
OBSERVACIONES ESCRITAS A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA DE ARGENTINA SOBRE LOS JUECES AD HOC, SU NACIONALIDAD, INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD.

LUIS PERAZA PARGA, visiting scholar George Washington University School of Law, profesor de derecho internacional de la Universidad Panamericana de la ciudad de México y de La Sabana de Bogotá. Español, Documento Nacional de Identidad 07218936 H Número pasaporte AE555744

Dirección 8183 Inverness Ridge Road, Potomac, Maryland 20854 Estados Unidos de América. Tfnos 301 7655954; 301 538 0284

Dirección de correo electrónico lperazap@hotmail.com, lpparga@law.gwu.edu, lperazap@gmail.com

Desde 1980, la Corte Interamericana, en sus orígenes tachada de comunista por los gobiernos mayoritariamente militares de la región, despolitizaba con cada sentencia los derechos humanos¹ y ha creado y crea jurisprudencia a través de varios instrumentos judiciales internacionales: sentencias de casos individuales de violaciones de derechos humanos cometidas por los estados y tuteladas en los convenios americanos, amplísimas y revolucionarias opiniones consultivas y sus medidas provisionales, salvadoras de muchas vidas en evidente peligro de muerte. Constituyen un cuerpo jurisprudencial, en principio, perfectamente *exportable* a otras latitudes. El cumplimiento de las sentencias por parte de los estados sentenciados en su responsabilidad internacional es amplio y masivo aunque no completo y cabal².

¹ Ambos comentarios fueron afirmados por el durante mucho tiempo juez de la Corte IDH y actual juez de la CIJ, el norteamericano Thomas Buergenthal en un coloquio en la Escuela de Derecho de la Universidad George Washington en DC el 20 de marzo del 2008.

² García Ramírez, Sergio, juez de la Corte IDH al presentar su Informe del 2005 ante el Consejo Permanente de la OEA el 10 de marzo del 2006 dijo “la revisión de los espacios pendientes de cumplimiento sigue siendo una deuda mayoritaria en las sentencias dictadas. Se halla pendiente el cumplimiento de las resoluciones judiciales en diversos extremos, sobre todo el vinculado con la investigación de hechos y responsabilidades. La Corte no puede declarar cerrados los casos en los que existen puntos pendientes de observancia. Por ello, sólo se ha dispuesto el cierre del 11.9 por ciento del número total de asuntos contenciosos...” Idéntica idea expresó un año más tarde al presentar su Informe del 2006.

Menos de dos centenares de sentencias, un número algo mayor de medidas provisionales y diez y nueve opiniones consultivas han logrado crear esta jurisprudencia exigua en sus números pero grande en su calidad. La Corte ha interpretado los tratados regionales americanos de derechos humanos que son derecho doméstico en la mayoría de las treinta y cinco naciones³ que componen la Organización de Estados Americanos (OEA) y ha entretelado un *orden público americano* en la materia. De igual manera, ha cristalizado conceptos y definiciones que sirven y servirán para la labor de tribunales domésticos. Entre otros temas, interpreta los requisitos del debido proceso, los periodos razonables de detención, el concepto de desapariciones forzadas, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, las ejecuciones extrajudiciales, las leyes de amnistía y su ilegalidad si encubren crímenes internacionales, el alcance de la obligación de asegurar el goce de los derechos por parte de los estados, el peso de la prueba y los criterios para valorarla, la libertad de expresión, de asociación, la ilegalidad de la censura previa, la solidez y alcance de sus reparaciones⁴, el derecho al nombre y a la inscripción en un registro del nacimiento de un niño⁵, el derecho a la propiedad de la tierra por parte de los indígenas, sus derechos políticos respetando sus usos y costumbres, derechos laborales de los indocumentados, derecho de acceso a la asistencia consular dentro del debido proceso y las garantías judiciales y el habeas corpus en estados de emergencia.

Tal y como es jurisprudencia consolidada en Europa, la Convención Europea de Derechos Humanos es “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”⁶ al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es la Convención la que le atribuye la competencia contenciosa y consultiva. Existe un principio fundamental que rige la Sociedad Internacional: carácter voluntario de la jurisdicción internacional. Es debido a este principio por lo que, por ejemplo, es negada la legitimación activa de los estados para solicitar una opinión, *avis*, consultiva a la Corte

³ Se suele hablar de 34 + 1 por la exclusión de Cuba.

⁴ Peraza Parga, Luis “Las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” La insignia 23 de octubre del 2004. http://www.lainsignia.org/2004/octubre/der_018.htm

⁵ Sesión del Consejo Permanente de la OEA sobre el pleno derecho a la identidad de la niñez en el hemisferio el 9 de marzo del 2007.

http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-075/07

⁶ Tyrer contra Reino Unido, sentencia de 25 de abril de 1978, serie A número 26.

Internacional de Justicia como órgano judicial principal de las Naciones Unidas. De otra forma se crearía una especie de jurisdicción internacional obligatoria que, aunque deseable desde el idealismo, no sería pacíficamente aceptada por los estados.

Sin embargo, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que se constituye en excepción del principio visto ya que faculta a todos los órganos y estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), hayan o no firmado el Pacto, a solicitar opiniones consultivas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ella misma ha puesto de relieve que su amplia función consultiva es única en el derecho internacional contemporáneo ya que “permite a los estados miembros solicitar opiniones consultivas ofreciendo un método judicial alternativo de carácter consultivo destinado a ayudar a los peticionarios a cumplir y aplicar tratados en Derechos Humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones propio del sistema contencioso.”⁷

Las opiniones consultivas pueden versar sobre la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos en los que sean parte estados americanos y sobre la compatibilidad entre leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Hasta ahora la Corte ha emitido diecinueve opiniones consultivas. Las Opiniones Consultivas es una de las formas más flexibles de crear derecho suave o soft law, es decir, aquel conjunto de reglas no vinculantes y con carácter no normativo que explican la tendencia no consolidada del derecho internacional en un asunto puntual. Los estados participan sin dudas sobre su planteamiento por que son conscientes de que están impulsando unas creencias que en un futuro serán normas internacionales. La amplitud del ámbito material y competencial en el Sistema Interamericano es enorme tanto desde el punto de quien puede solicitarlas, el sujeto activo, cualquier país del Sistema y la Comisión Interamericana, como cuales temas puede abarcar, cualquier Tratado de Derechos Humanos y la compatibilidad de leyes o proyectos de leyes con la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con once magistrados y la sede en la capital de Etiopía, Addis Abeba, a la espera de fusionarse con la non nata Corte

⁷ Opinión Consultiva OC-3/83 Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la CADH). <http://www.unifr.ch/derechopenal/juriprudencia/cidh01.pdf>

de Justicia Africana y ser una de los tribunales con las competencias más ambiciosas de todo el orbe, las opiniones consultivas gozan de una competencia *ratione materiae* muy amplia ya que versan sobre cualquier materia legal relacionadas con la Carta o cualquier otro instrumento relevante de derechos humanos que no haya sido conocida por la Comisión Africana. La legitimidad activa puede ejercerla la Unión Africana y sus órganos, los estados miembros de la misma y cualquier organización africana reconocida por ella. Es realmente una amplitud asombrosa la de los posibles sujetos activos lo que conllevará, sin duda, una función consultiva muy dinámica. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los peticionarios pueden ser los estados parte de la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Sistema Europeo bajo la Convención Europea sólo puede solicitarla una amplia mayoría del ancestral Consejo de Ministros del Consejo de Europa y en la Corte Internacional de Justicia, ciertos y señalados órganos y agencias especializadas de Naciones Unidas. El otorgar la posibilidad a la sociedad civil organizada es simplemente revolucionario, máxime si consideramos, que tienen la posibilidad, junto a las personas físicas, de enviar directamente casos ante la Corte, siempre y cuando el estado supuestamente violador lo acepte a través de una declaración expresa. A pesar de este último requisito no hay duda de que estas disposiciones del Protocolo acercan más a la sociedad civil y al sujeto individual al concepto pleno e integral de sujeto de derecho internacional. Se constituye en la Corte Internacional más vanguardista, al menos, en este importante aspecto.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, merced al Protocolo II en vigor desde septiembre de 1970 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dotó a la Corte de competencia consultiva sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus protocolos a petición del Comité de Ministros. La amplitud de estas opiniones está francamente cercenadas ya que no pueden referirse al contenido o extensión de los derechos y libertades protegidos y además se necesita el voto favorable de dos tercios del Comité para que progresen. El juez europeo cuenta, por un lado, con una solicitud, por lo demás rechazada⁸ al juzgarla fuera de su competencia consultiva.

⁸ Sentencia de la Gran Sala de 2 de junio del 2004 solicitada por primera vez en su historia por el único órgano cualificado para ello, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, atinente a la coexistencia de la

Por otro lado, el 12 de febrero del 2008 emitió su primera Opinión Consultiva⁹ en donde unánimemente los 17 magistrados de la Gran Sala concluyen que no es compatible con la Convención Europea y, por lo tanto, la viola, la no admisión de una lista de candidatos a jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el mero hecho de que no figura mujer alguna en ella. Además solicitó que las excepciones al principio de que las listas deben contener un candidato del sexo menos representado deben ser definidas lo antes posible. La historia viene de la Resolución 1366 del año 2004 y de la 1426 del 2005 donde la Asamblea estipula que no considerara listas de candidatos a jueces que no traigan uno del sexo menos representado. La lista del gobierno maltés fue rechazada por este motivo lo que orilló al Comité de Ministros. El TEDH concluye que el no permitir excepciones a este principio, convierte la práctica de la Asamblea en incompatible con la CEDH ya que el país concernido tomó todas las medidas apropiadas y necesarias para asegurar que el sexo menos representado tuviera algún candidato, aunque sin éxito. Además siguió todas las recomendaciones de la Asamblea para un procedimiento abierto y transparente en la búsqueda de candidatos.

Desde la puesta en marcha material en 1959 del juez europeo de derechos humanos sólo ha decidido en tres ocasiones asuntos entre estados. Irlanda contra el Reino Unido en 1978, Dinamarca contra Turquía en el 2000 y Chipre contra Turquía un año después. Bien es verdad que la jurisprudencia suave de la extinta Comisión resolvió diecisiete asuntos. La Corte Interamericana nunca ha decidido un caso entre estados aunque la Comisión se ha pronunciado en ocasiones en quejas interestatales como el caso Nicaragua contra Costa Rica de febrero del 2006 y rechazado por la Comisión el 8 de marzo del 2007. Por lo tanto, carece de eficacia práctica la propuesta argentina del juez ad hoc sólo y cuando se trate de demandas interestatales.

Convención Europea con la Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes (la formación heredera de la antigua URSS) en vigor desde el 11 de agosto de 1998.

http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=828910&portal=hbkj&source=extern_albydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649

Un criterio para analizar la bondad de las Convenciones regionales de derechos humanos y sus modificaciones en Protocolos anejos consiste en determinar si los nuevos procedimientos están orientados a la víctima, si la universalidad de los derechos humanos es afectada positivamente y si el resto de tratados y normas que rigen el área se refuerzan con este nuevo aporte. La respuesta a estas tres interrogantes desde el punto de vista de la solicitud argentina es positiva ya que añade algo nuevo al sistema de protección universal de los derechos humanos, quizás no otorga nuevos derechos pero sí nuevos procedimientos perfeccionados para llevarlos a cabo.

En contra de las consideraciones de la Corte americana en el asunto Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paniagua Morales y Otros, Resolución de 11 de septiembre de 1995

Que la naturaleza del Juez ad hoc es semejante a la de los demás jueces de la Corte Interamericana, en el sentido de no representar a un determinado Gobierno, de no ser su agente y de integrar la Corte a título personal, como dispone el artículo 52 de la Convención, en

Y del voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade

Tanto es así que la historia de la Corte Interamericana ha registrado casos de actuación de Jueces *ad hoc* cuyos votos han sido en el mismo sentido de los de los Jueces titulares o permanentes, en contra del Estado demandado.

encontramos actuaciones tan nefastas como la del voto disidente del juez ad hoc propuesto por el Congo, Jean-Yves de Cara, en el asunto Congo contra Francia de 9 de diciembre del 2002 de la Corte Internacional de Justicia, en el que justifica que el presidente de un país africano encarna a la nación y que las circunstancias y la fragilidad del Estado donde la paz civil se va abriendo camino lentamente, ameritan que el Congo acuda a la corte mundial. Alega que se ha abierto un procedimiento penal doméstico por los mismos hechos, y que la continuación del procedimiento francés violaría el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Califica el procedimiento francés como una violación de la independencia, soberanía y dignidad debida al Congo, avalando la postura del

representante de este país en las audiencias públicas. Opina que se dan todos los requisitos para que la Corte dicte las medidas provisionales y concluye que es el único camino para evitar el agravamiento del diferendo al mantener el statu quo sin alterar el equilibrio de los derechos de las partes. En un flaco favor a los que opinamos que en la mayoría de las ocasiones, afortunadamente y en virtud de la debida objetividad e imparcialidad, el sentido del voto no coincide con los intereses del país que lo eligió como juez ad hoc. Sin embargo, el Tribunal Internacional de Justicia, rechaza *in toto* ordenar las medidas provisionales solicitadas.¹⁰

El artículo 76 y 77 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el camino correcto, legal y legítimo para las nobles aspiraciones argentinas desarrolladas en sus dos preguntas, es decir, a través de enmiendas y o Protocolos adicionales.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados partes en el mismo.

Opinamos que la Opinión Consultiva no es el camino para la oportuna modificación de la Convención en materias de procedimiento.

¹⁰ http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icof/icoforder/icof_iorder_20030617.pdf