tribunal

El artículo 56(7) de la Carta Africana (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1986)* prevé que la Comisión Africana no puede admitir casos que ya hubieran sido resueltos por los Estados involucrados de conformidad con los principios de las Naciones Unidas, la Carta de la OAU o la Carta Africana. Esta disposición consagra el principio de *cosa juzgada* en la medida en que excluye un asunto que ya hubiera sido “resuelto por los Estados” involucrados (VILJOEN, 2007 p. 340). Sin embargo, esta previsión no excluye el examen de las cuestiones que están ante otro foro judicial o cuasi-judicial, y por lo tanto deja una puerta abierta para elegir el tribunal (*forum shopping*). Ante la ausencia de una prohibición de procedimientos paralelos, sobre la base del principio de *litispendencia*, es posible que un peticionario interponga la denuncia al mismo tiempo ante un tribunal REC y ante la Comisión o Corte Africana (VILJOEN2007, p. 340).

*Nota del editor se refiere al art. 56 (7) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (African Banjul Charter on Human and Peoples' Rights) y no a la Carta de Organización de la Unidad Africana (Charter of African Unity) como parece indicar la referencia.

En consecuencia se plantea como duda si alguien cuya causa ha sido tramitada y resuelta por un tribunal REC puede acercar el mismo caso a la Comisión o Corte Africana para obtener una reparación. Para responder esta inquietud habrá que analizar tanto las disposiciones de cada tribunal REC respecto del carácter definitivo de sus decisiones, como la postura que adopten la Corte o Comisión Africanas sobre estas cuestiones. No obstante, se sostiene que permitir que un litigante sin éxito a nivel subregional busque una solución a nivel regional sería como equiparar a la Corte Africana con un órgano de apelación, y no lo es. Similar argumento expone Helfer en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU (HELPER, 1999, p. 285)²³.

Por lo demás, los diferentes REC tienen enfoques distintos sobre la vinculación de sus tribunales con la Corte Africana²⁴. Por ejemplo, el artículo 38 del Tratado EAC establece que una disputa presentada en el EACJ no puede ser resuelta mediante ningún otro método que el establecido en el tratado. Esto implica el carácter definitivo de las decisiones del EACJ. Por su parte, el Protocolo del Tribunal SADC explicita que las decisiones del Tribunal SADC son definitivas y vinculantes (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2000, art. 24 (3)). La dificultad surge cuando no hay ninguna cláusula que establezca el carácter definitivo de las decisiones, porque en ese caso se debe determinar si los tribunales REC son foros para resolver controversias según los términos de la Carta de la ONU, la OAU o la Carta Africana (VILJOEN2007, p. 339).

La Carta de la OAU alienta la resolución pacífica de las controversias a través de medios extrajudiciales (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1963, art. 7 (4))²⁵, pero esto no proscribía la vía judicial. La disposición no es específica para casos de derechos humanos, pero el tema recurrente es la solución pacífica. En la medida en que la resolución judicial internacional se considere un medio para la solución pacífica de controversias (ALFORD, 2000, p. 160), sumado a la existencia de cláusulas sobre el carácter definitivo de las resoluciones de los tribunales REC previstas en los tratados, es posible que las decisiones de los tribunales REC puedan excluir completamente la jurisdicción de la Comisión Africana y la Corte Africana en virtud del artículo 56(7) de la Carta Africana.

4.3 Mecanismos regionales y subregionales de derechos humanos: fortalezas y debilidades

La proliferación de tribunales REC podrá considerarse una bendición o un problema dependiendo en parte de su ventaja o desventaja sobre los mecanismos regionales existentes. Hay un supuesto general subyacente de que los tribunales REC son foros favorables y una muestra del compromiso del Estado con la causa de los derechos humanos. Pero se presentan ciertas cuestiones sobre los beneficios prácticos de escoger una vía en lugar de la otra. Éstas incluyen pero no se limitan a la accesibilidad, la implementación de las decisiones, la calidad de la jurisprudencia, la respuesta a las necesidades peculiares de una región, el potencial para mejorar los estándares de los derechos y la capacidad para complementar los mecanismos existentes.

En primer lugar, se argumenta que las REC (a diferencia de los mecanismos

regionales) son más adecuadas para tratar problemas subregionales específicos. El pequeño número de Estados que constituyen las REC facilita abordar las cuestiones con atención particular a sus circunstancias peculiares. Además, la notoriedad de ciertos temas en una subregión exige el desarrollo de su jurisprudencia de una manera que no ha sido considerada a nivel regional. También, es posible que los jueces de un tribunal REC tengan una mejor comprensión de los asuntos que afectan a una subregión que de los de un nivel regional más amplio.

En segundo lugar, en lo referente a la implementación de las decisiones, si bien las que emite la Corte Africana son obligatorias²⁶, ésta todavía no adoptó ninguna²⁷. Por otra parte, a pesar de ser frecuentes, los pronunciamientos de la Comisión Africana no son vinculantes. En estas circunstancias, se podría argumentar que las decisiones vinculantes (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 35) de los tribunales REC son la mejor alternativa para la observancia de los derechos. Sin embargo, la dificultad de hacer cumplir las decisiones de los tribunales internacionales —derivada de la naturaleza consensual del derecho internacional— también afecta a los tribunales REC. Tal como ocurre con el resto de los tribunales internacionales, los tribunales REC carecen de instituciones con poder para obligar a los Estados a cumplir sus órdenes (EBOBRAH, 2009a, p. 96). Por ejemplo, el gobierno de Zimbabwe expresó su intención de no cumplir con la sentencia del Tribunal SADC en el caso *Campbell* (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY TRIBUNAL, 2007; RUPPEL, 2009, p. 300). La única alternativa que tiene en dicha circunstancia el Tribunal SADC es denunciar el incumplimiento a la Cumbre de Jefes de Estados o Gobiernos (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2000, art. 32 (5)). Curiosamente, hace poco se ha intentado ejecutar una decisión del Tribunal SADC contra Zimbabwe en los tribunales nacionales de Sudáfrica²⁸. La ejecución judicial de las decisiones supra-nacionales representa una estrategia novedosa y el resultado de este caso será instructivo respecto de las perspectivas de éxito de futuros esfuerzos.

El tercer tema de debate se refiere a la accesibilidad de los tribunales. La accesibilidad puede clasificarse en dos categorías: la accesibilidad física y la capacidad para plantear una cuestión ante el tribunal. Con respecto a la primera, en algunos casos la proximidad geográfica de los tribunales REC a las víctimas de violaciones de los derechos facilita que las víctimas se acerquen a ellos. Así, los tribunales REC son más sensibles a las necesidades de las víctimas. En términos prácticos, significa menos gastos de viaje y la facilidad de litigar, especialmente respecto de la comparecencia de testigos (NWOGU, 2007, p. 354). Aunque el Reglamento Provisional de la Comisión Africana permite que las peticiones se presenten en el Estado de origen de la demanda (AFRICAN UNION, 2008a, art. 30), en la práctica de la Comisión los casos son tratados durante sus períodos de sesiones que en su mayoría tienen lugar en Banjul, Gambia (VILJOEN, 2007, p. 313). Además, ser sede de las sesiones tiene implicaciones financieras para el Estado sede, por tanto, no es una opción atractiva. Sobre esta base, los tribunales REC son más accesibles para las víctimas de violaciones de derechos.

Sobre el derecho a ser oído, la mayoría de los tribunales REC permiten acceso directo a las personas (VILJOEN, 2007, p. 507). Esto contrasta con el acceso

a la Corte Africana, que está sujeto al consentimiento del Estado involucrado, que debe ser efectuado por medio de una declaración de aceptación de la competencia de la Corte según lo establece el artículo 34(6) del Protocolo de la Corte Africana (AFRICAN UNION, 2004, art. 5(3)). A partir de diciembre de 2010, sólo cuatro Estados presentaron tal declaración²⁹ para permitir comunicaciones individuales. Incluso, algunos de los tratados REC admiten casos sin necesidad de agotar los recursos internos³⁰, facilitando aún más el acceso de los individuos a los tribunales.

En cuarto lugar, el debate gira en torno a la capacidad de los tribunales REC para llevar a cabo eficazmente sus funciones de protección en materia de derechos humanos. Si bien las REC han demostrado la intención de incluir en su agenda a los derechos humanos, su capacidad para lograr este objetivo es dudosa en el contexto actual. Aunque existen varias disposiciones que establecen el deber de los Estados miembros REC de proteger los derechos, se ha argumentado que no hay ninguna institución destinada a supervisar el cumplimiento de estas obligaciones o impulsar la agenda de los derechos humanos en las REC (THOKO2004, p. 111)³¹. Esto permite que en el mandato de las REC los derechos humanos sean considerados secundarios a los intereses económicos (LAMIN, 2008, p. 233). Y favorece a que los tribunales REC se centren más en las otras funciones de las REC a expensas del desarrollo de la jurisprudencia sobre derechos humanos.

La mayoría de los tribunales REC tienen una jurisdicción combinada: como cortes de justicia y a la vez de derechos humanos (RUPPEL, 2009, p. 307). Una gran responsabilidad para el escaso número de jueces designados para los distintos tribunales. Esta circunstancia habilita a poner en duda que estos tribunales estén suficientemente equipados como para cumplir de modo adecuado sus responsabilidades duales. Otra preocupación se relaciona con la idoneidad en derechos humanos de los jueces de los tribunales REC. A diferencia del nombramiento de los jueces del AHRS a nivel regional (AFRICAN UNION, 2004, art. 11 (1), 2008b, art. 4), no existe tal énfasis respecto de la idoneidad en derechos humanos para el nombramiento de los jueces que se desempeñarán en los tribunales REC (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 24 (1)).

A pesar de todas estas preocupaciones, los litigios ante los tribunales REC y la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, han hecho evolucionar en cada una de las subregiones la jurisprudencia en materia de derechos humanos. Además, las deliberaciones que emanan de estos foros son esenciales para enriquecer el discurso sobre derechos humanos en las subregiones y, por lo tanto, para capacitar a los ciudadanos. Asimismo, el acento jurídico puesto sobre el respeto por los derechos humanos, que emana de las obligaciones del tratado REC, sirve para crear presión sobre los Estados miembros sobre la necesidad de garantizar estándares de derechos más altos.

Por último, la mayoría de las REC en Africa reconoce a la Carta Africana como el piso mínimo de derechos humanos de la región; por ello, cualquier intento de protección de los derechos dentro de las REC debería basarse en los contenidos en la Carta Africana (VILJOEN2007, p. 500). Sin embargo, como todavía no existe un catálogo de derechos humanos en ninguna de las REC, esta inferencia es meramente especulativa. Además, la evolución de los derechos en la agenda de las REC puede revelar enfoques dispares sobre el alcance de los derechos por parte de los tribunales REC. Estas diferencias podrían traducirse en diferentes grados

de protección en cada una de las subregiones. A su vez, esto expondría a toda la región a normas disímiles y dificultaría llegar a un estándar africano común en materia de derechos humanos. En consecuencia, es cuestionable la idoneidad de las REC en tanto bloque como mecanismo regional de derechos humanos eficiente.

Las preocupaciones expuestas persistirían incluso después de la creación del Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos (ACJHR) (NWOGU, 2007, p. 354) y por lo tanto, tiene sentido continuar desarrollando la competencia en materia de derechos humanos de los tribunales REC.

4.4 La proliferación de los tribunales supra-nacionales de derechos humanos en África

El dramático aumento del número de órganos judiciales internacionales representa lo que se conoce como la proliferación de cortes y tribunales internacionales (SHANY, 2003, p. 5). Este fenómeno no es exclusivo de África ni específico de los tribunales REC. Más bien, es global, atribuible tanto a la naturaleza del derecho internacional como a su reciente desarrollo (OELLERS-FRAHM, 2001, p. 71)³². Las ramificaciones de este fenómeno sobre la protección de los derechos humanos en África plantean algunas cuestiones que deben ser examinadas.

En primer lugar, ante la ausencia de una integración judicial correctamente coordinada en el continente, se argumenta que la multiplicidad de tribunales amenaza la unidad del derecho internacional de los derechos humanos en la región, a través del establecimiento de sistemas de estándares y normas internacionales de derechos humanos separados no coordinados en diferentes partes de África. A su vez esto crea la posibilidad de interpretaciones desiguales de las normas de fondo y de procedimiento en materia de derechos humanos en las distintas subregiones. Aunque es altamente probable que los tribunales REC emitan jurisprudencia diversa, se sostiene que el verdadero problema no es la multiplicidad de tribunales REC, sino la falta de una relación sistemáticamente definida o coordinada entre ellos. Dicha organización estructural requeriría la existencia de un sistema o jerarquía normativa o institucional establecido bajo cada uno de los respectivos tratados.

Como ya se sostuvo, las REC no forman parte del AHRS *per se*, por lo tanto, la amenaza de desintegración es muy real. Además, los disímiles enfoques de los tribunales REC respecto de la Carta Africana impactan sobre la unidad de la jurisprudencia. Por ejemplo el uso de la Carta Africana como catálogo de derechos para un tribunal REC —como en el caso del Tribunal ECOWAS—, juntamente con una cláusula que establece que sus decisiones son definitivas, crea la posibilidad de que una misma disposición sea interpretada de modo diverso a nivel regional y subregional. En la actualidad, sólo la EAC propone un catálogo independiente de derechos, y es posible que los allí contenidos sean similares a los consagrados en la Carta Africana. Si esto ocurriera, sería factible que el EACJ decidiera un caso sobre la misma base jurídica y fundamentación que la Corte Africana, pero derivado de una fuente normativa diferente y sin obligación alguna de citar a la Comisión o a la Corte Africana. Dicho esto, no hay ninguna garantía de que hubiera un razonamiento o resultado similar y, del mismo modo, tampoco de que surja ningún conflicto.

No obstante, cabe destacar que es difícil identificar un ejemplo concreto donde un tribunal REC o la Comisión Africana se contradigan. Por el contrario, los tribunales REC a menudo citan la jurisprudencia de la Comisión Africana como fuente de sus decisiones³³. Esto implica que existe un respeto y una interacción inter-foros informal. Sería importante, de todos modos, que esta relación se institucionalice para disminuir la posibilidad de subjetividad.

En segundo lugar, la proliferación de los tribunales podría llevar a la superposición de la jurisdicción de ellos y a la posibilidad de decisiones contradictorias sobre una misma norma. Se argumenta que la disponibilidad de varios foros judiciales con jurisdicción concurrente crea una oportunidad para que los activistas de derechos humanos persigan la opción más favorable o impulsen diversas acciones a la vez. En el contexto actual, implicaría la posibilidad de elegir entre un tribunal REC en vez de otro o entre un tribunal REC³⁴ y la Corte o Comisión Africana. Este tipo de *forum shopping* es en general mal visto debido a que deslegitima los tribunales, puede generar decisiones contradictorias y favorecer litigios interminables (HELPER, 1999, p. 286-287)³⁵.

Pero en materia de derechos humanos en África, la preocupación respecto del *forum shopping* puede considerarse más como un prejuicio que como una realidad. Ello por cuanto algunos factores mitigan la potencialidad de esta amenaza, tales como la indigencia de la mayoría de las víctimas de violaciones de derechos (HELPER, 1999, p. 287)³⁶, y la distancia geográfica con los tribunales. Por otro lado, Helfer también sostiene que bien regulado, el *forum shopping* puede beneficiar al derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, al alentar a los juristas a argumentar sobre las normas compartidas en los tratados fundamentales, fomentando así el desarrollo de la jurisprudencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que los Estados africanos forman parte de diversas REC (RUPPEL, 2009, p. 283) y la posibilidad de decisiones contradictorias, sería aconsejable regular la práctica³⁷.

5 Consecuencias del mandato de derechos humanos de los tribunales REC

Este trabajo identifica tres cuestiones críticas que emergen del mandato de derechos humanos de los tribunales REC: su competencia jurisdiccional, el marco normativo en que operan, y su ubicación dentro del marco estructural del AHRS. Cada una de ellas se describe con más detalle a continuación.

5.1 Competencia jurisdiccional

Jurisdicción es un término legal que se refiere tanto al poder como a la competencia para ejercer autoridad sobre una relación legalmente definida entre sujetos (EVANS; CAPPS; KONSTADINIDIS, 2003, pág. xix). Se trata de la capacidad para generar las normas jurídicas y para modificar la posición de aquellos sometidos a esas normas (ALEXY, 2002 p. 132). También se refiere al poder de un tribunal para resolver un caso que se le presenta, en virtud de un instrumento que lo crea o que define su jurisdicción (CHENG, 2006, p. 259). Los términos “competencia” y “jurisdicción” se encuentran

tan profundamente entrelazados que a menudo son utilizados de modo indistinto (KOROMA, 2003, pág. 189). Pero pueden hacerse distinciones sutiles entre ambos. Por ejemplo, aunque la jurisdicción se refiere a la capacidad de un tribunal para decidir un caso concreto con carácter definitivo y vinculante, la competencia alude a la propiedad del ejercicio de dicha jurisdicción (ROSENNE, 1997p. 536). Un tribunal es generalmente incompetente para actuar fuera de su jurisdicción (CHENG, 2006, p. 259).

Se han adoptado enfoques diferentes en la definición de la jurisdicción de los tribunales REC en materia de derechos humanos. O bien dicha capacidad está expresamente establecida en el tratado o en la intención de las partes, o no lo está. Sin embargo, a pesar de las distinciones aparentemente claras entre ambos enfoques, lo cierto es la jurisdicción en derechos humanos, especialmente en los casos en que no está expresamente consagrada, será una cuestión de interpretación en cada caso.

5.1.1 Mandatos expresos vs. mandatos implícitos

De los tres tribunales REC analizados en este trabajo, sólo el Tribunal ECOWAS tiene un mandato de derechos humanos expreso (EBOBRAH, 2009a, p. 80). Con respecto al EACJ y al Tribunal SADC, si bien la respuesta no es tan evidente, la tendencia general es que tienen un mandato implícito (RUPPEL, 2009, p. 307). Así, en el caso del Tribunal SADC, la posibilidad de reconocerle un mandato expreso en materia de derechos humanos fue debatido con un panel de expertos encargado de elaborar una propuesta para el tribunal, pero fue finalmente rechazado prefiriendo una jurisdicción general (VILJOEN2007, p. 505). No obstante la ausencia de disposiciones explícitas, el EACJ y el Tribunal SADC han decidido casos que involucran cuestiones de derechos humanos³⁸.

Aunque a menudo se dice que los dos tribunales carecen de jurisdicción expresa sobre derechos humanos (EBOBRAH, 2009a, p. 80), se debe hacer una distinción sutil pero crítica entre ambas disposiciones. Mientras el Protocolo del Tribunal SADC guarda silencio sobre el mandato de derechos humanos del tribunal³⁹, el Tratado EAC excluye expresamente tal jurisdicción hasta la adopción de un Protocolo que amplíe el mandato del tribunal en materia de derechos humanos (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 27 (2)). En efecto, en tanto el silencio del Protocolo SADC puede interpretarse como indiferencia sobre el tema, la legitimidad del ejercicio de una jurisdicción de derechos humanos por parte del EACJ es aún más precaria.

La legitimidad de esta jurisdicción depende del consentimiento del Estado (KOROMA, 2003, p. 198). La legitimidad de las acciones del tribunal queda circunscripta a los límites de su autoridad. Y también afectará la reacción de las partes a la sentencia dictada: si se considera que esa decisión supera el poder del tribunal, es poco probable que se aplique efectivamente. La ausencia de una jurisdicción expresa permite que tanto el tribunal como las partes recorten la legitimidad de los tribunales. Esto abre una oportunidad a la subjetividad y un conservadorismo que podría lesionar la auténtica búsqueda de reparación.

En el caso *Katabazi and 21 others v Secretary General of the East African Community and another* (EAST AFRICAN COURT OF JUSTICE, 2007), los peticionarios eran parte de un grupo de 21 acusados de traición y encubrimiento de traición. La demanda sostenía

que se habían violado *inter alia* los artículos 6, 7(2) y 8 (1) (c) del Tratado EAC relativos a los principios fundamentales de la EAC, sus principios operacionales y el deber general de los Estados de implementar el Tratado EAC. El abogado de los demandantes pidió al EACJ que entre las cuestiones a resolver determinara si la conducta del Estado de Uganda violaba o no un principio fundamental de la EAC. Por su parte, el abogado del demandado sostuvo que los reclamos de los peticionarios se relacionaban con una cuestión de derechos humanos sobre la que el EACJ no tenía jurisdicción en virtud del artículo 27(2) del Tratado EAC.

En respuesta a la cuestión de su jurisdicción, el EACJ afirmó lo siguiente:

¿Este Tribunal tiene jurisdicción para tratar cuestiones de derechos humanos? La respuesta corta es: No, no tiene. Está muy claro que la jurisdicción en materia de derechos humanos requiere una decisión del Consejo y la aprobación de un Protocolo a tal efecto. Ninguna de esas dos medidas se ha tomado. Así, pues, este Tribunal no puede resolver las controversias relativas a la violación de los derechos humanos per se.

Sin embargo continuó,

Aunque el tribunal no asumirá jurisdicción para resolver conflictos de derechos humanos, no abdicará al ejercicio de su jurisdicción de interpretación según el artículo 27 (1) simplemente porque la referencia incluye un alegato de violación de los derechos humanos.

(EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 27 (1))⁴⁰.

Sobre esta base, el EACJ entendió que se había infringido el principio del Estado de Derecho, un principio fundamental de la comunidad.

La decisión del tribunal de admitir tratar la cuestión a pesar de la exclusión expresa de su jurisdicción en materia de derechos humanos es de un activismo judicial extremo, cercano a una usurpación de funciones legislativas (EBOBRAH, 2009a, p. 82). Sin embargo, si el tribunal hubiera fallado en sentido contrario, habría “abdicado” realmente a ejercer un deber que le confiere el propio tratado: el de interpretar sus disposiciones. Ahí radica el dilema de los tribunales cuyo mandato expreso no cubre todo el ámbito de sus funciones. El problema es el alcance de su mandato. Por lo tanto, es necesaria una clara articulación del mandato del EACJ para evitar este callejón sin salida.

Durante la audiencia principal en el caso *Campbell*⁴¹ el demandado impugnó la jurisdicción del Tribunal SADC argumentando que en ausencia de un protocolo específico, el tribunal no tenía jurisdicción en materia de derechos humanos. En respuesta, el Tribunal SADC declaró que la referencia a los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho como un principio de la SADC es suficiente para otorgarle jurisdicción sobre cuestiones de derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Aunque los derechos humanos no están expresamente excluidos del mandato del Tribunal SADC —como en el caso de la EAC—, está claro que esta omisión dio la oportunidad de impugnación y, por tanto, no es positiva.

En el caso *Olajide v Nigeria* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2004) el Tribunal ECOWAS se negó a pronunciarse sobre cuestiones de derechos humanos argumentando que su Protocolo no le confería esa jurisdicción. La cuestión

había surgido antes de la enmienda del Protocolo ECOWAS, que en 2005 invistió al tribunal de jurisdicción sobre derechos humanos y de la posibilidad de resolver peticiones individuales. Aquella decisión fue tomada a pesar de la existencia de “suficiente contenido de derechos humanos en los instrumentos constitucionales y legislativos de la ECOWAS” (EBOBRAH, 2008, p. 17). Se argumentó que cuando el significado del tratado estaba claro, el tribunal podría aplicarlo como tal (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2004, para. 53-54). La decisión ha sido criticada por la ausencia total de activismo ya que no había nada en el protocolo que le impidiera admitir la petición. (VILJOEN, 2007, p. 507). Sin embargo, a la luz de este caso, el beneficio de un mandato expreso es claro.

Los casos anteriores ilustran tres cuestiones principales subyacentes del ejercicio de una jurisdicción implícita. En primer lugar, el ejercicio de dicho mandato puede ser interpretado como un abuso de autoridad del tribunal y por lo tanto, puede comprometer la legitimidad de la decisión. También hace que el alcance del poder del tribunal sea inaprensible. En segundo lugar, crea una oportunidad para impugnar la autoridad de los tribunales alargando así innecesariamente el proceso, lo que no es deseable para los litigios de derechos humanos. Por último, otorga discreción a los funcionarios judiciales para determinar la competencia del tribunal. Esto introduce subjetividad y frente a una postura conservadora, la probabilidad de que tales cuestiones no sean admitidas. Esto es claro, por ejemplo, cuando se comparan las decisiones de los tribunales AEC y ECOWAS en *Katabazi* (EAST AFRICAN COURT OF JUSTICE, 2007) y *Olajide* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2004).

En virtud de ello, se puede concluir que un mandato de derechos humanos implícito, aunque no excluye absolutamente el ejercicio de la jurisdicción, no logra una protección óptima de los derechos y es inconsistente con el compromiso de las REC de garantizar los derechos humanos según surge de los documentos fundadores.

5.2 Marco normativo

Se refiere al cuerpo de normas que aplican los tribunales REC al cumplir sus obligaciones según lo dispuesto en sus respectivos tratados, y que define los valores y objetivos perseguidos por las REC y las principales reglas que imponen deberes de acciones u omisiones (DIEHL; KU; ZAMORA, 2003, p. 51). Las fuentes normativas aplicadas por tribunales REC en el ejercicio del mandato de derechos humanos varían de una REC a otra. Por ejemplo, la lectura literal del artículo 21 del Protocolo SADC sobre el tribunal le otorga capacidad para escoger la normativa a aplicar en cada caso. Sin embargo, con respecto a los derechos humanos, la respuesta no es tan evidente. El Tratado SADC establece para los Estados la obligación de respetar los principios de derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho pero no especifica según qué normativa.

Del mismo modo, puede interpretarse que el artículo 27(2) del Tratado EAC establece que el derecho que debe aplicar el EACJ en materia de derechos humanos será definido en el protocolo que ampliará la jurisdicción del tribunal. Sin embargo, el Tratado EAC consagra “el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos humanos de conformidad con las disposiciones de la Carta Africana como un principio fundamental de la EAC” (EAST AFRICAN COMMUNITY, 2007, art. 6 (d)). Por lo tanto, determinar si un Estado parte ha violado o no el tratado implicará

inevitablemente analizar si la conducta es o no una violación de la Carta Africana. Esto requiere una investigación sobre el contenido sustantivo de los derechos. No obstante, se sostiene que ello no es suficiente para identificar a la Carta Africana como el origen normativo o estándar de derechos en la EAC.

5.2.1 La Carta Africana como catálogo de derechos para los tribunales REC

En vista del amplio reconocimiento de la Carta Africana como un estándar para los derechos en las REC, se ha sugerido que puede ser empleada por los tribunales REC como origen normativo de los derechos, ya que todos los miembros de AU son parte de la Carta Africana (VILJOEN2007, p. 500). Además se argumenta que el desarrollo de “distintos estándares subregionales de derechos humanos, como la Carta SADC de Derechos Sociales Fundamentales (*SADC Charter of Fundamental Social Rights*), probablemente acentúe las diferencias, socavando [así] el movimiento hacia la unidad africana y la integración jurídica” (VILJOEN, 2007, p. 501). Estas posiciones suponen que las REC reconocen a la Carta Africana como un estándar de derechos. Y aunque por ejemplo el Tratado SADC no hace referencia a la Carta Africana, se puede sostener que esta omisión no implica un desacuerdo con sus disposiciones. De hecho, en el caso *Campbell*, el Tribunal SADC mencionó ampliamente a la Carta Africana e incluso citó la jurisprudencia de la Comisión Africana.

La interpretación y aplicación de la Carta Africana es una función de la Comisión y la Corte Africanas. La sugerencia de su aplicación por parte de los tribunales REC crearía otro foro con las mismas funciones. Teniendo en cuenta la ausencia de una jerarquía entre tribunales, el uso de las cláusulas respecto del carácter definitivo de las decisiones de los tribunales REC, la exclusión de los tribunales REC de la estructura formal del AHRS y la falta de coordinación judicial en la región, el resultado inevitable de esta propuesta sería una duplicación de foros con mandato similar y la posibilidad real de decisiones conflictivas. Esta iniciativa no ofrece una respuesta a las amenazas a la unidad del derecho de los derechos humanos en la región.

El uso de la Carta Africana como catálogo de derechos nubla la jerarquía normativa entre los instrumentos de derechos humanos regionales y subregionales necesaria para una eventual unificación a nivel regional. Tal jerarquía está implícita en el orden judicial y es un bien invaluable para el AHRS. Así, como sostienen algunos autores, no es tan obvio que la propuesta de que la Carta Africana actúe como catálogo de derechos para las REC sea ventajosa.

Para apoyar su argumento a favor de la Carta Africana como catálogo de derechos para las REC, Viljoen observa que es probable que la codificación independiente de derechos humanos acentúe las diferencias y socave la integración (VILJOEN, 2007, p. 500). Sin embargo, se afirma que las diferencias podrían mitigarse por el reconocimiento de la Carta Africana y de otras normas internacionales de derechos humanos como mínimo normativo. Por ejemplo, el proyecto de Declaración de Derechos de África Oriental (*East African Bill of Rights*) (PETER, 2008, p. 336)⁴² contiene amplias disposiciones que abarcan tanto los derechos consagrados en la Carta Africana como los reconocidos en otros instrumentos.

De aprobarse, presentaría una mejor protección que la Carta Africana. En el caso de la SADC, hay posturas encontradas respecto de si la Carta SADC de Derechos Sociales Fundamentales puede o no considerarse como un catálogo de derechos para el tribunal de la comunidad (VILJOEN, 2007, p. 500; RUPPEL, 2009, p. 295-296).

5.3 Marco estructural

El marco estructural se refiere a la organización institucional del AHRS. Un sistema es un arreglo de elementos interrelacionados o componentes con un propósito determinado que no pueden describirse y comprenderse adecuadamente aislados unos de otros (SHANY, 2003, p. 78). En los apartados anteriores se ha establecido que los tribunales REC no están reconocidos formalmente como parte del AHRS. Ante ello, surge la preocupación en cuanto a la relación entre los tribunales REC y las instituciones establecidas a nivel regional, y la forma en que el marco institucional del AHRS puede modificarse (si es que puede modificarse) para incluir la función de los tribunales REC.

Generalmente las REC no constituyen sistemas independientes de derechos humanos (VILJOEN, 2007, p. 10). Se crean en busca de la integración económica, y la promoción y protección de los derechos humanos están apenas relacionadas con esa finalidad. Además, no tienen instituciones diseñadas específicamente para desempeñar funciones de derechos humanos. Si las REC no satisfacen los sistemas independientes de derechos humanos en África, entonces, para lograr la óptima protección de los derechos como se prevé en sus respectivos documentos, deberían ya sea desarrollar plenamente sus instituciones o bien alinearse con un sistema institucionalmente establecido y mejor coordinado, es decir el AHRS.

6 Conclusión

No se puede negar la importancia del papel desempeñado por los tribunales REC en la protección de los derechos humanos en el África de hoy. Es un reflejo de un compromiso renovado por parte de los Estados africanos para la realización de los derechos humanos en la región. También demuestra el hecho de que desde hace mucho tiempo el marco institucional tradicional de los derechos humanos en la región ha sido superado por la práctica. Los parámetros formales del AHRS no atienden de modo adecuado la función de las REC en materia de derechos humanos. Esto priva a la región de los beneficios del desarrollo coordinado de los mecanismos de protección, que crearían un ambiente óptimo para el respeto de los derechos. Aunque existen numerosos problemas asociados con el mandato emergente de las REC en la protección de los derechos humanos, hay una cantidad igual de beneficios a ser cosechados a partir de su puesta en práctica. Los problemas señalados en este trabajo se presentan con el objetivo de que sean solucionados por medio de una delimitación adecuada de la función de los tribunales REC y una reestructuración del sistema que incorpore los desarrollos recientes.

Que la región se beneficie o no de la función de estos nuevos jugadores depende casi totalmente de la voluntad de los Estados para revisar el AHRS y adecuar las prácticas de las REC con el marco regional.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

- ADAR, K. 2008. **Federalism and East Africa Community Integration Process: The Role of the East African Legislative Assembly**. Bordeaux-France: Paper prepared for presentation at CIGI/GARNET Conference on Mapping Integration and Regionalism in a Global World: The EU and Regional Governance outside EU.
- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS. 2006. **Report of the Brain Storming Meeting of the African Commission on Human and Peoples' Rights**. Banjul, The Gambia.
- AJULU, R. (Ed.). 2005. **The making of a Region: Revival of the East Africa Community**. Midrand: Institute for Global Dialogue.
- ALEXU, R. 2002. **Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford Press.
- ALFORD, R. 2000. The proliferation of international courts and tribunals; international adjudication in ascendance. **American Society of International Law Proceedings**, v.94, p. 160-165.
- BENEDEK, W. (Ed.). 2006. **Understanding human rights: manual on human rights education** Antwerpen: Intersentia.
- CHENG, B. 2006. **General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press.
- CHIDI, A.O. 2003. **Complementary, competition, contradiction: the relationship between the African Court on Human and People's Rights and regional courts in East and Southern Africa**. Gaborone-Botswana: Paper presented to the conference of Eastern and Southern African States on the Protocol Establishing the African Court on Human and Peoples' Rights.
- DIEHL, P.F.; KU, C. 2003. The dynamics of international law: the interaction of normative and operating systems. In: _____. (Ed.). **International Law: Classic and Contemporary Readings**. 2nd ed. Boulder: Lynne Rienner Publishers.
- DIEHL, P.; KU, C.; ZAMORA D. 2003. The Dynamics of International Law: The Interaction of Normative and Operating Systems. **Cambridge University Press Journal**, v. 57, n. 1, p. 43-75.
- EBOBRAH, S.T. 2008. **A critical analysis of the human rights mandate of ECOWAS Community Court of Justice**. Copenhagen: Danish Institute for Human Rights.
- _____. 2009a. Litigating human rights before sub-regional courts in Africa: prospects and challenges. **African Journal of International and Comparative Law**, v.17, n.1, p. 79-101.
- _____. 2009b. Human rights developments in sub-regional courts in Africa in 2008. **Africa Human Rights Law Journal**, v.9, n.1, p.312 - 335.
- ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA. 2006. **Assessing Regional Integration in Africa II: Rationalizing Regional Economic Communities**. Addis Ababa: Economic Commission for Africa.

- EVANS, M.; CAPPS, P.; KONSTADINIDIS, S. (Ed.). 2003. **Asserting jurisdiction: international and European legal perspectives**. Oxford: Hart Publishing.
- EVANS, M.; MURRAY, R. (Ed.). 2008. **The African Charter on Human and Peoples' Rights**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- FREEMAN, M. 2002. **Human Rights: An Interdisciplinary Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, Polity
- HELPER, L. 1999. Forum Shopping for Human Rights. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 148, n. 2, p. 285-400.
- HEYNS, C. 2004. The African regional human rights system: The African Charter. **Pennsylvania State Law Review**, v. 108, n. 3, p. 679-702.
- HEYNS, C.; KILLANDER, M. (Ed.). 2007. **Compendium of Key Human Rights Documents of the African Union**. 3rd ed. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- KOROMA, A. 2003. Asserting Jurisdiction by the International Court of Justice. In: EVANS, M.; CAPPS, P.; KONSTADINIDIS, S. (Ed.). **Asserting jurisdiction: international and European legal perspectives**. Oxford: Hart Publishing.
- KOUASSI, R.N. 2007. The itinerary of the African integration process: an overview of the historic landmarks. **Africa Integration Review**, v. 1, n. 2, p. 1-23.
- LAMIN, A.R. 2008. African sub-regional human rights courts: The ECOWAS Court of Justice, the SADC Tribunal and the EAC Court of Justice in comparative perspective. In: AKOKPARI, J.; ZIMBLER, D.S. (Ed.). **African Human Rights Architecture**. Johannesburg: Jacana Media.
- LOLETTE, K. N. 2005. **Regional integration: concepts, advantages, disadvantages and lessons of experience**. Disponible en: <http://www.sarpn.org.za/documents/d0001249/P1416-RI-concepts_May2005.pdf>. Visitado el: 5 Sept. 2009.
- NWOGU, N. 2007. Regional integration as an instrument of human rights; re-conceptualizing ECOWAS. **Journal of Human Rights**, v. 6, n. 3, p. 345-360.
- OELLERS-FRAHM, K. 2001. Multiplication of international courts and tribunals and conflicting jurisdiction – problems and possible solutions. In: FROWEIN, JOCHEN ABR. AND WOLFRUM, RÜDIGER (Ed.). **Max Planck Year Book of the United Nations Law**. The Hague: Kluwer Law International. v. 5. p. 67-104.
- OJIENDA, T.O. 2004. Alice's adventures in wonderland: preliminary reflections on the jurisdiction of the East African Court of Justice. **East African Journal of Human Rights and Democracy**, v. 2, n. 2, p. 94.
- OLOKA-ONYANGO, J.; UDAGAMA, D. 1999. **Human rights as the primary objective of international trade, investment and finance policy and practice**. United Nations: UN Doc.E/CN.4/Sub.2.
- PETER, C.M. (Ed.). 2008. **The protectors: human rights commissions and accountability in East Africa**. Kampala: Fountain Publishers.
- ROSENNE, S. 1997. **The law and practice of the International Court 1920 -1996**. The Hague: Martinus Nijhoff.
- RUPPEL, O. 2009. Regional economic communities and human rights in East and

Southern Africa. In: BÖSL, A.; DIESCHO, J. (Ed.). **Human Rights Law in Africa: Legal perspectives on their Protection and Promotion**. Windhoek: McMillan Education.

SA TO CHALLENGE Zim land ruling. 2010. **News24.com**, 2 Apr. 2010. Disponible en: <<http://www.news24.com/SouthAfrica/News/SA-to-challenge-Zim-land-ruling-20100402>>. Visitado el: 23 Jun. 2010.

SHANY, Y. 2003. **The competing jurisdiction of international courts and tribunals**. Oxford: Oxford University Press.

THOKO, K. 2004. SADC and human rights: fitting human rights into the trade matrix. **African Security Review**, v. 13, n. 1, p. 109-117.

VILJOEN, F. 2007. **International Human Rights Law in Africa**. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2008. Communications under the African Charter: procedure and admissibility. In: EVANS, M.; MURRAY, R. (Ed.). **The African Charter on Human and Peoples' Rights**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 2000. Communication N.140/94 **Constitutional Rights Project and Others v Nigeria**. Africa Human Rights Law Reports 227

_____. 2004. Communication N.242/2001, **Interights and others v Mauritania** (2004) Africa Human Rights Law Report 87.

_____. 2006. Communication N. 245/2002 **Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe**. Africa Human Rights Law Reports 128.

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS. 2008. Application N. 001/2008. **Michelot Yogombaye v The Republic of Senegal**. Unreported

AFRICAN ECONOMIC COMMUNITY. 1991. **Treaty Establishing the African Economic Community**.

AFRICAN UNION. 2000. **Constitutive Act of the African Union**. 2000/2001.

_____. 2004. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights**.

_____. 2008a. **Interim Rules of Procedure of the African Commission on Human and Peoples' Rights**. Disponible en: <[www.achpr.org/english/other/Interim Rules/Interim Rules of Procedure.pdf](http://www.achpr.org/english/other/Interim_Rules/Interim_Rules_of_Procedure.pdf)>. Visitado el: noviembre de 2010.

_____. 2008b. **Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights**.

EAST AFRICA COURT OF JUSTICE. 2006. N. 1 of 2006. **Nyong'o and 10 others v The Attorney General of Kenya and others**.

_____. 2007. N. 1 of 2007. **Katabazi and 21 others v Secretary General of the EAC and another**.

EAST AFRICAN COMMUNITY. 2005. **Draft Protocol to Operationalize the Extended Jurisdiction of the East Africa Court of Justice.**

_____. 2007. **Amended Treaty for the Establishment of the East Africa Community.** 14 December 2006 and 20 August 2007.

_____.s.d. **Draft East African Bill of Rights.**

ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES (ECOWAS). 1975. **Treaty of the Economic Community of West African States.**

_____. 1991a. **Declaration of Political Principles of the Economic Community of West African States.**

_____. 1991b. **Protocol on the Community Court of Justice A/P.1/7/91**

_____. 1993. **Economic Community of West African States Revised Treaty.**

_____. 2004. **Court of Justice. Unreported Suit no. 2004/ECW/CCJ/04. Afolabi Olajide v Federal Republic of Nigeria.**

_____. 2005a. **Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 Amending Protocol A/P.1/7/91 on the Community Court of Justice.**

_____. 2005b. **Ugokwe v Nigeria and Others.**

_____. 2007a. **Kéiita and Another v Mali.**

_____. 2007b. **Essein v The Republic of the Gambia.** Africa Human Rights Law Reports 131.

_____. 2008a. **Manneh v The Gambia.** Africa Human Rights Law Journal 171.

_____. 2008b. **Karou v Niger.** African Human Rights Law Journal 182.

_____. 2009. **Suit N. ECW/CCJ/APP/0808 Registered Trustees of Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v Federal Republic of Nigeria and Another.**

ORGANISATION OF AFRICAN UNITY. 1963. **Charter of the Organization of African Unity.**

_____. 1980. **Lagos Plan of Action for the Economic Development of Africa.**

_____. 1986. **African Charter on Human and Peoples' Rights.** 1981/1986.

_____. 1990. **African Charter on the Rights and Welfare of the Child.** 1990/1999.

SOUTH AFRICA. 2009. North Gauteng High Court Case No. 77881/2009. **Louis Karel Fick & Others v Government of the Republic of Zimbabwe (Unreported).**

SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY. 2000. **SADC Protocol on the Tribunal and Rule of Procedure Thereof.**

_____. 2001. **Amended Declaration and Treaty of the Southern African Development Community.**

_____. 2003. **Charter of Fundamental Social Rights in the Southern African Development Community.**

SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY TRIBUNAL (SADC Tribunal). 2007. Case Number. 2/2007. **Mike Campbell (PVT) Limited and another v The Republic of Zimbabwe.**

_____. 2008. Case N. SADC (T) 07/2008. **Luke Muntandu Tembani v The Republic of Zimbabwe.**

SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT CO-ORDINATING CONFERENCE. 1980. **Lusaka Declaration forming the Southern African Development Coordinating Conference.**

UNITED NATIONS. 1948. **Universal Declaration of Human Rights.**

_____. 1969. **Vienna Convention on the Law of Treaties.**

LISTA DE ABREVIACIONES

Carta Africana	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Comisión Africana:	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Corte Africana:	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
ACJHR:	Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos
AEC:	Comunidad Económica Africana
AU:	Unión Africana
EAC:	Comunidad de África Oriental
EACJ:	Tribunal de Justicia del Africa Oriental
ECOWAS:	Comunidad Económica de los Estados de África Occidental
Tribunal ECOWAS	Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental
OAU:	Organización para la Unidad Africana
REC:	Comunidad Económica Regional
Tribunales REC	Tribunales de las Comunidades Económicas Regionales
SADC:	Comunidad de Desarrollo de África Austral
Tribunal SADC	Tribunal de la Comunidad de Desarrollo de África Austral

NOTAS

1. Ver <http://www2.gtz.de/wbf/4tDx9kw63gma/RECs_Final_Report.pdf> o <http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/namibia/Human_Rights_in_Africa/9_Ruppel.pdf> para un panorama de las REC existentes en África y sus correspondientes miembros. Último acceso: 6 de diciembre de 2010.

2. Los artículos 3(h) y 4(m) del Acta Constitutiva de la AU (AFRICAN UNION, 2000) establecen la promoción, protección y respeto de los derechos humanos como parte de los objetivos y principios de la AU. No obstante, cabe señalar que otros documentos aprobados bajo los auspicios de la OAU, tal como el Tratado Constitutivo de la Comunidad

Económica Africana (1991), ya habían reconocido a los derechos humanos como su preocupación fundamental. Esto sugiere un avance gradual en la protección de los derechos humanos como programa de la OAU. Ver Capítulo II, artículo 3(g) y 5(1) del Tratado AEC (AFRICAN ECONOMIC COMMUNITY, 1991).

3. Tal como las convocatorias de la Comisión Económica para África de las Naciones Unidas (UNECA, por sus siglas en inglés) hacia los Estados africanos para trabajar en pos de una única unión económica mediante el sistema de economías subregionales.

4. Hoy existen en África por lo menos 14 REC, 8 de las cuales son reconocidas por la Unión Africana. Consultar <www.africa-union.org> para obtener una lista de las REC reconocidas.

5. Thoko argumenta que las obligaciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos establecen las necesidades civiles, políticas, económicas y sociales de las personas como derechos, los que no pueden reducirse en busca del desarrollo económico. Por lo tanto, los tratados de estas REC no pueden interpretarse en forma aislada de las demás obligaciones de derechos humanos, sino de modo de promover esos objetivos. Este enfoque se deriva y fundamenta en las disposiciones del artículo 31 (3) (c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En el contexto de las REC, estamos obligados a interpretar sus tratados de conformidad con las obligaciones asumidas por los Estados en otros instrumentos de derechos humanos.

6. El término “tribunales” según se utiliza en este trabajo se refiere tanto a cortes como a tribunales.

7. Ver en general <<http://www.comm.ecowas.int/sec/index.php?id=about-a&lang-español>>. Ver también el párrafo 6 del preámbulo del Tratado ECOWAS de 1975 (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 1975).

8. Ver párrafo 5 del preámbulo y párrafos 4, 5 y 6 de la parte sustantiva de la Declaración (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 1991).

9. Artículo 4(g) del Tratado Revisado ECOWAS de 1993 (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 1993) que, al igual que los artículos 56 (2), 59 y 66 (2) c., se refiere a los derechos y obligaciones específicos de los Estados Miembros.

10. Por protocolo complementario A/SP.1/01/05 y A/SP.2/06/06.

11. Incluyen *Ugokwe v Nigeriay Otros* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2005b), *Kéiita y Otros v Mali* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2007a), *Essein v la República de Gambia* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2007b) AHRLR 131, *Manneh v The Gambia* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2008a) AHRLR 171, *Karou v Nigeria* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2008b) AHRLR 182, *Registered Trustees of Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v Federal Republic of Nigeria and Another* (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2009).

12. Ver <<http://www.sadc.int>> sobre los Estados miembros de la SADC.

13. *Mike Campbell (PVT) Limited y otro v la República de Zimbabue* SADC (T) 2/2007 y *Luke Muntandu Tembani v la República de Zimbabue*, caso SADC número (T) 07/2008 (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY

TRIBUNAL, 2008). En el caso *Campbell*, el Tribunal SADC examinó si la expropiación forsoza de tierras privadas, propiedad de los solicitantes a través de una enmienda de la Constitución del demandado, era una violación de las obligaciones de derechos humanos en virtud del Tratado SADC. En el caso *Tembani*, se requirió que el Tribunal SADC determinara si una disposición del derecho del demandado, que había excluido la jurisdicción de los tribunales respecto del juicio hipotecario de una propiedad comprometida en un préstamo, era una violación de los derechos humanos.

14. En 2005, la Secretaría de la EAC elaboró un proyecto de protocolo para la ampliación de la jurisdicción del EACJ a los derechos humanos *inter alia* como se requiere en el artículo 27(2). El proceso de consulta sobre el proyecto iba a ser completado en agosto de 2006, pero hasta la fecha no ha sido finalizado. Esta demora en la adopción del Protocolo se atribuye a varios factores, entre ellos: la irreal previsión del tiempo que duraría el proceso, la limitación de la consulta a las partes interesadas y la manipulación política.

15. Argumenta que aunque el tratado dispone la amplia protección respecto de los derechos humanos, el EACJ no tiene jurisdicción sobre cuestiones de derechos humanos.

16. *Katabazi and 21 others v Secretary General of the EAC and another* (EAST AFRICAN COURT OF JUSTICE, 2007) and *Nyong'o and 10 others v The Attorney General of Kenya and others* (EAST AFRICA COURT OF JUSTICE, 2006).

17. Artículo 4 (2) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Africana (AFRICAN ECONOMIC COMMUNITY, 1991). Ver también el artículo 3 (g) del mismo tratado.

18. Artículo 1 del Protocolo sobre Corte Africana (AFRICAN UNION, 2004).

19. Capítulo 2 de la Carta Africana en Materia de Derechos y el Bienestar del Niño (*African Charter on the Rights and Welfare of the Child*) (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1990).

20. Ver artículos 30 de la Carta Africana (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1986), 2 del Protocolo de la Corte (AFRICAN UNION, 2004) y 32 de la Carta Africana en Materia de Derechos y el Bienestar del Niño (*African Charter on the Rights and Welfare of the Child*) (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1990).

21. Protocolo para el Establecimiento del Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos (Estatuto de la ACJHR), aprobado durante el 11º período ordinario de sesiones de la Asamblea de la AU, celebrada en Sharm el-Sheikh, Egipto, el 1 de julio de 2008 (AFRICAN UNION, 2008b).

22. Según el artículo 16 del Estatuto del Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos, la ACJHR debe tener dos secciones: una sección de Asuntos Generales compuesta de 8 jueces, y una sección de Derechos Humanos integrada por 8 jueces. La sección de Asuntos Generales

tiene competencia para tratar todos los casos presentados en virtud del artículo 28 del Estatuto de la ACJHR, con excepción de los relacionados con los derechos humanos y de los pueblos. La sección de Derechos Humanos tiene competencia para tratar todos los casos relativos a los derechos humanos y/o de los pueblos.

23. Similar argumento puede aplicarse a la relación entre la Carta Africana y las REC.

24. El artículo 38 del Tratado EAC prevé que una disputa presentada en el EACJ no puede ser resuelta mediante ningún otro método diferente al establecido bajo el tratado. De esta norma se derivaría el carácter definitivo de las decisiones del EACJ.

25. Su sucesora, el Acta Constitutiva de la AU, tiene disposiciones similares pero deja la definición de medios pacíficos a la Asamblea de AU.

26. Ver artículos 30 y 46 (2) de la Carta Africana (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1986) y el Estatuto de la ACJHR (AFRICAN UNION, 2008b), respectivamente.

27. Hasta ahora sólo se ha presentado ante la Corte Africana el caso *Michelot Yogombaye v The Republic of Senegal* (AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS, 2008). Sin embargo, la Corte Africana lo desestimó sobre la base de que el Estado demandado, Senegal, no había aceptado la jurisdicción de la Corte Africana en los términos del artículo 34(6) del Protocolo de 1998 sobre la Corte Africana (AFRICAN UNION, 2004).

28. En *Louis Karel Fick y otros contra el Gobierno de la República de Zimbabue* (SOUTH AFRICA, 2009) la Corte Suprema de North Gauteng, Pretoria, confirmó la decisión del Tribunal SADC a favor de los litigantes, que había ordenado asociar una propiedad no diplomática propiedad del Gobierno de Zimbabue en Sudáfrica. Sin embargo, la Corte no ofreció razones de fondo para su decisión, salvo afirmar que confiaba en los documentos que le fueron presentados. Como consecuencia, el Gobierno de Sudáfrica está apelando la decisión. Al momento de este trabajo, la apelación todavía estaba pendiente de decisión (SA TO CHALLENGE..., 2010).

29. Son Burkina Faso, Malí, Malawi y Tanzania.

30. Artículo 10(d) del Protocolo Complementario A/SP.1/01/05 que modifica el Protocolo A/P.1/7/91 sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad (ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES, 2005a) en cuanto a los requisitos de admisibilidad del Tribunal ECOWAS.

31. Respecto de la SADC, Thoko argumenta que el Tratado SADC no crea ninguna institución

con mandato específico en la materia a pesar de tener un compromiso inequívoco con los derechos humanos.

32. Sostiene que el derecho internacional no es un cuerpo amplio de leyes que consiste en un conjunto fijo de reglas aplicables a todos los Estados con un órgano legislativo central. Por el contrario, está en desarrollo permanente con sus actores y su ámbito de actividad que aumentaron considerablemente en los últimos años.

33. En el caso *Campbell* (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY TRIBUNAL, 2007), por ejemplo, el Tribunal SADC se apoyó en las decisiones de la Comisión Africana en *Constitutional Rights Project and Others v Nigeria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2000) AHRLR 227 y en *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2006) AHRLR128.

34. Los países que son miembros o parte de más de una subregión tienen la opción de elegir el tribunal REC (se trata de la mayoría de los países africanos).

35. Identifica tres tipos de foros comerciales en base a la naturaleza de la opción disponible para el eventual litigante: elección del tribunal, peticiones simultáneas y peticiones sucesivas.

36. Sostiene que los sucesivos litigios no son gratuitos.

37. El artículo 56(7) de la Carta Africana (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1986) sólo prohíbe la admisión de solicitudes sucesivas. Esto no es suficiente para hacer frente a la posibilidad del *forum shopping*.

38. Ver notas 16 y 13 supra respectivamente.

39. El artículo 15 que establece la jurisdicción del Tribunal SADC, no prevé la competencia sobre las cuestiones de derechos humanos ni excluye tal jurisdicción.

40. El artículo 27(1) del Tratado se refiere a la jurisdicción del EACJ para interpretar y aplicar el Tratado EAC.

41. Ver la nota 13 supra.

42. El proyecto de Declaración de Derechos de África Oriental (East African Bill of Rights) (PETER, 2008, Anexo II), desarrollado por las instituciones nacionales de derechos humanos de la región bajo los auspicios de Kituo Cha Katiba. Aunque no adoptado formalmente por la EAC, pretende ser un código para orientar la jurisprudencia sobre derechos humanos y las operaciones del EACJ.

ABSTRACT

The development of sub-regional communities in Africa is not a new phenomenon, but the incorporation of human rights into their agenda is relatively new. In effect, REC courts have introduced a new layer of supra national protection of human rights in Africa. The development is welcomed because it is likely to advance the cause for the promotion and protection of human rights. However, considering that the primary focus of the RECs is economic development, their ability to effectively embrace the role of human rights protection is questionable. The development of this mandate for the sub-regional courts is necessitated by the emerging prominence of human rights in the business of RECs. But, its interpretation and implementation has extensive ramifications for the advancement of human rights in Africa; the harmonisation of human rights standard in the region and for the unity and effectiveness of the African human rights system.

KEYWORDS

Regional integration – Regional economic communities – Human rights mandate – Sub-regional courts – African Human Rights System – Human rights jurisdiction

RESUMO

O desenvolvimento de comunidades sub-regionais na África não é um fenômeno novo, mas a incorporação de direitos humanos em suas agendas é relativamente recente. Com efeito, as cortes das comunidades econômicas regionais introduziram uma nova dimensão de proteção supranacional dos direitos humanos na África. Esse desenvolvimento é bem-vindo, porque provavelmente fará progredir a promoção e a proteção dos direitos humanos. Entretanto, considerando que o foco principal dessas comunidades é o desenvolvimento econômico, sua capacidade de efetivamente compreender o papel da proteção dos direitos humanos é questionável. O desenvolvimento desse mandato para as cortes sub-regionais é necessário pela proeminência emergente dos direitos humanos nos negócios das comunidades econômicas regionais. Sua interpretação e implementação, contudo, tem amplas ramificações para a promoção dos direitos humanos na África, a harmonização dos padrões de direitos humanos na região e para a unidade e a efetividade do Sistema Africano de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Integração regional – Comunidades econômicas regionais – Mandato para direitos humanos – Cortes sub-regionais – Sistema Africano de Direitos Humanos – Jurisdição relativa a direitos humanos



MAGNUS KILLANDER

Dr. Magnus Killander es jefe de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pretoria. Es jefe de redacción del African Human Rights Law Reports y editor de los módulos de Derecho Internacional en los Tribunales Nacionales y Derecho Internacional de Derechos Humanos del Oxford Reports on International Law.

Email: Magnus.Killander@up.ac.za

RESUMEN

Incluidos en declaraciones nacionales de derechos o en tratados de derechos humanos regionales o mundiales, los derechos humanos a menudo carecen de precisión. Requieren de interpretación. El presente artículo ilustra la forma en que los tribunales regionales de derechos humanos han seguido en gran medida las reglas de interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En la interpretación de los derechos y sus limitaciones, tradicionalmente el Tribunal Europeo ha puesto mayor énfasis en el consenso regional que la Corte Interamericana y la Comisión Africana, que a menudo miran hacia fuera de sus continentes y recurren al derecho indicativo y tratados de Naciones Unidas y a la jurisprudencia de otros tribunales regionales. Sin embargo, se observa una tendencia hacia el universalismo también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. El presente artículo muestra que el razonamiento que presentan los tribunales regionales suele ser inadecuado. La calidad del razonamiento es importante ya que les brinda previsibilidad a los Estados e individuos de modo que se puedan tomar medidas para evitar las violaciones de los derechos humanos. Un buen razonamiento también puede ayudar a lograr un mayor cumplimiento de las decisiones y aceptación social respecto de cuestiones controvertidas.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en junio de 2010. Aceptado en noviembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Interpretación de tratados – Sistemas regionales de derechos humanos



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Magnus Killander

1 Introducción

Los tribunales regionales y los órganos cuasi jurisdiccionales de derechos humanos desempeñan un papel importante ya que proveen recursos individuales y estructurales frente a las violaciones de los derechos humanos y hacen al desarrollo del derecho internacional de derechos humanos (HEYNS; KILLANDER, 2010). El presente artículo analiza el enfoque interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) y la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) respecto de las disposiciones de los tratados por cuyo cumplimiento deben velar¹.

Ya sea que estén incluidos en declaraciones nacionales de derechos o en tratados de derechos humanos regionales o internacionales, los derechos humanos a menudo carecen de precisión. Es necesario establecer reglas claras para su interpretación por parte de los tribunales nacionales e internacionales y órganos cuasi jurisdiccionales. Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo), ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos contienen disposiciones que determinen de qué modo deben interpretarse estos tratados². Como se mostrará más adelante, los tribunales regionales de derechos humanos en general han seguido las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). Sólo los Estados son parte de dicha Convención, pero existe el reconocimiento de que refleja el derecho internacional consuetudinario y se aplica también a los órganos internacionales de vigilancia de los derechos humanos tal como lo confirman el Tribunal Europeo y la Comisión y Corte Interamericanas (EUROPEAN

Ver las notas del texto a partir de la página 173.

COURT OF HUMAN RIGHTS, *Golder v. United Kingdom*, 1975; INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Cases no 9777 and 9718 (Argentina)*, 1988, § V.(6); INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c)³.

A menudo se dice que los tratados de derechos humanos tienen un carácter especial. En el caso *Masacre de Mapiripán*, la Corte Interamericana entendió (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 104) que:

Desde sus primeros casos, la Corte ha basado su jurisprudencia en el carácter especial de la Convención Americana en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicha Convención, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.

Sin embargo, el hecho de que los tratados de derechos humanos tengan un carácter especial no significa que dichos tratados deban ser interpretados de una forma que no sea coherente con la Convención de Viena (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 106). De hecho, enfoques interpretativos de los tribunales regionales como el sentido autónomo de las normas de tratados y la interpretación evolutiva y efectiva pueden cuadrar fácilmente dentro del marco de la Convención de Viena (VANNESTE, 2010, p. 227; CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 61).

El presente trabajo explora en primer lugar los artículos pertinentes de la Convención de Viena y lo que han expresado el Tribunal Europeo, la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana y la Comisión Africana sobre la interpretación de los tratados. El artículo concluye con tres casos de estudio sobre enfoques interpretativos por parte de los tribunales regionales respecto a: castigo físico, enjuiciamiento de civiles por parte de tribunales militares y obligaciones positivas de derechos humanos. Los casos estudiados fueron elegidos por la disponibilidad de jurisprudencia en los tres sistemas regionales.

2 Interpretación de los tratados de derechos humanos

2.1 *El papel de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*

El artículo 31(1) de la Convención de Viena establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El inciso 3 establece que además del contexto, también deberán ser tenidos en cuenta todo acuerdo, práctica estatal, o normas relevantes de derecho internacional ulteriores que indiquen acuerdo entre las partes respecto a la interpretación del tratado.

Es poco frecuente que las disposiciones de un tratado de derechos humanos sean tan claras que sólo requieran de la consideración del texto de la disposición de que se trate. A menudo no puede determinarse el “sentido corriente” de un término sin considerar el contexto. El contexto incluye el texto del tratado, incluso el preámbulo (VILLIGER, 2009, p. 427). Los tribunales regionales de derechos humanos han enfatizado la importancia del contexto. Según el Tribunal Europeo, “[l]a Convención debe ser leída como un todo” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. UK*, 1989, § 103). La Comisión Africana destacó que “[l]a Carta debe interpretarse en forma holística”⁴ (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Legal Resources Foundation v. Zambia*, 2001a, § 70).

El requisito de interpretación “teniendo en cuenta su objeto y fin” y “de buena fe” apunta a asegurar la “efectividad de sus términos” (VILLIGER, 2009, p. 428). Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana han destacado la importancia de la “efectividad” ((EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 1993b, § 42; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Ricardo Canese v. Paraguay*, 2004a, § 178; AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Scanlen and Holderness v. Zimbabwe*, 2009, § 115). En el caso *Blake c. Guatemala* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1998, § 96), la Corte Interamericana entendió que “[e]l artículo 8(1) de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu”. La necesidad de efectividad deriva de la vaguedad de muchas disposiciones de derechos humanos. De hecho, los tribunales internacionales han recibido de los Estados el mandato de interpretar lo que a menudo no son reglas claras sino “objetivos o estándares” (VANNESTE, 2010, p. 257).

El objeto y fin de los tratados de derechos humanos y el requisito de efectividad significan que los tratados no deben ser interpretados en forma acotada. Por ejemplo, en el caso *Aminu c. Nigeria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2000a), el demandante “se ocultaba porque temía por su vida”. La Comisión Africana determinó (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2000a, § 18) que “[p]ensar que este derecho sólo puede ser violado cuando uno se ve privado del mismo sería interpretarlo en forma muy restringida”. La Corte Interamericana entendió (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 106) que “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”. El principio de la norma “más favorable” suele llamarse el principio *pro homine*⁵.

Los siguientes casos ilustran estos principios interpretativos. En *Caballero Delgado y Santana c. Colombia* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1995, § 67), la Corte Interamericana entendió que el término “recomendaciones” en la Convención Americana, en referencia a las decisiones de la Comisión Interamericana, debía, de acuerdo con la Convención de Viena, ser “interpretado conforme a su sentido corriente (...) por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”. En el caso *Loayza-Tamayo c. Perú* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN

RIGHTS, 1997, § 80), la Corte hizo referencia a sus fallos anteriores sobre la cuestión pero agregó que de acuerdo con el principio de la buena fe, tal como se lo establece en la Convención de Viena, los Estados deberían “realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana”.

En *Golder c. RU* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1975), el Tribunal Europeo determinó que el derecho de acceso a la justicia está implícito en los derechos procesales contenidos en el artículo 6 del Convenio ya que las reglas procesales carecerían de sentido si en primer lugar no hubiera acceso a la justicia. Vanneste (2010, p. 247) cita a *Golder* como un caso que entra dentro de la “interpretación evolutiva”, que se trata más adelante. Sin embargo, el caso *Golder* se dirimió sobre la base de la “efectividad” de las normas y no a la luz de circunstancias cambiantes. Los casos estudiados más adelante sobre obligaciones positivas también ilustran el uso del principio de la efectividad.

No sólo importan el objeto y fin del tratado en su totalidad (Cf. ORAKHELASHVILI, 2008, p. 353). En *Litwa c. Polonia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000), el Tribunal Europeo interpretó el artículo 5(1)(e) que permite “la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”. El Tribunal se refirió al objeto y fin del artículo 5(1)(e) que, en su opinión, mostraba que las categorías de personas a las que hace referencia pueden ser detenidas no sólo por el peligro que representan para la “seguridad pública” sino por su propio bien. El Tribunal concluyó que el término “alcohólico” no podía ser entendido según su sentido corriente como alguien adicto al alcohol sino que debía extenderse a aquellos “cuya conducta y comportamiento bajo la influencia el alcohol representan una amenaza para el orden público o para ellos mismos” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Litwa v. Poland*, 2000, § 60-61). El Tribunal confirmó esta interpretación haciendo referencia a los *travaux préparatoires* del Convenio (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Litwa v. Poland*, 2000, § 63). El Tribunal extendió el alcance de una interpretación literal del artículo 5(1)(e) si bien señaló que “las excepciones a una regla general (...) no pueden recibir una interpretación extensiva” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Litwa v. Poland*, 2000, § 59). La Comisión Africana (por ej., *Legal Resources Foundation c. Zambia* [AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2001a, § 70]) también enfatizó el hecho de que las limitaciones deben interpretarse en forma acotada.

En muchas ocasiones, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana han explicado que las disposiciones de los tratados tienen sentidos autónomos, independientes de la definición que tengan en el derecho interno⁶ (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Pellegrin v. France*, 1999; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 187; VANNESTE, 2010 p. 229-242). Para los términos que se usan de manera diferente en los distintos Estados miembro, el tribunal internacional debe crear una definición internacional. Puede considerarse que el desarrollo de un sentido autónomo de los términos de los tratados se basa ya sea en el sentido derivado del objeto y fin (VANNESTE, 2010, p. 234) o en la disposición del artículo 31(4) que establece que “[s]e dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. Para encontrar

el sentido autónomo, el Tribunal Europeo por lo general busca un “denominador común” entre los Estados miembro, mientras que la Corte Interamericana busca orientación en los instrumentos internacionales (VANNESTE, 2010, pp. 239-240). Es poco frecuente que estos diferentes enfoques conduzcan a resultados distintos respecto del sentido autónomo de una disposición.

El artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena establece que en la interpretación de las disposiciones de los tratados “toda práctica ulteriormente seguida (...) por la cual conste el acuerdo de las partes” deberá ser considerada “juntamente con el contexto”. El derecho indicativo (*soft law*), por ejemplo las resoluciones adoptadas por los órganos políticos de las organizaciones internacionales, podría ilustrar un consenso emergente sobre una cuestión y entonces ser considerado una “práctica” según el artículo 31(3)(b). Para los fines de la interpretación de los tratados, la práctica tiene clara vinculación con la formación del derecho internacional consuetudinario, ya sea regional o mundial. Tradicionalmente, el derecho internacional consuetudinario se formó con la práctica de los Estados conjuntamente con *opinio juris* (expresión del Estado en el sentido de que la práctica derivó de una obligación legal). Sin embargo, los tribunales y la academia reconocen cada vez más que la *opinio juris* y la práctica verbal del Estado pueden por sí mismos formar derecho internacional consuetudinario (WOUTERS; RYNGAERT, 2009, p. 119). El límite de la aplicación de tal nuevo derecho internacional consuetudinario, en el contexto de los tratados de derechos humanos, es obviamente el texto de la disposición del tratado.

Muchos argumentarían que el artículo 31(3)(b) es aplicable solamente a la práctica del Estado (VILLIGER, 2009, p. 431). Sin embargo, la International Law Association (ILA) ha dado una interpretación más amplia a la disposición y sostiene que el trabajo de los órganos de vigilancia de tratados de Naciones Unidas, en forma de observaciones generales y dictámenes sobre comunicaciones individuales, constituyen “práctica ulterior”, en particular cuando los Estados no han objetado la interpretación (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2004, § 20-21). Los tribunales regionales podrían entonces considerar los dictámenes de los órganos especializados de Naciones Unidas como práctica ulterior. De modo similar, la jurisprudencia de los tribunales regionales también podría considerarse práctica ulterior en relación con los tratados para cuya vigilancia fueron creados (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. UK*, 1989, § 103; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 1991, § 100). Sin embargo, esto es sólo un mandato para que los tribunales regionales se basen en sus propios precedentes, algo que ya hacen en forma extensiva. De hecho, tal como se expone más adelante, es poco habitual que un tribunal regional cambie su postura frente a una cuestión específica. La jurisprudencia de otros tribunales regionales no puede ser considerada práctica ulterior, pero puede usarse como medio complementario de interpretación.

El artículo 31(3)(c) establece que en la interpretación de una disposición de un tratado debe considerarse “toda norma pertinente de derecho internacional”. Según Orakhelashvili (2008, p. 366), el artículo 31(3)(c) se refiere únicamente a las “normas establecidas del derecho internacional”. Por ejemplo, si un tratado de derechos humanos de Naciones Unidas ampliamente ratificado tiene una disposición

clara que puede ayudar a interpretar una disposición de un tratado regional, se lo debe tener en cuenta. Así, el Tribunal Europeo se basó en la prohibición de *non-refoulement** de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura para encontrar una obligación similar en el Convenio Europeo (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. UK*, 1989, § 88). Según el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, no es necesario que el Estado en cuestión haya ratificado el tratado internacional que se utiliza para asistir en la interpretación (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008a, § 78; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Proposed amendments to the naturalization provision of the Constitution of Costa Rica, Advisory opinion*, 1984, § 49).

El artículo 32 de la Convención de Viena establece que pueden usarse “medios de interpretación complementarios” para “confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31”. Los medios complementarios también pueden usarse cuando el sentido de una disposición luego de la interpretación según el artículo 31 siga siendo “ambiguo u oscuro” o conduzca a un resultado “absurdo o irrazonable”. Los medios complementarios incluyen el trabajo preparatorio y las circunstancias de la conclusión del tratado. La lista de medios complementarios no es exhaustiva. Por ejemplo, la interpretación comparada y el derecho indicativo constituirían medios complementarios de interpretación en la medida en que no están reconocidos en el artículo 31(3).

Tal como se ilustra más arriba, los tribunales regionales siguen en gran medida el enfoque establecido en la Convención de Viena. Dicho enfoque fue sintetizado por el Tribunal Europeo en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010a), cuando el Tribunal determinó que el artículo 4 del Convenio Europeo que trata sobre esclavitud y servidumbre también incluye el tráfico (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 2010a, § 273-275, referencias omitidas):

Como tratado internacional, el Convenio debe ser interpretado a la luz de las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. En virtud de dicha Convención, el Tribunal debe determinar el sentido corriente a ser atribuido a las palabras en su contexto y a la luz del objeto y fin de la disposición de la que son extraídas. El Tribunal debe tomar en consideración el hecho de que el contexto de la disposición es un tratado para la protección efectiva de los derechos humanos individuales y que el Convenio debe ser leído como un todo e interpretado de manera tal de promover la coherencia y armonía internas entre sus diversas disposiciones. También debe tenerse en cuenta toda norma o principio de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes contratantes, y el Convenio debe, en la medida de lo posible, ser interpretado en forma armónica con otras normas de derecho internacional de las que forma parte. Por último, el Tribunal destaca que el objeto y fin del Convenio, como instrumento para la protección de los seres humanos individuales, requiere que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de manera que sus salvaguardas resulten prácticas y efectivas.

*Nota de la edición: se refiere al principio de no devolución.

En las siguientes secciones se considerarán los distintos enfoques adoptados por los tribunales regionales respecto de la importancia del consenso regional, el derecho indicativo regional y mundial y el diálogo judicial.

2.2 El instrumento vivo, el consenso regional y el margen de apreciación

En el caso *Tyrer c. Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b, § 31), que se trata más adelante, el Tribunal Europeo entendió:

[E]l Convenio es un instrumento vivo que ... debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales. En el caso que le ocupa, el Tribunal se verá inevitablemente influenciado por los desarrollos y las normas comúnmente aceptadas en la política penal de los Estados miembro del Consejo de Europa en esta materia. (...).

La Corte Interamericana decidió en *Masacre de Mapiripán c. Colombia* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005c, § 106), citando a *Tyrer*, que la interpretación de los tratados de derechos humanos “tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Hubo pronunciamientos similares en varias causas. La Comisión Africana no ha hecho referencia explícita a la doctrina.

El enfoque del instrumento vivo puede, como se mostró más arriba, deducirse de la “práctica ulterior del Estado” y las “normas pertinentes de derecho internacional” del artículo 31(3)(b) y (c) (KAMMINGA, 2009, p. 10). Otro enfoque consiste en verlo como parte del objeto y fin del tratado. (VANNESTE, 2010, p. 245). La intención de quienes redactaron las convenciones era “proteger a la persona de las amenazas del futuro como así también de las amenazas del pasado” (OVEY; WHITE, 2006, p. 47). El originalismo, la intención de las partes contratantes respecto de las disposiciones específicas de un tratado, desempeña un papel muy limitado en los tratados de derechos humanos (LETSAS, 2007, p. 59). El enfoque respecto de la norma del “instrumento vivo” varía de un tribunal regional a otro, como se verá más adelante.

El Tribunal Europeo a menudo compara la postura de los Estados miembro para determinar hasta dónde se extiende un derecho indeterminado o qué limitaciones pueden considerarse “razonables” o necesarias” (OVEY; WHITE, 2006 pp. 48-50). El consenso no significa unanimidad sino que indica que una vasta mayoría asume una postura en particular de conformidad con el objeto y fin del tratado (VANNESTE, 2010, p. 265). En casos en los que no ha habido consenso europeo, el Tribunal Europeo a menudo ha determinado que un Estado tiene un mayor “margen de apreciación” para decidir qué curso de acción seguir. El margen de apreciación ha sido aplicado con mayor frecuencia para el caso de las cláusulas restrictivas del Convenio Europeo respecto del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada), artículo 9 (libertad de religión), artículo 10 (libertad de expresión) y artículo 11 (libertad de reunión y de asociación) y del artículo 1 del primer protocolo (derecho a la propiedad). También se lo ha aplicado en relación con las disposiciones del

“debido proceso” contenidas en los artículos 5 y 6 y la disposición de derogación del artículo 15 (ARAI-TAKAHASHI, 2002). En ocasiones, el Tribunal ha extendido la doctrina del margen de apreciación para alcanzar a otros derechos. Por ejemplo, en *Vo c. Francia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004b, § 82), el caso de un aborto accidental de un feto provocado por un médico negligente, el Tribunal decidió que la forma de definir “toda persona” en el artículo 2 (derecho a la vida) entraba dentro del margen de apreciación de los Estados miembro (criticado por VANNESTE, 2010, p. 319).

En cuanto a las cláusulas de restricción, la falta de consenso regional sólo determina la existencia de un margen de apreciación. Los contornos del margen se configuran en referencia a los argumentos permitidos para la restricción. El enfoque del Tribunal frente al uso del velo islámico en instituciones educativas lo ilustra. En *Dahlab c. Suiza* (2001), a una maestra islámica de una escuela primaria no se le permitió usar un velo en clase mientras que en *Leyla Sahin c. Turquía* (2004) se les prohibió el uso del velo a estudiantes universitarias. Se consideró que ambas situaciones entraban dentro del margen de apreciación de los Estados y el Tribunal Europeo permitió la restricción a la libertad de religión que constituía la prohibición del uso del velo islámico. El factor determinante en el caso *Dahlab* fue la impresionabilidad de los niños pequeños. En *Leyla*, el factor determinante fue que el secularismo “puede ser necesario para proteger el sistema democrático en Turquía” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004a, § 114; LETSAS, 2007, p. 126).

El consenso regional ha desempeñado un papel insignificante en la jurisprudencia de la Comisión Africana y de la Corte Interamericana. En *Constitutional Rights Project y Otro c. Nigeria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 1999, § 26), la Comisión Africana entendió que “[l]a Carta Africana debe interpretarse con sensibilidad hacia lo cultural, tomando enteramente en cuenta las diversas tradiciones jurídicas de África y encontrando expresión a través de las leyes de cada país”. Si se siguiera este criterio, un Estado podría determinar por sí solo de qué forma se debería interpretar la Carta. Afortunadamente, la Comisión no ha seguido este enfoque (KILLANDER, 2010). En cambio, en *Prince c. Sudáfrica* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2004), la Comisión avaló la doctrina del margen de apreciación tal como la desarrolló el Tribunal Europeo. Sin embargo, no realizó ningún relevamiento de la práctica de los Estados de la Unión Africana. La causa trataba sobre si la prohibición del uso de la marihuana debía levantarse en el caso del uso religioso que le dan los *rastafaris*. La Comisión determinó que el Estado tenía un margen de apreciación pero aclaró que eso no constituía una deferencia absoluta hacia el Estado. De modo similar, en *Vásquez Vejarano c. Perú*, en relación con qué constituye un estado de emergencia, la Comisión Interamericana entendió (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2000, § 55) que “el margen de apreciación va junto con la supervisión interamericana”. La Corte Interamericana hizo referencia al margen de apreciación en su opinión consultiva respecto a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN

RIGHTS, 1984, § 62) cuando determinó que “la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”. La Corte no consideró si había algún enfoque común respecto de las disposiciones de naturalización entre los Estados que habían ratificado la Convención Americana.

2.3 *El instrumento vivo, el universalismo y el diálogo judicial*

El consenso regional es uno de los enfoques que pueden aplicarse dentro del alcance del “instrumento vivo”. Otro enfoque posible es el universalismo. La Carta Africana es única en el sentido de que los artículos 60 y 61 establecen que la Comisión “se basará en” otros instrumentos internacionales “adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos” y “tomará en consideración (...) precedentes legales y creencias”⁷. En concordancia con estas disposiciones, la Comisión Africana está:

más que dispuesta a aceptar argumentos jurídicos avalados por instrumentos, principios, normas y estándares internacionales y regionales de derechos humanos que sean adecuados y pertinentes, teniendo en cuenta el reconocido principio de la universalidad que fue establecido en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, en la que se declara que “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.

Purohit y Otro c. Gambia (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003a, § 48)

La Convención Americana no tiene disposiciones similares a las que se encuentran en la Carta Africana y su Protocolo. La Corte puede determinar violaciones a las disposiciones de la Convención y de los protocolos sobre las cuales se le haya dado competencia explícita⁸. Sin embargo, esto no ha impedido que la Corte Interamericana se viera fuertemente influida por el derecho indicativo y la jurisprudencia comparada al interpretar las disposiciones de la Convención. De hecho, se ha argumentado que la Corte ha convertido “el derecho indicativo mundial en derecho imperativo (*hard law*) regional” (NEUMAN, 2008, p. 111). El Tribunal Europeo también está considerando cada vez más el curso que siguen los acontecimientos fuera del Consejo de Europa.

El efecto de la postura del instrumento vivo se observa más claramente cuando un tribunal cambia su postura respecto de un tema en particular. En varios casos, el Tribunal Europeo entendió que los problemas que enfrentan los transexuales, por ejemplo el hecho de que no pueden cambiarse el sexo consignado en el acta de nacimiento, no constituían una violación del Convenio Europeo (OVEY; WHITE, 2006, pp. 274-278). En 2002, el Tribunal revocó su jurisprudencia previa y decidió que, a pesar de la falta de un consenso en Europa, había “pruebas claras e irrefutables de una tendencia internacional a favor no sólo de una mayor aceptación social de los transexuales sino del reconocimiento jurídico de la nueva sexualidad de los transexuales intervenidos quirúrgicamente”, *Goodwin c. UK* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002b, § 85).

En *Cruz Varas y Otros c. Suecia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1991), el Tribunal Europeo consideró que las medidas provisionales adoptadas por la Comisión Europea en concordancia con su reglamento no eran vinculantes a pesar del “acatamiento casi total” por parte de los Estados miembro. Cuando se tuvo que decidir en *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 110) la cuestión de las medidas provisionales emitidas por una cámara del Tribunal (luego de abolida la Comisión en 1998), la Gran Cámara señaló que “[a]l analizar el caso que le ocupa, la Corte también tomará en consideración los principios generales del derecho internacional y la opinión expresada sobre la materia por otros organismos internacionales desde *Cruz Varas y Otros*. Haciendo referencia al artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena, el Tribunal sostuvo (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 111) que el Convenio debe “ser interpretado en la mayor medida posible en concordancia con los demás principios del derecho internacional del que forma parte”. La determinación del Tribunal de que sus medidas provisionales eran vinculantes se fundaba claramente en la interpretación de otros tribunales internacionales y órganos cuasi jurisdiccionales (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 124)⁹:

El Tribunal observa que la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, si bien funcionan según otras disposiciones de tratados distintas de las de este Tribunal, han confirmado en su fundamentación de sentencias recientes que la preservación de los derechos reivindicados de las partes frente al riesgo de un perjuicio irreparable representa un objetivo esencial de las medidas provisionales en el derecho internacional. De hecho, puede decirse que cualquiera sea el sistema jurídico en cuestión, la adecuada administración de justicia requiere que no se tome ninguna acción irreparable mientras estén pendientes las actuaciones.

Las causas *Goodwin* y *Mamatkulov* demuestran a las claras cómo las tendencias internacionales influyeron sobre el Tribunal Europeo, aunque la mayor aceptación social que el Tribunal detectó en *Goodwin* claramente no era universal (VANNESTE, 2010, p. 292).

Tal como lo ilustran *Goodwin* y *Mamatkulov*, una de las principales formas en las que los tribunales regionales y los órganos cuasi jurisdiccionales interpretan sus instrumentos de derechos humanos es citando tratados internacionales, derecho indicativo y la interpretación de otros órganos internacionales de vigilancia.

El diálogo judicial entre los tribunales regionales es en cierta medida un monólogo. La Comisión Africana ha citado extensamente al Tribunal Europeo. Sin embargo, la única vez que el Tribunal Europeo citó a la Comisión Africana fue en relación con una declaración conjunta sobre la libertad de expresión adoptada por los Relatores Especiales sobre la Libertad de Expresión de Naciones Unidas, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Stoll v. Switzerland*, 2007, § 39). Rara vez han sido citados instrumentos africanos. Un ejemplo es *Vo c. Francia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS,

2004b, § 63), donde el Tribunal Europeo tomó nota de la disposición sobre el aborto en el Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos de la Mujer en África. La jurisprudencia de la Comisión Africana rara vez ha sido citada por los órganos interamericanos¹⁰.

El Tribunal Europeo ha citado en algunos casos instrumentos y jurisprudencia interamericana¹¹. La Corte Interamericana y la Comisión Interamericana citan con frecuencia al Tribunal Europeo, y la Comisión Africana cita con frecuencia al Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. El papel de los fallos judiciales debería limitarse al valor persuasivo del razonamiento del tribunal u órgano cuasi jurisdiccional (ROMANO, 2009, p. 783). No obstante, a veces se hace referencia a la decisión de otro tribunal sin considerar el contexto específico de la causa.

Los jueces del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana a veces han citado en fallos separados al otro tribunal señalando que adoptó un enfoque mejor frente a alguna cuestión en particular. Por ejemplo, en su fallo en disidencia parcial en la causa *Anguelova c. Bulgaria* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002a, § 11), el juez Bonello del Tribunal Europeo señaló:

Me resulta ingrato observar que, en la protección fundamental contra la discriminación racial, el Tribunal ha quedado rezagado respecto de otros destacados tribunales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha establecido normas mucho más razonables.

En otros casos, algunos jueces han advertido que no se debe seguir ciegamente el criterio de otro tribunal. En *López Álvarez c. Honduras* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 43), el juez Cançado Trindade de la Corte Interamericana señaló:

Si otros órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos han incurrido en las incertidumbres de una interpretación fragmentadora, por que tendría la Corte Interamericana que seguir este camino, abdicando de su jurisprudencia de vanguardia, que le ha valido el respeto de los beneficiarios de nuestro sistema de protección así como de la comunidad académica internacional, y asumir una postura distinta, que, incluso, ya ha sido abandonada por otros órganos que antes la seguían, equivocadamente? Esto no me parece tener el menor sentido.

3 Casos de estudio

3.1 Castigo físico

El Convenio Europeo, la Declaración Americana, la Convención Americana y la Carta Africana prohíben las penas o tratos inhumanos o degradantes¹². La prohibición es absoluta. Sin embargo, decidir qué es inhumano o degradante sin dudas requiere de interpretación. Por lo tanto, la definición puede diferir entre los distintos tribunales regionales. En esta sección se analiza el enfoque adoptado por el Tribunal Europeo, la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana y

la Comisión Africana al decidir si el castigo físico constituye castigo inhumano o degradante. También se tomará en consideración el enfoque de los órganos de vigilancia de tratados de Naciones Unidas.

En el caso *Tyrer c. Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b), que dirimió el Tribunal Europeo en 1978, Anthony Tyrer, de 15 años de edad, fue condenado por un tribunal en la Isla de Man y sentenciado a tres golpes con una vara. Según el Tribunal, “[l]os golpes de vara levantaron, sin cortar, la piel del demandante, que estuvo dolorido durante una semana y media”. El Tribunal determinó, Párr. 29, que el castigo no había sido lo suficientemente severo como para ser considerado tortura o pena inhumana. El Tribunal luego consideró si la pena era degradante y señaló que todo castigo tiene un “elemento inevitable de humillación”, pero que sería absurdo considerar que todo castigo es degradante en el sentido de lo que se prohíbe en virtud del artículo 3 del Convenio¹³. El Tribunal sostuvo, Párr. 30, que el hecho de que un castigo sea degradante depende de la “naturaleza y contexto de la pena misma y la forma y método de ejecución”. El Tribunal entendió, Párr. 33, que el castigo constituía un “ataque precisamente a aquello que el artículo 3 tiene como uno de sus principales propósitos proteger, es decir la dignidad y la integridad física de la persona”. La edad del Sr. Tyrer no fue considerada un factor, aunque el Tribunal señaló que la pena “puede haber tenido efectos psicológicos adversos” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b, § 33).

¿Cuál es el papel del consenso regional en la interpretación de las normas de los tratados? La referencia a la política penal de los Estados miembro en *Tyrer* cita el consenso europeo. Las opiniones sobre si el consenso regional determinó el resultado de la causa son variadas (LETSAS, 2007, p. 76, consenso regional no decisivo; VANNESTE, 2010, p. 280, consenso regional decisivo).

En el caso *Costello-Roberts c. Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1993a), dirimida por el Tribunal Europeo en 1993, Jeremy Costello-Roberts, de 7 años de edad, recibió “tres ‘golpes’ en la nalga a través de tus pantalones cortos con una zapatilla con suela de goma” porque había recibido cinco “amonestaciones” por, entre otras transgresiones, haber hablado en el pasillo y acostarse tarde. El Tribunal determinó que el castigo no había sido lo suficientemente severo como para ser considerado degradante y por lo tanto consideró que no se había violado el artículo 3. Cuatro jueces disintieron con el fallo y señalaron:

[E]n la causa que nos ocupa, el carácter ritualizado del castigo físico es sorprendente. Después de transcurridos tres días, el director del colegio ‘le pegó’ a un niño solitario e inseguro de 7 años de edad. Una paliza en el momento podría haber sido permisible, pero en nuestra opinión, el carácter oficial y formalizado del castigo infligido, sin el debido consentimiento de la madre, fue degradante para el demandante y violatorio del artículo 3.

En el momento en cuestión, las leyes relativas al castigo físico se aplicaban a todos los alumnos de los colegios públicos y privados del Reino Unido. Sin embargo, como reflejo de los acontecimientos en toda Europa, tal castigo fue declarado ilegal para los alumnos de los colegios públicos y algunos privados. Dado que dicho castigo

estaba siendo prohibido gradualmente en todas partes, debe de haber parecido aún más degradante para los alumnos de aquellos colegios privados cuyos regímenes disciplinarios seguían castigando a sus alumnos de ese modo.

La sentencia hace referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño pero no al artículo 19 que establece explícitamente que los Estados deben “proteger al niño contra toda forma de violencia física o mental”. Esta disposición prohíbe el castigo físico a los niños con mucha más claridad que la prohibición del trato inhumano o degradante que también está incluida en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴.

En 1982, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó la Observación General 7 que dice, Párr. 2, que la prohibición del artículo 7 “debe abarcar el castigo corporal, inclusive los castigos físicos excesivos impuestos como medida pedagógica o disciplinaria”. La mención de “castigos físicos excesivos” probablemente se refiera a la disposición del derecho anglosajón sobre “castigo razonable” de los niños (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *A v. UK*, 1998b, § 23)¹⁵. En la Observación General 20, adoptada en 1992, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró que la prohibición de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes establecida en el artículo 7 del PIDCP “debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria”¹⁶. La nueva disposición podría ser interpretada como permisiva de los “castigos razonables” como pena por un delito. Sin embargo, en su fallo en la causa *Osbourne c. Jamaica* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2000), el Comité determinó que “el castigo físico constituye una pena o trato cruel, inhumano o degradante violatorio del artículo 7 del Pacto”¹⁷. Al igual que en las Observaciones Generales, el Comité no presentó un razonamiento que respaldara su conclusión.

En 2003, la Comisión Africana consideró el castigo físico en la causa *Doebbler c. Sudán* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003c). Las demandantes eran estudiantes mujeres que habían sido detenidas por “inmoralidad”, por ejemplo por haberse mezclado con varones y usar pantalones. Fueron condenadas a recibir latigazos, que les “fueron dados en público sobre las espaldas desnudas de las mujeres utilizando un látigo de alambre y plástico que deja cicatrices permanentes” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003c, § 30). Las demandantes argumentaron que el castigo era “escandalosamente desproporcionado” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003c, § 6). La cuestión de la desproporción no fue considerada por la Comisión, que sostuvo que la única cuestión en disputa era si “los latigazos” constituían una pena o trato cruel, inhumano o degradante (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2003c, § 35). La Comisión determinó que se había violado la Carta Africana. Para respaldar su conclusión, la Comisión señaló que en la causa *Tyrer* “incluso los latigazos que fueron dados en privado, con la correspondiente supervisión médica, bajo estrictas condiciones de higiene y sólo después de haber agotado todos los recursos, violaban los derechos de la víctima”. La Comisión además hizo referencia a su conclusión en el caso *Huri-Laws c. Nigeria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS,

2000c) de que “la prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes debe interpretarse de la forma más amplia posible para abarcar la gama más amplia de abusos físicos o mentales”. En *Doebbler*, la Comisión no hizo ninguna referencia a los órganos de vigilancia de tratados de Naciones Unidas y tampoco aprovechó la oportunidad de servirse de la jurisprudencia de los tribunales nacionales de África en la que se declara inconstitucional al castigo físico. El Tribunal tampoco evaluó en qué medida se seguía practicando el castigo físico en los Estados miembro de Unión Africana. Tal investigación podría haber enriquecido la decisión de la Comisión y haber enviado un mensaje más claro a otros Estados de África que conservan la práctica del castigo físico. Los hechos del caso mostraban claramente una violación de la Carta. Sin embargo, el razonamiento de la Comisión, en particular respecto de determinar una prohibición general del castigo físico, era inadecuado.

En 2005 le tocó a la Corte Interamericana considerar la cuestión del castigo físico. En *Caesar c. Trinidad & Tobago* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a), el Sr. Caesar fue condenado por intento de violación a 20 años de prisión con trabajo forzado y 15 azotes con tiras de nueve nudos, que le fueron dados casi dos años después de la confirmación de la sentencia. La Corte tomó nota de las consecuencias físicas y psicológicas del castigo físico (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 49, p. 30-32).

En su análisis sobre si el castigo físico violaba la Convención Americana, la Corte citó al Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura, la Observación General 20, las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Trinidad y Tobago, la jurisprudencia del Comité, incluyendo *Sooklal c. Trinidad y Tobago* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2001), y los fallos del Tribunal Europeo en *Tyrer c. RU* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978b) e *Irlanda c. RU* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978a). La Corte además observó que los Protocolos a los Convenios de Ginebra prohíben el castigo físico. También citó los fallos de tribunales locales de Zimbabwe, Antillas Holandesas, Estados Unidos, Namibia, Sudáfrica, Uganda y Zambia. Por último, la Corte citó su propio fallo en *Loayza Tamayo c. Perú* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1997) en relación con el “derecho a la integridad física y psicológica”. Si bien la Corte toma nota de la reciente abolición del castigo físico en Anguila, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Kenia, Paquistán y Sudáfrica, es notable que no hay un análisis de la medida en que el castigo físico sigue siendo práctica en los Estados parte de la Convención Americana. En conclusión, la Corte observó la prohibición universal de las penas crueles, inhumanas o degradantes. La Corte además:

es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Consecuentemente, un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación erga omnes de abstenerse de imponer penas corporales (...).

La Corte luego determina que el castigo físico tal como se lo practica en Trinidad y Tobago constituye tortura (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a § 73). La Comisión Interamericana en *Pinder c. Mancomunidad de las Bahamas* determinó que la condena a recibir azotes constituye en sí misma una pena cruel, inhumana o degradante, aunque no se hubiera ejecutado la sentencia (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2007, § 35).

En conclusión, queda claro que el castigo físico de los niños está claramente prohibido por la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, utilizando el argumento del consenso universal, la situación respecto de los adultos es menos clara¹⁸. A pesar de la postura de la Corte Interamericana, la Comisión Africana y el Comité de Derechos Humanos, no resulta claro que haya un consenso internacional respecto de la prohibición de toda forma de castigo físico contra los adultos. Los tribunales deberían ofrecer más razonamientos para extender sus conclusiones respecto de los casos específicos de que se ocupan a todas las formas de castigo físico a los adultos. Si tales conclusiones se basan en valores o en que el castigo físico se presta al abuso, algo que una prohibición absoluta impide, y no en el consenso internacional, eso debería explicitarse en el razonamiento de los tribunales.

3.2 *Tribunales militares que juzgan a civiles*

El Convenio Europeo establece en su artículo 6(1), como parte del derecho a un juicio justo, el derecho a que la propia causa sea oída por un “tribunal independiente e imparcial”. El PIDCP (art. 14(1)) y la Convención Americana (art. 8(1)) cuentan con disposiciones casi idénticas pero agregan que el tribunal además debe ser competente. El derecho a ser juzgado por un “tribunal imparcial” también está establecido en el artículo 7(1) de la Carta Africana. El artículo 26 de la Carta estipula que los Estados tienen la obligación de “garantizar la independencia de los tribunales”. En estos tratados no se hace referencia alguna a los tribunales militares.

En su Observación General 13, adoptada en 1984, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señala que¹⁹:

Si bien el Pacto no prohíbe [los tribunales militares que juzgan a civiles], las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14.

En su Resolución sobre el Derecho a un Juicio Justo y Asistencia Jurídica en África, adoptada en 1999, la Comisión Africana fue más allá y señaló que los tribunales militares “no deberían, en ninguna circunstancia, tener competencia sobre civiles”. La Comisión aplicó esta disposición en varios casos (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Media Rights Agenda v. Nigeria*, 2000b; AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, *Law Office of Ghazi Suleiman v. Sudan (I)*, 2003b). En un caso, un tribunal militar condenó a muerte a dos civiles y tres soldados por delitos de carácter civil. La Comisión entendió en el caso *Wetsh’okonda Koso y Otros c. República Democrática del Congo* (AFRICAN

COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2008) § 87)) que “[a] falta de hechos que pudieran convencer a la Comisión de lo contrario, ésta no puede invalidar la demanda presentada respecto de la inexistencia de una justicia justa”.

En *Castillo Petruzzi et al c. Perú* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999a), la Corte Interamericana citó los Principios Básicos de Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura en el sentido de que “[n]o se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda a los tribunales ordinarios” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999a, § 129). La Corte determinó que “los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999a, § 132). En *Durand y Ugarte c. Perú* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000), caso que fue dirimido un año después de *Castillo Petruzzi*, la Corte Interamericana fue más allá y entendió que los civiles debían excluirse de la competencia militar (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000, § 117). El caso no trataba la cuestión de un juicio ante un tribunal militar sino el hecho de que se había encomendado a un tribunal militar la investigación de los hechos y la responsabilidad respecto de supuestas violaciones masivas de los derechos humanos cometidas por militares. Como respaldo para su conclusión, la Corte citó dos decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto de investigaciones de violaciones de derechos humanos. La postura de que los civiles no deben ser juzgados por tribunales militares fue confirmada en *Palamara Iribane c. Chile*, cuando la Corte determinó (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005e, § 124) que “sólo se debe juzgar a militares [en tribunales militares] por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

El caso *Ergin c. Turquía* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006), dirimido por el Tribunal Europeo en 2006, trataba el procesamiento ante un tribunal militar del director de un periódico por “incitación a evadir el servicio militar”. La cuestión ante el Tribunal era si el juzgamiento de un civil por parte de un tribunal militar violaba el derecho a un juicio ante un “tribunal independiente e imparcial”. El Tribunal sintetizó la postura en otros países europeos de la siguiente manera: “en la gran mayoría de sistemas jurídicos, tal competencia no existe o se limita a ciertas situaciones muy precisas, como la complicidad entre un militar y un civil para la comisión de un delito (...)” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 21). El Tribunal citó la Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y observaciones finales del Comité sobre informes de los Estados presentados en virtud del PIDCP. También citó un informe sobre la administración de justicia por parte de los tribunales militares presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El Tribunal además observó que “[l]a jurisprudencia establecida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos excluye a los civiles de la competencia de los tribunales militares” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 25 citing *Durand and Ugarte v. Peru* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2000)). El Tribunal citó su

propia jurisprudencia en casos relacionados y determinó que “sólo en circunstancias muy excepcionales podría considerarse que la determinación de cargos penales contra civiles en [tribunales compuestos únicamente por oficiales militares] es compatible con el artículo 6” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 44). El Tribunal observó que “fundamenta su enfoque en los acontecimientos de la última década a nivel internacional” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 45). Este caso ilustra el creciente uso del curso de los acontecimientos a nivel internacional que hace el Tribunal Europeo para respaldar sus conclusiones.

Aunque la Comisión Africana y la Corte Interamericana han resuelto que el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares viola bajo cualquier circunstancia la prohibición relativa a la parcialidad de los tribunales, estos casos también incluyen un análisis sobre la forma en que un tribunal militar puede ser considerado imparcial o incompetente en el caso específico.

3.3 *Obligaciones positivas*

Los tratados de derechos humanos no sólo prohíben que los Estados tomen acción. Tal como observó la Comisión Africana en *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) y Otro c. Nigeria* (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2001) (§ 44), los Estados tienen la “obligación de respetar, proteger, promover y satisfacer estos derechos”. Dichas obligaciones requieren en diversas medidas que los Estados actúen. En el caso *SERAC*, (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2001), los demandantes argumentaron que el Estado había participado activamente en violaciones de los derechos de miembros de la población *Ogoni* y que no había protegido a la población del daño. La Comisión citó su propia jurisprudencia como así también el caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1988) y *X e Y c. Países Bajos* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985) para demostrar que los gobiernos tienen la obligación de proteger a sus ciudadanos de “actos perjudiciales” cometidos por privados (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2001§ 57).

En *X e Y c. Países Bajos* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985), sobre la violación de una niña con discapacidad mental, el Tribunal Europeo resolvió que como la legislación holandesa no admitía el proceso penal porque la niña no podía presentar cargos penales, Países Bajos violaba el derecho a la privacidad en virtud del artículo 8. El Tribunal resolvió (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985, § 23) que:

aunque el objeto del artículo 8 es esencialmente proteger a la persona de injerencia arbitraria por parte de la autoridad pública, no sólo obliga al Estado a abstenerse de dicha injerencia: además de esta obligación principalmente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar.

Al resolver el caso, el Tribunal determinó (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985, § 27) que “[l]a disuasión efectiva es indispensable en esta materia y puede lograrse sólo con disposiciones de derecho penal”.

El Tribunal Europeo también determinó violaciones del artículo 8 en varias causas ambientales, (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *López Ostra v. Spain*, 1994; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guerra and Others v. Italy*, 1998a). Según el Tribunal, “para plantear un problema en virtud del artículo 8, la injerencia debe afectar directamente el hogar, la familia o la vida privada del demandante” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Fadeyeva v. Russia*, 2005b, § 68). El Estado tiene un amplio margen de apreciación, pero el Tribunal evalúa si se ha logrado un equilibrio justo entre los intereses de la sociedad y los de la persona afectada. Para determinar los intereses de la persona, el Tribunal en algunos casos ha citado normas ambientales internacionales en virtud del “derecho aplicable” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Taşkin and Others v. Turkey*, 2004c).

En *Oluić c. Croacia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010b), la Sra. Oluić argumentó que el hecho de que las autoridades no hubieran actuado frente a los excesivos niveles de ruido de un bar ubicado en la casa donde vivía constituía una violación del derecho a la privacidad en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo. El Tribunal Europeo observó que el nivel de ruido excedía el volumen permitido en la normativa local y “las normas internacionales establecidas por la Organización Mundial de la Salud y la mayoría de los países europeos” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010b, § 60). El Tribunal concluyó que “considerando el volumen del ruido –de noche y por encima de los niveles permitidos– y el hecho de que se extendiera durante varios años y en horario nocturno, el Tribunal resuelve que el nivel de molestia alcanzó el nivel mínimo de severidad que requiere que las autoridades del Estado en cuestión instrumenten medidas tendientes a proteger al demandante de tales ruidos” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010b, § 62). Si bien en un caso similar, *Moreno Gómez c. España* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004d), no se hizo referencia a las normas internacionales, queda claro que en ambos casos los fallos se basaron en la falta de aplicación de la normativa local por parte de las autoridades.

El hecho de que el Convenio Europeo se haya hecho extensivo al “derecho a dormir bien” ha sido objeto de críticas (LETSAS, 2007, p. 126). Sin embargo, las críticas a la “inflación de los derechos” no disminuyen la importancia de las obligaciones positivas respecto de los derechos establecidos. En *Öneryildiz c. Turquía* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004e), el demandante vivía con familiares cerca de un basural en una villa de emergencia de Estambul. La explosión por gas metano en un basural hizo que quedaran enterradas diez viviendas. El Tribunal entendió (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004e, § 109) que la ciudad había violado el derecho del demandante a la vida en virtud del artículo 2 del Convenio Europeo porque las “autoridades no hicieron todo lo que estuviera a su alcance para proteger [a los habitantes de la villa] de los riesgos inmediatos y conocidos a lo que estaban expuestos”. El Tribunal observó que el artículo 2 “no se refiere solamente a las muertes resultantes del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado sino que también, en la primera oración del primer párrafo, establece la obligación positiva el Estado de tomar medidas adecuadas para salvaguardar la vida de todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción”.

La Corte Interamericana ha interpretado que el derecho a la vida en virtud de su artículo 4 incluye

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. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

“Niños de la calle” (Villagrán-Morales et al.) c. Guatemala
(INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999b, § 144).

La Corte hizo esta observación en el contexto de ejecuciones extrajudiciales. Citó la Observación General 3 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para señalar que los Estados tienen la obligación de impedir las ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes del Estado. En *Instituto de Reeducción del Menor* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004b, § 158), la Corte determinó:

El derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Éste era un caso sobre condiciones de detención, pero el principio tiene implicancias más amplias. En *Yakye Axa c. Paraguay* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005b), la Corte entendió que se había violado el derecho a la vida de los miembros de una comunidad indígena dado que el Estado no había tomado “medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005b, § 176). La Corte ordenó (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005b, § 205) que:

el Estado deberá destinar la cantidad de US \$950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad. Los elementos específicos de dichos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena.

En su jurisprudencia sobre obligaciones positivas, los tribunales regionales han extendido el texto de las convenciones. Hasta el momento, la Corte Interamericana fue la que llevó más lejos este enfoque, como se ilustra arriba. Sin embargo, todos los sistemas regionales han seguido este criterio sin una reacción adversa importante por parte de los Estados, aunque Paraguay aún tiene que aplicar la sentencia emitida en 2005 en la causa *Yakye Axa* (AMNESTY INTERNATIONAL, 2010). El objeto y fin de los tratados de derechos humanos requieren del reconocimiento y aplicación de las obligaciones positivas.

4 Conclusión

Al interpretar las disposiciones de los tratados de derechos humanos, los tribunales regionales consideran el texto en contexto y a la luz del objeto y fin de los tratados: la protección efectiva de los derechos humanos. Esto ha llevado a los tribunales a expandir el texto de los tratados en particular en el desarrollo de las obligaciones positivas de los Estados. Las disposiciones de un tratado deben aplicarse de buena fe. Tal como resolvió la Corte Interamericana en *Loayza-Tamayo*, esto significa que los Estados no pueden soslayar las decisiones de la Comisión Interamericana simplemente porque se las llame recomendaciones.

Al dar sentido a los términos de los tratados, los tribunales deben llegar a definiciones autónomas, sentidos que sean independientes de la forma en que se defina un término en particular a nivel nacional. A través del enfoque del instrumento vivo, se reconoce que el sentido de muchos términos no es estático y puede cambiar a lo largo del tiempo. Los tribunales son conscientes de que no existen aisladamente sino que forman parte de una red de Estados, instituciones internacionales y actores no gubernamentales. El diálogo que se ha ido desarrollando condujo a un derecho internacional de derechos humanos cada vez más convergente. Al interpretar las disposiciones de un tratado regional, los tribunales de derechos humanos africanos e interamericanos en general han aplicado un enfoque universalista, basándose extensivamente en instrumentos de derechos humanos regionales y de Naciones Unidas (incluyendo el derecho indicativo) como así también en decisiones de órganos regionales y de Naciones Unidas de vigilancia de tratados. Si bien tradicionalmente el Tribunal Europeo ha considerado si existe consenso regional respecto de una cuestión en particular, en los últimos años ha seguido cada vez más el enfoque universalista.

Las Observaciones Generales de los órganos de vigilancia de tratados de Naciones Unidas tienen un efecto armonizante sobre el desarrollo del derecho de los derechos humanos (PASQUALUCCI, 2007, p. 39). Sin embargo, el rol armonizante de los comités de Naciones Unidas no está exento de problemas. En particular, resulta problemática la falta de razonamiento judicial en las Observaciones Generales y dictámenes adoptados por los órganos de vigilancia de tratados (MECHLEM, 2009). El razonamiento de los tribunales regionales también suele ser poco claro. El razonamiento es importante ya que les brinda previsibilidad a los Estados e individuos de modo que se puedan tomar medidas para evitar violaciones de los derechos humanos. Un buen razonamiento puede conducir a un mayor nivel de cumplimiento de las decisiones de los tribunales además de ayudar a lograr aceptación social respecto de cuestiones controvertidas.

La primera parada en el camino de la protección de los derechos humanos es el sistema nacional. Los tribunales de derechos humanos regionales y mundiales tienen un importante papel complementario que desempeñar. Sin embargo, se trata de un papel que estos tribunales y órganos cuasi jurisdiccionales podrán desempeñar efectivamente sólo si emiten decisiones bien razonadas.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

- AMNESTY INTERNATIONAL. 2010. **Paraguay**: Public hearing of the Inter-American Court of Human Rights. The Paraguayan State is not meeting its obligations to indigenous peoples. AI Index: AMR 45/001/2010, 13 Apr.
- ARAI-TAKAHASHI, Y. 2002. **The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR**. Antwerp: Intersentia.
- CHRISTOFFERSEN, J. 2009. Impact on general principles of treaty interpretation. In: KAMMINGA, M.T.; SCHEININ, M. **The impact of human rights law on general international law**. Oxford: Oxford University Press.
- HEYNS, C.; KILLANDER, M. 2010. Towards minimum standards for regional human rights systems. In: ARSANJANI, M.H. et al. *Looking to the future: Essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. Martinus Nijhoff Publishers.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. 2004. **Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies**. Disponible en: <web.abo.fi/institut/imr/research/seminars/ILA/Report.pdf>. Visitado el: 28 de junio de 2010.
- KAMMINGA, M.T. 2009. Final report on the impact of international human rights law on general international law. In: KAMMINGA, M.T.; SCHEININ, M. **The impact of human rights law on general international law**. Oxford: Oxford University Press.
- KILLANDER, M. 2010. African human rights law in theory and practice. In: JOSEPH, S.; McBeth, A. **Research handbook on international human rights law**. Cheltenham: Edward Elgar.
- LETSAS, G. 2007. **A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- MECHLEM, K. 2009. Treaty bodies and the interpretation of human rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 905-947.
- NEUMAN, G.L. 2008. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, p. 101-123.
- NOWAK, M. 2010. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**. Addendum. Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in the world, including an assessment of conditions of detention. UN Doc. A/HRC/13/39/Add.5.
- ORAKHELASHVILI, A. 2008. **The interpretation of acts and rules in public international law**. Oxford: Oxford University Press.
- OVEY, C.; WHITE, R.C.A. 2006. **The European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.

- PASQUALUCCI, J.M. 2007. The harmonization of human rights laws: Guaranteeing the plurality of individual rights. In: BACKER, L.C. (Ed.). **Harmonizing law in an era of globalization – Convergence, divergence, and resistance**. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- ROMANO, C.P.R. 2009. Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue. **International Law and Politics**, v. 41, p. 755-787.
- SHELTON, D. 2008. **Regional protection of human rights**. Oxford: Oxford University Press.
- UNITED NATIONS. 1985. **Basic Principles on the Independence of the Judiciary**. Adopted by the Seventh United Nations Conference on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, held in Milan August 26 to September 6, 1985, and confirmed by the General Assembly in its resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.
- UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. 2006. **General Comment 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment**, CRC/C/GC/8
- VANNESTE, F. 2010. **General international law before human rights courts**. Antwerp: Intersentia.
- VILLIGER, M.E. 2009. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- WOUTERS, J.; RYNGAERT, C. 2009. Impact on the process of the formation of customary international law. In: KAMMINGA, M.T.; SCHEININ, M. **The impact of human rights law on general international law**. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia

- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 1999. **Constitutional Rights Project and Another v Nigeria**. Decision, Nov. 1999. (2000) AHRLR 235.
- _____. 2000a. **Aminu v Nigeria**. Decision, May. (2000) AHRLR 258.
- _____. 2000b. **Media Rights Agenda v Nigeria**. Decision, Oct./Nov. (2000) AHRLR 262.
- _____. 2000c. **Huri-Laws v Nigeria**. Decision, Oct./Nov. AHRLR 273.
- _____. 2001a. **Legal Resources Foundation v Zambia**. Decision, Apr./May (2001) AHRLR 84.
- _____. 2001b. **Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria**. Decision, Oct. (2001) AHRLR 60.
- _____. 2003a. **Purohit and Another v The Gambia**. Decision, May (2003) AHRLR 96.
- _____. 2003b. **Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (I)**. Decision, May (2003) AHRLR 134.
- _____. 2003c. **Doebbler v Sudan**. Decision, May (2003) AHRLR 153.

- _____. 2004. **Prince v South Africa**. Decision, Dec. (2004) AHRLR 105.
- _____. 2008. **Wetsh'okonda Koso and Others v Democratic Republic of the Congo**. Decision, Nov. (2008) AHRLR 93.
- _____. 2009. **Scanlen and Holderness v. Zimbabwe**. Decision, Apr. 27th Activity Report.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 1975. **Golder v. United Kingdom**. Judgment, 21 Feb.
- _____. 1978a. **Ireland v. United Kingdom**. Judgment, 18 Jan.
- _____. 1978b. **Tyrer v. United Kingdom**. Judgment, 25 Apr.
- _____. 1985. **X and Y v the Netherlands**. Judgment, 26 Mar.
- _____. 1989. **Soering v. United Kingdom**. Judgment, 7 July.
- _____. 1991. **Cruz Varas and Others v. Sweden**. Judgment, 20 Mar.
- _____. 1993a. **Costello-Roberts v. United Kingdom**. Judgment, 25 Mar.
- _____. 1993b. **Papamichalopoulos and Others v. Greece**. Judgment, 24 June.
- _____. 1994. **López Ostra v. Spain**. Judgment, 9 Dec.
- _____. 1996. **Akdivar and Others v. Turkey**. Judgment (Grand Chamber), 16 Sept.
- _____. 1998a. **Guerra and Others v. Italy**. Judgment, 19 Febr.
- _____. 1998b. **A v. United Kingdom**. Judgment, 23 Sept.
- _____. 1998c. **Kurt v. Turkey**. Judgment, 25 May.
- _____. 1999. **Pellegrin v. France**. Judgment (Grand Chamber), 8 Dec.
- _____. 2000. **Litwa v. Poland**. Judgment, 4 Apr.
- _____. 2001. **Dahlab v. Switzerland**. Judgment, 15 Febr.
- _____. 2002a. **Anguelova v. Bulgaria**. Judgment, 13 June.
- _____. 2002b. **Goodwin v. United Kingdom**. Judgment (Grand Chamber), 11 July.
- _____. 2004a. **Leyla Sahin v. Turkey**. Judgment, 29 June.
- _____. 2004b. **Vo v France**. Judgment (Grand Chamber), 8 July.
- _____. 2004c. **Taşkin and Others v. Turkey**. Judgment, 10 Nov.
- _____. 2004d. **Moreno Gómez v. Spain**. Judgment, 16 Nov.
- _____. 2004e. **Öneryildiz v. Turkey**. Judgment, 30 Nov.
- _____. 2005a. **Mamatkulov and Askarov v. Turkey**. Judgment, 4 Febr.
- _____. 2005b. **Fadeyeva v. Russia**. Judgment, 9 June.

- _____. 2005c. **Öcalan v. Turkey**. Judgment (Grand Chamber), 12 May.
- _____. 2006. **Ergin v. Turkey N. 6**. Judgment, 4 May.
- _____. 2007. **Stoll v. Switzerland**. Judgment (Grand Chamber), 10 Dec.
- _____. 2008a. **Demir and Baykara v. Turkey**. Judgment (Grand Chamber), 12 Nov.
- _____. 2008b. **Lexa v. Slovakia**. Judgment, 23 Sept,
- _____. 2009a. **Varnava and Others v. Turkey**. Judgment (Grand Chamber), 18 Sept.
- _____. 2009b. **Šilih v. Slovenia**. Judgment (Grand Chamber), 9 April
- _____. 2009c. **Zolotukhin v. Russia** (Grand Chamber), 10 Feb.
- _____. 2009d. **Opuz v. Turkey**, 9 June.
- _____. 2010a. **Rantsev v. Cyprus and Russia**. Judgment 7 Jan.
- _____. 2010b. **Oluić v. Croatia**. Judgment, 20 May.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. 1988. **Cases no 9777 and 9718 (Argentina)**.

- _____. 2000. **Vásquez Vejarano v. Peru**. Merits, 13 Apr.
- _____. 2004. **Maya indigenous communities of the Toledo district v. Belize**. Merits, 12 Oct.
- _____. 2007. **Pinder v. Commonwealth of the Bahamas**. Merits, 15 Oct.
- _____. 2010. **Ecuador v Colombia**. Admissibility, 21 Oct.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 1984. **Proposed amendments to the naturalization provision of the Constitution of Costa Rica**, Advisory opinion, 19 Jan.

- _____. 1988. **Velásquez-Rodríguez v. Honduras**. Merits, 29 July.
- _____. 1995. **Caballero Delgado and Santana v. Colombia**. Merits, 8 Dec.
- _____. 1997. **Loayza Tamayo v. Peru**. Merits, 17 Sept.
- _____. 1998. **Blake v. Guatemala**. Merits, 24 Jan.
- _____. 1999a. **Castillo Petruzzi et al v. Peru**. Merits, Reparations and Costs, 30 May.
- _____. 1999b. **“Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala**. Merits, 19 Nov.
- _____. 2000. **Durand and Ugarte v. Peru**. Merits, 16 Aug.
- _____. 2004a. **Ricardo Canese v. Paraguay**. Merits, Reparations and Costs, 31 Aug.
- _____. 2004b. **“Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay**. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 2 Sept.
- _____. 2005a. **Caesar v. Trinidad & Tobago**. Merits, Reparations and Costs, 11 Mar.

- _____. 2005b. *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs, 17 June.
- _____. 2005c. *Mapiripán Massacre v. Colombia*. Merits, Reparations and Costs, 15 Sept.
- _____. 2005d. *Raxcaco Reyes v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, 15 Sept.
- _____. 2005e. *Palamara Iribane v. Chile*. Merits, Reparations and Costs, 22 Nov.
- _____. 2006. *López Álvarez v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs, 1 Feb.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE. 2000. *Osbourne v. Jamaica*. Views, 13 Apr.
- _____. 2001. *Sooklal v. Trinidad and Tobago*. Views, 25 Oct.
- _____. 2002. *Higginson v. Jamaica*. Views, 28 March.
- _____. 2004. *Pryce v. Jamaica*. Views, 15 March.
- _____. 2007. *Abassi v. Algeria* Views, 28 March.

NOTAS

1. En el presente artículo, se llama a las dos comisiones y los dos tribunales en forma colectiva tribunales regionales. La Corte Africana, establecida en 2006, aún no ha producido jurisprudencia sustancial. Además, debe notarse que muchos otros tribunales y órganos cuasi judiciales aplican las disposiciones del Convenio Europeo, de la Convención Americana y de la Carta Africana, pero otros actores en general siguen el criterio del principal intérprete del tratado. Respecto de los tribunales locales, véase la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido s 2 (los tribunales "deben tener en cuenta" los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Respecto de otros tribunales internacionales, véase, por ejemplo, la práctica del Tribunal de Justicia Europeo en relación con el Convenio Europeo. Sin embargo, es de destacar que los tribunales locales a menudo omiten considerar la jurisprudencia internacional pertinente. Véase, por ej., Letsas (2007). Respecto de la Corte Interamericana, véase Neuman (2008). Respecto de los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, véase Mechlem (2009). Los estudios comparativos incluyen a Shelton (2008); Vanneste (2010).
2. Sin embargo, véase el artículo 29 de la Convención Americana y los artículos 60 y 61 de la Carta Africana.
3. La Comisión Africana ha hecho referencia a algunas de las disposiciones de la Convención de

Viena pero nunca al artículo 31.

4. En ocasiones la Comisión Africana ha recurrido a diccionarios para determinar el sentido de una disposición. Este enfoque ha sido muy poco frecuente en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana.

5. Véase, por ej., la opinión de García Ramírez en el caso *Raxcaco Reyes c. Guatemala* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005d, § 12).

6. Para obtener una lista de los términos que el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana determinaron, explícita o implícitamente, que tienen sentidos autónomos, véase Vanneste (2010, pp. 232-235).

7. También debe señalarse que en algunas ocasiones la Comisión Africana ha entendido que ha habido violaciones no sólo de la Carta Africana sino también de otros tratados internacionales e incluso de instrumentos de derecho indicativo. Resta por verse si la Corte Africana adoptará el mismo enfoque. El artículo 7 del Protocolo que establece la Corte estipula que "[l]a Corte aplicará las disposiciones de la Carta y todo otro instrumento pertinente de derechos humanos ratificado por los Estados en cuestión". Sin embargo, debe distinguirse el tema de la aplicación del de la interpretación.

8. Éstas incluyen los derechos sindicales y el

derecho a la educación. Véase Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 'Protocolo de San Salvador', art. 19(6).

9. Cabe señalar que el Tribunal omite la postura de la Comisión Africana.

10. Se citaron decisiones de la Comisión Africana en las sentencias de la Comisión Interamericana en los casos *Comunidades indígenas Maya del distrito de Toledo c. Belice* (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2004, § 149) y *Ecuador c. Colombia* (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2010, § 117).

11. Véase, por ej., *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (medidas provisionales) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a), *Akdivar y Otros c. Turquía* (agotamiento de recursos locales) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996), *Öcalan c. Turquía* (debido proceso en causas de pena de muerte) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005c), *Kurt c. Turquía* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1998c), *Varnava y Otros c. Turquía* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009a) (desapariciones forzosas), *Ergin c. Turquía* (nro. 6) (tribunales militares) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006), *Šilih c. Eslovenia* (falta de investigación) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009b), *Stoll c. Suiza* (libertad de información) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2007), *Zolotukhin c. Rusia* (ne bis in idem) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009c), *Opuz c. Turquía* (responsabilidad el Estado) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009d), *Lexa c. Eslovaquia*

(amnistía) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2008).

12. La Convención Americana y la Carta Africana también prohíben la pena o trato cruel. No queda claro en qué difiere la pena/trato cruel de la pena/trato inhumano.

13. Cf. *Irlanda c. RU* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1978a, § 27), donde el juez Fitzmaurice señaló en un fallo aparte que: "En la nota al pie se dan algunos significados de diccionario de los conceptos 'degradante' y 'degradado' como nota de interés, pero en el habla cotidiana dichos términos se usan sin demasiado rigor y en forma figurativa (...) Sobre esa base, casi todo lo que sea personalmente desagradable puede ser considerado degradante por quien se vea afectado".

14. Cf. UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (2006)

15. El concepto de castigo razonable fue eliminado del derecho anglosajón en 2004.

16. Namibia, Sudáfrica, Zambia y Zimbabwe.

17. Véase también *Pryce c. Jamaica* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2004), *Sooklal c. Trinidad & Tobago* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2001), *Higginson c. Jamaica* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2002).

18. Cf. la práctica y opiniones de algunos Estados, Nowak (2010, § 209-227).

19. Véase también la jurisprudencia del Comité, por ejemplo, *Abassi c. Argelia* (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2007).

ABSTRACT

Whether included in national bills of rights or regional or global human rights treaties, human rights are often vague. They require interpretation. The article illustrates how regional human rights tribunals have largely followed the rules for treaty interpretation set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties. In the interpretation of rights and their limitations the European Court has traditionally put greater emphasis on regional consensus than the Inter-American Court and the African Commission which often look outside their continents to treaties and soft law of the UN and the jurisprudence of other regional tribunals. However, there is a trend towards universalism also in the jurisprudence of the European Court. The article illustrates that the reasoning of the regional tribunals is sometimes inadequate. The quality of the reasoning of the tribunals is important as it provides states and individuals with predictability so that action can be taken to avoid human rights violations. Good reasoning may also help to achieve compliance with the decisions and societal acceptance on controversial issues.

KEYWORDS

Treaty interpretation – Regional human rights systems

RESUMO

Em geral, normas de direitos humanos são imprecisas, quer em cartas nacionais de direitos, quer em tratados regionais ou globais de direitos humanos. Essas normas, portanto, demandam interpretação. Este artigo revela como tribunais regionais de direitos humanos têm seguido amplamente as regras de interpretação de tratados estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ao interpretar os direitos estabelecidos e as limitações a eles impostas, a Corte Europeia tradicionalmente reserva um espaço maior para o consenso regional do que a Corte Interamericana e a Comissão Africana, as quais frequentemente olham para além de seus continentes, para tratados e instrumentos quase legais [*soft law*] da ONU e para a jurisprudência de outras cortes regionais. Este artigo defende que a fundamentação utilizada por tribunais regionais para suas decisões é por vezes inadequada. A qualidade da fundamentação judicial nesses tribunais é importante, uma vez que garante previsibilidade para que Estados e indivíduos possam evitar futuras violações de direitos humanos. Uma boa fundamentação das decisões também contribui para sua melhor implementação, bem como para uma melhor aceitação pela sociedade de temas controversos.

PALAVRAS-CHAVE

Interpretação de tratados – Sistemas regionais de direitos humanos



ANTONIO M. CISNEROS DE ALENCAR

Antonio M. Cisneros de Alencar está a cargo de América del Norte, el Caribe angloparlante, Brasil y Venezuela en la Sección para las Américas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con sede en Ginebra, donde ha trabajado en los últimos once años ejerciendo diferentes funciones, inclusive en la Secretaría del mecanismo del Examen Periódico Universal. Es Magister en Población y Desarrollo - Facultad

Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) de México, y tiene el título de Bachelor of Arts en Periodismo y en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Florida de Estados Unidos de América. Ha publicado estudios en su país natal, Bolivia, incluyendo trabajos sobre cuestiones relativas a la pobreza y desarrollo realizados con UNFPA (Fondo de Población de las Naciones Unidas) y con el Instituto Nacional de Estadísticas de Bolivia, así como sobre la percepción de la sociedad acerca de diferentes actores políticos realizado con la Universidad Católica Boliviana. También tiene varios artículos publicados en calidad de periodista en diferentes periódicos. El presente trabajo representa las opiniones del autor y no refleja necesariamente las opiniones de la OACNUDH o de las Naciones Unidas.

Email: acisneros@ohchr.org

RESUMEN

Mejorar la protección de los derechos humanos a nivel internacional mediante la cooperación entre los sistemas universal y regionales de derechos humano ha sido una aspiración común a ambos Sistemas desde que fueron creados. El establecimiento del mecanismo del Examen Periódico Universal (EPU) en las Naciones Unidas ha creado nuevas oportunidades para dicha cooperación, describiendo diferentes formas en las que los mecanismos regionales pueden contribuir a este proceso. El interés generalizado de los gobiernos, las organizaciones de la sociedad civil y los mecanismos de derechos humanos de ambos sistemas por concretar la participación interamericana en el proceso ha dado como resultado que el Sistema Interamericano esté presente en cada uno de los estadios del proceso del EPU, desde las revisiones del primer país en adelante. No obstante, este artículo argumenta que se puede hacer más para que el Sistema Interamericano aproveche completamente el mecanismo.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en junio de 2010. Aceptado en diciembre de 2010.

PALABRAS CLAVE

Revisión Periódica Universal – Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Sistema Universal de Derechos Humanos – Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas – Cooperación entre mecanismos/organizaciones universales y regionales – Naciones Unidas



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

COOPERACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSAL E INTERAMERICANO DENTRO DEL MARCO DEL MECANISMO DE EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL

Antonio M. Cisneros de Alencar

1 La cooperación entre el Sistema Universal y el Interamericano, una aspiración en común

Desde la creación misma de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA) se avizoró el potencial de lograr una mejor protección de los derechos humanos a nivel internacional por medio de la cooperación entre los sistemas de derechos humanos universal (Naciones Unidas) y regionales. La Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, dedica uno de sus capítulos a la colaboración que se dispensan los Estados dentro del marco de acuerdos y organismos regionales, alentándolos a hacer todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de controversias, antes de cualquier tipo de intervención por parte de las Naciones Unidas (UNITED NATIONS, 1945, c. VIII, art. 52-2)¹. Entre las tareas que la Carta de la OEA establece para su Asamblea General, además, figura la de robustecer y armonizar la cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especializados (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1951, art.54-c); la Carta también le encomienda al Consejo Permanente preparar proyectos de acuerdo para promover y facilitar la colaboración con las Naciones Unidas (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1951, art.91-d).

La firma de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, con unos pocos meses de diferencia² y con un conjunto similar de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que proteger, confirmaron que el potencial que condujo a cada organización a promover la cooperación con la otra en sus respectivas Cartas también se aplicaba a la protección de los derechos humanos.

Ver las notas del texto a partir de la página 189.

A medida que cada sistema desarrollaba un conjunto de normas y mecanismos cada vez más integrados y complejos con el propósito de traducir estos preceptos internacionales en protección efectiva de los derechos humanos para todos, se multiplicaron las vías de colaboración entre ambos sistemas; en el Sistema Interamericano, mediante labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH); en el sistema de Naciones Unidas, mediante el trabajo de la antigua Comisión de Derechos Humanos (CDHNU), los numerosos Comités establecidos para monitorear la implementación de los tratados sobre derechos humanos, y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH).

Los ejemplos de colaboración entre ambos sistemas se acrecentaron desde entonces. Los titulares de mandatos de ambos sistemas han emprendido acciones conjuntas, como emitir comunicados de prensa en respuesta a situaciones específicas que atañen a los derechos humanos³; la CIDH, con frecuencia, insta a los Estados Americanos a ratificar tratados de Naciones Unidas sobre derechos humanos, además de los tratados regionales⁴; la CIDH y la OACDH ya han preparado y publicado informes temáticos conjuntos; y ambos sistemas han incluso desplegado misiones conjuntas sobre el terreno⁵ a fin de verificar el respeto por los derechos humanos⁶. Muchas de estas iniciativas, sin embargo, siguen siendo ejemplos aislados, y la cooperación entre ambos ha dependido en gran medida de circunstancias favorables⁷.

2 Nuevo Consejo de Derechos Humanos de la ONU, renovadas oportunidades de cooperación

Dada esta historia de cooperación entre ambos sistemas, no ha de sorprender que, cuando en 2006 la ONU reemplazó la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) surgieran nuevas oportunidades de cooperación; la Asamblea General de Naciones Unidas específicamente instruye al nuevo CDH a colaborar estrechamente con las organizaciones regionales, entre otros (UNITED NATIONS, 2006, p. 3, para. 5-h).

Una de las vías de cooperación entre ambos sistemas es el Examen Periódico Universal (EPU), que es un mecanismo de cooperación establecido para examinar el cumplimiento por parte de todos los Estados de sus obligaciones y compromisos en el campo de los derechos humanos (UNITED NATIONS, 2006, p. 3, para. 5-e). El EPU presenta varias innovaciones respecto de otros mecanismos de derechos humanos desarrollados hasta el momento en ambos sistemas:

1. Cobertura universal – si bien en ambos sistemas existen órganos de derechos humanos con mandatos que son geográfica (todos los Estados miembro) y/o temáticamente (todos los derechos humanos) universales, el EPU constituye el primer esfuerzo concertado y sistemático por examinar regularmente el comportamiento de todos los países en relación con los derechos humanos, en un marco de tiempo especificado (cuatro años para el primer ciclo).

2. Proceso realizado por los Estados mismos – mientras que, en otros mecanismos de ambos sistemas, las evaluaciones en el campo de los derechos humanos son conducidas por expertos independientes que analizan la situación y elevan recomendaciones, el examen del Estado en el caso del EPU es realizado por los Estados mismos (en base, entre otros, a un documento de referencia que resume los comentarios y recomendaciones de los expertos independientes).
3. Naturaleza de las recomendaciones – si bien en el caso de otros mecanismos de observancia de derechos humanos de ambos sistemas las recomendaciones las realizan expertos independientes en nombre de la organización, las recomendaciones del EPU se atribuyen al Estado que las emite, y los Estados examinados tienen la posibilidad de elegir a qué recomendaciones les darán ulterior consideración y de cuáles simplemente tomarán nota.
4. Compromisos voluntarios – a diferencia de otros mecanismos de ambos sistemas, que se concentran en medir los avances realizados respecto de las obligaciones asumidas previamente por el Estado, ya sea implícitamente (por el hecho de ser miembro de la organización, por ejemplo), o explícitamente (por haber ratificado tratados, por ejemplo), el EPU permite a los Estados presentar compromisos voluntarios adicionales por los cuales también querrían ser examinados.

Los objetivos enunciados del nuevo mecanismo son integrales e incluyen: mejorar la situación de los derechos humanos en el terreno; fortalecer la capacidad del Estado y de la asistencia técnica; compartir las mejores prácticas; apoyar la cooperación para la promoción y protección de los derechos humanos; y fomentar la plena cooperación y el compromiso con otros mecanismos (UNITED NATIONS, 2007, p. 3, para. 4). Es probable que lleve cierto tiempo evaluar adecuadamente cuán efectivo es el mecanismo en el logro de los objetivos (dado que el primer ciclo todavía no terminó). Sin embargo, los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil, en general, han evaluado positivamente el mecanismo, como lo demuestran las actuales discusiones sobre el examen del CDH⁸.

3 Cooperación con mecanismos regionales como se concibiera para el Examen Periódico Universal

Desde los inicios del mecanismo y como uno de sus principios, se contempló la participación de las organizaciones regionales como actores interesados pertinentes (UNITED NATIONS, 2007, p. 2, para. 3, Principle-m)⁹. Pero la resolución que establece el mecanismo, no solo enuncia ese objetivo como un principio, sino que describe cuatro maneras en las que las organizaciones regionales pueden contribuir al proceso, a saber:

1. Preparando documentos con información sobre la cual se basará el examen – La resolución estipula que las organizaciones regionales, como actores interesados pertinentes, puedan proporcionar información creíble y fidedigna para el EPU,

que la OACDH compilará, junto con otras contribuciones, en un informe de 10 páginas (UNITED NATIONS, 2007, p. 3, para. 15, Documentation-c).

2. Participando en la evaluación del Grupo de Trabajo sobre el EPU – La resolución establece que las organizaciones regionales, como actores interesados pertinentes, pueden asistir a los períodos de sesiones del examen, cuando tengan lugar (a pesar de que el diálogo interactivo y la elaboración de recomendaciones incumbe a los Estados solamente) (UNITED NATIONS, 2007, p. 4, para. 18, Modalities-c).
3. Participando de la adopción del resultado – La resolución establece que las organizaciones regionales, como actores interesados pertinentes, tendrán la oportunidad de hacer observaciones generales antes de que el pleno adopte el resultado del examen. Éstas se incluirán en el informe final que ha de adoptar el Consejo. (UNITED NATIONS, 2007, p. 5, para. 31).
4. Realizando el seguimiento del examen– La resolución establece que el resultado del EPU, como mecanismo cooperativo, puede ser aplicado por otros actores interesados pertinentes, como organizaciones regionales, cuando correspondiere (UNITED NATIONS, 2007, p. 5, para. 32). La resolución también insta a la comunidad internacional a prestar asistencia al Estado examinado en lo que respecta al fomento de la capacidad y la asistencia técnica, con el consentimiento del mismo (UNITED NATIONS, 2007, p. 5, para. 36).

4 El primer ciclo del EPU y la cooperación en la práctica

Los Estados reconocieron la importancia de incluir información sobre el Sistema Interamericano en el examen del EPU desde el comienzo. El Sistema Interamericano se menciona en todos, excepto tres, de los informes nacionales presentados por los 26 países americanos examinados por el Grupo de Trabajo sobre el EPU durante los primeros nueve períodos de sesiones¹⁰. En dichos informes, los gobiernos mencionaron los esfuerzos que realizaron sus países para ratificar los instrumentos regionales, integrarlos en la legislación nacional, cooperar con sus mecanismos, o tomar medidas para aplicar las decisiones o recomendaciones de los mecanismos.

La compilación de documentos pertinentes de la ONU preparada por la OACDH – el segundo documento de referencia para el examen – también incluía observaciones sobre la cooperación con el sistema interamericano desde el comienzo. Estos informes contienen referencias por parte de los mecanismos de la ONUa cuestiones tales como: respuestas proporcionadas por el Estado a consultas de mecanismos regionales (Argentina); seguimiento instrumentado por el Estado en el caso de apelaciones (Barbados) o recomendaciones realizadas por mecanismos regionales (El Salvador); solicitud de cooperación técnica de entidades de la OEA (Brasil); acatamiento de pronunciamientos (Perú), resarcimientos (Nicaragua), y medidas cautelares de mecanismos regionales (Panamá); y respeto a resoluciones amigables de controversias, casos presentados ante mecanismos regionales (Ecuador). En cuanto a los Estados Unidos de América, el documento recordó una promesa

hecha por el país ante los mecanismos de la ONU, de cooperar con la CIDH y otros organismos de derechos humanos, respondiendo a consultas, participando en diálogos y recibiendo visitas.

El tercer informe de referencia –a saber, el resumen de la información suministrada por los actores interesados pertinentes– que también es compilado por la OACDH menciona también a la CIDH desde los primeros períodos de sesiones, a pesar de que la CIDH recién comenzó a proporcionar información sobre el Sistema Interamericano a partir del sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el EPU; desde entonces ha realizado ininterrumpidamente presentaciones sobre todos los países examinados por el Grupo de Trabajo sobre el EPU, para los que dispone de información (ya sea de la CIDH o de la CoIDH)¹¹, que se han integrado en los informes resumidos. Con anterioridad al sexto período de sesiones, los mecanismos interamericanos aparecían en los resúmenes de los actores interesados porque habían sido citados en presentaciones realizadas por organizaciones de la sociedad civil¹².

En base a este primer ciclo, entonces, podríamos decir que hay abundantes ejemplos que demuestran que el Sistema Interamericano es parte integrante de la información de referencia considerada por los Estados miembro de las Naciones Unidas para el examen de los países americanos en los siguientes períodos de sesiones del EPU. Por ende, el interés de los Estados de asegurar la participación de organizaciones regionales, como actores interesados relevantes, en la labor del mecanismo, cuando éste fuera creado, parece haberse satisfecho en el caso del Sistema Interamericano, al menos en términos de la información que se pone a disposición de los Estados para el examen.

Pero la pregunta clave sigue siendo: ¿Haber incluido la información sobre el Sistema Interamericano en la documentación de referencia que sirve de base para el EPU significa que se consideran las cuestiones que éste plantea en el examen de los Estados americanos? La evidencia claramente demuestra que sí.

No hay muchas menciones del Sistema Interamericano, la OEA, sus órganos de derechos humanos o sus instrumentos en los informes del diálogo interactivo entre los Estados examinadores y los Estados examinados durante los primeros nueve períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el EPU. Sin embargo, las hay en la mayoría de los exámenes de los países americanos realizados hasta ahora¹³.

Es de notar que son los Estados examinados los que más hacen referencia al sistema interamericano en sus presentaciones y/o respuestas durante el diálogo interactivo. En el transcurso de sus respectivos exámenes, las delegaciones de Barbados, Belice, Bolivia, República Dominicana y Perú hicieron referencia a la ratificación por parte de sus países de los instrumentos interamericanos; Argentina y El Salvador se refirieron al diálogo y soluciones amistosas alcanzadas con las víctimas en casos presentados ante la CIDH; Belice, Bolivia, Panamá, y Guatemala recalcaron el seguimiento que realizaron de las recomendaciones o medidas provisionales solicitadas por la CIDH, mientras que Chile y El Salvador informaron sobre su cumplimiento de los fallos de la CoIDH; Brasil, Honduras, Jamaica, y Uruguay remarcaron su cooperación con los mecanismos de derechos humanos interamericanos. La delegación de Perú afirmó que su país en ninguna circunstancia se alejaría del Sistema Interamericano.

Pero también los Estados examinadores de los Estados americanos efectuaron consideraciones respecto del Sistema Interamericano. Y lo que es aún más sorprendente es que las menciones del Sistema Interamericano no se limitan a los Estados americanos sino que también se incluyeron en las intervenciones realizadas por los Estados no americanos. Algunas intervenciones simplemente reconocían las áreas en las cuales el Estado examinado había cooperado con el sistema interamericano¹⁴, mientras que otras intervenciones apuntaron a conclusiones y decisiones relevantes de los mecanismos interamericanos. Por ejemplo, en el examen de Chile, Paraguay le pidió al país que se expusiera sobre su experiencia como parte en las causas tramitadas ante los organismos de derechos humanos interamericanos; Eslovenia pidió a Colombia actualizar la información sobre una solicitud de medidas provisionales realizada en 2005 por la CIDH, afirmando a la vez que esperaba ver nuevos proyectos de ley sobre el resarcimiento de víctimas de conflictos armados en línea con las recomendaciones realizadas por la CIDH. También, en el examen de Colombia, Uruguay expresó que una misión de la OEA a cargo de la supervisión del proceso de movilización había identificado más de 20 grupos paramilitares, recomendando a Colombia acelerar el proceso de desmovilización de jefes y combatientes paramilitares. En la revisión de Honduras, Australia apoyó las recomendaciones que había hecho la OEA para que se siguiera investigando el alto índice de homicidios, especialmente de periodistas y activistas de derechos humanos.

El impacto del Sistema Interamericano sobre las discusiones en el transcurso del examen, sin embargo, trasciende estas referencias específicas a los instrumentos y los órganos. Los problemas seguidos de cerca por los mecanismos interamericanos han sido, a menudo, parte del diálogo interactivo que tiene lugar durante los exámenes del EPU, incluso a pesar de que el Sistema Interamericano no se mencionara explícitamente en las declaraciones. Sería difícil medir objetivamente en qué medida ha contribuido el Sistema Interamericano en estos casos, considerando que varias de estas cuestiones también las siguen los mecanismos del sistema de la ONU y los actores interesados nacionales; pero hay pruebas de que esta contribución ha sido importante, incluso cuando otros actores interesados también contribuyeran.

Un buen ejemplo de esto lo representa el examen de la República Dominicana. El informe de la OACDH que compila las contribuciones de los actores interesados incluye información de la CIDH que indica que en 2005, la CoIDH ordenó a la República Dominicana adoptar en su derecho nacional las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que fueran necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. También informó que en 2007 la CoIDH había declarado que mantendría abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de dicha orden, que estaba pendiente de acatamiento (UNITED NATIONS, 2009k, p. 9, para. 44).

Si bien no se citaron las conclusiones de la CoIDH durante el examen de la República Dominicana misma, la delegación gubernamental indirectamente hizo referencia a la cuestión, citando los avances registrados desde 2007 como la Amnistía de Declaración Tardía de Nacimiento que dispone la posibilidad

de realizar la declaración tardía de nacimiento para todo niño o niña menor de 16 años (UNITED NATIONS, 2010a, p. 3-4, para. 8). Del mismo modo, al menos tres delegaciones examinadoras mencionaron la cuestión; todas ellas miembros del Sistema Interamericano¹⁵. Canadá recomendó que la República Dominicana “garantizara que se instrumenten los marcos legales apropiados en línea con las convenciones que rigen la nacionalidad”, una recomendación que se atiene a la información suministrada por la CIDH en el resumen de información de los actores interesados. Al final, la República Dominicana no refrendó la recomendación, aduciendo que el Estado examinado consideraba que la nacionalidad ya está establecida en la Constitución y no se presta a interpretación (UNITED NATIONS, 2010a, p. 19, para. 89-1). No obstante, esto evidencia la interesante interacción que tiene lugar durante el examen del EPU en cuestiones que siguen tanto el Sistema de Derechos Humanos Interamericano como el Universal.

Al igual que la recomendación anterior de Canadá, hay diferentes casos de recomendaciones que no mencionan explícitamente al Sistema Interamericano, pero que abordan cuestiones relacionadas con aquéllas resaltadas por sus mecanismos. En los primeros ocho períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el EPU hay sólo unas pocas recomendaciones en las cuales el Sistema Interamericano se menciona de manera explícita; la mayoría, relacionadas con la firma o ratificación de instrumentos regionales, aunque no todas. Tanto Brasil como México recomendaron a Canadá considerar la ratificación/adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, durante su examen (UNITED NATIONS, 2009c, p. 7, 9, 17, para. 29, 40, 86-Recommendation 8); mientras que Brasil y Uruguay solicitaron a Guyana que hiciere lo propio, cuando se realizó el examen de la misma (UNITED NATIONS, 2010f, p. 17-18, para. 70-Recommendations 7, 8); y Brasil, Uruguay y Venezuela solicitaron a Estados Unidos de América que suscriba, firme o ratifique todos los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos que tuviera pendientes, y Brasil también le pidió que reconozca la jurisdicción de la CoIDH (UNITED NATIONS, 2010k, p. 13-16, para. 92-Recommendations 92.1, 92.42, 92.43). El caso de Honduras es diferente; ambos, Brasil e Irlanda pidieron a este Estado acatar las medidas cautelares solicitadas por la CIDH, lo que prueba que las recomendaciones pueden ir más allá de la ratificación de instrumentos regionales (UNITED NATIONS, 2010l, p. 15, 17, para. 82-Recommendations 82.35, 82.58). De la misma manera que ocurre con el diálogo interactivo, sin embargo, este limitado número de menciones referenciales, no significa necesariamente que los Estados examinadores no tuvieron en cuenta otras cuestiones planteadas por el Sistema Interamericano durante el examen de los Estados americanos, sino que no se citó el Sistema Interamericano en las recomendaciones.

Por supuesto, la posibilidad que tienen los Estados bajo examen de elegir a qué recomendaciones darán ulterior consideración y de cuáles sólo tomarán nota significa que, finalmente, de algunas de las recomendaciones referidas más arriba que explícitamente citan al Sistema Interamericano sólo se tomará nota. Las dirigidas a Canadá no fueron aceptadas por el Estado examinado, lo que indica que Canadá actualmente no está considerando convertirse en parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque expresó que el tratado

podría analizarse en una fecha posterior (UNITED NATIONS, 2009i, p. 2, para. 9). Pero Guyana voluntariamente se comprometió a considerar en forma activa los instrumentos internacionales de derechos humanos pendientes, afirmando que si bien no había firmado la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, como miembro de la OEA, el país está obligado a informar y responder a cuestiones planteadas por los mecanismos interamericanos, y lo hace según se le requiere (UNITED NATIONS, 2010i, p. 4, para. 23, 29). Honduras aceptó las recomendaciones hechas por Brasil e Irlanda respecto de las medidas cautelares solicitadas por la CIDH (UNITED NATIONS, 2010l, p. 15, 17, para. 82). Estados Unidos de América debe todavía pronunciarse respecto de las recomendaciones formuladas por Brasil, Uruguay y Venezuela sobre el sistema interamericano.

5 El camino de la cooperación, dentro del marco del EPU

Como pretende mostrar este breve análisis, a pesar de lo novedoso del EPU, ya existen varios ejemplos diferentes de participación del Sistema Interamericano en el mecanismo. Estos ejemplos son probablemente suficientes como para hacernos concluir que –en el caso del continente americano– el mecanismo está encaminado para garantizar el tipo de participación de las organizaciones regionales que se contempló cuando se lo creó, con la excepción del uso de la oportunidad que tienen los mecanismos interamericanos de hacer observaciones generales antes de que el pleno adopte el resultado del examen, ya que ningún organismo interamericano hasta ahora ha tomado la palabra durante la adopción de los informes del EPU.

El examen demuestra que todavía hay muchas posibilidades de participación y oportunidades de cooperación más estrecha entre los Sistemas de Derechos Humanos Interamericano y de Naciones Unidas mediante este mecanismo, que todavía no han sido plenamente explotados en otras áreas.

Podríamos imaginar, por ejemplo, a los mecanismos interamericanos utilizándolo como base para las discusiones multilaterales con los Estados, ya sea durante la preparación de sus informes nacionales, o en el seguimiento del examen, como han hecho otros actores interesados (organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de derechos humanos) publicando sus propuestas, y organizando reuniones con el Estado a examinar. Dada la naturaleza universal del EPU, dicha iniciativa podría ser especialmente beneficiosa para que los mecanismos interamericanos establezcan un compromiso más estrecho con los países con los cuales no han trabajado tan de cerca en el pasado reciente, o en cuestiones que no han seguido tan de cerca como otros.

También podríamos imaginar a los Estados miembro (especialmente los de la región) siendo más proactivos en atraer la atención a las conclusiones y recomendaciones de los mecanismos interamericanos, en sus intervenciones durante los períodos de sesiones, cuando los países americanos están siendo examinados. Ya que el EPU es un proceso impulsado por el Estado, no hay impedimentos para que esto ocurra. Al plantear cuestiones relevantes para los mecanismos interamericanos ante foros como el EPU, los Estados estarían reafirmando el importante papel que juegan los acuerdos regionales en el fortalecimiento de los estándares universales

de derechos humanos, como se ha reiterado en varias resoluciones de las Naciones Unidas (por ejemplo UNITED NATIONS, 2009d).

Las recomendaciones y los compromisos voluntarios de los Estados examinados por el EPU, que sean de especial relevancia para el trabajo del Sistema Interamericano, también pueden ser tomados por sus propios mecanismos e integrados en el diálogo en curso con estos países, como se hizo en el pasado con las recomendaciones de otros mecanismos de las Naciones Unidas. Este proceso podría incluir la discusión de las recomendaciones que no fueran refrendadas por el Estado examinado, o que estén siendo consideradas por dicho Estado. Esto sería de particular importancia cuando las cuestiones sean explícita o implícitamente relevantes para las conclusiones y recomendaciones de los mecanismos interamericanos.

Finalmente, el Sistema Interamericano podría convertirse en socio clave de las Naciones Unidas y de los Estados examinados, proporcionando asesoramiento sobre la implementación de los resultados del EPU, dado que el mecanismo contempla que la implementación se realice con los demás actores interesados pertinentes, como organizaciones regionales, cuando correspondiere. Además, dado que las recomendaciones del EPU se atribuyen al Estado que las emite, los mecanismos interamericanos podrían contribuir a afianzar las relaciones bilaterales entre los países examinados y examinadores de manera que puedan cooperar eficazmente en la implementación de algunas de las recomendaciones que emanen del EPU.

En resumen, dentro del marco del mecanismo del EPU, hay considerables oportunidades de cooperación –quizás las más amplias hasta la fecha, en términos de mecanismos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas- entre el Sistema Interamericano, el Sistema de Naciones Unidas y los Estados americanos. Considerando el potencial de cooperación entre ambos sistemas que se previó desde su creación, sería inaceptable no aprovechar esas oportunidades ahora para fortalecer los vínculos que los unen.

REFERENCIAS

Bibliografía e otras fuentes

- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). 1951. **Charter of the Organization of American States**, OAS Doc. 119 UNTS III, 13 Dec. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009a. Inter-American Commission on Human Rights. The Rapporteurs for Freedom of Expression of the UN and of the OAS express their concern regarding comments made by high authorities of the Colombian Government against journalist. **Joint Press Release**, N. R05/09, 9 Feb. Disponible en: <<http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=738&lID=1>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2009b. Inter-American Commission on Human Rights. **Report on citizen security and human rights**, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 31 Dec. Disponible en: <<http://cidh.org:81/countryrep/Seguridad.eng/CitizenSecurity.Toc.htm>>. Visitado el: diciembre de 2010.

UNITED NATIONS. 1945. **Charter of the United Nations**, UN Doc. 1 UNTS XVI, 24 Oct. Disponible en: <<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 1996. Economic and Social Council. **Resolution 1996/31 - Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations**, UN Doc. RES 1996/31, 49th plenary meeting, 25 July. Disponible en: <<http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1996/eres1996-31.htm>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2006. General Assembly. Human Rights Council. **Resolution 60/251**, UN Doc. A/RES/60/251, 60th Session, 3 Apr. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251._Sp.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2007. Human Rights Council. **Resolution 5/1 - Institution-building of the United Nations Human Rights Council**, UN Doc. HRC/RES/5/1, 9th meeting, June. Disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2008a. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Argentina**, UN Doc. A/HRC/8/34, 13 May. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2008b. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Brazil**, UN Doc. A/HRC/8/27, 22 May. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2008c. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Peru**, UN Doc. A/HRC/8/37, 28 May. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2008d. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Guatemala**, UN Doc. A/HRC/8/38, 29 May. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2009a. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Barbados**, UN Doc. A/HRC/10/73, 9 Jan. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2009b. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Colombia**, UN Doc. A/HRC/10/82, 9 Jan. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

- _____. 2009c. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Canada**, UN Doc. A/HRC/11/17, 3 Mar. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/49f964ec2.html>>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009d. General Assembly. **Regional arrangements for the promotion and protection of human rights**: resolution / adopted by the General Assembly, UN Doc. A/RES/63/170, 20 March. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/49d6076c6.html>>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009e. Human Rights Council. **Report of the Secretary-General on the workshop on regional arrangements for the promotion and protection of human rights**, UN Doc. A/HRC/11/3, 28 Apr. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.3.pdf>>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009f. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Belize**, UN Doc. A/HRC/12/4, 4 June. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009g. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Chile**, UN Doc. A/HRC/12/10, 4 June. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009h. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Uruguay**, UN Doc. A/HRC/12/12, 4 June. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009i. Universal Periodic Review Working Group. **Addendum to the Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Canada with Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review**, UN Doc. A/HRC/11/17/Add.1, 8 June. Disponible en: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session4/CA/A_HRC_11_17_Add1_CAN_E.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009j. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Canada**, UN Doc. A/HRC/11/17, 5 Oct. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2009k. Human Rights Council. Working Group on the Universal Periodic Review. **Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, in accordance with paragraph 15 (c) of the annex to human rights council resolution 5/1 for Dominican Republic**, UN Doc. A/HRC/WG.6/3/DOM/3, 30 Nov.- 11 Dec. Sixth session. Disponible en: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session6/DO/A_HRC_WG6_6_DOM_3_ES.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2010a. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of the Dominican Republic**, UN Doc. A/HRC/13/3,

4 Jan. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.3_En.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010b. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Dominica**, UN Doc. A/HRC/13/12, 4 Jan. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010c. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Costa Rica**, UN Doc. A/HRC/13/15, 4 Jan. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010d. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Bolivia**, UN Doc. A/HRC/14/7, 15 Mar. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010e. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of El Salvador**, UN Doc. A/HRC/14/5, 18 Mar. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010f. Universal Periodic Review Working Group. **Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Guyana**, UN Doc. A/HRC/WG.6/8/L.13, 14 May. Disponible en: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session8/GY/A_HRC_WG.6_8_L.13_Guyana.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010g. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Grenada**, UN Doc. A/HRC/15/12, 16 June. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010h. Human Rights Council. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Guyana**, UN Doc. A/HRC/15/14, 21 June. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010i. United Nations Universal Periodic Review Working Group. **Addendum to the Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Guyana with Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review**, UN Doc. A/HRC/15/14/Add.1, 13 Sept. Disponible en: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session8/GY/A.HRC.15.9.Add.1_GUYANA_en.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.

_____. 2010j. Human Rights Council. Working Group on the Universal Periodic Review. **Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Panama**, UN Doc. A/HRC/WG.6/9/L.4, 8 Nov. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

- _____. 2010k. Human Rights Council. Working Group on the Universal Periodic Review. **Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of United States of America**, UN Doc. A/HRC/WG.6/9/L.9, 10 Nov. Disponible en: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session9/US/A_HRC_WG.6_9_L.9_USA.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2010l. Human Rights Council. Working Group on the Universal Periodic Review. **Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Honduras**, UN Doc. A/HRC/WG.6/9/L.8, 12 Nov. Disponible en: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session9/HN/A_HRC_WG.6_9_L.8_Honduras.pdf>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____. 2010m. Human Rights Council. Working Group on the Universal Periodic Review. **Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Jamaica**, UN Doc. A/HRC/WG.6/9/L.12, 12 Nov. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>>. Visitado el: diciembre de 2010.

NOTAS

1. Los Capítulos VI (artículos 33, 36 y 37) y VII (artículo 47) también hacen referencia a la participación de los organismos o acuerdos regionales en la resolución pacífica de las controversias.
2. La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada en la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos en abril de 1948. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948.
3. Ver por ejemplo Organización de Estados Americanos (2009a) donde los Relatores para la Libertad de Expresión de la ONU y la OEA expresan su preocupación por declaraciones de altas autoridades del gobierno de Colombia contra periodistas.
4. Para éste y otros ejemplos de cooperación, ver el Informe del Secretario General relativo al taller sobre los arreglos regionales para la promoción y protección de los derechos humanos, celebrado en Ginebra el 24 y 25 de noviembre de 2008 (UNITED NATIONS, 2009e, p. 12).
5. El Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos fue emitido conjuntamente por la CIDH, UNICEF y la OACDH en 2010 (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 2009b).
6. La Misión civil internacional en Haití - MICIVIH desplegada en 1993. Mayor información sobre la misión: <<http://www.un.org/rights/micivih/first.htm>>.
7. Declaración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el taller internacional "Mejorando la cooperación entre los mecanismos regionales e internacionales para la promoción y protección de los derechos humanos", 3 de mayo de 2010.
8. Ver los informes de los diferentes talleres realizados sobre el CDH este año en Argelia, México, París y Montreux: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/HRC_review.htm>.
9. La resolución 5/1 del CDH (UNITED NATIONS, 2007) hace referencia a los actores interesados pertinentes como fueran definidos por la resolución 60/251 de la Asamblea General (UNITED NATIONS, 2006), que dice que el CDH deberá trabajar en estrecha cooperación con las organizaciones regionales, y la resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social (UNITED NATIONS, 1996), así como cualquier otra decisión que el CDH pudiera tomar en el futuro.
10. Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Estados Unidos de América y Uruguay (de éstos, sólo Canadá, Cuba y Estados Unidos de América no mencionaron el Sistema Interamericano en sus informes nacionales).

11. Desde el sexto al noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el EPU, la CIDH presentó propuestas para los exámenes del EPU de Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Honduras, Jamaica, El Salvador, Guyana, Panamá, Nicaragua y Estados Unidos de América.

12. El sistema interamericano se cita en el resumen de la información presentada por los actores interesados del EPU de Argentina, Barbados, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Dominica, Ecuador, Perú y Uruguay, a pesar de que la CIDH no presentó información sobre estos países.

13. Se pueden encontrar referencias al sistema interamericano, por ejemplo, en los informes de los resultados del Grupo de Trabajo sobre el EPU de Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, Panamá, Perú, Estados Unidos de América y Uruguay.

14. Pakistán, por ejemplo, dijo que Barbados había extendido el derecho de procurar resarcimiento judicialmente ante la CoIDH; Países Bajos se refirió al hecho de que Belice es parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción; Argentina felicitó a Chile por ratificar la Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer; Francia celebró que Costa Rica refrendara la resolución de la OEA sobre derechos humanos, orientación sexual

e identidad de género; Azerbaiján y Paraguay tomaron nota de la contribución de Costa Rica para la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos; Egipto, Irak y la República Democrática Popular de Laos encomiaron el diálogo entablado por El Salvador con los demandantes de casos ante la CoIDH y su apertura al sistema interamericano, mientras que Guatemala felicitó a El Salvador por sus esfuerzos para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones y decisiones del sistema interamericano; México recalcó el restablecimiento en Perú de la competencia de la CoIDH; y Canadá encomió a Honduras por haber extendido una invitación abierta a los mecanismos internacionales de derechos humanos, incluyendo los de la OEA.

15. Canadá expresó preocupación por los informes de denegación discriminatoria del derecho a la nacionalidad a los dominicanos de ascendencia haitiana (UNITED NATIONS, 2010a, p. 7); Estados Unidos reconoció los esfuerzos del gobierno por mejorar el acceso y procedimientos al registro civil, aunque dijo que le seguían preocupando los enormes obstáculos que enfrentan los dominicanos de ascendencia haitiana para establecer su ciudadanía (UNITED NATIONS, 2010a, p. 9); Uruguay indicó que la República Dominicana debería continuar fortaleciendo medidas que apunten a proteger los principios de no discriminación y el derecho a una identidad (UNITED NATIONS, 2010a, p. 10).

ABSTRACT

Enhancing human rights protection at the international level through cooperation between the universal and regional human rights systems has been a common aspiration for both systems since their inception. The establishment of the Universal Periodic Review mechanism in the United Nations has created new opportunities for such cooperation, by outlining various avenues for regional mechanisms to contribute to the process. Widespread interest from Governments, civil society organisations, and human rights mechanisms in both systems, to make effective the Inter-American system's participation in the process, has resulted in the Inter-American system being present in each of the stages of the UPR process, from the first country reviews onward. The article argues, however, that more can be done for the Inter-American system to fully take advantage of the mechanism.

KEYWORDS

Universal Periodic Review – Inter-American Human Rights System – Universal Human Rights System – United Nations Human Rights Council – Cooperation between universal and regional mechanisms/organisations – United Nations

RESUMO

Desde os seus primórdios, os sistemas global e regionais de proteção de direitos humanos compartilham um único objetivo: por meio da cooperação internacional, conferir melhor proteção aos direitos humanos. Conferir melhor proteção aos direitos humanos em âmbito internacional por meio da cooperação entre os sistemas global e regional de direitos humanos tem sido um objetivo comum para ambos os sistemas desde seus primórdios. A criação do Mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU), no âmbito das Nações Unidas, proporciona novas oportunidades para que tal cooperação se concretize, ao estruturar diversas formas pelas quais mecanismos regionais podem contribuir com o processo. Governos, organizações da sociedade civil e organismos de direitos humanos em ambos os mecanismos têm demonstrado interesse na efetiva participação do sistema interamericano no processo, o que resultou na presença do sistema interamericano em cada fase do processo da RPU, desde a revisão dos primeiros países por esse mecanismo. Esse artigo sustenta, entretanto, que muito mais ainda pode ser feito para que o sistema interamericano se beneficie completamente desse mecanismo.

PALAVRAS-CHAVE

Revisão Periódica Universal – Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Sistema Global de Direitos Humanos – Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas – Cooperação entre mecanismos/organizações globais e regionais – Nações Unidas

EN MEMORIA

KEVIN BOYLE – UN ESLABÓN FUERTE EN LA CORRIENTE¹

Borislav Petranov

El profesor, abogado litigante y activista Kevin Boyle falleció el día de la Navidad de 2010 en Colchester, Reino Unido, donde formó a varias generaciones de abogados y activistas de derechos humanos² en los últimos 25 años. Recordado con gran cariño por sus estudiantes como un maestro excepcionalmente cálido de quien siempre recibieron apoyo, Kevin fue ante todo un constructor de instituciones y un extraordinario colega. Director fundador de Article 19 (en 1986), gran fuerza motora detrás del mundialmente reconocido Centro de Derechos Humanos de Essex, presidente de Minority Rights Group International (2007-2010), y abogado que fue desplazando los límites de la práctica en derechos humanos, Kevin, como lo expresó un amigo, “logró combinar con destreza la política, la práctica jurídica y la vida académica”.

Descrito por uno de sus más estrechos colaboradores como un “gigante de la comunidad de derechos humanos”, la vida profesional de Kevin es la historia del movimiento de derechos humanos en las últimas décadas –con el extraordinario crecimiento de las normas e instituciones de derechos humanos desde mediados de la década de 1960, y el creciente uso del derecho para el cambio social- y de la decepción por su avance lento y el poco impacto sobre las víctimas.

Ante todo, es la historia de los inicios de los derechos humanos en la lucha por la justicia y un ejemplo claro del espíritu luchador y las cualidades humanas e intelectuales que les dan origen a pesar de los desaciertos y derrotas pasajeras. Una historia de humildad y profunda bondad (“trataba de igual manera a personal de limpieza y jefes de estado”), una “mezcla cautivante de altruismo, jovialidad, principios y encanto, todos entrelazados por el humor y el afecto”, como lo expresó uno de sus más antiguos amigos y colegas.

Varias de las notas publicadas en ocasión de su muerte en los principales medios describen en detalle la carrera y los logros de Kevin³. Sin embargo, para sus estudiantes en particular y para sus colegas en la lucha por los derechos humanos de todo el mundo, se destacan especialmente algunos recuerdos.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

Los derechos humanos tienen que ver con la justicia concreta

Al lidiar con reglas técnicas y navegar por instituciones cada vez más complejas y numerosas, a veces, en especial los abogados, nos olvidamos de que lo que importa en definitiva es la justicia para la persona que sufrió una injusticia. Los homosexuales en la Irlanda del Norte de la década de 1960, los viajeros en Irlanda, los campesinos despojados de sus tierra en Turquía Oriental, los activistas perseguidos por sus creencias o los periodistas perseguidos por lo que decían o por lo que permitían decir a otros públicamente (o que sufrieron atentados en sus oficinas de redacción⁴), los objetores de conciencia... eran todos “clientes” de Kevin en los numerosos casos en los que trabajó en los últimos casi 40 años. Como lo expresó Conor Gearty, “con él parecía haber una nueva manera de ejercer el derecho: tomar todo el material, las causas, las leyes, las complejidades eruditas –todo lo que el derecho usa para amurallarse y protegerse del escrutinio externo- y desplegarlo no para desconcertar o sofocar a las personas sino para empoderarlas y así fortalecerlas”⁵.

Desplazando los límites del derecho de los derechos humanos

Para una generación que tiene frente a sí una variedad apabullante de normas e instituciones, resulta difícil imaginar cómo era ser abogado especializado en derechos humanos en 1966 cuando Kevin se convirtió en un joven profesor de derecho en Irlanda del Norte. La Convención contra el Genocidio (en vigencia desde 1951) era el único tratado internacional de Naciones Unidas vigente en aquel momento (aunque la Convención contra la Discriminación Racial fue firmada en 1965, no entró en vigencia hasta 1969). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no emitió ninguna sentencia en 1966, y en 1972, cuando Kevin litigó uno de sus primeros casos ante la entonces Comisión, el Tribunal emitió 2 sentencias (ambas sobre justa reparación y no sobre el fondo)⁶ y la idea de que los demandantes tuvieran acceso directo al Tribunal –que en 2010 emitió 1499 sentencias sobre 2607 casos- les habría parecido a muchos extravagante y poco realista.

Asociado a más de 100 causas, durante toda su carrera jurídica Kevin fue corriendo los límites del derecho para lograr que éste trascendiera lo “teórico e ilusorio” y fuera “práctico y efectivo”.⁷

Cómo reivindicar los derechos individuales en situaciones en las que las políticas y prácticas generales (un patrón de violaciones, una “práctica administrativa”) hacen que las violaciones sean moneda corriente y los recursos jurídicos una ilusión ha sido el tema dominante de los casos de Kevin, relacionados en particular con Irlanda

Ver las notas del texto a partir de la página 195.

del Norte y Turquía. Éste sigue siendo un desafío importante en los sistemas de derechos humanos basados en casos individuales, a pesar de las reformas que se han hecho a las instituciones y los avances en la jurisprudencia.

Esta línea de trabajo comenzó con un caso presentado por Kevin hace casi 40 años en el que la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos (aún cuando lo declaró inadmisible) determinó que no era necesario agotar los recursos a nivel nacional si podía demostrarse que los supuestos abusos eran parte de una práctica administrativa⁸. Desarrollada mediante una serie de casos desde entonces⁹, esta cuestión, que sigue siendo seria en varios países, como Rusia, y que no resulta desconocida para los lectores de todo el mundo, fue un tema central en la serie de más de 60 casos que Kevin, junto con colegas de organizaciones de Londres y Turquía y en estrecha colaboración con sus colegas de Essex, presentó ante el Tribunal durante un período de casi diez años, durante los cuales, según lo expresó el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hizo “un importante aporte al derecho de los derechos humanos en general en las áreas cruciales de tortura, desapariciones, ejecuciones y detenciones arbitrarias”¹⁰.

Formando a las nuevas generaciones de profesionales en derechos humanos

Los últimos 25 años de la vida de Kevin estuvieron estrechamente ligados al Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex en el Reino Unido, después de unos años de haber fundado el Centro Irlandés de Derechos Humanos en Galway. El Centro de Essex, creado por sugerencia de Kevin al entonces Decano de Derecho de Essex en 1983, cobró fuerza después de que Kevin y Nigel Rodley, quien fue durante mucho tiempo Director de Jurídico de Amnistía Internacional, se incorporaran en 1989 y 1990, transformándolo en un centro multidisciplinario de investigación, enseñanza y apoyo para las actividades de litigio. Kevin dirigió el Centro durante la mitad de su existencia, período durante el cual el Centro amplió la oferta de cursos, emprendió numerosos e interesantes proyectos en colaboración, pero, sobre todo, se convirtió en una especie de hogar para toda una red mundial de profesionales de derechos humanos, sus más de 1700 ex alumnos de varias decenas de países, que se encuentran presentes en prácticamente todas las organizaciones de derechos humanos.

Líder por naturaleza – constructor de instituciones

Sobre la mesa en la recepción que siguió al funeral de Kevin había dos fotografías: una de un monaguillo cuya mirada revelaba una silenciosa determinación, y otra de un joven con un megáfono rodeado de policías dirigiéndose a unos manifestantes en Irlanda del Norte. Kevin era un líder nato –de niño lo llamaban el “rey”- pero un líder amante del consenso y del empoderamiento, en la Asociación Irlandesa de Derechos Civiles a principios de la década de 1970, en la fundación o transformación del Centro Irlandés de Derechos Humanos y del Centro de Derechos Humanos de Essex, en la dirección de Article 19 y en la presidencia de Minority Rights Group International. En todas estas funciones, como dijeron algunos de sus colegas de esas organizaciones, “llevaba su saber y sus talentos con sencillez” y era querido por todos

quienes lo rodeaban. Acompañaba a los estudiantes en sus marchas en Irlanda del Norte, pagaba las multas de las mujeres negras pobres cuyos juicios en virtud de la ley de pases él observaba en Sudáfrica, se detenía y alentaba a las personas que recaudaban fondos en la calle por buenas causas, se tomaba el tiempo para aconsejar a los colegas que intentaban formar nuevas organizaciones. No es de sorprender que haya logrado forjar relaciones de trabajo extraordinarias de prácticamente toda una vida con varios colegas distinguidos (y probablemente obstinados), como Tom Hadden, con quien escribió varios libros sobre Irlanda del Norte, Francoise Hampson, con quien trabajó en gran cantidad de casos de Turquía Sudoriental, y Sir Nigel Rodley, entrañable colega del Centro de Derechos Humanos de Essex.

Kevin también era un firme defensor de los activistas del Sur Global que iban a Essex con distintas formaciones jurídicas y políticas. Tenía la capacidad de entender los innumerables desafíos y ayudar a sus estudiantes a valorar sus propias experiencias y a hacer frente a esos desafíos. Kevin era creativo, generoso y abierto a las nuevas iniciativas. Ayudó a toda una generación de estudiantes brasileños en Essex, y visitó Brasil en varias oportunidades para apoyar el establecimiento de nuevas instituciones -como la Maestría en Derechos Humanos en el Estado de Pará, y el Centro de Derechos Humanos en la Universidad de Brasilia- para asesorar a académicos y organizaciones y para enseñar. Su legado es un sólido grupo de académicos y activistas comprometidos a seguir su camino.

NOTAS

1. De una dedicatoria personal de Seamus Heaney para Kevin escrita en la portadilla de una copia de su colección de poemas 'Human Chain'.

2. Muchos de los cuales podrían decir justificadamente que le deben a él su carrera en derechos humanos.

3. Véase http://www.ehrra.org/index.php?page=memorial&page_ref=19; <http://www.guardian.co.uk/law/2011/jan/02/kevin-boyle-obituary>; http://www.ruthdudleyedwards.co.uk/journalism11/IrInd11_2.html.

4. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros 16 Estados Contratantes* (demanda nro. 52207/99), Decisión del 12 de diciembre de 2001.

5. <http://therightsfuture.com/common-tracks/in-honour-of-kevin-boyle/>, consulta: 15 de mayo de 2011.

6. Véase 10.3.1972 - *De Wilde, Ooms and Versyp c. Belgique/v. Belgium* (article 50); e 22.6.1972 - *Ringeisen c. Autriche/v. Austria* (article 50); véase también <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/Lists+of+judgments/>.

7. En un famoso dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase, por ejemplo, *Artico v. Italy*, 1980, 3 EHRR 1, párr. 33.

8. Kevin Boyle & Hurst Hannum, *The Donnelly Case, Administrative Practice and Domestic Remedies Under the European Convention: One Step Forward and Two Steps*. The American Journal of International Law, Vol. 71, Nro. 2, pag. 316-321 (1977).

9. La jurisprudencia actual exime al demandante de la necesidad de agotar los recursos a nivel nacional si hay una "repetición de actos incompatibles con la Convención y se demuestra que existe tolerancia oficial por parte de las autoridades del Estado, cuya naturaleza hace que las acciones judiciales resulten inútiles o inefectivas (*Aksoy c. Turquía*, § 52), véase *Practical Guide on Admissibility Criteria*, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+information/Key+case-law+issues/>.

10. Kevin incluyó algunos de estos casos en *Twenty-Five Years of Human Rights at Essex*. Essex Human Rights Review, 2008; véase también Reidy, Hampson & Boyle. *Gross violations of human rights: invoking the ECHR in the case of Turkey*. Netherlands Quarterly of Human Rights, vol. 15, número 2, pág. 161-73 (1997).

SUR 1, v. 1, n. 1, jun. 2004

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones sobre derechos humanos

SUR 2, v. 2, n. 2, jun. 2005

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: Oportunidades para los derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos: Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos

económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3, v. 2, n. 3, dic. 2005

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBE

La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad: una investigación en Rio de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

SUR 4, v. 3, n. 4, jun. 2006

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras: Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones: ¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos: Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID

PADILLA Y LEO ZWAAK
Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

SUR 5, v. 3, n. 5, dic. 2006

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la Commonwealth del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA

SUR 6, v. 4, n. 6, jun. 2007

UPENDRA BAXI

El Estado de Derecho en la India

OSCAR VILHENA VIEIRA

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

RODRIGO UPRIMNY YEPES

La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos

LAURA C. PAUTASSI

¿Igualdad en la desigualdad?

Alcances y límites de las acciones afirmativas

GERT JONKER Y RIKA SWANZEN

Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos

SERGIO BRANCO

La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación

THOMAS W. POGGE

Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales

SUR 7, v. 4, n. 7, dic. 2007

LUCIA NADER

El papel de las ONG en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

JUSTICIA TRANSICIONAL

TARA URS

Imaginando respuestas de inspiración local a las atrocidades masivas que se cometieron: voces de Camboya

CECILY ROSE Y FRANCIS M. SSEKANDI

La búsqueda de justicia transicional y los valores tradicionales africanos: un choque de civilizaciones – El caso de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Enfrentando la historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas

ELIZABETH SALMÓN G.

El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos

ENTREVISTA CON JUAN MÉNDEZ
Por Glenda Mezarobba

SUR 8, v. 5, n. 8, jun. 2008

MARTÍN ABREGÚ

Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva – una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur

AMITA DHANDA

Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

LAURA DAVIS MATTAR

Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales – un análisis comparativo con los derechos reproductivos

JAMES L. CAVALLARO Y

STEPHANIE ERIN BREWER

La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social

DERECHO A LA SALUD Y ACCESO A MEDICAMENTOS

PAUL HUNT Y RAJAT KHOSLA

El derecho humano a los medicamentos

THOMAS POGGE

Medicamentos para el mundo: impulsar la innovación sin obstaculizar el libre acceso

JORGE CONTESSE Y DOMINGO

LOVERA PARMO

Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/sida: éxitos sin victoria en Chile

GABRIELA COSTA CHAVES,
MARCELA FOGAÇA VIEIRA Y
RENATA REIS

Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en Brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil

SUR 9, v. 5, n. 9, dic. 2008

BARBORA BUKOVSKÁ

Perpetrando el bien: las consecuencias no deseadas en la defensa de los derechos humanos

JEREMY SARKIN

Las cárceles en África: una evaluación desde la perspectiva de derechos humanos

REBECCA SAUNDERS

Lo que se pierde en la traducción: expresiones del sufrimiento humano, el lenguaje de los derechos humanos y la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación

SESENTA AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Sesenta años después de la Declaración Universal: navegando las contradicciones

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales – una descripción crítica de los marcos conceptuales

EITAN FELNER

¿Una nueva frontera para la defensa de los derechos económicos y sociales? Convirtiendo los datos cuantitativos en una herramienta para la rendición de cuentas en derechos humanos

KATHERINE SHORT

De la Comisión al Consejo: ¿las Naciones Unidas han logrado crear un órgano de derechos humanos confiable?

ANTHONY ROMERO

Entrevista con Anthony Romero, Director Ejecutivo de American Civil Liberties Union (ACLU)

SUR 10, v. 6, n. 10, jun. 2009

ANUJ BHUWANIA

“Muy malos niños”: “La tortura India” y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855

DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT

El delito de violación tipificado como genocidio

CHRISTIAN COURTIS

Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina

BENYAM D. MEZMUR

La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS EN MOVIMIENTO: MIGRANTES Y REFUGIADOS

KATHARINE DERDERIAN Y

LIESBETH SCHOCKAERT

Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración: Una perspectiva humanitaria

JUAN CARLOS MURILLO

Los legítimos intereses de seguridad de los Estados y la protección internacional de refugiados

MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur

JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global

PABLO CERIANI CERNADAS

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos

SUR 11, v. 6, n. 11, dic. 2009

VÍCTOR ABRAMOVICH

De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos

Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

VIVIANA BOHÓRQUEZ MONSALVE Y JAVIER AGUIRRE ROMÁN
Las Tensiones de la Dignidad Humana: Conceptualización y Aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DEBORA DINIZ, LÍVIA BARBOSA Y WEDERSON RUFINO DOS SANTOS
Discapacidad, Derechos Humanos y Justicia

JULIETA LEMAITRE RIPOLL
El Amor en Tiempos de Cólera: Derechos LGBT en Colombia

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

MALCOLM LANGFORD
Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Un Análisis Socio-Jurídico

ANN BLYBERG
El Caso de la Asignación Incorrecta: Derechos Económicos y Sociales y el Trabajo Presupuestario

ALDO CALIARI
Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos: Tendencias, Desafíos y Oportunidades

PATRICIA FEENEY
Empresas y Derechos Humanos: La Lucha por la Rendición de Cuentas

en la ONU y el Rumbo Futuro de la Agenda de Incidencia

COLOQUIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Entrevista con Rindai Chipfunde-Vava, Directora de Zimbabwe Election Support Network (ZESN)

Informe sobre el IX Coloquio Internacional de Derechos Humanos

SUR 12, v. 7, n. 12, jun. 2010

SALIL SHETTY
Prefacio

FERNANDO BASCH ET AL.
La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un Enfoque Cuantitativo sobre su Funcionamiento y sobre el Cumplimiento de sus Decisiones

RICHARD BOURNE
Commonwealth of Nations: Estrategias Intergubernamentales y No Gubernamentales para la Protección de los Derechos Humanos en una Institución Postcolonial

OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO

AMNISTÍA INTERNACIONAL
Combatiendo la Exclusión: Por qué los Derechos Humanos Son Esenciales para los ODM

VICTORIA TAULI-CORPUZ
Reflexiones sobre el Papel del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas en relación con los ODM

ALICIA ELY YAMIN
Hacia una Rendición de Cuentas Transformadora: Aplicando un Enfoque de Derechos Humanos para Satisfacer las Obligaciones en relación a la Salud Materna

SARAH ZAIDI
Objetivo 6 de Desarrollo del Milenio y el Derecho a la Salud: ¿Conflictivos o Complementarios?

MARCOS A. ORELLANA
Cambio Climático y los ODM: El Derecho al Desarrollo, Cooperación Internacional y el Mecanismo de Desarrollo Limpio

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

LINDIWE KNUTSON
¿Es el Derecho de las Víctimas de *apartheid* a Reclamar Indemnizaciones de Corporaciones Multinacionales Finalmente Reconocido por los Tribunales de los EE.UU.?

DAVID BILCHITZ
El Marco Ruggie: ¿Una Propuesta Adecuada para las Obligaciones de Derechos Humanos de las Empresas?

La Fundación Carlos Chagas tiene como premisa esencial el tema de la ciudadanía. En sus especialidades y líneas de investigación apunta al desarrollo humano-social.

La producción en el campo de la investigación en la FCC, articulada entre los polos de evaluación de políticas, género y raza abarca profundos estudios sobre los distintos niveles de enseñanza.

En las tres publicaciones de la Fundación – Cadernos de Pesquisa, Estudos em avaliação educacional y Textos FCC –, esa producción académica comparte el espacio con el trabajo de investigadores de otras instituciones, lo que posibilita una mirada diversificada sobre los temas del área.



Fundação Carlos Chagas

REFERENCIA EN EDUCACIÓN **WWW.FCC.ORG.BR**