Constitución y Derechos

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Felipe **González Morales**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Derechos

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Juan Manuel Alcocer Gamba
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos

Felipe González Morales

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2018

Primera edición: julio de 2018

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos

© Felipe González Morales

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-41-7

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Mariana **Miranda López**
Alfredo **Pérez Guarneros**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Vigencia y futuro de la protección de los derechos humanos 17

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo 23
1. Introducción 23
2. Aspectos generales 24
3. Contenido y aplicación 33
4. Los conflictos armados internos y el problema del sujeto activo 44
5. ¿Una o dos disciplinas? 52
6. Conclusión 54

Modernidad, posmodernidad y derechos humanos en América Latina 55
1. Introducción 55
2. El debate modernidad/posmodernidad 56
3. El debate modernidad/posmodernidad en América Latina 64
4. Situando los derechos humanos en el debate 85
5. Conclusión 104

La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas ... 107
1. Introducción ... 107
2. Evolución del Sistema hasta el advenimiento de los gobiernos civiles ... 109
3. Evolución en el periodo 1990-1995 ... 128
4. Cambios e inercias en el periodo 1996-2001 y perspectivas de futuro ... 153
5. Balance y proyecciones ... 214

El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina ... 227
1. Introducción ... 227
2. Antecedentes generales sobre la enseñanza del Derecho en América Latina ... 228
3. Surgimiento y evolución de las clínicas jurídicas en América Latina en el periodo 1960-1990 ... 242
4. Nuevas iniciativas en el trabajo clínico en América Latina ... 245
5. Algunas preguntas recurrentes en el trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público ... 255
6. Balance, desafíos pendientes y proyecciones ... 280

Censura judicial y libertad de expresión: Sistema Interamericano y derecho chileno ... 283
1. Introducción ... 283
2. El Sistema Interamericano y la censura judicial ... 284
3. Qué tan preventivas son las responsabilidades ulteriores o de lo superfluo o no de las medidas de censura previa ... 302
4. La censura judicial durante la transición chilena ... 305
5. El derecho de generación interna chilena ... 316
6. Corolario: los peligros de la censura judicial ... 328

Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile 331
1. Introducción 331
2. La cultura de los jueces 332
3. Repensando la enseñanza del Derecho en Chile 349
4. Los estudiantes y el ejercicio práctico del Derecho ... 371
5. Conclusiones 379

Surgimiento y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990) 381
1. Introducción 381
2. Antecedentes y surgimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 382
3. La adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 388
4. La Comisión y la Corte luego de la adopción de la Convención Americana 395
5. La participación de la sociedad civil en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 411
6. Conclusiones 418

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano 421
1. Introducción 421
2. La libertad de expresión en las primeras décadas del Sistema Interamericano: desarrollo de estándares en un contexto autoritario 422
3. La libertad de expresión en el Sistema Interamericano en un contexto de transiciones a la democracia 432
4. Censura judicial 433
5. Normas de desacato 447
6. Otras formas de responsabilidades ulteriores 456
7. Un balance sobre censura previa y responsabilidades ulteriores 473

8. Acceso a la información pública 477
9. Conclusiones 483

La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el Sistema Interamericano 485
1. Introducción..... 485
2. La evolución de esta materia en el Sistema Interamericano 486
3. El alcance de los derechos fundamentales involucrados 506
4. Conclusiones 517

Los derechos de las mujeres migrantes: una perspectiva desde el Sistema Interamericano..... 519
1. Consideraciones generales..... 519
2. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ... 523
3. Los derechos de las mujeres migrantes en el Sistema Interamericano 525

El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos 537
1. Introducción..... 537
2. Caracterización general del Sistema Interamericano con especial referencia a la Comisión 539
3. Descripción general del debate y propuestas 541
4. Monitoreo de países 542
5. Medidas cautelares..... 547
6. Sistema de casos..... 550
7. Universalización 552
8. Relatorías temáticas..... 555
9. Promoción y protección..... 556
10. Otros temas 557
11. Conclusiones 561

Sistema Interamericano: balance y perspectivas en escenarios cambiantes. 563
1. Introducción. 563
2. El desarrollo institucional y de estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el contexto de sucesivos escenarios 564
3. Balance y perspectivas 581

Bibliografía 595

Para Ana María
y su maravilloso
corazón azul

Vigencia y futuro de la protección de los derechos humanos

Agradezco al Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro la oportunidad de publicar un volumen con una selección de los trabajos en materia de derechos humanos que he elaborado a lo largo de los últimos 25 años. Escribí estos trabajos en las diversas funciones que he desempeñado a lo largo de estos años, como académico, miembro de la sociedad civil y comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. He conservado las dedicatorias que ellos incluyeron al momento de su publicación, las que renuevo ahora que salen otra vez a la luz pública estos artículos.

En estas líneas introductorias no aspiro a sintetizar las principales ideas que atraviesan los trabajos que aquí se reúnen, sino que quisiera detenerme en un tema de carácter general y de permanente relevancia. Me refiero a que varios de los trabajos publicados en este libro, y en particular en el titulado "Modernidad, posmodernidad y derechos humanos" —publicado hace más de 20 años—, gira en torno a la cuestión del nivel de arraigo de tales derechos en la cultura de los países. Se trata de una cuestión central, puesto que de esa legitimidad interna depende en amplia medida que se sostengan las bases de la protección de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional. El asunto mantiene plena vigencia, especialmente en un contexto de resurgimiento de los nacionalismos en diversas partes del mundo, a menudo cargados de racismo y xenofobia. El hecho de que algunos de los procesos electorales recientes en Europa hayan mantenido en vilo no solo a la ciudadanía de esos países, sino

también al resto del globo, pone de manifiesto la contingencia del actual estado de cosas.

Lo cierto es que los nacionalismos nunca han desaparecido y ya al término de la Guerra Fría ello se apreció de manera dramática con el conflicto armado en la ex-Yugoslavia y en masivos crímenes contra la humanidad en varios países de África. Pero lo que ha sucedido en la presente década es que en aquellos países y culturas en los que se suponía que los derechos humanos se hallaban más arraigados también han comenzado a advertirse fisuras.

En términos normativos, resulta evidente que en los últimos 20 años se han producido avances de importancia en el derecho internacional de los derechos humanos. Ello se aprecia, en una parte, a nivel sustantivo de la consagración de dichos derechos y de la regulación de los mismos. Se han adoptado una serie de nuevos instrumentos, incluyendo tratados, protocolos adicionales que refuerzan tratados previos, declaraciones y resoluciones. También se trasunta de las transformaciones a nivel institucional, de entre las cuales resaltan, entre otras, la creación del Alto Comisionado de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional, el acceso directo para las víctimas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como de algunos mecanismos creados por los nuevos tratados, especialmente en las Naciones Unidas. En el caso del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que reemplazó a la antigua Comisión, si bien implicó un cierto progreso, en el balance aquel no ha satisfecho el nivel de las expectativas generadas.

Estas transformaciones han tenido también un impacto a nivel interno de muchos Estados: nunca antes existieron tantos regímenes democráticos como en la actualidad. Con todas las insuficiencias que muchos de ellos puedan tener, especialmente en términos de respetar a cabalidad las garantías propias de un Estado de derecho, no son comparables a las dictaduras que hasta no hace mucho asolaban gran parte del mundo.

De alguna manera, la intensa discusión que tuvo lugar en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por las Naciones Unidas en 1993 —la cual se describe en el artículo de este libro arriba mencionado— ya contenía la dualidad que ha

marcado la evolución desde entonces. Si se recuerda, en dicha Conferencia, que tuvo en lugar en el contexto de los primeros años de concluida la Guerra Fría, quedó en evidencia que persistían diferentes visiones sobre el derecho internacional de los derechos humanos, ya no entre los antiguos bloques occidental y socialista, sino en otros sentidos. En particular, ello se reflejó en los fuertes debates que tuvieron lugar acerca de la cuestión de la universalidad de los derechos humanos *versus* el relativismo cultural.

Junto con los aspectos anteriores, no puede pasarse por alto que los problemas en materia de eficacia de los estándares internacionales de derechos humanos se han vuelto más patentes. Esto no quiere decir que la eficacia sea menor que en el pasado, sino que el fortalecimiento de los estándares internacionales y la difusión de los mismos no han ido de la mano con un mejoramiento de la misma magnitud en su implementación. Ello representa un problema de importancia, claro está, distinto al que se vivía en el pasado, pero serio sin lugar a dudas, al crearse expectativas en la ciudadanía de los países que no son satisfechas adecuadamente. En este sentido, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, primero con la labor del Comité DESC de la ONU y luego con el trabajo de otros mecanismos de las Naciones Unidas y de los sistemas regionales, se ha visto fortalecida la tesis de su obligatoriedad. La misma Conferencia Mundial de 1993 ya mencionada vino a reforzar esta tarea, al proclamar la indivisibilidad de los derechos humanos, entendiendo que se trata de un continuo de derechos civiles, políticos económicos, sociales y culturales y no, como se asumía tradicionalmente, de una dicotomía entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro. Sin embargo, este desarrollo normativo no ha ido necesariamente acompañado de un progreso efectivo en la materia de similar entidad. Las experiencias de los países son dispares, aunque un rasgo común a muchos de ellos es que se han producido mejoras en la disminución de la pobreza, al tiempo que se aprecia en muchos de ellos niveles crecientes de desigualdad.

Hay dos grandes áreas en las que se han experimentado avances de magnitud, tanto en términos normativos como de efecti-

vidad. Me refiero a la justicia transicional y a la protección de los derechos humanos de los colectivos en situación de vulnerabilidad. En la primera materia, son especialmente destacables las iniciativas de las Naciones Unidas mediante la creación, a partir de los años noventa, de una serie de tribunales penales para encarar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en varios Estados, lo que desembocó en la creación de la Corte Penal Internacional. Estos desarrollos, junto con la adopción de nuevos instrumentos internacionales y el establecimiento de una serie de mecanismos han venido a consolidar el trabajo en la materia, con el objeto de alcanzar la verdad y la justicia respecto de las violaciones graves a los derechos humanos. A nivel regional, este fortalecimiento también ha tenido lugar, destacando particularmente al respecto el desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la jurisprudencia de la Corte y la Comisión Interamericana. Conforme al derecho internacional, la confrontación de crímenes graves ya no está más entregada a la discreción de los regímenes democráticos sobrevinientes, sino que estos poseen la obligación de asumir esa tarea. Desde luego, se está todavía lejos de alcanzar un pleno cumplimiento de esta obligación por parte de los Estados, pero las experiencias recientes dan cuenta de que, en la práctica, ellos no pueden simplemente desentenderse al respecto y son sujetos a un escrutinio internacional e interno significativo.

En cuanto a la protección de los derechos humanos de los colectivos en situación de vulnerabilidad, a primera vista, la afirmación de que ha habido avances importantes pudiera resultar controvertida, ya que continúan viendo gravemente afectados tales derechos en muchos países. Sin embargo, si se observa el asunto con mayor detenimiento, se advertirá que lo que sucede es que muchas prácticas que en la actualidad son apreciadas —correctamente— como violaciones a los derechos de dichos colectivos, anteriormente no eran consideradas en absoluto como tales. En diversos ámbitos, tales como la situación de las mujeres, niños y niñas, pueblos indígenas, personas que viven con discapacidades y otros colectivos, se solían asumir como legítimas normas y prácticas que los colocaban en una situación de abierta desigualdad (normativa y práctica), bajo el argumento de que con ello se les protegía; así, una visión paternalista dotaba de invisibilidad

a las extensas violaciones que tenían lugar. Asimismo, especialmente en lo que se refiere a mujeres y a niños y niñas, se asumía que muchas prácticas quedaban circunscritas al ámbito de lo privado, excluidas por tanto del escrutinio público, con lo cual tampoco entraban en el ámbito de los mecanismos de garantía de sus derechos humanos. La evolución que ha tenido lugar a nivel de los sistemas internacionales de protección, así como en muchos Estados, han conducido a una creciente visibilidad de la situación de los colectivos en situación de vulnerabilidad, así como al reconocimiento de que la antigua concepción "protectora" resulta incompatible con los estándares internacionales. En este sentido, se han adoptado numerosos instrumentos y creado o reforzado diferentes mecanismos tanto en la ONU como en los sistemas regionales. Todo ello ha redundado en que los colectivos vulnerables hoy tengan voz ante la comunidad internacional, voz de la cual carecían antiguamente.

La situación de los migrantes y refugiados, sin embargo, parece apartarse de la descripción recién hecha a propósito de otros colectivos vulnerables. La magnitud que han alcanzado las migraciones y las solicitudes de asilo y refugio han conducido a no pocos Estados a reacciones contrarias al derecho internacional. Ello ha ocurrido incluso en países en los que se supone que la concepción de los derechos humanos se halla bien asentada en la cultura interna. Más aún, esas reacciones han atizado tendencias xenofóbicas que ponen en entredicho valores humanistas que parecían incuestionables en dichas sociedades.

Es muy importante tener en cuenta que el trato que se dé a los migrantes y refugiados puede ser la antesala del que se otorgue el día de mañana a los propios nacionales más débiles. Es el propio Estado de derecho el que puede verse amenazado.

De allí la relevancia de mantener en alto la concepción de los derechos humanos, de reforzar su consagración a nivel internacional e interno y de fortalecer su eficacia a través de mecanismos operativos. Este es el gran desafío para las organizaciones internacionales, para los Estados y para la sociedad civil.

Felipe González Morales

Mayo de 2017

Derechos humanos y derecho humanitario: un análisis comparativo*

1. Introducción

Los derechos humanos, a la vez como disciplina de estudio y como sistema normativo, han seguido un curso distinto al del derecho humanitario. Históricamente ello ha sido así y en la actualidad esta tendencia continúa.

Tal situación no implica, sin embargo, una ausencia de vínculos entre estas dos disciplinas. Muy por el contrario, ellas mantienen entre sí estrechos lazos.

Y es precisamente a partir de la constatación de dichos lazos que surge la pregunta por la conveniencia de mantener estas dos disciplinas, estos dos cuerpos normativos, como sistemas independientes.

El propósito de este apartado es caracterizar los puntos de encuentro básicos entre los derechos humanos y el derecho humanitario, así como las diferencias que ellos presentan. Asimismo, se pretende mostrar sus puntos de complementación, la manera en que ellos se apoyan y fundamentan, teórica y prácticamente, en forma recíproca.

La regulación de los conflictos armados internos por parte del derecho humanitario es estudiada con mayor detenimiento, considerando que se trata de un problema de importantes alcan-

* Este trabajo fue publicado originalmente en *Cuadernos de Análisis Jurídico,* núm. 27, Universidad Diego Portales, 1993.

ces prácticos, donde la confluencia de estas dos disciplinas resulta sumamente relevante.

Por último, se discute la posibilidad de hacer confluir estos dos sistemas en un solo conjunto de normas.

Dado el amplio alcance de sus propósitos, este apartado no pretende ser exhaustivo. Así, en tanto se examinan de manera detenida algunos problemas que resultan especialmente relevantes, otros son tratados a título básicamente ilustrativo, a fin de ofrecer un panorama general del tema.

2. Aspectos generales

2.1. Evolución histórica de los derechos humanos y del derecho humanitario

Elementos de derechos humanos y derecho humanitario pueden observarse desde la antigüedad en el desarrollo de los sistemas jurídicos.

En relación con los derechos humanos, ya en el derecho romano y en el derecho natural de inspiración religiosa, es posible hallar elementos recogidos posteriormente por la doctrina de los derechos humanos. Generalmente, la Carta Magna, de 1215, es vista asimismo como un antecedente de la moderna concepción de los derechos humanos.[1]

No obstante, tales antecedentes, siendo de indudable importancia, carecían de algunos rasgos esenciales de la doctrina de los derechos humanos.

En primer lugar, antes del siglo xx los derechos humanos nunca fueron tratados de una manera sistemática. Es cierto que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1791) o en la Bill of Rights (Estados Unidos, 1791) se

[1] Para una exposición más detallada acerca de la evolución histórica de los derechos humanos y de por qué se trata de una formulación típicamente moderna, véase González, Felipe, *Los derechos humanos como fundamento crítico del orden jurídico interno,* Cuaderno de Trabajo núm. 10, Programa de Derechos Humanos, Santiago, 1989, p. 11.

contienen extensas enumeraciones de derechos, pero no puede hablarse aún de una disciplina ni de un sistema de normas independiente. Este último fenómeno tiende a producirse solo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, consolidándose de manera más consistente con la promulgación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos abiertos para su suscripción en 1966.

En segundo término, el carácter internacional de los derechos humanos prácticamente surge solo a partir de los juicios de Núrenberg y Tokio y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asimismo, la implementación de órganos especializados en derechos humanos, dentro del contexto de la ONU como en otros sistemas para su protección, ha contribuido a fortalecer esta tendencia. Esta naturaleza internacional de los derechos humanos es esencial, puesto que uno de los rasgos distintivos de las violaciones a los derechos humanos es que de ellas se deriva una responsabilidad internacional para los Estados infractores.

De esta manera, no es solo que en las últimas décadas haya proliferado y se haya estructurado un sistema de normas para la protección de los derechos humanos, sino que además ciertos rasgos elementales de esta doctrina —como su carácter internacional y la responsabilidad correlativa que para los Estados ella conlleva— no existían en absoluto en el pasado.

A este respecto, la situación del derecho humanitario es diferente a la de los derechos humanos. Desde luego, la normativa del derecho humanitario se ha vuelto más rica y se ha visto notablemente favorecida durante el siglo xx. No obstante ello, el sistema normativo del derecho humanitario como tal ya existía. Menos elaborado y no tan difundido, claro está, pero existía.

En este sentido, el carácter internacional del derecho humanitario estuvo siempre fuera de dudas, porque su función consistía precisamente en regular los conflictos armados de carácter internacional. La aplicación de las normas del derecho humanitario a conflictos armados de carácter interno, en cambio, es de aplicación más reciente.

La sujeción de un Estado a las normas del derecho humanitario nunca fue vista como una intromisión en los asuntos internos

de ese Estado. En este particular, la aplicación de estas normas nunca fue entendida como una amenaza al derecho de autodeterminación de un pueblo.

Más aún, el concepto de soberanía, de tan amplio alcance hasta muy avanzado este siglo, no se vio en pugna con la implementación del derecho humanitario. Muy probablemente, la razón básica para ello fue que el derecho humanitario siempre tuvo efectos benéficos muy concretos para todos los Estados. De hecho, es difícil concebir una guerra en la que incluso al Estado victorioso no le sean tomados prisioneros y exija, por lo mismo, un adecuado trato para ellos. O, lo que es tanto o más importante, todo Estado envuelto en un conflicto bélico ha perseguido siempre proteger a su población civil. De esta forma, los efectos benéficos para los Estados derivados de la aplicación del derecho humanitario parecen haber sido decisivos para su eficacia práctica.

La pregunta es en qué medida el derecho humanitario y los derechos humanos se han equiparado en este respecto, considerando el desarrollo experimentado por los derechos humanos en los últimos decenios. Para responder a esta pregunta es necesario analizar una serie de problemas, generales y específicos, cuestión que haremos en las próximas páginas.

La pregunta, acaso se han equiparado ambas disciplinas, es también relevante para determinar la conveniencia de hacer confluir el derecho humanitario y los derechos humanos en una sola disciplina.

2.2. Bases y principios

Por lo que se refiere a sus bases y principios, el derecho humanitario y los derechos humanos se encuentran estrechamente ligados. Esto queda en evidencia desde el comienzo del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. El impulso para crear una normativa internacional surgió como consecuencia de las atrocidades acontecidas durante la Segunda Guerra Mundial. Por cierto, el derecho humanitario ya se encontraba bastante desarrollado para la época de la Segunda Guerra Mundial, y muchas

de sus disposiciones fueron infringidas en el transcurso de ese conflicto armado. La concepción de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, entonces, aparece como una consecuencia de la necesidad de transformar en una práctica permanente de los Estados el respeto a principios básicos que subyacían desde antes en el derecho humanitario.

En este sentido, en el primer instrumento internacional de amplio alcance concerniente a derechos humanos, esto es, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se expresan precisamente esos principios, que están también en la raíz del derecho humanitario. Así, la dignidad humana y la igualdad básica entre los seres humanos son los pilares de los derechos humanos, según se expresa en el preámbulo de la Declaración Universal. Estos dos criterios elementales continuarán siendo las bases de la normativa de derechos humanos en los tratados subsecuentes.

Por lo que concierne al derecho humanitario, un criterio fundamental es el principio de humanidad. Como ha escrito Siordet, "todas las disposiciones de este derecho (el derecho humanitario) no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos son antes que nada seres humanos y que nada, ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige".[2] Esto significa que los seres humanos deben ser tratados con el respeto que es inherente a su dignidad. De esta forma, la confluencia con los principios subyacentes a los derechos humanos es clara.

El principio de no discriminación ha adquirido progresivamente fuerza en el derecho humanitario. De hecho, fue solamente en 1949 que se eliminó la posibilidad de discriminar entre soldados rendidos fuera de combate sobre la base de su raza, religión, sexo, nacimiento, riqueza u otro criterio similar. Se advierte aquí el estrecho paralelo que han llevado en su evolución en las últimas décadas los derechos humanos y el derecho humanitario. En efecto, el énfasis en el principio de no discriminación apareció en la década de los cuarenta en los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos.

[2] Frederic Siordet, *Inter Arma Caritas,* Ginebra, ICRC, 1947.

Por el trascendental papel que le ha correspondido en el desarrollo del derecho humanitario, el propósito fundamental perseguido por el Comité Internacional de la Cruz Roja resulta relevante. Este propósito está designado por el aserto *inter arma charitas*. La expresión latina *charitas* no está tomada en este contexto en su acepción cristiana o religiosa, sino que se refiere justamente al principio de humanidad al que antes nos hemos referido.

2.3. Soberanía y autodeterminación

Como hemos señalado, el problema de la soberanía estatal y la autodeterminación de los pueblos continúa en alguna medida vigente en relación con los derechos humanos.

En el presente, en el nivel de la normativa de los derechos humanos, este es un conflicto mucho más aparente que real, puesto que numerosas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos autorizan de manera explícita la investigación y el pronunciamiento de organismos internacionales respecto de la situación interna de los Estados en materia de derechos humanos.

En la práctica, sin embargo, el problema subsiste. Es cierto que la noción tradicional de soberanía, que la concebía como un bastión infranqueable para la comunidad internacional, ha perdido fuerza, pero usualmente los Estados que cometen las más graves violaciones de los derechos humanos continúan invocando el concepto tradicional de soberanía para evitar el escrutinio de la comunidad internacional.

No obstante, parece altamente probable que la tendencia a restringir el concepto de soberanía continuará, y que cada vez será más difícil en la práctica excusarse sobre estas bases.

La reducción de la soberanía de los Estados no ha sido tarea fácil para la comunidad internacional. Tradicionalmente, este concepto jugaba un papel muy importante. Para Donnelly, ello obedece a que "los derechos humanos son primariamente un problema nacional, esto es, los derechos humanos están relacionados antes que nada con cómo el gobierno trata a sus propios

habitantes".[3] El problema de la expresión "nacional" es que puede resultar algo equívoca en este contexto, como si justificase en alguna medida las tradicionales resistencias de los Estados al control internacional en materia de derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos implicó un importante cambio de perspectiva respecto del tema de la soberanía. Sin embargo, en un comienzo la Declaración no tenía bases muy fuertes. Habiendo sido aprobada por unanimidad, no obstante, fue objeto de algunas abstenciones, como en el caso de la Unión Soviética, Arabia Saudita y Sudáfrica. Estas abstenciones podrían haber causado eventualmente un problema respecto del estatus de la Declaración como parte del derecho consuetudinario internacional. No obstante, en las décadas siguientes la Declaración llegó a ser considerada, al menos en sus partes más importantes, como derecho consuetudinario.

El otro problema de la Declaración es que en un comienzo era considerada una suerte de conjunto de propósitos o fines a alcanzar. Esta situación también evolucionó, y así, la Declaración es considerada ahora jurídicamente vinculante. Un ejemplo de esta evolución es el hecho de que solo cinco años después de la Declaración, la Comisión de las Naciones Unidas sobre la situación racial en Sudáfrica señalara que "como resultado (de la Carta de la ONU), la frontera entre la jurisdicción interna y las regulaciones internacionales ha llegado a ser difusa".[4] La Comisión añadió en esa oportunidad que "las Naciones Unidas están incuestionablemente justificadas para decidir que una materia está esencialmente fuera de la jurisdicción interna de un Estado cuando dicha materia envuelve una sistemática violación de los principios de la Carta relativos a derechos humanos, y muy especialmente cuando se refiere a problemas de no discriminación...".[5]

Los dos pactos de 1966 vinieron a consolidar la restricción del concepto de soberanía. El punto más relevante al respecto es

---

3 Donnelly, Jack, "International Human Rights: A Regime Analysis", en *International Organizations,* vol. 40, núm. 3, 1986, p. 599.

4 Report of the United Nations Commission on the Racial Situation in the Union of South Africa, 3 oct 1953.

5 *Idem.*

el hecho de que estos pactos no permiten asomo de duda acerca de su carácter jurídicamente vinculante. Por tanto, las limitaciones a la soberanía quedan explícitamente establecidas mediante la suscripción de estos convenios. En este sentido, resulta acertada la observación de Henkin, cuando anota que "en virtud del principio *pacta sunt servanda,* las partes de un Tratado no solo renuncian al derecho a *non-performance,* sino que adquieren el derecho a pedir cuentas a cualquier otra parte si existen bases para creer que las disposiciones del Pacto no están siendo total y efectivamente implementadas. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una intervención ilegítima...".[6]

De esta manera, la reducción del concepto de soberanía en la normativa internacional de derechos humanos ha llegado a un punto tal que parece irreversible en las relaciones entre los Estados.

Sin embargo, en la práctica, aunque menguada, esta excusa no ha desaparecido por completo. Más aún, los gobiernos que cometen masivas violaciones de los derechos humanos continúan buscando nuevas fórmulas para excusarse, excusas que en el fondo están muy relacionadas con el antiguo concepto de soberanía.

La excusa que ha llegado a ser más recurrente está supuestamente basada en el derecho de los pueblos a autodeterminarse. Esta justificación, por cierto, es espuria. Ella distorsiona completamente el concepto de autodeterminación. Esto resulta palmario desde el momento en que los instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren a la autodeterminación lo hacen precisamente buscando la protección de esos derechos.

Bien entendido, el concepto de autodeterminación de los pueblos no implica una limitación para el escrutinio de la comunidad internacional acerca de la situación interna de los Estados. En cambio, dicho concepto está dirigido a garantizar la participación de la población interna en la generación de sus autoridades, así como a combatir una interpretación absolutista de los derechos humanos, que no atendiera a las características y peculiaridades de cada país (en el sentido de que la normativa internacional de derechos humanos no provee una completa regulación para el

[6] Henkin, Louis, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights,* Columbia University Press, 1981, p. 1.

derecho interno de cada Estado, sino solo sus pautas más importantes).

La situación del derecho humanitario difiere en este respecto a la de los derechos humanos. Como hemos señalado, el concepto de soberanía nunca ha significado un serio obstáculo para la implementación del derecho humanitario.

El derecho humanitario se consolidó durante siglos en el derecho consuetudinario y, a partir del siglo pasado y especialmente en el presente siglo, ha adquirido gran vigor por medio de numerosos tratados, que abordan de manera muy detallada su regulación. Además, se trata de convenciones que han sido suscritas por prácticamente la totalidad de los Estados del orbe, lo que indudablemente las dota de una especial fuerza.

2.4. La intervención humanitaria

La tensión extrema entre los asuntos internos de un Estado y el papel de la comunidad internacional de velar por la protección de los derechos humanos se manifiesta de manera palmaria en el dilema de la intervención humanitaria. Este problema, además, demuestra en la práctica la ligazón indisoluble entre los derechos humanos y el derecho humanitario.

Donnelly ha señalado que "la esencia de la intervención es el envolvimiento foráneo en los asuntos internos de un país; la violación —fuera del caso de guerra— de los derechos de soberanía; la infracción de la independencia política de un Estado".[7]

Sin embargo, lo que ha variado y continúa variando es lo que se entiende por "asuntos internos" o por "soberanía" de un Estado, en una época como la actual en la que se considera que todos los países, sea que hayan o no suscrito los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, están obligados por el derecho consuetudinario al respeto de estos últimos.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la reducción de la soberanía de un Estado no es en favor de otro Estado

[7] Donnelly, Jack, *op. cit*.

en particular, sino de la comunidad internacional como conjunto. Por lo mismo, la intervención por parte de un Estado en particular o de un grupo de Estados no puede ser determinada por ellos solos. La protección de los habitantes de un Estado respecto de su propio gobierno no es suficiente justificación cuando los Estados particulares no representan a la comunidad internacional.

A ello se suma el problema de que las decisiones de Estados en particular suelen ser extremadamente subjetivas en este respecto, careciendo generalmente de pautas definidas que guíen sus decisiones. Una de las más recurrentes prácticas ha sido la apelación a un "interés nacional" para intervenir. Históricamente este ha demostrado ser un concepto muy flexible, que permite emprender toda clase de acciones, incluyendo intervenciones colonialistas.

El interés nacional, por tanto, debe subordinarse a la comunidad internacional como conjunto cada vez que hay un problema que trasciende las fronteras de un Estado. En la situación presente de la comunidad internacional —con su fortalecimiento como un sistema de instituciones, normas y prácticas— pareciera claro que el interés nacional no puede continuar siendo una materia aislada de esa comunidad. En consecuencia, un Estado en particular o grupo de Estados no puede desempeñar un papel que hoy en día le corresponde a la comunidad internacional.

Ahora bien, si existen ciertas bases para una intervención humanitaria por parte de la comunidad internacional, ellas no podrían ser sino gravísimas y masivas violaciones de los derechos humanos. El derecho consuetudinario concerniente a los derechos humanos puede proporcionar pautas a este respecto: gravísimas y masivas violaciones de las normas básicas del derecho consuetudinario podrían ser el criterio. Las más importantes son el genocidio —el cual es un crimen grave y masivo por definición— y la trata de esclavos.

A mi juicio, estándares de esta naturaleza debieran quedar establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin de evitar al máximo posible cualquier riesgo de arbitrariedad o discrecionalidad. Asimismo, sería indispensable revisar las normas relativas a los órganos de la ONU que participan en estas decisiones. Otros elementos deberían quedar también

asegurados adecuadamente, como que la intervención no ocurra mucho tiempo después de las violaciones de derechos humanos, y que ella sea tan corta como resulte posible.

Pero más allá de los requerimientos de carácter procedimental y orgánico, lo que resulta claro a estas alturas del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es que la única justificación para una intervención humanitaria podría radicar en la protección de esos derechos en circunstancias muy extremas.

3. Contenido y aplicación

3.1. Materias reguladas por cada disciplina

A. Dado que las bases y principios del derecho humanitario y los derechos humanos son similares, las normas de una y otra disciplina apuntan a la protección de ciertos derechos básicos comunes.

Lo anterior es especialmente claro en lo que se refiere a los derechos civiles y políticos. Esta clase de derechos constituye probablemente el núcleo de la normativa de derechos 2. Las primeras declaraciones nacionales de derechos humanos contenían únicamente disposiciones relativas a derechos civiles y políticos. Fue justamente a partir de estos derechos que se estructuraron los primeros instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se desarrollaron más tarde.

Este proceso es concordante con la evolución del contenido del derecho humanitario. Históricamente, los derechos civiles y políticos fueron el contenido fundamental del derecho humanitario y continúan siéndolo hasta la actualidad. La protección de estos derechos durante conflictos armados ha sido el objetivo elemental del derecho humanitario. Sin embargo, en las últimas décadas se han incorporado algunas normas que tienden a proteger ciertos derechos económicos y sociales básicos en conflictos armados. Por ejemplo, en el marco de la protección de la población civil se incluyen algunas disposiciones para evitar la hambruna entre las personas afectadas por la guerra.

De cualquier modo, los derechos civiles y políticos siguen siendo el núcleo básico del derecho humanitario. Entonces, en el fondo, lo que ocurre es que son los mismos derechos fundamentales los que son protegidos bajo distintas circunstancias a través de los derechos humanos y por medio del derecho humanitario. Como ya veremos, sin embargo, la clásica asociación entre derechos humanos y tiempo de paz por una parte y derecho humanitario y tiempo de guerra por la otra envuelve una simplificación de la realidad de estas disciplinas.

B. El carácter de las disposiciones del derecho humanitario es mucho más específico que el de las disposiciones de los derechos humanos. Pareciera haber dos razones básicas para ello.

Primero, como ya hemos apuntado, el interés recíproco de los Estados en el cumplimiento de las normas del derecho humanitario es mucho más claro y evidente que en el caso de los derechos humanos.

Segundo, el derecho humanitario regula básicamente situaciones de carácter internacional (salvo los casos del art. 3 Común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II), lo que permite abordar de manera más homogénea los problemas. En cambio, la normativa internacional de derechos humanos, en la medida en que se dirige en definitiva a velar por su protección en el orden interno de los Estados, resulta más compleja y heterogénea, toda vez que las realidades internas de los países son diferentes.

En cierta medida, podría decirse que lo que hace el derecho humanitario con las normas generales de derechos humanos guarda similitud con lo que hacen los ordenamientos jurídicos nacionales. En efecto, el derecho humanitario desarrolla elementos específicos y detallados, generalmente a partir de ciertas normas generales de derechos humanos. El derecho humanitario cumple esta tarea haciendo las adaptaciones necesarias, ya que se trata de normas para la regulación de conflictos armados.

C. Muchas regulaciones del derecho humanitario son en el fondo aplicación de derechos civiles a tiempo de guerra. Considérese de partida el contenido de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El primer Convenio persigue el mejoramiento de la condición de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en tierra.

El segundo apunta al mismo objetivo, pero en el mar. El tercero regula el trato que se les debe dar a los prisioneros de guerra. Y el cuarto protege a la población civil. Es claro que los cuatro Convenios, bases del derecho humanitario actual, se dirigen en último término a la protección de derechos civiles.

En el Protocolo II, complementario a los Convenios de Ginebra, se contienen asimismo importantes regulaciones relativas a derechos civiles. Así, el artículo 4 del Protocolo enumera un listado de garantías fundamentales, establece la prohibición de una serie de acciones y protege a los niños.

Lo propio ocurre en el artículo 6 del mismo Protocolo, que se refiere al debido proceso en situaciones de guerra. Se trata de una disposición del mayor interés. El debido proceso es la clave para la protección de los demás derechos. Sin él, los demás derechos pueden volverse fácilmente ilusorios o su protección ser solo parcial.

A este respecto, el Protocolo II viene a incorporar importantes regulaciones sobre el debido proceso que habían ido desarrollándose en la normativa de los derechos humanos.

El artículo 6.2 establece que los tribunales deberán reunir características esenciales de independencia e imparcialidad. Para su aseguramiento, seis requisitos en particular son exigidos, incluyendo el carácter personal de la responsabilidad penal; la irretroactividad de la ley penal —excepto cuando sea en beneficio del acusado—, la presunción de inocencia; el derecho a no ser compelido a testificar contra sí mismo o a confesar culpa, etcétera.

Impone además el artículo 6 ciertas restricciones a la aplicación de la pena de muerte[8] y exige que el acusado sea notificado acerca de los recursos y plazos de que dispone, entre otras regulaciones.

Otros derechos civiles elementales contenidos en las normas de derechos humanos se encuentran también en el derecho humanitario. Por ejemplo, el derecho a la vida, que aparece con-

[8] Ella queda prohibida para los menores de 18 años y las mujeres embarazadas o con niños pequeños.

templado no solo en los instrumentos de la ONU, sino además en diversos textos regionales —Convención Americana, Convención Europea—, se halla desarrollado en detalle en el derecho humanitario.

Con respecto al derecho a la vida hay una diferencia básica entre ambas disciplinas, toda vez que mientras que en los textos de derechos humanos solo se reconocen como excepciones la pena de muerte y la muerte de otra persona en legítima defensa, en el derecho humanitario dar muerte a un combatiente enemigo, cumplidas ciertas condiciones, no es un acto que merezca sanción.

De ahí que el derecho humanitario deba entrar a una regulación mucho más pormenorizada, comenzando por la distinción básica entre personas protegidas y no protegidas. El derecho humanitario regula además otras prohibiciones, como la de dar muerte a personas indefensas, a personas que se han rendido y otras condiciones complejas, como la prohibición de efectuar ataques indiscriminados.

Por lo que se refiere al derecho a la libertad personal, los instrumentos de derechos humanos solo contemplan como excepciones el caso de quienes hayan cometido delitos, además de las restricciones que se autorizan para casos de estados de excepción. Y de hecho, tales textos no regulan con exhaustivo detalle la situación de los prisioneros, materia que queda entregada a las normas internas de cada Estado (las que, claro está, deberán respetar las pautas básicas contenidas en los textos de derechos humanos).

Por el contrario, el derecho humanitario contiene vastas regulaciones referidas a restricciones a la libertad personal. Las más exhaustivas de ellas se refieren al tratamiento debido a los prisioneros de guerra. El derecho humanitario comprende además la prohibición de tomar rehenes y deportar civiles, entre otras.

3.2. Ámbito de aplicación

Cuando se habla del ámbito de aplicación de los derechos humanos y del derecho humanitario, la primera idea que se viene a la

mente es que ellos corresponden, respectivamente, al tiempo de paz y al tiempo de guerra.

Esta extendida noción puede dar lugar a confusiones. El derecho humanitario, es cierto, se aplica en forma prácticamente exclusiva en tiempo de conflictos armados. La aplicación de los derechos humanos, en cambio, es mucho más compleja y, en realidad, corresponde tanto a tiempo de paz como de guerra.

El derecho humanitario resulta aplicable en tiempo de paz exclusivamente en el caso de ocupación de un territorio. En esta circunstancia, la Cuarta Convención de Ginebra es aplicable. Esta es la presente situación, por ejemplo, de la ocupación israelí en la margen occidental del río Jordán.[9] Ello no significa que el derecho de los derechos humanos no tenga aplicación. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha enviado monitores a los territorios ocupados por Israel basándose en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Quigley cita el ejemplo de una resolución que solicitó a Israel "cumplir con sus obligaciones de acuerdo a la Convención de Ginebra relativa a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás resoluciones pertinentes adoptadas por diversos organismos".[10]

Pero la regla general en tiempo de paz es que únicamente los derechos humanos tengan aplicación. En este contexto, ellos operan con pleno vigor, sin perjuicio de las limitaciones permanentes a esos derechos y las transitorias derivadas de estados de excepción.[11]

---

9 Véase Quigley, John, "The Relation between Human Rights and the Law of Belligerent Occupation. Does an Occupied Population Have a Right to Freedom of Assembly and Expression?", en *Boston College International & Comparative Law Review,* vol. 12, núm. 1, 1989.

10 Cit. por Quigley, John, "David *v.* Goliath: Humanitarian Law and Human Rights Law in light of the Palestinian right of self-determination and right to recapture territory taken by force", en *Journal of International Law and Politics,* vol. 21, núm. 2, ,1989, p. 500.

11 Véase González, Felipe; Mera, Jorge y Vargas, Juan Enrique, *Protección Democrática de la Seguridad Interior: estados de excepción y derecho penal político,* 1991, pp. 141-221.

En situaciones de perturbación del orden público, el derecho humanitario no tiene aplicación. Ello no obsta que el Comité Internacional de la Cruz Roja pueda visitar detenidos. Sin embargo, al hacerlo, obra conforme a sus propios Estatutos, no a las Convenciones de Ginebra. Así ocurrió, sin ir más lejos, en el caso de Chile durante la dictadura de Pinochet.

Valga la observación de que los gobiernos autoritarios suelen invocar la presencia de un estado de guerra interna en circunstancias en que a lo sumo existe una alteración de la tranquilidad pública —a menudo causada por los "ímpetus" de las propias autoridades—. Curiosamente, sin embargo, en el contexto de esta falacia las autoridades no aplican el derecho humanitario, al tiempo que pretenden justificar sus violaciones a los derechos humanos.

En circunstancias de verdaderas alteraciones internas, los derechos humanos pueden legítimamente ser objeto de ciertas restricciones. En el derecho internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos proporciona pautas para ello. El Pacto establece, en efecto, que solo una amenaza actual e inminente para la vida de una nación justifica restricciones a los derechos humanos.[12] Este provee, además, que nos hallamos en presencia de una amenaza a la vida de la nación cuando concurren copulativamente dos elementos: 1. dicha amenaza afecta a la población como conjunto y al todo o parte del territorio de un Estado, y 2. ella implica una amenaza a la integridad física de la población, a la independencia política o a la integridad territorial del Estado o a la existencia o funcionamiento básico de las instituciones indispensables para la protección de los derechos contenidos en el Pacto.

Estos criterios para la restricción de los derechos humanos han sido objeto de análisis en diversas conferencias y seminarios de expertos. Una de las más importantes fue la reunión de Siracusa, Italia, en 1984, convocada por la Comisión Internacional de Juristas.[13]

---

12 Art. 39, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

13 Véase "Principios de Siracusa sobre disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". En lengua castellana, fueron publicados en *La Revista,* núm. 36, Comisión Internacional de Juristas, 1986.

La situación se vuelve más compleja en el caso de conflictos internos armados de baja intensidad, por ejemplo, cuando aparecen movimientos insurgentes. En este contexto operan simultáneamente el derecho humanitario y los derechos humanos. Lo propio sucede en los conflictos armados internos de alta intensidad. Estas situaciones y sus alcances se estudiarán con mayor detalle en el numeral 1.4 de este trabajo, pero desde ya vale la pena dejar asentados algunos criterios.

En conflictos armados de baja intensidad, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra es aplicable. Este artículo se refiere, sin definirlo, "a un conflicto armado de carácter no internacional". Al respecto, Goldman ha anotado: "En los hechos y en la práctica , este es aplicable a las confrontaciones armadas abiertas que tengan baja intensidad entre fuerzas armadas relativamente organizadas o grupos armados, que se suscitan exclusivamente dentro del territorio de un Estado en particular".[14]

Existen también ciertas reglas del derecho consuetudinario humanitario aplicables a la especie, que expondremos más adelante.

Respecto de los derechos humanos, estos pueden ser objeto de mayores restricciones. Eventualmente, algunos derechos podrían ser derogados si el conflicto se intensificase. De suyo, la sola vigencia del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra no significa que exista una amenaza para la vida de la nación. Por lo mismo, no es incompatible la vigencia del artículo 3 común, que no es por sí solo base para declarar un estado de excepción, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso de conflictos armados de alta intensidad, tanto el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra como el derecho consuetudinario humanitario continúan en aplicación y además, en tanto el Estado sea parte, se aplicará asimismo el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. Por lo demás, el

[14] Goldman, Robert, "Algunas reflexiones sobre derecho internacional humanitario y conflictos armados internos", ponencia presentada al Segundo Seminario de la Comisión Andina de Juristas, seccional colombiana, Bogotá, 1990.

Protocolo II es relevante también para aquellos Estados que no son formalmente parte, como analizaremos después.

En el ámbito de los derechos humanos, la posibilidad de limitarlos continúa acrecentándose, sin perjuicio de que subsista un núcleo básico de derechos inderogables.

En este sentido, la conexión entre el derecho humanitario y los derechos humanos es de mucha importancia, puesto que incluso sucede que en ciertos aspectos la protección ofrecida a los derechos humanos por los instrumentos de derecho humanitario es incluso superior a la que los propios instrumentos de derechos humanos garantizan. Como ha observado Lysaght, "el Protocolo II ha hecho algunos avances significativos. Su enumeración, en términos generales, de la prohibición de tortura y la exigencia de un trato menos duro a los detenidos y la regulación detallada que da a estas materias deberían ayudar a su observancia. Además, el Protocolo II anticipó la decisión de la Corte Europea en el *Caso Tyrer,* que declaró ilegal el castigo corporal".[15] Lysaght añade otros elementos que aparecen detalladamente regulados en el Protocolo II.

Es interesante además otra conexión, que analiza Buergenthal, entre las Convenciones de Ginebra y los Protocolos por una parte y los instrumentos de derechos humanos por la otra: los instrumentos de derechos humanos que autorizan derogaciones en unas dadas circunstancias prohíben que tales derogaciones sean inconsistentes con otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado, incluidas las regulaciones humanitarias.[16]

En el caso de conflictos armados internacionales se aplican en plenitud las disposiciones de las Convenciones de Ginebra,

---

15 Lysaght, Charles, "The scope of Protocol II and its relation to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other Human Rights instruments", en *American University Law Review,* núm. 33, p. 22. Sobre este particular, véanse también las proposiciones de Meron, Theodor, notas y comentarios: "On the Inadequate Reach of Humanitarian Law and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", en *The American Journal of International Law,* núm. 77, 1983, pp. 589 y ss.

16 Buergenthal, Thomas, "To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations", en Henkin, Louis (ed.), *The International Bill of Rights,* Nueva York, Columbia University Press, 1981, pp. 72 y ss.

conforme a lo regulado en el artículo 2 común a esos Convenios. Se aplica también el Protocolo I, en atención a lo establecido en el artículo 1.3 de dicho instrumento. Además, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I, las situaciones reguladas en el artículo 2 común incluyen "los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas".[17]

Respecto de los derechos humanos, su aplicación es, en términos generales, similar a la de guerra civil. Sin perjuicio de ello, en el caso de conflictos internacionales desarrollados sin peligro para la seguridad del Estado, como el caso de la seguridad de Estados Unidos durante la Guerra del Golfo Pérsico, no se justifican derogaciones de derechos humanos.

Por último, es interesante considerar respecto de los conflictos armados internacionales y la relación entre las dos disciplinas que venimos estudiando, que el artículo 75 del Protocolo I contiene una extensa enumeración de garantías fundamentales.

3.3. Supervisión de la aplicación

No es mi propósito el estudiar aquí de manera detallada los mecanismos de supervisión de la aplicación de las normas internacionales de derecho humanitario y de derechos humanos. En cambio, lo que me propongo es ofrecer una relación general de sus aspectos comunes y complementarios así como de sus diferencias básicas.

En el control y supervisión del cumplimiento de las normas del derecho humanitario, la Cruz Roja ha jugado un papel fundamental desde su creación en el siglo pasado. Gracias a ella no solo ha sido posible estructurar todo un cuerpo positivado de normas de derecho humanitario —en parte basadas en el derecho consuetudinario previo y en parte correspondiente a nuevos desarrollos—, sino que además se han establecido mecanismos de control a nivel mundial.

[17] Art. 1.4, Protocolo Adicional I.

Sin perjuicio de lo anterior, y como ha anotado Weissbrodt, "recientemente ella (la Cruz Roja) ha empezado también a referirse al derecho de los derechos humanos en situaciones de conflicto o tensiones que el derecho internacional humanitario no cubre".[18]

Como contrapartida, organizaciones que nacieron básicamente para vigilar el cumplimiento de las normas de derechos humanos han derivado también hacia la tutela del derecho humanitario. Así ha ocurrido, sin ir más lejos, con muchas ONG, tales como Amnistía Internacional, Americas Watch, la Comisión Internacional de Juristas y otras más. La estrecha ligazón entre los derechos humanos y el derecho humanitario, así como la ocurrencia de casos en que de graves violaciones a los derechos humanos se pasa a situaciones de conflicto armado (por ejemplo, Nicaragua, donde tras las violaciones a los derechos humanos por parte del gobierno de Somoza, surgió un conflicto armado de gran intensidad) han conducido a las ONG por esta ruta.

Asimismo, organizaciones intergubernamentales, creadas primariamente para velar por la protección de los derechos humanos, se han visto obligadas en la práctica a llenar el vacío dejado por la ineficacia del Consejo de Seguridad de la ONU para actuar en tiempo de guerra. De ahí que, como señala Weissbrodt, "organismos intergubernamentales como la Asamblea General de la ONU, la Corte Internacional de Justicia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y varias otras han intentado ocasionalmente ejercer su influencia buscando la protección de los derechos humanos durante conflictos armados y además han hecho referencia ocasional al derecho humanitario en tales situaciones".[19]

Un mecanismo específico de supervisión del cumplimiento de las normas del derecho humanitario lo constituye el Sistema de Potencias Protectoras. Esta institución se originó en el siglo XVI,

[18] Weissbrodt, David S., "The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in situations of Armed Conflict", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* vol. 21, 1988, p. 315.

[19] *Ibidem,* p. 316.

cuando algunos Estados comenzaron a tomar la representación de terceros países. Con el tiempo llegó a transformarse en costumbre que los poderes neutrales asumieran esta tarea. En las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 se estructuró una cierta regulación del sistema. Subsecuentemente, en la Primera Guerra Mundial, Suiza, Suecia, España y Holanda fueron aceptados como poderes neutrales y en la Segunda Guerra Mundial solo a Suiza le fue aceptado ese estatus.

Pero fue en las Convenciones de Ginebra de 1949 cuando se estructuró un sistema propiamente de potencias protectoras.[20] En ellas se incluye también la posibilidad de sustitución de dichas potencias.[21] Ello no es impedimento, desde luego, para que la Cruz Roja desempeñe las actividades que le son propias.[22]

En lo que difiere de manera sustancial el enfoque de los organismos de derechos humanos y aquellos encargados de la supervigilancia del derecho humanitario es en el problema de la publicidad. En efecto, mientras los organismos de derechos humanos basan en gran medida su efectividad en la publicidad de sus informes, sus equivalentes en el derecho humanitario se caracterizan por la confidencialidad de su proceder.

La Cruz Roja, por ejemplo, apela a la opinión pública solo en situaciones de extrema gravedad, cuando tiene la certeza de que los medios confidenciales son ineficaces. En el fondo, la Cruz Roja, así como el Sistema de Potencias Protectoras operan sobre la base de la aceptación, como un hecho dado, de una situación de beligerancia, más allá de las causas que la originaron. Ellas no entran a distinguir entre agresores y agredidos, por ejemplo, sino que se abocan a que las partes en conflicto cumplan con las normas humanitarias.

Se advierte, en consecuencia, que no solo hay una diferencia de enfoque entre los organismos de supervisión en uno y otro campo, sino también una diferencia de roles. Lo importante, en todo caso, es que a ambos tipos de organismos les sea posible

[20] Véase art. 8 común de las Convenciones de Ginebra.

[21] Véase art. 10 común de las Convenciones de Ginebra.

[22] Véase art. 9 común de las Convenciones de Ginebra.

ejercer una vigilancia efectiva, de manera que puedan cumplir a cabalidad sus roles y que no se pierda el control sobre un aspecto de la situación.

En general, los organismos humanitarios tienen una mayor facilidad de acceso a las situaciones de conflicto que los organismos internacionales de derechos humanos. Esto es particularmente complejo en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, cuando no hay un conflicto armado y la Cruz Roja se limita a paliar la gravedad de la situación y a emitir recomendaciones reservadas. Desde luego, el papel de la Cruz Roja es importante en tales situaciones, pero es asimismo indispensable reforzar a nivel internacional la presión para que los organismos de derechos humanos puedan ejercer su rol y así tener una perspectiva completa de la situación.

4. Los conflictos armados internos y el problema del sujeto activo

Los conflictos armados internos son actualmente de la mayor importancia para las relaciones entre el derecho humanitario y los derechos humanos. Conforme a la doctrina tradicional de los derechos humanos, el único sujeto activo posible, esto es, el único sujeto capaz de violar esos derechos es el Estado. Ello es la consecuencia de que son los Estados los que se obligan internacionalmente al suscribir instrumentos de derechos humanos o al afianzar con su práctica el derecho consuetudinario en estas materias.

Hay una determinada deformación del concepto de derechos humanos que, desde luego, corresponde rechazar de plano. Existen ciertos grupos que pretenden ampliar el concepto de derechos humanos a tal punto que el mismo llegue a abarcar los atentados por unos individuos contra los derechos de otros. De aceptarse tal tesis, todo el derecho penal sería derechos humanos y muchas otras normativas también.

Es relevante hacer claridad al respecto, por lo que ello conlleva para el trabajo de las ONG y de las instituciones intergubernamentales y gubernamentales en materia de derechos humanos.

Dicha deformación tiende a oscurecer el hecho de que el mayor peligro para la efectiva vigencia de los derechos de las personas proviene de la actividad estatal. Ello puede comprender incluso casos en que el Estado favorece o tolera la impunidad de ciertos sectores dentro de una sociedad para atacar los derechos de terceros. Pero técnicamente la violación proviene del Estado que permite esa impunidad, y no de los particulares que atacan a terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, la situación de los conflictos armados que reúnan ciertas características importa un punto de convergencia entre el derecho humanitario y los derechos humanos y, lo que es más, podría redundar en que no solo el Estado formalmente constituido podría ser el sujeto violador de derechos humanos. Esta es una tesis muy polémica y que merece un cuidadoso análisis.

En conflictos armados internos, las fuerzas rebeldes están vinculadas, desde el punto de vista del derecho humanitario, a lo menos por el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra. La cuestión es si acaso en guerras civiles prolongadas podrían ellas estar vinculadas asimismo por los instrumentos internacionales suscritos por el Estado respectivo en materia de derechos humanos. Esta es una pregunta fundamental por varias razones.

En primer lugar, porque la respuesta es relevante a la hora de considerar las relaciones y puntos de complemento del derecho humanitario y los derechos humanos.

En segundo lugar, porque una respuesta afirmativa conllevaría en cierta medida un importante cambio de perspectiva en la concepción de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere al sujeto activo, potencial violador de dichos derechos.

En tercer término, pero por cierto no menos importante, una respuesta afirmativa implicaría un cambio de enfoque en el trabajo que las organizaciones no gubernamentales y otras instituciones desempeñan en el monitoreo y análisis de la situación de los derechos humanos en distintas regiones del globo.

El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra es una disposición pertinente a este respecto. Él regula aquellos casos de un "conflicto armado que no sea de índole internacional, que sur-

ja en el territorio de una de las altas partes contratantes".[23] Añade que en tales casos "cada una de las partes en conflicto" tendrá la obligación de aplicar, a lo menos, las disposiciones que luego enumera.

Dicha obligación comprende, en primer término, la protección de las personas que no participan directamente en las hostilidades. En segundo lugar, abarca el deber de recoger y asistir a los heridos y enfermos.

Concerniente a la protección de aquellas personas no involucradas directamente en las hostilidades, el artículo 3 señala que ellas incluyen a "los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa".[24] El artículo 3 establece de manera específica una serie de prohibiciones respecto de las personas recién señaladas.[25]

El artículo 3 añade que la aplicación de sus disposiciones no altera el estatuto jurídico de las partes en conflicto. Con ello se pretende eliminar un típico obstáculo para la aplicación de las normas del derecho humanitario al derecho interno, puesto que el gobierno respectivo no estará compelido a reconocer a sus oponentes el carácter de prisioneros de guerra. El Estado puede, en consecuencia, enjuiciar a los autores de conductas consideradas delitos por el derecho interno. No existe, al respecto, el "privilegio del combatiente", característico de los conflictos armados de carácter internacional.

Es interesante considerar además que en el mismo artículo se dispone que "las partes en conflicto harán todo lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte

23 Art. 3, común a las Convenciones de Ginebra.

24 *Idem*.

25 En efecto, el art. 3 prohíbe:"*a)* los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; *b)* la toma de rehenes; *c)* los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; *d)* las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

de las otras disposiciones del presente convenio".[26] Esto es importante porque el artículo 3 no contiene normas que regulen los medios y métodos de guerra. Tampoco hace explícita referencia a la distinción entre civiles y combatientes, que recorren enteros los Convenios de Ginebra. En este particular, por lo tanto, el artículo 3 común resulta ser una plataforma para la aplicación del derecho humanitario de la manera más extensa posible a los conflictos armados internos.

De cualquier modo, no es solo a través de la suscripción de otros acuerdos por las partes en conflicto que otras obligaciones propias del derecho humanitario pueden aplicarse a los conflictos armados internos. Ello puede lograrse asimismo por medio de la aplicación del derecho consuetudinario internacional.

A este respecto, como ha escrito Goldman, es particularmente importante "el principio consuetudinario de la inmunidad civil y su principio complementario que requiere a las partes combatientes distinguir siempre entre civiles y combatientes".[27]

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha sostenido desde largo tiempo atrás que se trata de elementos básicos del derecho consuetudinario internacional, aplicables a toda clase de conflictos armados.

En 1969, la ONU, a través de la resolución 2444 de la Asamblea General, recogió la misma tesis. En dicha resolución, denominada "Respeto a los derechos humanos en conflictos armados", se observa en sus pasajes pertinentes: 1) no es ilimitado el derecho de las partes de un conflicto el adoptar medidas que dañen al enemigo; 2) está prohibido lanzar ataques teniendo como único objeto a la población civil; 3) siempre debe hacerse una distinción entre las personas que participan activamente en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de proteger debidamente la vida de estos últimos.[28]

Las disposiciones del artículo 3 común se aplican en forma automática en caso de conflictos armados internos. Las obliga-

[26] Art. 3, común a las Convenciones de Ginebra.

[27] Goldman, Robert, *op. cit,* p. 12.

[28] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 2444.

ciones de él emanadas son absolutas para cada una de las partes, es decir, no están condicionadas al hecho de que la contraparte las cumpla o no. Cada una de las partes tiene el deber absoluto de llevar a la práctica las obligaciones sin importar la conducta de la otra parte al respecto.

Las obligaciones emanadas del artículo 3 comportan básicamente un tratamiento humanitario de aquellos no envueltos de manera directa en las hostilidades. En cuanto a los deberes específicos allí señalados, ellos se hallan vinculados claramente a la protección de los derechos humanos, como cuando se prohíbe la tortura.

No obstante, es relevante considerar que el artículo 3 también hace referencia a las garantías de un debido proceso. En consecuencia, ellas deben ser respetadas incluso en el caso de un conflicto armado interno. Ello hace que resulte un contrasentido el que, bajo ciertos estados de excepción, en las constituciones de ciertos Estados se suspendan muchas de las garantías de un debido proceso, en circunstancias menos graves que un conflicto armado interno.

El otro cuerpo legal pertinente para la situación de los conflictos armados internos lo constituye el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Dicho Protocolo, en efecto, está dedicado específicamente a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter no internacional.

Es interesante destacar que en su preámbulo, el Protocolo contiene una explícita referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en cuanto que estos ofrecen una protección fundamental a la persona humana. El vínculo entre las dos disciplinas, derechos humanos y derecho humanitario, aparece claramente indicado.

En su artículo 1.1, el Protocolo II establece su carácter de complementario respecto del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, al señalar que su propósito es el de desarrollar y completar ese artículo.

El artículo 1.1 indica asimismo ciertas condiciones para la aplicación del Protocolo II. En efecto, el conflicto armado interno debe:

1. Tener lugar en el territorio de una parte contratante, y
2. darse entre las fuerzas armadas de esa parte contratante "y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de ese territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".[29]

En consecuencia, las fuerzas del Estado deben intervenir en el conflicto y las fuerzas rebeldes deben poseer el suficiente grado de desarrollo como para cumplir con las obligaciones humanitarias impuestas por el Protocolo. En el fondo, debe tratarse de fuerzas rebeldes que estén en condiciones materiales de hacerse responsables de llevar a cabo esas acciones.

Esta disposición se basa en la idea de que en determinadas zonas del territorio de un Estado, el gobierno de ese Estado no se encuentra en situación de poder aplicar las normas del derecho humanitario: simplemente ocurre que está más allá de su alcance hacerlo, puesto que carece de un dominio efectivo, de un control material de esas zonas. Como contrapartida, las fuerzas rebeldes ocupantes de tales territorios con un grado importante de organización, sí se hallan en condiciones de dar cumplimiento al derecho humanitario en tales regiones.

Se desprende entonces del artículo 1.1 que el Protocolo II se aplicará a las fuerzas rebeldes de un Estado contratante, no obstante que dichas fuerzas rebeldes, en cuanto tales, nunca lo hayan suscrito. Este es un punto a considerar luego para la pregunta acerca de si las fuerzas rebeldes podrían eventualmente cometer violaciones a los derechos humanos a pesar de no haber suscrito los instrumentos respectivos.

En su artículo 1.2, el Protocolo II añade que el mismo "no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados".

De acuerdo con lo que ha escrito Goldman, "las condiciones objetivas que deben cumplirse para poner en acción la aplicación

[29] Art. 1.1, Protocolo II.

del Protocolo II constituyen una situación de guerra civil esencialmente comparable a un estado de beligerancia bajo el derecho consuetudinario internacional".[30] Es en este mismo sentido que el artículo 1.2 distingue los conflictos armados de aquellos otros conflictos que no lo son, a fin de evitar las frecuentes confusiones que se producen al respecto.

Otro punto que merece atención es el de la importancia del Protocolo II para aquellos casos en que se aplica el artículo 3 común. Una vastísima mayoría de Estados ha suscrito los Convenios de Ginebra y se halla, en consecuencia, obligada por el artículo 3 común para el caso de conflictos armados internos. En cambio, la cifra de Estados que ha ratificado el Protocolo II es muy inferior. De ahí la relevancia que tiene el preguntarse si acaso el Protocolo II puede influir en aquellos Estados que formalmente solo han suscrito los Convenios de Ginebra.

El Preámbulo del Protocolo II contiene un párrafo que señala: "Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguarda de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Este párrafo, que está basado en la cláusula Martens —una cláusula de contenido similar contenida en el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907—, reafirma la vigencia del derecho consuetudinario humanitario cuando el mismo no ha sido modificado en forma expresa por los tratados.

De esta forma, podría concluirse que, teniendo el Protocolo II raíces en el derecho consuetudinario, el mismo vendría a reforzar y ampliar las obligaciones de aquellos Estados formalmente vinculados tan solo por el artículo 3 común respecto de los conflictos armados internos.

Desembocamos así en nuestra pregunta original acerca de si las fuerzas rebeldes, reunidas ciertas condiciones, podrían encontrarse vinculadas por el derecho internacional de los derechos humanos.

A primera vista, ello parece una contradicción. ¿Cómo podrían hallarse vinculados los rebeldes por instrumentos acor-

[30] Goldman, Robert, *op. cit.,* p. 14.

dados precisamente por el Estado contra cuyo gobierno se rebelan?

Sin embargo, ello es solo en apariencia un contrasentido. La continuidad de las obligaciones jurídicas así lo sugiere. La situación de los rebeldes dentro de un mismo Estado es muy distinta a la de los movimientos independentistas, que generalmente alegarán que no se hallan vinculados por las obligaciones contraídas por el poder colonialista al que han logrado doblegar. Los rebeldes dentro de un mismo Estado continuarán vinculados por las más diversas clases de obligaciones internacionales que el Estado haya contraído con anterioridad: delimitaciones fronterizas, pactos de no agresión, etcétera.

En lo relativo a las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos, el mecanismo vinculante es generalmente aún más riguroso, puesto que por el fuerte y rápido desarrollo de un derecho consuetudinario de los derechos humanos a nivel internacional, para los rebeldes que lleguen eventualmente a tomar el control del poder estatal se hará sumamente difícil impugnar los compromisos contraídos sin cometer una infracción del derecho internacional.

Pero la pregunta aquí planteada no sólo es si acaso los rebeldes llegarían a hallarse vinculados por las obligaciones internacionales contraídas en el campo de los derechos humanos por el Estado, sino además si los rebeldes podrían encontrarse vinculados por tales obligaciones durante los conflictos armados internos.

La justificación para que el Estado sea considerado el único sujeto activo de una violación a los derechos humanos es que el Estado es el organismo tutelar por excelencia. Él se encuentra en inmejorable posición para proteger los derechos humanos, puesto que posee el monopolio de la fuerza y ejerce su poder dentro de un determinado territorio sobre una determinada población. Si se toma, por ejemplo, la situación del derecho al debido proceso, este debe ser garantizado por el Estado a través de un sistema de tribunales y procedimientos. Pero ello será posible únicamente en la medida en que ese Estado pueda efectivamente —y realice todos los esfuerzos que estén a su alcance hacer— poner en vigor, basado en su fuerza, dichos tribunales y procedimientos.

Es este elemento el que falta precisamente en el caso de aquellas guerras civiles en las que las fuerzas rebeldes, bien organizadas, poseen el control de una parte del territorio del Estado. Siguiendo con el ejemplo de la garantía del debido proceso: en el territorio bajo su control, son los rebeldes quienes se encuentran en condiciones de ejercer la administración de justicia. Por cierto, es posible que los rebeldes no se hallen en condiciones de implementar todo un complejo sistema de procedimientos y tribunales al sofisticado nivel de exigencia que impone el derecho moderno, pero deberán hacerlo hasta el punto en que esté a su alcance efectivo.

Lo propio sucede con los demás derechos: los rebeldes, en tanto controlan efectivamente una porción del territorio del Estado, se convierten en el organismo tutelar de los derechos humanos en esa zona.

En conclusión, en una situación de esta naturaleza, serían dos las partes jurídicamente vinculadas al cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como al derecho consuetudinario en la materia: el gobierno oficial y las fuerzas rebeldes, cada uno en el territorio que controla y respecto de la población sobre la que ejerce una jurisdicción efectiva.

5. ¿Una o dos disciplinas?

Según se ha expuesto en este trabajo, el derecho humanitario y los derechos humanos presentan numerosos puntos de confluencia y complementariedad, desde sus bases y principios hasta su normativa y los hechos que regulan. Los derechos humanos se han fortalecido enormemente en las últimas décadas y con ello se han acercado al grado de desarrollo del derecho humanitario. Ellos se influencian recíprocamente, como lo prueba el hecho de que de la regulación de los conflictos armados internos por el derecho humanitario se ha derivado un dilema tan crucial como el del sujeto activo de los derechos humanos. De ahí que surja la pregunta por la conveniencia de mantener estas disciplinas separadas o, en cambio, tender hacia su unificación.

Existen, a mi juicio, obstáculos de fondo que hacen inconveniente la asimilación de estas dos disciplinas. El principal es que ellas operan sobre la base de lógicas diferentes. Esto queda perfectamente demostrado por el distinto papel que cumplen las organizaciones humanitarias y las de derechos humanos. Las instituciones humanitarias asumen una realidad dada, de conflicto armado, dedicándose a procurar aminorar tanto como les sea posible los efectos nocivos del conflicto. Las instituciones de derechos humanos, en tanto, suelen criticar esa realidad, determinando los responsables y abarcando además otros aspectos.

Los organismos de control del derecho humanitario perderían enormemente su eficacia si se fundieran con los de derechos humanos, debiendo adoptar un crítico doble papel. El hecho de que las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de cada una de estas disciplinas hayan tendido a flexibilizar sus fronteras en las últimas décadas no significa que hayan pasado a desempeñar el mismo rol. Considérese, por ejemplo, el enfoque que las ONG de derechos humanos asumen frente a infracciones al derecho humanitario: su enfoque es de crítica abierta, pública, a diferencia de la labor que efectúa la Cruz Roja.

Resulta entonces que si bien es positiva la complementación entre estas disciplinas así como del trabajo que realizan las instituciones de control,[31] no parece apropiado, por lo menos dentro del futuro previsible, que ambas disciplinas y ambas clases de instituciones pasen a operar con la misma lógica.

Por otra parte, si bien la normativa internacional de derechos humanos se ha fortalecido notablemente en los últimos tiempos, ello no la hace equiparable al grado de desarrollo y aceptación del derecho humanitario. Esta no es una diferencia de carácter jurídico, sino una diferencia de hecho. En este sentido, por mucho que el concepto de soberanía como barrera para el control internacional de la protección de los derechos humanos se ha debilitado, no es menos cierto que surgen otros elementos, como la apelación a la autodeterminación de los pueblos, como espuria justificación para evitar el control internacional. Y si bien conforme a la tendencia observada en las últimas décadas hay

[31] Véase Meron, Theodor, *op. cit*.

elementos suficientes como para ser optimistas respecto de la evolución futura de los derechos humanos, deberá aún mediar un tiempo largo antes de que el control por la comunidad internacional sea ampliamente aceptado.

El derecho humanitario, en cambio, goza de una aceptación relativamente generalizada. Ella, por cierto, dista mucho de ser completa, pero sin duda sus normas son menos frecuentemente violadas que las de derechos humanos y el control por sus organismos —en especial la Cruz Roja— tiene una amplia aplicación.

6. Conclusión

En la medida en que la normativa y práctica de los derechos humanos tiende a consolidarse en los últimos decenios, resultan cada vez más evidentes sus estrechas conexiones con las disposiciones del derecho humanitario. Algunas características de este último pueden ser aportes relevantes para el fortalecimiento de los derechos humanos. En especial, son destacables la restricción de la idea de soberanía desde la antigüedad en relación con el derecho humanitario, la experiencia de sus organismos de supervigilancia, y el problema del sujeto activo y las regulaciones humanitarias en el campo de los conflictos armados internos.

Como contrapartida, es importante el papel que los organismos de derechos humanos han llegado a desempeñar en relación con el cumplimiento de las normas humanitarias, puesto que por la publicidad consustancial a sus actividades complementan el rol que juegan las instituciones humanitarias.

En definitiva, y al menos para el futuro previsible, subsisten diferencias de consideración entre ambas disciplinas, puesto que ellas operan con lógicas distintas y así lo hacen también los organismos especializados. Por lo mismo, resulta aconsejable continuar explorando todas las áreas de conexión, a fin de fortalecer el trabajo en ambas disciplinas, pero sin intentar producir una suerte de unión forzada entre ellas, la que sería contraproducente.

Modernidad, posmodernidad y derechos humanos en América Latina*

1. Introducción

En la introducción a su libro *La condición posmoderna,* Jean-François Lyotard inicia con las siguientes proposiciones: "Este estudio tiene por objeto la condición del saber en las sociedades más desarrolladas. Se ha decidido llamar a esta condición «posmoderna»".[1] Sin embargo, y al igual ha ocurrido en el pasado con tantos otros esquemas de análisis europeos, la tentación de adoptar estos nuevos conceptos en América Latina parece irresistible.

La pregunta acerca de si las nuevas condiciones en las sociedades desarrolladas representan efectivamente una "superación de la modernidad" o, si se prefiere, un "dejar atrás la modernidad", continúa vigente en la discusión en esas sociedades (*v. gr.,* Habermas).[2]

Cabe formularse dicha pregunta por otras razones en el caso de sociedades subdesarrolladas, como las latinoamericanas, don-

---

* Este trabajo fue publicado originalmente en *Estudios Especializados de Derechos Humanos,* vol. I, Buerguenthal, Thomas y Cançado Trindade, Antonio (eds.), San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1996.

1 Lyotard, Jean-François, *La condición posmoderna,* Buenos Aires, Rei, 1987, p. 9.

2 Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad,* Buenos Aires, Taurus, 1989.

de un contexto histórico diferente al de la tradición europea podría conducir también a una respuesta distinta respecto de la discusión sobre modernidad y posmodernidad.

También es importante preguntarse por la relevancia que la concepción de los derechos humanos podría desempeñar en las culturas y sociedades latinoamericanas. Dado que los derechos humanos parecieran ser uno de los aspectos insuficientemente explorados del ideario ilustrado, es de interés analizar su posible papel en el contexto de la polémica sobre modernidad y posmodernidad en las sociedades latinoamericanas.

Tales son los propósitos de este trabajo.

2. El debate modernidad/posmodernidad

La idea de "posmodernidad" se fue incubando en las últimas décadas en ciertos círculos artísticos y también en algunos ámbitos de las ciencias sociales.[3] No obstante, puede decirse que es recién —con *La condición posmoderna* de Lyotard— que adquiere carta de ciudadanía. Ello no quiere decir, por cierto, que los autores posmodernos den por acabada la modernidad en estas últimas décadas. La filosofía usualmente tarda mucho en situar épocas históricas. Por ejemplo, puede decirse que recién con Hegel, a finales del siglo xviii, se pasó a tomar conciencia cabal del hito histórico que representó el siglo xvi, con el Renacimiento, la reforma protestante y Descartes en la filosofía. De ahí que "la entrada en la posmodernidad" se sitúe mucho antes de 1950, a veces incluso en el siglo pasado.

Los filósofos posmodernos plantean que no nos hallamos frente a una crisis más de la modernidad, sino que es el paradig-

[3] Para Habermas, fue "la investigación que sobre procesos de modernización se hizo en los años cincuenta y sesenta la que creó las condiciones para que la expresión «posmodernidad» se pusiera en circulación también entre los científicos sociales. Pues en vista de una modernización evolutivamente autonomizada, de una modernización que discurre desprendida de sus orígenes, tanto más fácilmente puede el observador científico decir adiós a aquel horizonte conceptual del racionalismo occidental, en que surgió la modernización". Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 13.

ma mismo de esta el que se encuentra en crisis. El paradigma de la modernidad sería el ideal racional que persigue la explicación de la realidad sin el recurso al mero argumento de tradición. La modernidad, en consecuencia, no pretende extraer sus criterios de modelos de épocas anteriores y abomina la "tradición por la tradición". Esto sin perjuicio de que la tradición pueda ocupar un lugar dentro del análisis racional, pero sometida a y pasada por el cedazo de la razón. Tal podría ser el lugar que Popper o Gehlen asignan a la tradición.[4]

El pensador por excelencia de la modernidad es, en esta línea, Descartes: no es plausible presumir conocimiento alguno, no es posible presuponer verdades en una simple tradición histórica. Al contrario, la razón debe escudriñar allí en lo que parece lógico y coherente, ya que bien podría no ser ni lo uno ni lo otro.

En definitiva, la modernidad pretende encontrar su propio fundamento, en actitud diferente a la de la Edad Media, por ejemplo, en la que las tradiciones de inspiración religiosa jugaban un papel decisivo como fuente de legitimación de la moral social, de la organización de la sociedad, del derecho y el Estado y de la filosofía y el pensamiento en general. Todos estos serán aspectos que la modernidad abordará críticamente, en busca de su fundamento racional.

Se ha señalado que no es de suyo evidente —como puede parecernos actualmente— que una época se plantee el problema de su legitimidad histórica. Tampoco es de suyo evidente que se entienda a sí misma como época.[5] Sin embargo, para la modernidad este problema es central. Se trata de representar una ruptura radical con la tradición. Este es uno de los rasgos distintivos de la modernidad y para ello debe autocomprenderse.

El cuestionamiento de la moral se desarrolla a través del proceso de secularización, por el cual se procura despojar de conno-

---

4 Popper, Karl, "Rumo a una teoria racional da tradiçao", en *Conjecturas e Refutaçoes,* Editora Universidade de Brasilia, 1972, pp. 147-160. Gehlen, Arnold, *Ensayos de antropología filosófica,* Santiago, Editorial Universitaria, 1973.

5 Blumenberg, Hans, *Die Legitimität der Neuzeit,* Fráncfort, Suhrkamp, 1966, en Habermas, *op. cit.,* p. 18.

taciones sagradas a la moral y en el que la Reforma protestante desempeña un papel central.[6] Hasta la Reforma, la trabazón entre moral y religión había parecido indisoluble. A partir de ella, se abre paso una paulatina diferenciación, que propenderá a una reflexión moral sobre bases racionales. La idea subyacente es que el hombre moderno obedece a su propia moral, a su propio deber. Para Hegel, el cristianismo había logrado eliminar una parte de la positividad de la fe judía ("La Ley" del Antiguo Testamento); el protestantismo, a su vez, eliminará una parte de la positividad de la fe católica.[7] Lo que queda es una positividad fundada en lo central, en la propia razón (Kant).

La ruptura frente al derecho tradicional se manifiesta de manera especial por medio de la Ilustración y la Revolución francesa. Los filósofos ilustrados elaboran una nueva concepción del derecho, que consideran racionalmente sustentada. No obstante que se trata de concepciones iusnaturalistas, estas se apartan de sus predecesoras de raíz religiosa no solo por su método, sino por sus contenidos: se aspira ahora a fortalecer la autonomía del individuo. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791, en Francia, se inscribe en esta línea. También el Código Civil napoleónico de 1804. La convicción de que se estaba plasmando a través de esos textos el ideal racional queda de manifiesto cuando se considera que Napoleón prohibió en un momento determinado la interpretación de su código, en afán de perpetuar un sistema normativo inmutable.

En el ámbito de las ciencias naturales, y particularmente en el terreno de la física, también se desarrollan en el siglo XVIII modelos comprensivos de la realidad. La teoría de la gravitación universal de Newton se convierte a poco andar no solo en el esquema de explicación por excelencia de la física, sino en el ejemplo a seguir por otras disciplinas que deberían procurar elaborar a su vez explicaciones globales.

---

6 Véase Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo,* Madrid, Sarpe, 1984.

7 Uno podría preguntarse hasta qué punto el énfasis dado por la teología católica contemporánea en la importancia de la conciencia y el discernimiento personales en la reflexión moral no se han visto influenciadas precisamente por el protestantismo.

Este estado de cosas caracterizado por un auge del ideal racional llevó a Hegel a sostener que la Historia —con mayúsculas— había concluido con la batalla de Jena en 1806, cuando con la derrota de la monarquía prusiana a manos de Napoleón quedó garantizada la exportación de los ideales de la Revolución francesa más allá de sus fronteras originales. Es el momento de la consolidación del ideal racional. Por cierto, restaba aún mucho por hacer, pero los principios básicos racionales ya estaban sentados. Faltaba que esos principios fueran, por así decirlo, "desplegándose" a través de la abolición de la esclavitud y del comercio de esclavos en aquellos países en que todavía subsistía, extender el derecho al voto a las mujeres, trabajadores y minorías raciales, etc. Para Hegel, la evolución humana es primero que nada evolución de la conciencia, evolución de las ideologías, entendidas en un sentido amplio (religión, cultura, valores morales sociales), se llega a la etapa más elevada en la evolución de esa conciencia a partir de la consolidación del ideal racional.

Lo que hizo Marx fue recoger la estructura lógica del pensamiento de Hegel, invirtiendo las prioridades de lo ideal y lo material, siendo para Marx este último el sustrato, la base, el elemento determinante y los estados de la conciencia y las ideologías el elemento derivado, consecuencial. Sin embargo, en Marx está también la idea de un final de la historia, el que, tal como en Hegel, no debe ser tomado literalmente, sino como aquel punto en que cesan los acontecimientos significativos. Este momento está representado en Marx por el momento en que se pasa de la dictadura del proletariado a la sociedad comunista sin clases sociales.

Para Hegel y Marx, en consecuencia, el final de la historia no tiene en modo alguno connotaciones apocalípticas o pesimistas; por el contrario, el final de la historia representa un momento álgido a partir del cual están dadas las condiciones para el aseguramiento del progreso humano por medio de la implementación del ideal racional. Y al recoger Marx la estructura lógica del pensamiento hegeliano es receptor de su historicismo, esto es, de su visión de la historia como dotada de un sentido, de una dirección muy definida.

En los autores posmodernos es recurrente esta noción de un final de la historia, pero con alcances muy diferentes a los de Hegel y Marx. Aquí —en Lyotard, por ejemplo— no se trata de un

proceso que avance a través de diversas etapas muy marcadas, cada una "superior" —mejor— a la anterior. Tampoco se trata de que solo reste la implementación del ideal racional. Se plantea en cambio que el ideal racional ha sufrido un debilitamiento, que en algún momento ha llevado a su disolución. Esta disolución tampoco es absoluta, ya que en cierta medida la posmodernidad es un reflejo, es como la otra cara de la modernidad.[8] El proceso de disolución es sí lo suficientemente significativo como para que pueda hablarse de que se ha dejado atrás la modernidad, sin que ello implique que se esté en una etapa histórica que pueda caracterizarse como mejor o peor que esta.[9]

La posmodernidad es descrita como la crisis de los "metarrelatos" (Lyotard 1980), de las explicaciones globales de la realidad. Y siendo los metarrelatos expresión ejemplar de la modernidad, es esta misma la que está en crisis. En realidad, esta crisis de la modernidad arrastra consigo el cierre de una sucesión de épocas históricas, de las cuales el ideal racional moderno fue la más álgida.[10] Final de la historia y crisis de los metarrelatos son dos elementos estrechamente ligados, ya que puede decirse que se cierran los acontecimientos históricos cualitativamente significativos, puesto que se carece de un instrumental —"metarrelatos"— que permita ofrecer explicaciones globales. En palabras de Vattimo, "la posmodernidad es seguramente un modo diverso de experimentar la historia y la temporalidad misma [...] y, por tanto, también un entrar en crisis de la legitimación historicista que se basa en una pacífica concepción lineal-unitaria del tiempo histórico".[11]

El proceso de debilitamiento de la razón aparece como una consecuencia de la implementación del ideal racional, tanto en el ámbito teórico como en la realidad social. El modelo global de

8 Sobre este punto, véase Rorty, Richard, *Philosophy and the mirror of nature,* Pricenton University Press, 1979.

9 Véase Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad: nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna,* Barcelona, Gedisa, 1986.

10 Esto se ve claro en Nietzsche, para quien la razón moderna constituye el corolario de una trayectoria seguida por Occidente desde Sócrates y que alcanza un momento importante con Cristo y el monoteísmo eclesiástico, que representa una manera más racional de concebir la fe.

11 Vattimo, Gianni, *Ética de la interpretación,* Barcelona, Paidós, 1991, pp. 21-22.

explicación de Newton en el ámbito de la física constituyó el paradigma para la búsqueda de modelos análogos en otras disciplinas del conocimiento, incluidas las ciencias sociales, en el siglo XIX. La filosofía pasa entonces a un segundo plano, en la medida en que la razón va transformándose en razón instrumental, en razón susceptible de ser implementada en la práctica. La filosofía se vuelve, por así decirlo, crecientemente en un auxiliar metodológico de las ciencias.[12]

Las insuficiencias que comenzó a mostrar la teoría de Newton a partir de los estudios de Maxwell en la segunda mitad del siglo XIX, y especialmente de Einstein a principios del siglo XX, fueron un golpe devastador en un momento en que la confianza en el conocimiento científico era colosal.[13]

Los estudios sobre el lenguaje surgidos especialmente desde el ámbito de pensadores positivistas —*v. gr.,* del Círculo de Viena— y dirigidos originalmente a alcanzar modelos de lenguaje perfectos que facilitaran el trabajo de los científicos con sus proposiciones, terminaron produciendo un resultado inverso al deseado. Todo lenguaje empieza a ser visto como ambiguo en cierta medida. También es cuestionada la posibilidad de reducir todo a un solo lenguaje, cuyas proposiciones tengan un significado unívoco. Wittgenstein es paradigmático a este respecto, al pasar de una teoría del lenguaje en que procuraba encontrar proposiciones cuyas estructuras fueran concordantes con las estructuras de la realidad *(Tractatus)*[14] a otra en que el significado de las proposiciones depende del contexto en que se formulen, por lo que pueden coexistir muchos "juegos linguísticos".[15]

---

12 Esto conllevaba que se despojara a la filosofía de su estudio de la ética. Además, a menudo se intentaba construir sistemas morales a partir de las ciencias. Véase la descripción que al respecto hace Jaspers, Karl, *Iniciación al método filosófico,* Madrid, Espasa-Calpe, 1977.

13 Véase Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas,* México, FCE, 1986, pp. 123 y ss.

14 En el *Tractatus Logico-Philosophicus,* la filosofía cumple además una función por así llamarla "provisional", puesto que —para emplear la figura de Wittgenstein— es como una escalera que uno debe arrojar una vez que ha llegado arriba (a entender el lenguaje de las proposiciones científicas).

15 Ideas expuestas en sus investigaciones filosóficas.

El debilitamiento de la razón se manifiesta asimismo en la esfera del arte, en la que a menudo pasan a un segundo plano ciertas pautas que habían sido seguidas durante siglos. Así por ejemplo, en el teatro se relativizan y hasta confunden los roles de los actores y los espectadores; en las artes plásticas surge un auge de la pintura no figurativa, y así sucesivamente. Para Bell[16] y Gehlen[17] se trata de un fenómeno muy peligroso, que puede acabar socavando las bases de la sociedad moderna. Bell distingue al respecto entre una esfera económica que se rige por patrones racionales y una esfera cultural, que, al ser "profana", conduce a actitudes subversivas. Es interesante la refutación de Habermas a las tesis de Bell, cuando indica que

> [s]i uno examina la investigación empírica sobre el cambio de los valores en las sociedades occidentales, se observa algo muy diferente [a lo señalado por Bell] en términos de nuevas actitudes y en el giro de todo el espectro de valores —especialmente en la generación más joven—. Las necesidades "materialistas" para la seguridad y la subsistencia están disminuyendo tras las necesidades "posmaterialistas". Esta calificación cubre una variedad de cuestiones: un interés en un amplio espacio para la autorrealización y autoexperiencia, una sensibilidad en aumento de la necesidad de proteger el medio ambiente natural e histórico, así como un elevado sentido por las vulnerables relaciones interpersonales.[18]

Vattimo caracteriza la práctica de las artes en el siglo xx como

> [...] un fenómeno general de "explosión" de la estética fuera de los límites institucionales que le había fijado la tradición [...]. [Las poéticas de vanguardia] no se dejan considerar exclusivamente como lugar de experiencia ateórica y apráctica sino que se proponen como modelos de conocimiento privilegiado de lo real y como momentos de destrucción de la estructura jerarquizada de las so-

16 Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo,* Madrid, Alianza Universidad, 1977.

17 Gehlen, Arnold, *op. cit*.

18 Habermas, Jürgen, "El criticismo neoconservador de la cultura en los Estados Unidos y en Alemania Occidental: un movimiento intelectual en dos culturas políticas", en AA.VV., *Habermas y la modernidad,* Madrid, Ediciones Cátedra, 1991.

ciedades y del individuo, como instrumentos de agitación social y política.[19]

Las artes se manifiestan, como lo había anticipado Nietzsche, como el campo de experimentación por excelencia, donde reinan la voluntad de apariencia y un entramado de simulaciones e interpretaciones.

En el orden social, si bien la ciencia aplicada —tecnología— alcanza desarrollos sin precedentes, ella no trae consigo el mejoramiento en la convivencia como se había supuesto, y las dos guerras mundiales son la prueba más palmaria.

La noción de progreso misma, tan cara a la modernidad, acaba por relativizarse. La ciencia se va volviendo "más modesta", al nivel ideológico por lo menos, perdiendo paulatinamente sus pretensiones omnicomprensivas del siglo XIX. Es cada vez menos frecuente que los científicos pretendan ofrecer explicaciones globales y satisfactorias del mundo. La ciencia, como lo anticipó Heidegger, deviene en "técnica", en razón instrumental. Sigue así ella crecientemente su propia lógica —y la de los mercados—, cada vez más desvinculada de un sustrato racional más profundo, que le sirva de base y fundamento.

Existe concordancia en amplios círculos filosóficos acerca de la presencia de este "debilitamiento" de la razón. En lo que se difiere, sin embargo, es en la evaluación de este fenómeno. Mientras en unos —Lyotard y otros— esto es visto como un dejar atrás la modernidad y su paradigma, el ideal racional para otros como Habermas solo representa una nueva etapa dentro de la modernidad.[20] Habermas se funda para ello en que la crisis del ideal racional no sería plena, sino solo de algunas de las formas en que se ha manifestado. Habermas sostiene además que los filósofos que hablan de una "posmodernidad" incurren en una petición de principio, ya que se hallan anclados en la modernidad y sus paradigmas. Esos filósofos hablan de una "crisis de los metarrelatos", al tiempo que construyen un nuevo metarrelato: el del fin de la modernidad y el final de la historia.

---

19 Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad: nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna, ...cit.*, pp. 50-51.

20 Véase Habermas, Jürgen, *op. cit*.

Habermas afirma también que si uno se detiene en la lectura de autores que enfatizan la importancia de elementos irracionales, espontáneos y emotivos en el conocimiento y comportamiento humanos —*v. gr.,* Freud y Bataille—, uno se encuentra con que el método que utilizan se ciñe a los patrones del ideal racional.

En definitiva, para Habermas no se dan las condiciones para estimar la modernidad como un proyecto concluido. Habermas, entonces, procura distinguir cuáles serían los elementos a desarrollar de ese proyecto inacabado. Y concluye que la inspiración debería estar dada por el proyecto de la Ilustración, que no se habría satisfecho en los dos últimos siglos debido a la rigidez que imperó en el pensamiento, especialmente el científico, rigidez que aún subsiste en alguna medida. Y entre los elementos centrales de la Ilustración se encuentran los derechos humanos.

Por último, existen quienes —como Vattimo— se distancian de Lyotard y buscan, no obstante, afirmar la presencia de una cultura posmoderna, señalando, por una parte, que la modernidad "no puede ser superada críticamente, porque justamente la categoría de superación crítica le es constitutiva; no se puede salir de la modernidad —o de la metafísica— por vía de superación —o de crítica—, porque ello significaría permanecer precisamente dentro del horizonte moderno, el de la fundación, el del historicismo"[21] y planteando, por otra —y tomando elementos de Heidegger—, que lo posmoderno mantiene con lo moderno un vínculo por el que lleva las huellas de este, "como una enfermedad de la que se sigue estando convaleciente, y en la que se continúa, pero distorsionándola".[22]

3. El debate modernidad/posmodernidad en América Latina

3.1. ¿Modernidad en América Latina?

Así vistas las cosas, podemos proceder a abordar la pregunta sobre la posmodernidad en América Latina. Una cuestión básica a

[21] Vattimo, Gianni, *Ética de la interpretación, ... cit.,* p. 24.

[22] *Idem.*

dilucidar a este respecto es si las condiciones sociales y culturales de esta región han permitido caracterizar en algún momento a sus sociedades como modernas o con elementos realmente importantes de modernidad.

Cuando se divide la historia en grandes épocas, suele atenderse a la clasificación europea occidental, y así el corte entre sociedad feudal y sociedad moderna se sitúa alrededor del siglo XVI. Sin embargo, si se repara bien y se observa la historia de otras partes del mundo, no muchos objetarán que la Rusia zarista era una sociedad feudal y lo propio ocurría con China en la década de 1930.

El modo de organización económico-social así como el lugar que desempeña el ideal racional son factores preponderantes para determinar si se está frente a una sociedad moderna.

La influencia hispánica en un comienzo no podía significar la implantación de la cultura moderna en América, sencillamente porque dicha cultura tampoco se había asentado en la península ibérica en el siglo XVI. A ello cabe añadir que en la estructuración de las sociedades que siguió a la conquista española y portuguesa no se produjo simplemente una reproducción de la cultura de esos países, sino que más bien se trató de una mezcla con los elementos aportados por las culturas indígenas. En este sentido, la colonización luso-hispana difiere marcadamente de la estructuración de las colonias inglesas en la costa este de América del Norte.

Se discute, sin embargo, si la influencia racionalista que los Borbones trajeron consigo a España en el siglo XVIII —y que tuvo algún impacto en las colonias— condujo o no a echar las bases de una cultura moderna en los territorios americanos de España.

En general, la reivindicación de una retórica y de una entrada en la modernidad en la sociedades latinoamericanas se produce de manera más frecuente con las guerras de independencia, especialmente dada la influencia francesa y norteamericana en esos procesos.

Dado que uno de los supuestos de una sociedad moderna es la prosecución del ideal racional, que viene a reemplazar a la tradición —entre ellas, la tradición religiosa— como paradigma, es conveniente detenerse en este punto y revisar la trayectoria de la Igle-

sia católica frente a la cuestión de la modernidad, por su innegable influencia en América Latina desde los principios de la conquista.

Sea que se prefiera el término "contrarreforma" o "reforma católica", el Concilio de Trento de finales del siglo XVI significó, en lo básico, una reafirmación de la forma en que la Iglesia católica veía su rol respecto de la sociedad. En un momento histórico en que, de hecho, la cristiandad aparece dividida, el propósito del Concilio de Trento no es el de tender puentes hacia los cismáticos, sino el de reafirmar el monopolio de la Iglesia católica sobre el depósito de la fe. En el periodo que sigue al Concilio, el rechazo de la Iglesia católica a la sociedad y cultura modernas es abierto, dado que ellas son miradas como la consecuencia del ideario protestante.

La Revolución francesa solo lleva a exacerbar posiciones, en la medida en que en un país de claro predominio católico se introducen y consolidan las formas modernas. Aún más, la Revolución francesa difunde en Europa continental una forma de organización política que es también típicamente moderna y que la Iglesia católica percibe en un comienzo como una amenaza: el sistema democrático de gobierno. En realidad, en su forma moderna, este tipo de organización ya conocía antecedentes en Inglaterra y por esos mismos años se estructuraba en Estados Unidos, pero es el caso francés la fuente de los mayores conflictos, puesto que se trataba de un país declaradamente católico. La expropiación de tierras y otros bienes de la Iglesia católica y la persecución de religiosos fueron también elementos detonantes.

Paralelamente, el desarrollo de las ciencias cobraba un gran auge en el siglo XIX, no obstante los obstáculos de diversa naturaleza que la Iglesia católica había interpuesto en su camino durante varios siglos. En cierto sentido, las ciencias aspiran por esa época a ocupar el lugar de la religión y de la filosofía —incluyendo la axiología o teoría de los valores—, pretendiendo a menudo señalar metas vitales y hasta obtener de ella guías para la acción. Jaspers llama a esto "superstición de la ciencia",[23] en cuanto las ciencias intentaban, a partir de resultados provisionales, construir valores absolutos. En alguna medida esta situación

[23] Véase Jaspers, Karl, *op. cit.*

era también el producto del enfrentamiento con una religión que había procurado extraer de los científicos afirmaciones acerca del carácter ficticio de sus postulados, sin perjuicio de reconocer la utilidad práctica de algunos de ellos. Los científicos, entonces, como reacción, pasaron a adoptar una convicción creciente acerca del valor de verdad de sus teorías.[24] Esto llevó a acentuar el conflicto ya existente entre la evolución de las ciencias y la Iglesia católica en siglos anteriores.

El momento álgido de esta lucha entre la Iglesia católica y la modernidad parece haber tenido lugar durante el pontificado de Pío IX, abundante en condenas a las tendencias modernas y que incluyó la edición de un *Sílabo* o *Syllabus,* colección de los errores modernos (1864), en el que se condena la libertad de cultos y se declara anatema la siguiente afirmación: "El Romano Pontífice puede y debe reconciliarse y transigir con el progreso, con el liberalismo y con la civilización moderna".[25] Tres años después del *Sílabo* se iniciaba el Concilio Vaticano I, tres siglos después del último, el de Trento, que había consolidado la contrarreforma. El hecho de que durante la celebración del Concilio se produjera la unificación italiana y que esto significase la pérdida de los territorios de los Estados Pontificios, transformó al Vaticano en una virtual "fortaleza" y exacerbó los ánimos antimodernistas. El dogma de la infalibilidad papal fue formulado oficialmente en estas circunstancias.

Durante los 60 años siguientes, el Vaticano se negó a reconocer la situación —que calificaba como "de hecho"— de la pérdida de los Estados Pontificios. Finalmente, en 1929, y mediante la suscripción de un Concordato con Italia, se estructuró la Santa Sede en los términos en los que se le conoce hasta el día de hoy.

En el transcurso de esos 60 años en el Vaticano soplaron vientos en varias direcciones, a veces contrapuestas. Por una parte, y bajo el pontificado de León XIII —que comenzó en 1878—,

---

[24] Nelson, Benjamin, "Los comienzos de la moderna revolución científica y filosófica: ficcionalismo, probabilismo, fideísmo y 'profetismo' católico", en Hanson, N. R.; Nelson, B. y Feyerabend, P. K., *Filosofía de la ciencia y religión,* Salamanca, Sígueme, 1976.

[25] Pío IX, Syllabus, error núm. LXXX; tomado de Denzinger, Enrique, *El magisterio de la Iglesia,* Barcelona, Herder, 1963, p. 413.

se inició la publicación de *encíclicas sociales*. En estas encíclicas, como es sabido, la Iglesia católica tomó posición frente a los crecientes conflictos derivados de las relaciones laborales. Comenzando por la encíclica *Rerum Novarum* (1891), se justificó la constitución de sindicatos, se llama al Estado a implementar normas laborales y de seguridad social y se urge a los empresarios a ser justos en sus relaciones con los trabajadores. A partir de la doctrina tomista del justo precio se busca extraer elementos para una concepción del salario justo. Las *encíclicas* sociales surgen como una reacción ante los avances que los movimientos socialistas de diverso cuño experimentaban entre las masas obreras. Además, el mismo León XIII publica en 1901 la encíclica *Graves de Communi,* sobre la democracia cristiana. Ello es muy significativo, puesto que se reconoce a nivel oficial del Vaticano que un sistema democrático de gobierno puede fundamentarse en raíces cristianas. No obstante que en la encíclica no se adhiere a un enfoque liberal de la democracia, siendo tal sistema en su forma moderna una creación del liberalismo, no puede menos que considerarse esta encíclica un hito relevante.[26]

Hablábamos, sin embargo, de vientos en varias direcciones. En efecto, entre los años 1870 —fin del Concilio Vaticano I— y 1929 —suscripción del Concordato con Italia— resurgieron aquí y allá en la política oficial vaticana las actitudes de choque frontal contra la cultura moderna. Esto es especialmente notorio en el pontificado de Pío X —después hecho santo—, bajo el cual se condenó a los así llamados "modernistas". Se calificaba de esta forma a teólogos católicos en cuyas ideas se advertían desviaciones modernas. Según distintas fuentes, el propio Jacques Maritain, que décadas más tarde, durante el pontificado de Paulo VI, llegaría a ser un importante referente para el Vaticano en materia de doctrina política, fue considerado sospechoso de ser modernista, aunque nunca llegaron a formularse cargos oficiales en su contra.[27]

[26] León XIII, *Encíclica Graves de Communi,* Santiago, Splendor, 1938. Véanse especialmente pp. 37-46 para una caracterización de las "falsas nociones acerca de la democracia cristiana" y de la "verdadera noción de la democracia cristiana".

[27] La inspiración de Maritain fue importante, por ejemplo, para una de las encíclicas más relevantes del pontificado de Paulo VI: *Populorum Progressio,* 1967.

En las décadas que siguen al Concordato, se dictan nuevas encíclicas sociales y en general la tendencia es hacia un acercamiento a la cultura y política modernas. En el Concilio Vaticano II (1962-1965), el predominio de esta tendencia queda de manifiesto. Se produce, incluso, un acercamiento hacia las Iglesias protestantes históricas, dentro del proceso que se da en llamar "ecumenismo". En ello influye, claro está, el ambiente de creciente diálogo que se mantenía a nivel de teólogos de la Iglesia católica y las Iglesias protestantes históricas, como también el hecho de que esas Iglesias, de carácter no proselitista, cada vez parecían menos peligrosas para la Iglesia católica en comparación con las nuevas corrientes —altamente proselitistas— surgidas sobre todo en Estados Unidos y que se difundían —difunden— con fuerza por América Latina. Estas últimas son calificadas de "sectas" por la Iglesia católica, cuestionándose su verdadera naturaleza de cristianas.[28]

Más allá de las voces que han llamado durante el pontificado de Juan Pablo II a oponerse a muchas manifestaciones de la moral social predominante en los países desarrollados occidentales y a revisar lo que se estiman desviaciones producidas a partir del Vaticano II, es evidente que la política oficial vaticana no pretende ni está en condiciones de reclamar un regreso a condiciones predemocráticas y premodernas de organización política y social.[29]

En América Latina, la Iglesia católica buscó reposicionarse después de producida la independencia de la mayoría de los países de la región. Hay que considerar también que en varios países hubo sacerdotes que jugaron un papel de liderazgo importante durante esos procesos independentistas. En general, se mantuvieron unidos jurídicamente la Iglesia católica y el Estado durante un largo periodo después de los procesos de independencia.

---

[28] Nos referimos, por ejemplo, a los Testigos de Jehová, la Iglesia de los Santos de los Últimos Días (mormones) y otras.

[29] Esto se advierte claro de las aspiraciones del Vaticano respecto de los Estados del este de Europa, después de la caída de los sistemas comunistas. El Vaticano y las iglesias locales han criticado la adopción de costumbres imitadas de Europa Occidental o de Estados Unidos, pero no pone en tela de juicio la necesidad de mantener sistemas democráticos en esos países.

Para la mayoría de los autores, solo podría hablarse en alguna medida de una entrada de América Latina en la cultura moderna en el caso de que se asuma que los principios de la modernidad están expresados por la Ilustración. Discrepa en este respecto Morandé,[30] quien, al tiempo que señala que se inscribe en la línea del pensamiento católico, observa que no deben identificarse modernidad e Ilustración.[31] "Si modernidad e Ilustración se identifican [escribe Morandé], entonces el catolicismo latinoamericano es arcaico y la secularización un proceso inevitable que terminará por arrastrar este arcaísmo. Si, en cambio, la Ilustración y su secularismo es solo una de las variantes históricas transitadas por la modernidad, el redescubrimiento del barroco y del *ethos* cultural latinoamericano —además de ser necesario en virtud de nuestra identidad particular— es en sí mismo una posibilidad de descubrir las bases de una modernización no secularista".[32]

Como se advierte, Morandé considera que en América Latina no hubo realmente Ilustración. Solo existió una Ilustración aparente, "puramente periférica, terminológica, importada, de salón. Y esto es particularmente cierto —continúa— respecto de la religión. Hubo anticlericalismo, querellas de competencia, reivindicaciones de la educación laica, disputa por los bienes eclesiásticos, pero jamás una crítica medianamente seria a la religión, que tuviera su origen en la interpretación de la historia latinoamericana y no en los alegatos políticos del momento".[33] Concuerda en este punto con Octavio Paz —que ha destinado muchas páginas a este tema— y que caracterizara al modernismo latinoamericano —movimiento cultural del siglo XIX— como "Modernidad antimoderna, rebelión ambigua, el modernismo fue un antitradicionalismo y, en su primera época, un anticasticismo: una negación de cierta tradición española. Digo cierta porque en un segundo

30 Morandé, Pedro, *Cultura y modernización en América Latina,* Santiago, Cuadernos del Instituto de Sociología Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984.

31 No obstante, existen también tendencias católicas actuales donde se reivindica un regreso a formas premodernas como la única manera de retomar el camino correcto.

32 Morandé, Pedro, *op. cit.,* p. 142.

33 *Ibidem,* p. 137.

momento los modernistas descubrieron la otra tradición española: la verdadera. Su afrancesamiento fue un cosmopolitismo: para ellos París era, más que la capital de una nación, el centro de una estética".[34] Estas palabras de Paz sobre el movimiento cultural modernista tienen, en realidad, un alcance mucho mayor, ya que reflejan su posición frente a la pretendida modernidad latinoamericana.

Por lo que se refiere a los procesos de independencia latinoamericanos, Paz resalta su carácter de ambiguos. De alguna manera, unas eran las ideas que se profesaban e invocaban públicamente y otro el telón de fondo de la realidad. Los obstáculos a la libertad de comercio de parte de la Corona y ciertos impedimentos para que los criollos desempeñaran determinadas posiciones de poder —a pesar de que esta última característica se atenuaba en algunas regiones— contribuyeron a que estos aprovecharan la coyuntura de la invasión de España por Francia para llevar a cabo los procesos de independencia.

Se invocó entonces el lenguaje de los revolucionarios franceses y de los líderes de la independencia norteamericana, y las ideas en que descansaban aquellos procesos en Francia y Estados Unidos sirvieron como cartabón de legitimidad para las causas de independencia en América Latina. En este sentido, indica Paz, se trataba de un lenguaje moderno. Pero detrás de esas palabras no existía una genuina aspiración de cambio, sino el intento de perpetuar las formas existentes con una nueva repartición del poder. "Una vez consumada la Independencia —anota— las clases dirigentes se consolidan como las herederas del viejo orden español. Rompen con España pero se muestran incapaces de crear una sociedad moderna. No podía ser de otro modo, ya que los grupos que encabezaron los movimientos de Independencia no constituían nuevas fuerzas sociales, sino la prolongación del sistema feudal. La novedad de las nuevas naciones hispanoamericanas es engañosa; en verdad se trata de sociedades en decadencia o en forzada inmovilidad, supervivencias y fragmentos de un todo deshecho".[35] Se aprecia, en todo caso, que mientras Moran-

[34] Paz, Octavio, *Los hijos del limo,* Barcelona, Seix Barral, 1990, pp. 132-133.

[35] Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad,* México, FCE, 1972, 1989, pp. 109-110.

dé plantea que Ilustración y modernidad no deben asimilarse y que, en consecuencia, eventualmente podríamos constatar que sí ha existido una cierta modernidad en América Latina —pero no, ciertamente una modernidad como la de los países del Norte—, Octavio Paz es escéptico de que algo que podamos denominar modernidad haya tenido lugar en esta región del continente.

Paz añade que a partir de los procesos de independencia se vive en un contexto de mentira institucionalizada, en que bajo las apariencias de constituciones más o menos liberales y democráticas —"casi siempre menos que más", apunta— y de permanentes invocaciones a la libertad, se han escudado y han profitado oligarquías feudales y dictadores.[36] Respecto de México, Paz analiza distintos acontecimientos políticos que han tenido lugar desde la Independencia, procurando mostrar de qué manera en cada caso o bien solo existía una retórica moderna o bien la fuerza de los hechos —¿el peso de la noche?— acabó conduciendo a la traición de esos ideales.[37]

Paz y Morandé —como muchos otros autores— coinciden en caracterizar la cultura latinoamericana como una cultura sincrética, mezcla de elementos de distinto cuño. Morandé considera

[36] *Ibidem*, p. 111.

[37] A modo ilustrativo, veamos en qué términos caracteriza al gobierno de Porfirio Díaz (segunda mitad del siglo XIX): "En apariencia, Díaz gobierna inspirado por las ideas en boga: cree en el progreso, en la ciencia, en los milagros de la industria y del libre comercio. Sus ideales son los de la burguesía europea. Es el más ilustrado de los dictadores hispanoamericanos y su régimen recuerda a veces los años de la *belle epoque* en Francia. Los intelectuales descubren a Comte y Renan, Spencer y Darwin; los poetas imitan a los parnasianos y simbolistas franceses; la aristocracia mexicana es una clase urbana y civilizada. La otra cara de la medalla es muy distinta: esos grandes señores amantes del progreso y la ciencia no son industriales ni hombres de empresa: son terratenientes enriquecidos por la compra de los bienes de la Iglesia o en los negocios públicos del régimen. En sus haciendas los campesinos viven una vida de siervos, no muy distinta a la del periodo colonial. [...] En realidad el porfirismo es el heredero del feudalismo colonial: la propiedad de la tierra se concentra en unas cuantas manos y la clase terrateniente se fortalece. Enmascarado, ataviado con los ropajes del progreso, la ciencia y la legalidad republicana, el pasado vuelve, pero ya desprovisto de fecundidad. Nada puede producir, excepto la rebelión". Paz, Octavio, *El laberinto... cit.,* pp. 117-118.

de enormes alcances la síntesis cultural acaecida, puesto que la conquista conllevó no solo la ocupación territorial, sino asimismo una desorganización total del universo de significaciones de los pueblos indígenas. Y observa: "[para los pueblos indígenas] la «palabra» no estaba disociada del mundo de los objetos, sino que se confundía con ellos. España, en cambio, les viene a predicar. Todos los actos de los conquistadores intentan ser «explicados» por el discurso del catolicismo y por los derechos de la corona. Piénsese, por ejemplo, en los «requerimientos» que los españoles debían leer frente a los jefes de un pueblo antes de proceder a la ocupación formal del territorio. Los actos del conquistador no eran por sí mismo evidentes. Su sentido había que buscarlo en el discurso".[38]

Quizá sí es, en el caso de la virgen de Guadalupe, que este sincretismo queda expuesto de la manera más palmaria. Algún tiempo después de la conquista de México, un indígena convertido al cristianismo llamado Juan Diego declaró que en el mismo lugar consagrado antiguamente a Tonantzin, la diosa azteca de la fertilidad, se le había aparecido la virgen. Esto fue resistido en un comienzo por las autoridades religiosas, pero después de sucesivas apariciones fue aceptado. Se trataba de una virgen morena, muy distinta a la llevada por los españoles a México. Posteriormente, la devoción por la virgen de Guadalupe se transformó en la más importante en el país y fue proclamada patrona de México por la Iglesia católica.

Respecto de la situación específica de Chile en el contexto de esta discusión, tanto entre historiadores como entre sociólogos se aprecian puntos de vista diversos. En una obra reciente, que sobresale especialmente por su perspectiva hermenéutica frente al estudio de la historia —hecho de por sí infrecuente en nuestro país—, Jocelyn-Holt agrupa del modo siguiente a estas posturas:[39] Señala que por una parte se distinguen quienes consideran que la independencia chilena y las décadas que la sucedieron representan un quiebre con el pasado colonial. Un quiebre que no habría

[38] Morandé, Pedro, *op. cit.,* p. 151.

[39] Jocelyn-Holt, Alfredo, *La Independencia de Chile: Tradición, modernización y mito,* Madrid, MAPFRE, 1992.

significado una consolidación inmediata, pero en el que sería posible advertir ciertos rasgos importantes de un proyecto liberal. Entre tales rasgos se encontrarían, entre otros, el constitucionalismo, la separación de los poderes, la soberanía popular, la noción de ciudadanía, una paulatina apertura al exterior, etc. Varios autores consideran que los propósitos de llevar a cabo un proyecto liberal y moderno no eran genuinos en un comienzo, sino que su invocación era utilizada como una retórica para los efectos de legitimación —lo cual se asimilaría a la situación mexicana en los términos en que la describe Octavio Paz—, pero que el estado de cosas habría cobrado su propia lógica a partir de algún momento en el siglo XIX, llevando paulatinamente a la estructuración de una sociedad con ciertos elementos modernos.[40]

Por otra parte, distingue a autores como Edwards, Eyzaguirre y Góngora, que verían, tras algunos años caóticos inmediatamente siguientes a la Independencia, la consolidación de un proyecto básicamente conservador, que más allá de la retórica, significaría en el fondo un regreso a los cauces tradicionales derivados del periodo colonial. Esta suerte de restauración se habría producido a partir de Portales en la década de 1830, cuyo modelo es caracterizado en palabras de Góngora como "un gobierno fuerte, extraño al militarismo y al caudillismo de los tiempos de la Independencia".[41] Góngora sigue a Eyzaguirre cuando señala que el modelo portaliano "[n]o es un conservantismo tradicionalista [en el sentido de que carece de un fundamento ético-religioso], sino que exige solamente el respeto a las leyes y la sumisión a la autoridad".[42] Sería además un modelo de estado celoso de intromisiones foráneas.

Siguiendo en este punto a Lechner,[43] Jocelyn-Holt señala que en el siglo XIX se aceptó en Chile una cuota de modernidad. "De

[40] Jocelyn-Holt sitúa en esta corriente, que denomina "escuela liberal", a Amunátegui, Barros Arana, Vicuña Mackenna, I. Errázuriz, Amunátegui Solar, Donoso, Feliú Cruz, Heise y Villalobos. Jocelyn-Holt, *op. cit.,* p. 306.

[41] Góngora, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX,* Santiago, Ediciones La Ciudad, 1981, p. 13.

[42] *Ibidem,* p. 14. Góngora se refiere a la calificación hecha por Eyzaguirre, Jaime, *Fisonomía histórica de Chile,* Santiago, Editorial del Pacífico, 1958.

[43] Lechner, Norbert, *Los patios interiores de la democracia,* Santiago, Flacso, 1988.

ahí que en Chile —anota— la modernidad haya sido parcial y no global, un proceso no acabado, programático y proyectual. Se permitió modernizar tentativamente pero en el proceso se encaminó hacia una transición más completa. Se desechó el pasado, se eligió ver el presente como una «transición» y el futuro como algo posible, construible, como un orden «producido» y no «recibido».[44]

No obstante, las distintas corrientes parecen concordar en que en algún momento se produce un quiebre con el pasado y las tradiciones coloniales. Este quiebre se habría producido más tarde, según los historiadores conservadores, en cierto instante durante el "parlamentarismo", es decir, a fines del siglo XIX o comienzos del XX. Y mientras para algunos —los liberales—, se produciría un proceso de paulatina implantación de los ideales liberales y modernos, para otros —los conservadores— se trataría más bien de fenómenos cíclicos, con crisis sucesivas y sin una dirección definida ni definitiva. Huelga decirlo, mientras para los liberales este proceso sería necesario y deseable, para los conservadores representaría un retroceso respecto de etapas anteriores, puesto que se perderían consensos sobre ciertos supuestos elementos constitutivos de la sociedad chilena.[45] De cualquier modo, no debe pasarse por alto que las tesis de Morandé, más arriba expuestas, aspiran a reflejar no solo la realidad latinoamericana en general, sino también la chilena en particular, esto es, Morandé afirma que en Chile no hubo propiamente Ilustración.

Tampoco puede soslayarse que con frecuencia el caso chileno es considerado como una excepción —si bien no la única— en el contexto latinoamericano. Excepción no porque Chile haya entrado necesariamente a la modernidad, sino porque al menos ha incorporado algunos elementos —"una cuota"— de modernidad. Circunstancias que hacen singular al caso chileno son, por ejemplo, la existencia de mecanismos ordenados de transmisión del poder a poco andar a partir de la Independencia y el papel se-

44 Jocelyn-Holt, Alfredo, *op. cit.,* p. 220. Para un comentario sobre el libro en referencia, véase Peña, Carlos, "Jocelyn-Holt, Alfredo, La Independencia de Chile: Tradición, modernización y mito", en *Estudios Públicos,* núm. 53, CEP, Santiago, 1994, pp. 313-327.

45 Jocelyn-Holt, Alfredo, *op. cit.,* p. 312.

cundario de los caudillismos desde un comienzo en nuestra vida republicana. Ello, claro está, sin perjuicio de las periódicas crisis, las que, de cualquier manera, no parecen haber sido la constante.

En todo caso, es evidente que en nuestro país no hubo en propiedad Revolución Industrial —caracterizada por Gehlen como el acontecimiento histórico más importante después del paso del nomadismo al sedentarismo—,[46] la conformación de una burguesía no se produjo sino mucho después de la independencia —y, en consecuencia, mal podía estar a la base de la estructuración de la república, como ocurría en Europa—, y la incorporación de distintos sectores sociales ha sido muy paulatina (hubo voto censitario por lo menos hasta 1874,[47] la mujer adquirió derecho a voto en la década de los cuarenta, la cédula única —mecanismo elemental contra el cohecho y las elecciones fraudulentas— recién se estableció para las elecciones de 1958 y los analfabetos pudieron votar a partir de comienzos de la década de los setenta).

Otro enfoque sostiene lo siguiente: con mayor o menor acentuación según el país de que se trate, en Latinoamérica parecen coexistir elementos "modernos" y "premodernos", pero ello no significa que estemos en una etapa "feudal" o que estas sociedades sean el reflejo de un sincretismo cultural propiamente. Se trata, en cambio, de sociedades que viven en la periferia de los mercados y de las sociedades modernas desarrolladas y en las que, en cuanto tales, es lógico que coexistan esos rasgos disímiles y hasta contrapuestos. En ellas, sin embargo, el eje u orientación estaría dado por las influencias provenientes de la sociedades del hemisferio norte y no por las raíces ancestrales de corte indígena o hispanista-indígena —según se prefiera—, lo que desvirtuaría la tesis del sincretismo cultural.

En esta última línea, Brunner considera que el pastiche cultural es la manifestación más acabada. "El tema de la cultura occi-

46 Gehlen, Arnold, E*nsayos de Antropología Filosófica, ...cit*.

47 Decimos que "por lo menos" hasta 1874 porque ese año, en virtud de una reforma constitucional, se estableció como presunción de derecho —esto es, que no admite prueba en contrario— que todos quienes sabían leer y escribir disponían de los bienes suficientes para satisfacer las exigencias constitucionales y poder votar. No obstante, la derogación explícita del voto censitario se produjo mucho después.

dental en América Latina —observa— es el del pastiche cultural. Imitación, mímica de estilos y formas de valores y contenidos, hecha seriamente, sin pretensión de parodia o ironía, sin distancia, sino como única forma de participar en una experiencia (la modernidad) que viene impulsada por el mercado y por el poder, por la difusión del poder, por la difusión de modelos de necesidad y de consumo".[48] De acuerdo con un catálogo de elementos que conformarían ese pastiche cultural, según Carlos Monsiváis, se hallarían cosas tales como la homogeneización de los estilos de vida, las comunicaciones por satélite, la 'revolución de la informática', los cómics de superhéroes, las revistas que redefinen la 'femeneidad', el reordenamiento de los hábitos de vida conforme a los cambios en la tecnología y muchos, muchos otros.[49] Se trata de elementos que en nuestra región aparecen tomados fuera de su contexto de origen. Ello no implica que no se realicen transformaciones de esos elementos a partir de las propias experiencias y singularidades latinoamericanas o que no se puedan obtener productos valiosos y de significación propia.

Estaríamos así, en presencia de un fenómeno de heterogeneidad cultural. Sin embargo, esta no conllevaría una suerte de sincretismo, ya que los elementos predominantes o, mejor, la tendencia predominante estaría marcada por los elementos propios de la modernidad, por desfigurados o descontextualizados que estos nos lleguen.

Otra característica sería la paulatina tendencia a convertir la religión en un asunto personal. Con esto queremos decir que la religión pasa a ser cada vez más un asunto de la esfera privada de las personas, de su propia conciencia, y cada vez menos un asunto público o que defina el rol de las personas y de las instituciones en la sociedad. En este punto la discusión es de antigua data. Estaban quienes creían ver en las reformas laicas en la educación, los cementerios, el matrimonio civil y la separación jurídica de la Iglesia católica y el Estado —fenómenos que tuvieron lugar en

48 Brunner, José Joaquín, *Un espejo trizado. Ensayos sobre cultura y políticas culturales,* Santiago, Flacso, 1988, p. 198.

49 Monsiváis, Carlos, "Penetración cultural y nacionalismo", en González, Pablo (coord.), *No intervención, autodeterminación y democracia en América Latina,* México, Siglo XXI Editores, 1983.

América Latina preferentemente en la segunda mitad del siglo xix y primera mitad del siglo xx— una efectiva relegación de la religión a la esfera personal. Hay quienes ven en esas reformas solo transformaciones superficiales, superestructurales, que no afectaron significativamente el papel e influencia de la religión en la sociedad, el cual habría continuado siendo de relevancia.

Fenómenos de décadas recientes, como el sólido trabajo de la Iglesia católica en un buen número de países latinoamericanos contra las dictaduras y en favor de la defensa de los derechos humanos, parecen introducir nuevos elementos y hacer replantear la discusión. Ello no deja de ser paradójico, porque pareciera ser que es la Iglesia católica la que aparece promoviendo elementos importantes de la modernidad, como son los derechos humanos. Aunque, por otra parte, como se aprecia en el caso chileno, no parece claro que el decisivo papel desempeñado por la Iglesia católica en la defensa de los derechos humanos haya evitado el alejamiento de amplios sectores sociales respecto de otros aspectos del programa eclesial, y así empieza a darse un abierto debate —incluyendo a políticos de inspiración cristiana— sobre la cuestión del divorcio vincular, a pesar de las objeciones de la misma Iglesia.[50]

3.2. ¿Posmodernidad en América Latina?

Ya hemos visto cómo está pendiente el debate acerca de la presencia o no de una "modernidad" en esta región del planeta. Ahora bien, en el supuesto de que se caracterizara un determinado estado de cosas a la manera como lo hacen Vattimo o Lyotard

[50] En la línea oficial vaticana, así como en la del *Opus Dei,* actualmente muy cercanas, se envuelve también una paradoja. Por una parte, se pone énfasis en la santificación de la vida laboral, dejándose en un segundo plano lo referido a transformaciones de los elementos que caracterizan a la organización económica y social y que, a la vez, condicionan las formas de trabajo y de consumo. Las formas de trabajo y consumo en sus modalidades actuales predominantes, a su vez, acarrean un hedonismo y una cierta liberalización de las costumbres, las que no son deseadas por la Iglesia. Se critica a estas últimas como si ellas no fueran, por lo menos en un grado importante, consecuencias de las formas de organización económica y social.

como "posmodernidad", ¿podríamos decir que se dan tales condiciones en Latinoamérica?

Harvey Cox dice que sí. Harvey Cox es un teólogo de Harvard que conoce bien América Latina y ha escrito en abundancia sobre ella. En la década de los sesenta escribió el libro *La ciudad secular,*[51] en el que sostenía la necesidad para las Iglesias cristianas de aceptar el proceso de secularización de las sociedades occidentales y de aprender a convivir con él y a extraerle lo mejor. Dos décadas más tarde, impresionado con la revitalización de la religión en América Latina, especialmente de sus comunidades eclesiales de base, escribe *La religión en la ciudad secular: hacia una teología posmoderna.*[52] Aquí la tesis central ya no consiste en convivir con el proceso de secularización, sino más bien en insertarse en un proceso creciente y rico de pluralismo religioso, del cual las comunidades eclesiales de base serían su máxima expresión.

Para Cox, el Concilio Vaticano II puso demasiado énfasis en la aproximación de la Iglesia católica al mundo moderno. "Había quienes propugnaban que se permitiera a los sacerdotes casarse, que se tradujera la misa a lenguas vernáculas, que se instituyera un modo de gobierno más democrático a través de los consejos parroquiales, que se aceptara a las Iglesias protestantes como Iglesias cristianas de pleno derecho y, consiguientemente, se flexibilizaran las normas acerca de la participación en otros cultos y de los matrimonios mixtos [...]".[53] Ahora bien, Cox no critica este presuntamente excesivo énfasis desde un punto de vista conservador: él favorecía estas reformas, pero no le parecían suficientes, ya que descuidaban toda una gama de otros aspectos, especialmente lo relativo a los problemas sociales y a las masas de pobres. Compara entonces Cox la situación de la Iglesia católica con la de las Iglesias protestantes: "Las notas de aggiornamento que se logró introducir en la Iglesia —tales como la liturgia en lengua vernácula y el ecumenismo— habían estado en vigor

51 Cox, Harvey, *The Secular City,* Nueva York, 1965, 1990.

52 Cox, Harvey, *La religión en la ciudad secular: hacia una teología posmoderna,* Santander, Sal Terrae, 1985.

53 *Ibidem,* pp. 105-106.

durante décadas en las iglesias protestantes, la mayor parte de las cuales no habían conseguido resolver el problema de la pérdida de los pobres".[54]

En las décadas posteriores al Concilio, se estructuran y consolidan redes de comunidades eclesiales de base en América Latina. Uno podría preguntarse si el contexto posconciliar más abierto no favoreció precisamente este fenómeno. Cox vislumbra que por hallarse las masas de pobres latinoamericanos fuera del consenso moderno-liberal, es de ellas que podría surgir una respuesta en el momento crítico. Él no lo dice, pero uno podría advertir distintas corrientes que sostienen esto mismo desde una perspectiva católica: una corriente más radical, representada por algunas versiones de la Teología de la Liberación, y otra más moderada, expuesta, por ejemplo, por los obispos latinoamericanos en la Conferencia de Puebla en 1979.[55] En uno y otro caso el énfasis es puesto en la opción preferencial por los pobres, en el sentido de que estos serían los que estarían en mejores condiciones de emprender procesos de cambio para superar las condiciones vigentes en la región. Una diferencia importante, aunque no la única, entre ambas vertientes es que el Documento de Puebla hace muy explícito el carácter no excluyente de dicha opción preferencial.

Para Cox, lo que se halla en germen en el proyecto y trabajo de las comunidades es el surgimiento de una posmodernidad. Esto se advierte en tres áreas que él considera fundamentales: el estilo de existencia personal, la visión teológica y la forma colectiva. Respecto del primer aspecto, esto es, del estilo de existencia personal, destaca "la aparición de una forma de «espiritualidad mundana», de «misticismo comprometido», que está tomando el lugar de los modos monásticos y pietistas de los periodos medieval y moderno".[56] Por lo que concierne a la nueva visión teológica, ella se trasuntaría del intercambio dialogal entre las distintas comunidades de base y al interior de ellas. El tercer aspecto, la forma colectiva, estaría constituida precisamente por

[54] *Ibidem*, p. 106.

[55] Véase CELAM, Documento de Puebla, 1979.

[56] Cox, Harvey, *La religión en la ciudad secular..., cit.*, pp. 199-200.

las comunidades de base. Es curioso notar en este punto el optimismo de Cox por el surgimiento de una posmodernidad, que contrasta con el talante de los filósofos europeos. Estos últimos, en efecto, prefieren "asumir" la posmodernidad como un hecho dado, sin que se trate de promover una causa. Tomar una actitud a la Cox sería para ellos volver a incurrir en las pretensiones de los filósofos modernos, que al tiempo que construían una teoría aparecían, con mucha frecuencia, promoviendo las ventajas de la nueva época.

En un libro posterior, *The Silencing of Leonardo Boff (El silencio de Leonardo Boff),* Harvey Cox no parece tan optimista. La situación ya ha hecho crisis: el Vaticano ha tomado cartas en el asunto. El Vaticano, si bien ha tenido el cuidado de no descalificar a las Teologías de la Liberación como un todo, reconociendo sus distintas raigambres, ha sido especialmente claro en sus críticas a Boff, representativo de amplias corrientes de las Teologías de la Liberación.[57] Las crisis de las izquierdas en América Latina y la falta de alternativas acabadas a las políticas de mercado en la región —aspectos que no son ni tendrían por qué ser tratados en el libro de Cox— son también temas que podrían poner en tela de juicio los augurios posmodernistas del autor. En el ámbito de la Iglesia católica es evidente que la Conferencia de Obispos de Santo Domingo, en 1992, tuvo un perfil e impacto mucho más bajos que las de Puebla (1979) y Medellín (1968), que habían marcado hitos en la historia de la Iglesia católica latinoamericana. La nueva correlación de fuerzas al interior de los obispos —muchos de ellos nombrados por Juan Pablo II— y una intervención mucho más fuerte del Vaticano que en las Conferencias anteriores fueron factores importantes, pero probablemente influyó además el hecho de que hoy las comunidades eclesiales no aparecen con el ímpetu, vigor y presencia que las caracterizó en décadas precedentes.[58]

---

57 Véase, Cox, Harvey, *The Silencing of Leonardo Boff: The Vatican and the Future of World Christianity,* Meyer Stone & Co, 1988. Es muy interesante el paralelo que se hace en el libro de las figuras del cardenal Ratzinger y de Leonardo Boff. De hecho, el primero fue incluso el director de la tesis doctoral del segundo.

58 En su ensayo "Inculturaçao, evangelizaçao e libertacao em Santo Domingo", José Oscar Beozzo, presidente de la Comisión de Estudios de Historia de la Iglesia en América Latina, destaca una serie de elementos positivos

Lo cierto es que las tesis de Cox en *La religión en la ciudad secular* se nos aparecen a estas alturas como apresuradas. En pocos años corrió mucha agua bajo los febles puentes de los ríos latinoamericanos y la caracterización del estado de cosas formulada por Cox promediando la década de los ochenta resulta sobrepasada por los hechos.

Pero, ¿y de no haber sido así, de haber continuado el fortalecimiento de las comunidades de base y de sus rasgos más resaltantes caracterizados por el autor? ¿Hubiese sido plausible la tesis de una entrada en la posmodernidad en América Latina?

En los autores posmodernistas son recurrentes las observaciones que destacan a la seguridad y estabilidad de las sociedades como elementos decisivos para abandonar las explicaciones globales y abandonar en un momento dado la modernidad. Así, Vattimo señala que "[P]ara Nietzsche, Dios muere porque las condiciones de la existencia se han hecho menos extremas y más seguras [...]"[59] y concuerda con él al escribir que "[T]al comprensibilidad y practibilidad del mundo en términos de continuidad rememorativa resulta propia de una humanidad que vive en una época de relativa seguridad, y que, por eso, no siente ya necesidad de las soluciones y afianzamientos extremos que buscara el pensamiento fundamentador".[60] En otro texto, Vattimo ha afirmado que "la experiencia moral ya no encuentra grandes decisiones entre valores totales, el bien y el mal, sino que encuentra hechos micrológicos, respecto de los cuales, como en el caso del arte, los conceptos de la tradición resultan enfáticos".[61]

---

de dicha Conferencia de Obispos, entre los que se encuentran la incorporación de elementos caribeños y afroamericanos, así como el énfasis en las culturas indígenas. Sin embargo, es evidente que respecto de algunos de los aspectos centrales desarrollados en conferencias anteriores, o bien hubo un estancamiento o bien un franco retroceso. Véase, Beozzo, José Oscar "Inculturaçao, evangelizaçao e libertaçao em Santo Domingo", en A Igreja do Brasil. De a João XXIII a João Paulo II. De Medellín a Santo Domingo, Petrópolis, Editora Vozes, 1993, pp. 305-332.

59 Vattimo, Gianni, *Ética de la interpretación, cit.,* p. 46.

60 *Ibidem,* p. 48.

61 Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad: nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna, cit.,* p. 57.

Lyotard, por su parte, es tajante en la distinción entre sociedades desarrolladas y subdesarrolladas en relación con la materia en análisis. En este sentido, escribe que "El saber se ha convertido en los últimos decenios en la principal fuerza de producción, lo que ya ha modificado notablemente la composición de las poblaciones activas de los países desarrollados, y que es lo que constituye el principal embudo para los países en vías de desarrollo".[62]

En las sociedades latinoamericanas no parecen concurrir los elementos que, según Vattimo, Lyotard y otros autores, caracterizarían a una posmodernidad. Tenemos, a lo sumo, una modernidad a retazos, fragmentada, que no ha calado en todos los sectores sociales. Que mal podría haber calado cuando agua potable o energía eléctrica son bienes escasos en muchos de nuestros países. Incluso es discutible en qué medida una cultura moderna ha calado entre los sectores dirigentes; en este sentido, parece haber diferencias según sea el país de que se trate.

Nuestra estabilidad y seguridad son muy precarias: recién hace unos años, amplios sectores de América Latina tenían que lidiar con desapariciones forzadas masivas de personas y algunos continúan lidiando hasta hoy. Con muy escasas excepciones, nuestros sistemas de gobierno no son estables ni están asegurados en su viabilidad. Tampoco estamos ante la presencia de sociedades satisfechas, que, como señala Vattimo, son las que dan fruto al "debilitamiento de la razón" que caracterizaría a las sociedades posmodernas.

Los planteamientos y augurios de Harvey Cox sobre el surgimiento de una posmodernidad en Latinoamérica soslayan además, a mi juicio, un elemento central: la Teología o Teologías de

[62] Para Morandé, "Como no se puede evitar la muerte física, este escape de la muerte se refiere a la eliminación de la incertidumbre, del caos, de la indeterminación. Se trata de que la muerte física no signifique simultáneamente la muerte de la sociedad como conjunto, sino que sea, por el contrario, un caso particular perfectamente reglamentado y con sentido entre la multiplicidad de las conductas sociales", Morandé, Pedro, *op. cit.,* p. 81. En Morandé esta afirmación tiene, además, otras connotaciones, en el sentido de resaltar el papel del sacrificio en las culturas. Cioran, por su parte, nos habla del "ocultamiento del cadáver" como un rasgo característico de las sociedades modernas.

la Liberación son típicamente modernas. Si bien ellas pretenden apartarse del "consenso moderno-liberal" —para usar la expresión del autor— y no obstante que las tesis de estas efectivamente son distintas a las de los teólogos "liberales" europeos o estadounidenses, no por eso dejan de ser "explicaciones globales", con lo cual quedan atrapadas dentro del circuito de la modernidad. Esto se hace aún más patente en aquellas vertientes liberacionistas que recogen importantes elementos del marxismo para su análisis de la realidad, puesto que este último es una manifestación típicamente moderna de pensamiento.

A mi entender, la Iglesia católica en América Latina desempeña en la actualidad un doble rol, defendiendo ciertas tradiciones y propugnando ciertos cambios. Algunas de las tradiciones son contradictorias con los ideales del pensamiento moderno; otras no. Los cambios que se propugnan actualmente desde la Iglesia católica suelen ir en la dirección de la modernidad —promoción de la democracia y de los derechos humanos, entre otras—. Por otra parte, está el fenómeno de las nuevas denominaciones religiosas que se han expandido por América Latina en las últimas décadas, las cuales son, por regla general, más inclinadas hacia la defensa de las tradiciones que del cambio.

De cualquier modo, pareciera que la religión continúa desempeñando en Latinoamérica un rol significativo, mayor que el que juega actualmente en las sociedades desarrolladas del hemisferio norte. Es posible que estemos presenciando un declinar gradual de la importancia de la religión en la vida pública, pero a la vez se tiene la sensación de que su influencia permanecerá siendo relevante por largo tiempo. El fenómeno no deja de ser curioso: posiblemente hoy en día menos personas estarían dispuestas a declararse agnósticas o ateas que en el fragor de los años sesenta, y, sin embargo, también es probable que sean muchos más los que tengan adhesión a una religión determinada pero que están dispuestos a declarar en público sus discrepancias con la línea oficial.[63] Esto pareciera ser parte del proceso hacia una religión

[63] Esto se manifestó de manera ya se quiera "brutal", "insolente" o "espontánea" —o todas las anteriores juntas— en la respuesta negativa de los jóvenes chilenos a Juan Pablo II cuando este les preguntó si renunciaban al sexo (en el Estadio Nacional con motivo de su visita en 1987).

más personal. Pero, de cualquier manera, se está lejos de haber alcanzado un estado de cosas de la religión como en la Europa no ya en los albores del siglo XXI, sino en la Europa de mucho tiempo atrás.

4. Situando los derechos humanos en el debate

El ideario de la Ilustración tuvo como uno de sus ejes centrales el fortalecimiento del individuo frente al Estado. El acento está puesto en la esfera de la autonomía personal, que por así decirlo, importa una barrera detrás de la cual el Estado no puede interferir. En la concepción tradicional del Estado, en cambio, el elemento definitorio no era la autonomía individual, sino el rol que los distintos grupos al interior de la sociedad debían desempeñar para satisfacer los fines del Estado. La noción de derechos inexpugnables no había sido explorada.

El triunfo del movimiento ilustrado significó, primeramente, la estructuración de sistemas políticos y jurídicos en los que, por lo menos en el orden declarativo, se formulan derechos civiles y políticos de las personas. Esto conlleva la abolición de las divisiones de carácter estamental y la declaración de la igualdad de las personas ante la ley. Esto implica, en lo fundamental, una necesidad de abstención de parte del Estado, el que no deberá entrometerse, en lo sucesivo, en la esfera de la autonomía personal. Ello no obstante, el Estado posee también un rol activo con relación a los derechos civiles y políticos, el cual consiste en facilitar la existencia de condiciones que aseguren el adecuado ejercicio de tales derechos. Así, por ejemplo, el Estado deberá asegurar la existencia de un sistema electoral transparente, de una administración de justicia eficiente y de una policía que proporcione seguridad al tiempo que sea respetuosa de los derechos de las personas.

La abolición de los privilegios legales y de las trabas comerciales no tuvieron, sin embargo, el efecto de reducir las desigualdades en el orden material. En esto influyeron los procesos de industrialización y urbanización a que se vieron sometidas las sociedades. La igualdad ante la ley no pasaba de ser meramente formal. Ante estas circunstancias se desarrollaron en el terre-

no ideológico y luego en el legislativo programas para asegurar mayores niveles de igualdad real y satisfacer ciertas condiciones materiales mínimas a las personas. Estos programas supusieron un rol diferente del Estado, fundamentalmente activo. Tales procesos no estarían exentos de problemas, puesto que a menudo se presentarán conflictos entre ellos y el respeto a la esfera de la autonomía personal. Más tarde estas nuevas ideas serán agrupadas bajo la denominación de derechos económicos, sociales y culturales.[64]

[64] No obstante, una diferencia básica entre los derechos económicos, sociales y culturales, por una parte, y los derechos civiles y políticos, por otra, reside en que, con escasas excepciones aquellos no son considerados como que otorguen poderes incondicionales frente al Estado, sino que dependerán para su exigibilidad del desarrollo de la economía de ese Estado. En tanto, por lo menos el núcleo central de los derechos civiles y políticos aparece con un grado de exigibilidad inmediata, es decir, su protección resulta inexcusable para el Estado. En el ámbito de la ONU, luego de la rápida adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos —en 1948, esto es, apenas tres años después de la creación de la organización—, se pensó que no se tardaría en aprobar un tratado —o tratados— sobre estas materias. Sin embargo, se tardó 18 años más en conseguirlo. Por un lado, los países democráticos occidentales persiguieron la adopción de dos tratados diferentes, uno sobre derechos civiles y políticos que consagrara algunos de estos de manera absoluta e incondicional y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales, que condicionara su grado de exigibilidad a la situación socioeconómica del Estado respectivo. Por otro lado, los países del bloque soviético aspiraban a adoptar un solo tratado, que abarcara ambos grupos de derechos regulando de manera más o menos similar unos y otros. En definitiva, se impuso la tesis de los dos tratados con grados de exigibilidad diferentes, pero al costo de eliminar algunas disposiciones. Uno de los más célebres especialistas en derecho internacional de la Unión Soviética describió este proceso en los siguientes términos: "Una lucha aún más ácida y prolongada [que la tuvo lugar durante la preparación de la Declaración Universal de Derechos Humanos] entre Estados con diferentes sistemas económicos se desarrolló durante la preparación de los pactos sobre derechos humanos. El centro de la disputa continuó siendo básicamente el mismo que el de la discusión de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, la actitud negativa de los Estados capitalistas en orden a incorporar obligaciones con respecto a los derechos socioeconómicos en una convención internacional se manifestó aún más claramente. Como resultado, y debido a la insistencia de los poderes occidentales, el borrador de un único pacto sobre derechos humanos fue dividido en dos pactos, uno sobre derechos civiles y políticos y otro sobre derechos socia-

Las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial han visto consolidarse algunos aspectos del ideario ilustrado bajo la forma de una normativa internacional de derechos humanos. En el siglo XIX y primera mitad del XX se adoptaron, por ejemplo, instrumentos sobre derecho internacional humanitario —entonces conocido como derecho de la guerra—, la esclavitud y la trata de mujeres. Sin embargo, será solo con la creación de las Naciones Unidas y la subsecuente creación de organizaciones regionales como el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, que se estructurará un sistema de protección internacional de los derechos humanos.[65]

A primera vista, pudiera parecer un contrasentido que el ideario ilustrado pudiera consolidarse a través de la reducción —consensual— de la soberanía estatal, como ocurre en el derecho internacional de los derechos humanos. Este sistema, en efecto, supone el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional, que puede reclamar ante la comunidad internacional por violaciones a sus derechos cometidas por su Estado o por cualquier otro Estado. Asimismo, este sistema implica que unos Estados pueden entrar a calificar la conducta de otro Estado respecto de los ciudadanos de este último (sin limitarse, como ocurría en el derecho internacional tradicional, a reclamar por el trato dado por ese Estado a los ciudadanos del Estado reclamante). Aparentemente, este fenómeno podría ser visto como un contrasentido, ya que los movimientos ilustrados precisamente exaltaban el papel de la nación en la formación del Estado. No existe tal contrasentido, sin embargo, ya que el derecho internacional de los derechos humanos surge como consecuencia de

---

les, económicos y culturales. El pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales fue formulado de una manera tal que no impuso obligaciones estrictas a las partes de garantizar tales derechos a sus ciudadanos". Tunkin, G. I., *Theory of International Law,* Harvard University Press, 1974, p. 79; la traducción es mía.

65 Más recientemente, en la década de los ochenta, se ha echado a andar un Sistema Africano de Derechos Humanos. Para una visión comparativa de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos, puede consultarse Weston, Burns H.; Lukes, Robin A. y Hnatt, Kelly M., "Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* vol. 20, núm. 4, 1987, pp. 585-637.

una autolimitación voluntaria de parte de Estados en los que —se supone— las autoridades son representantes legítimos del pueblo.[66] Por lo demás, hubo autores ilustrados —como Kant— que de alguna manera avizoraron como un ideal a alcanzar un futuro consenso entre los Estados que permitiera la solución pacífica de los conflictos internacionales.

En las sociedades desarrolladas democráticas, la protección de los derechos humanos aparece como un elemento central del régimen político. Con esto no estoy afirmando, claro está, que esa protección sea, de hecho, la motivación fundamental de las personas y grupos que sustentan el sistema. Se trata de que ciertos valores y normas impregnan las características básicas del sistema. De ahí que, sin ir más lejos, en el contexto del Consejo de Europa sean escasas las fricciones de importancia entre los gobiernos de los Estados miembros y los organismos europeos de control en materia de derechos humanos. Los sistemas de protección internos e internacionales aparecen así, en el contexto europeo occidental, con carácter de complementarios. El sistema internacional europeo contribuye al perfeccionamiento de los sistemas internos, pero no entra propiamente en pugna con

---

[66] A este respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU dispone:

"Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 [no discriminación], y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, principal instrumento interamericano en la materia, regula los derechos políticos de manera prácticamente similar en su art. 23. Sin embargo, el énfasis en la vinculación entre democracia representativa, Estado de derecho y derechos humanos ha sido mucho más marcado en el Sistema Interamericano que en la ONU, lo cual se debe, evidentemente, a la mayor complejidad y variedad de Estados que integran la ONU.

estos, ya que existe un conjunto de valores y criterios fundamentales que son comunes.

Esta "compenetración" o "impregnación" de ciertos valores en el régimen político de las sociedades desarrolladas trae aparejadas, sin embargo, algunas consecuencias que no fueron anticipadas (o si lo fueron, solo por unos pocos). La consolidación y estabilidad de regímenes políticos inspirados en buena parte en el ideario ilustrado y la protección de los derechos de las personas ha traído consigo el que estos valores y criterios sean percibidos socialmente como "dados". Por lo menos en apariencia, ya no son valores por los que sea necesario luchar: están ahí, aparentemente seguros. Es en ese contexto que tiene lugar el debate sobre modernidad y posmodernidad. Dado que existen consensos sociales en torno a ciertos valores e instituciones básicas, en los cuales se advierten, en suma, ciertas estabilidades y seguridades elementales, podría prescindirse ahora —se estaría prescindiendo, de hecho— de ellos como núcleos culturales centrales. Así, algunos hablan del agotamiento de los ideales de la Ilustración; otros, como Habermas, plantean que es necesario revisar la manera en que se han encaminado tales ideales y buscar nuevos cauces a través de los cuales puedan conducir a sociedades más humanas. De cualquier modo, los acontecimientos de años recientes en Europa Central y Oriental, así como el resurgimiento de movimientos nacionalistas en esas partes de Europa y en la propia Europa Occidental, deberían dar lugar a nuevas reflexiones sobre este asunto.[67]

En otras regiones del mundo la situación es muy diferente. No se trata solo del hecho evidente de que muchas sociedades están ordenadas con arreglo a criterios muy distantes de los del ideario ilustrado. Se trata también de que a menudo se cuestiona el carácter de universal que la concepción de los derechos humanos centrada en la autonomía personal aspira a poseer. Esto se ha visto de manifiesto en las Naciones Unidas, donde algunos Estados islámicos y otros países subdesarrollados, especialmente de

[67] Sobre el resurgimiento del nacionalismo en Europa, ver el reciente e interesante diálogo entre Habermas, Jürgen y Michnik, Adam, "«More Humility, Fewer Illusions»: a talk between Adam Michnik and Jürgen Habermas", en *The New York Review of Books,* vol. XLI, núm. 6, 1994, pp. 24 y ss.

África y Asia, han puesto en tela de juicio el carácter vinculante para ellos del derecho internacional de los derechos humanos, al que describen como un producto del pensamiento occidental. En realidad, la sola incorporación de un Estado a la ONU requiere que el mismo suscriba la carta de la organización, carta que incluye compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Existen Estados, sin embargo, que sostienen que habiendo sido la carta elaborada por los Estados fundadores de la ONU —casi todos ellos occidentales (en una época en que la mayoría de los países africanos eran colonias)—, ahora se encuentran frente a una situación de hecho que no pueden remediar. Esta situación volvió a saltar a la palestra en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la ONU celebrada en Viena en 1993.[68]

Desde un punto de vista jurídico, podría contraargumentarse señalando que una amplia gama de Estados —incluidos muchos que hoy ponen en tela de juicio el carácter universal de los derechos humanos— han suscrito no solamente la Carta de la ONU sino una serie de tratados internacionales de derechos humanos muy importantes. Empero, ello no serviría para soslayar el hecho de que en importantes regiones del mundo la concepción de los derechos humanos dista mucho de estar arraigada a la cultura. De ahí que se hable de un relativismo cultural,[69] que serviría

[68] Véase Brody, Reed; Sullivan, Donna y Guest, Iain, *The 1993 World Conference on Human Rights,* International Human Rights Law Group, Washington, D.C., 1993.

[69] Acerca del debate sobre el relativismo cultural, con posturas en favor y en contra, pueden consultarse entre otros: Panikaar, Raimundo, "Is the notion of human rights a Western concept?", en *Diógenes,* núm. 120, 1982, pp. 75-102; Pollis, Adamantia y Schwab, Peter, "Human Rights: a Western construct with limited application", en Pollis, Adamantia y Schwab, Peter (eds.), *Human Rights I,* 1979; Donnelly, Jack, "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights", en *American Political Science Review,* 1986, pp. 303-316; Tomuschat, Christian, "Human Rights in a World-Wide Framework-Some Current Issues", en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht un Völkrrecht,* vol. 45, núm. 3, 1985; Dundes Renteln, Alison, "The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights", en *Human Rights Quarterly,* vol. 7, año 4, 1985, pp. 514-540; Tesón, Fernando R., "International Human Rights and Cultural Relativism", en *Virginia Journal of International Law,* vol. 25, núm. 4, 1985, pp. 869-898; Donnelly, Jack y

como base para cuestionar la universalidad de los derechos humanos.[70]

En cuanto a los Estados de América Latina, estos se encuentran, sin excepción, en la Organización de Estados Americanos (OEA), la que actualmente incluye también a Canadá, Estados Unidos y una serie de países del Caribe. En el marco de la OEA, se desenvuelve el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que si bien ha tendido a un paulatino fortalecimiento, presenta aún muchas insuficiencias y se ve expuesto a continuos y serios riesgos de retrocesos.[71] La OEA fue fundada en 1948, pero al momento de su creación no se contempló ningún órgano específico en materia de derechos humanos. Se suscribió sí, con ocasión del establecimiento de la OEA, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la cual, sin embargo, fue considerada durante largo tiempo más como una formulación de principios que como otra cosa.

Fue hasta 1959 que se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en lo que fue visto como una reacción ante el acceso al poder en Cuba de Fidel Castro. La Comisión comenzó pronto a utilizar la Declaración Americana como parámetro para evaluar el comportamiento por parte de los Estados miembros de la OEA en materia de derechos humanos. El uso continuado y aceptado de la Declaración Americana por muchos Estados del continente ha llevado a numerosos autores a considerar posterior-

---

Howard, Rhoda E., "Cultural Relativism and Universal Human Rights", en *Human Rights Quarterly,* vol. 6, núm. 4, 1984, pp. 400-419; Howard, Rhoda E., "Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community", en *Human Rights Quarterly,* vol. 15, núm. 2, 1993, pp. 315-338.

70 Con cierta frecuencia, sin embargo, las bases para cuestionar la universalidad de los derechos humanos son bastante más débiles, cuando no espurias. Por ejemplo, en la mencionada Conferencia Mundial de 1993, el liderazgo en esta crítica lo llevaron China Popular e Indonesia, apelando más a una "razón de Estado" que a un relativismo cultural o a algo que se le asemeje.

71 Para una revisión general del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, consúltese Buerguenthal, Thomas; Norris, Robert E. y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas,* International Institute of Human Rights Strasbourg, 1990. Véase también, Medina Quiroga, Cecilia, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System,* Dordrecht, Martinus Nijholf, 1988.

mente que, a lo menos, las disposiciones centrales de la Declaración han alcanzado el estatus de costumbre jurídica en el Sistema Interamericano (ellas son, por lo demás, coincidentes en lo fundamental con la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Promediando la década de los sesenta, la Comisión Interamericana empezó a acoger a tramitación denuncias de víctimas contra Estados miembros de la OEA. Ello ocurrió en momentos en que en Guatemala comenzaba a tener lugar una práctica que después sería muy extendida en el continente: la desaparición forzada de personas. La tramitación de casos individuales fue un paso muy significativo y de un impacto bastante fuerte, al dejar de manifiesto el sentido central del derecho internacional de los derechos humanos: asegurarse de que cada Estado cumpla con su obligación de brindar protección a los derechos de las personas y responda por sus actos en violación de esos mismos derechos. Además, dejaba en claro la legitimidad de la supervisión internacional en esta materia. Ello ocurrió en un momento en que las Naciones Unidas todavía no habían establecido un procedimiento para tratar casos individuales. El antecedente se encontraba en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, desarrollado en un contexto muy distinto.

Con posterioridad, en 1969, se suscribió en el marco de la OEA la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establecía obligaciones de inequívoco carácter jurídico para los Estados parte en materia de derechos humanos. La Convención sirvió asimismo para fortalecer a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que originalmente había sido creada por una resolución de una reunión de consulta de ministros de Relaciones Exteriores. También creó la Convención un tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas resoluciones serían inequívocamente vinculantes. Esta Corte se instaló diez años más tarde, después de haber entrado en vigencia la Convención en 1978 al haberse reunido el número requerido de depósitos de ratificaciones.

En los últimos años se han elaborado otros instrumentos interamericanos en la materia, tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura —en vigencia—, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales

y Culturales —estos solo aparecen regulados de manera general en la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, el Protocolo sobre abolición de la pena de muerte y, más recientemente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención de Belém do Pará sobre violencia contra la Mujer.[72]

Entre 1959 y 1979, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue el único órgano especializado en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano. En ese lapso, una proporción muy grande de sus tareas estuvo dedicada al tratamiento de violaciones graves y masivas a los derechos humanos, sea que la Comisión las estudiara a través de su procedimiento para denuncias individuales o a través de la publicación de informes de carácter general sobre la situación de los derechos humanos en un Estado. Las violaciones graves y masivas correspondían fundamentalmente a ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas. Aparecían, así, dos grupos de gobiernos: aquellos correspondientes a Estados en los que se practicaban violaciones graves y masivas, y aquellos en los que no se daban esas prácticas. Los primeros, los gobiernos de Estados cuestionados, a menudo ponían en tela de juicio la legitimidad de la Comisión Interamericana para preparar informes y resoluciones al respecto. Los segundos brindaban respaldo a la Comisión.

La situación se volvió más compleja en la década de los ochenta y continúa siéndolo. En los últimos años América Latina ha pasado de estar mayoritariamente regida por gobiernos dictatoriales a poseer una abrumadora mayoría de gobiernos elegidos en las urnas. Algunos de esos Estados presentan rasgos genuinos de sistemas democráticos. Otros, sin embargo, conservan una dualidad de poderes, manteniéndose en ellos un poder militar fuerte, capaz de imponer ciertos criterios en aspectos muchas veces cruciales de la organización política y social. En este contexto, los órganos interamericanos de control en materia de derechos humanos han debido redoblar sus esfuerzos para perseverar en su cometido a pesar de tener que lidiar en la gran mayoría de

[72] Los protocolos mencionados tienen el rango de tratados, ya que son complementos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

los casos con gobiernos elegidos en las urnas, los cuales disponen de una importante presencia y legitimidad en el marco de los órganos políticos de la OEA (Consejo Permanente y Asamblea General de la Organización).

Además, dado que las violaciones graves y masivas han disminuido —si bien a lo menos una de ellas permanece muy extendida: la tortura—, tanto la Comisión como la Corte, sin perjuicio de resolver casos que envuelven tales clases de violaciones, han comenzado a conocer crecientemente de casos cuyos problemas jurídicos son más complejos y que en ciertos tipos de violaciones que antes no llegaban a ellos sí lo hacen ahora. Por ejemplo, en sus opiniones consultivas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre asuntos tales como problemas de naturalización, la colegiación obligatoria de periodistas, la situación de los indigentes frente a la exigencia de agotar los recursos de la jurisdicción interna antes de llevar un caso ante un órgano internacional, etcétera.[73]

De este modo, la diferencia con la situación europea emerge no solo de las violaciones masivas, sino de la relación de los Estados con los órganos de control internacionales en materia de derechos humanos. Aún actualmente, cuando la mayoría de los Estados poseen gobiernos civiles, continúan produciéndose fricciones de importancia con los organismos interamericanos, especialmente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —de la Organización de Estados Americanos—, que es la que tiene que lidiar en el día a día con las violaciones a estos derechos que se producen a través del continente.[74]

---

73 Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4. Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5. Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11.

74 En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solo se aboca a la resolución de casos seleccionados, por lo que su papel resulta menos polémico que el de la Comisión.

Algunos gobiernos han llegado a plantear que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada para lidiar exclusivamente con violaciones ocasionadas por dictaduras y no por regímenes democráticos, una afirmación que no encuentra respaldo ni en la historia de la Comisión Interamericana ni en los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

Es cierto que existen sectores importantes de las sociedades civiles de los países de la región que consideran que la concepción de los derechos humanos debiera ocupar un lugar preponderante en la organización política del Estado. En algunos países estos movimientos han cobrado más fuerza que en otros. Los procesos de educación en derechos humanos tienen, por cierto, un rol de especial importancia en este respecto.[75] Este ha sido el fruto, sin embargo, de luchas que a menudo atravesaron a los países por la mitad —incluyendo guerras civiles en algunos casos—. Muchos países se vieron azotados por miles de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Estas últimas continúan siendo sistemáticas en algunos pocos países.

Lo que salta a la vista es que la concepción de los derechos humanos escasamente ha encontrado un arraigo social suficiente, como que estas prácticas violatorias han sido persistentes y masivas, resurgiendo de tiempo en tiempo y con mayor o menor intensidad. Tampoco se puede estar cierto de cuán arraigada se halle esta concepción en los grupos que luchan por ella: se trata de procesos recientes. De hecho, en varios países de la región las organizaciones no gubernamentales —ONG— de derechos humanos, que han cumplido un papel central en la defensa de los derechos de las personas, se han visto debilitadas notablemente, al pasar muchos de sus miembros de importancia a formar parte de los nuevos gobiernos democráticos.

Con excepción de Costa Rica, en los países de Centroamérica existen gobiernos civiles de reciente data, casi todos —si es que no todos— muy febles, y en los que el poder militar continúa teniendo una papel muy significativo. En varios de estos países

[75] Vinculando el tema de la educación con los aspectos tratados en este artículo, véase Magendzo, Abraham, "La educación en derechos humanos desde la modernidad y la posmodernidad", en *Ciudadanías,* núm. 1, 1992, pp. 63-72.

continúan subsistiendo violaciones masivas a los derechos humanos.

En Sudamérica, si bien existen algunos regímenes democráticos más consolidados, en otros no se ha avanzado mucho más allá de redactar constituciones muy extensas y exhaustivas, las que no aseguran necesariamente una protección eficaz de los derechos humanos. En Colombia y Perú la situación se vio agravada por la violencia desplegada por diversos grupos terroristas.

La debilidad de los sistemas judiciales es una nota común de prácticamente la totalidad de los Estados de la región. Esto acarrea un perjuicio sustancial para la protección de los derechos humanos. Ello ha llevado también a que la Comisión Interamericana haya reconocido como "ineficaces" a muchos sistemas judiciales latinoamericanos, eximiendo a los peticionarios del requisito del agotamiento previo de los recursos internos, típico de los organismos internacionales de control.[76]

Es evidente que en Europa Occidental subsisten problemas en la salvaguarda de los derechos humanos, sin embargo, se prevén mecanismos de solución que suelen ser eficaces y existe un conjunto de instituciones bien asentadas y consolidadas que tiene que ver con su protección.

En América Latina, en cambio, la concepción de los derechos humanos está lejos de haberse asentado en la cultura de los países. A lo sumo, aparece recogida parcialmente en las instituciones políticas y jurídicas de algunos Estados. Pero no existe un consenso amplio y arraigado en torno a este fenómeno. La estrechez económica de la región contribuye sin duda a ello, puesto que ante los signos de problemas aparece una y otra vez el fantasma de las dictaduras o, en países con sistemas democráticos mejor estructurados, la noción de que es necesario restringir los derechos de las personas a fin de salvaguardar el orden social.

Esto se manifiesta tanto a través de disposiciones legales de carácter permanente como por medio del abuso de los estados de excepción constitucional.

[76] Ello la hace la Comisión en aplicación del art. 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En Latinoamérica no son comunes las invocaciones a un relativismo cultural para poner en tela de juicio la universalidad de los derechos humanos. Incluso los pueblos indígenas se valen de la concepción de los derechos humanos para hacer resaltar sus propias demandas frente a gobiernos opresores. Obviamente, los pueblos indígenas reivindican sus propias especificidades, pero sin que ello signifique entrar en conflicto con la concepción de los derechos humanos.[77]

Sin embargo, subsisten los alegatos de intromisión en los asuntos internos en contra de la fiscalización de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, especialmente en contra de la Comisión. No por pura coincidencia es México uno de los que ha venido planteando con más fuerza esta clase de objeciones en los últimos tiempos.

Atravesado por las contradicciones a que hacíamos referencia en el apartado anterior de este trabajo, México pareció tener durante varias décadas una situación de derechos humanos no tan grave como la de otros países del continente y fue objeto de escasa atención por parte de los órganos interamericanos. Sin embargo, mientras que en una serie de países se ha dado una interesante evolución hacia sistemas democráticos, el sistema mexicano ha permanecido, en lo sustancial, sin alteraciones. De allí se ha seguido una creciente atención por parte de los órganos interamericanos hacia el caso mexicano.

Con motivo de varias denuncias que ponían en tela de juicio la transparencia e imparcialidad en procesos electorales, el Go-

[77] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tramitado numerosos casos individuales referidos a indígenas que se veían afectados en los derechos que les reconoce la Convención Americana. En el último Informe Anual de la Comisión se contiene la resolución en el caso de Alejandro Piché, quien fuera secuestrado y reclutado forzosamente en el ejército guatemalteco, en lo que constituye una práctica sistemática que afecta a campesinos indígenas de ese país, informe 36/93, caso 10.975, Guatemala, 6 de octubre de 1993, en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1993, pp. 299 y ss. Para una revisión de las principales perspectivas acerca de las regulaciones jurídicas indígenas en la región, véase Stavenhagen, Rodolfo y Iturralde, Diego (comps.), *Entre la ley y la costumbre: El derecho consuetudinario indígena en América Latina,* México, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

bierno de México sostuvo en presentaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que esta carecía de competencia para conocer de las denuncias, por razones de soberanía nacional y en consideración al derecho a la autodeterminación de los pueblos.[78] El Gobierno mexicano señaló en uno de sus escritos que "[Si un] Estado pactara someterse a una instancia internacional en lo relativo a la elección de sus órganos políticos, dejaría de ser soberano y de ser un Estado".[79] Basándose en el hecho de que los casos denunciados se referían a un Estado mexicano en particular (Chihuahua), y de que México se rige por un sistema federal, el gobierno sostuvo que de admitir a tramitación las denuncias, la Comisión estaría violando la autonomía política y la autodeterminación del pueblo de Chihuahua. En su informe, la Comisión destacó el papel central explícita y reiteradamente asignado en el contexto del Sistema Interamericano a la democracia representativa y el Estado de derecho, como elementos indisolubles de la protección de los derechos humanos.[80]

---

78 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe elaborado a partir de los casos 9768, 9780 y 9828 de México, en Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1989-1990, pp. 102 y ss.

79 *Ibidem,* p. 108.

80 "41. La elaboración jurídica hemisférica ha insistido —señaló la Comisión—, por su parte, en la existencia de una relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos así definidos y el concepto de democracia representativa como forma de organización del Estado, lo cual a su vez supone la vigencia de otros derechos fundamentales. En efecto, el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política y que, en ejercicio de esta soberanía, elige a sus representantes —en las democracias indirectas— para que ejerzan el poder político. [...]"

"42. Por su parte, la vigencia de los derechos y libertades mencionados requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes se antepongan a la voluntad de los gobernantes y en el que exista un control de unas instituciones sobre otras con el objeto de preservar la pureza de la expresión de la voluntad popular —Estado de derecho—."

Ibidem, pp. 111-112. Sobre democracia y derechos humanos en el hemisferio, son de particular interés, Farer, Tom J., "Reinforcing Democracy in Latin America: Notes Toward an Appropiate Legal Framework", en *Human Rights Quarterly,* vol. 11, núm. 3, 1989, pp. 434-451. Del mismo autor, puede consultarse asimismo "Collectively Defending Democracy in a World of

En 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hubo reafirmado las facultades de los órganos interamericanos para pronunciarse sobre una cuestión tan elemental como son los procesos electorales. En ocasión de la opinión consultiva 13 (OC-13/93), sistematizando elementos de varias opiniones previas, señalando que "Como ya lo ha dicho la Corte «el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, [según el Pacto de San José] es ... inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira».[81] Dentro de tales valores y principios aparece que «la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte» (La expresión «leyes» en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra* 25, párr. 34). Ha señalado también la Corte que «el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables» y que «[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros» (El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, párrs. 24 y 26)".[82]

La eficacia de las decisiones emitidas por órganos interamericanos de derechos humanos ha sido parcial. Varios gobiernos han reformado las normas internas de sus Estados a raíz de pronunciamientos de la Comisión o la Corte. Así ocurrió, por ejemplo, con Guatemala después de la opinión consultiva OC-3/83, que declaró contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos una norma interna guatemalteca por entender que ella extendía la pena de muerte a delitos para los cuales no se hallaba

---

Sovereign States: The Western Hemisphere's Prospect", en *Human Rights Quarterly*, vol. 15, núm. 4, 1993, pp. 716-750.

81 El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8, párr. 26.

82 Corte IDH, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993, párr. 31.

prevista anteriormente.[83] Lo propio ocurrió con Nicaragua a propósito de la opinión consultiva que declaró que de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprendía que el *habeas corpus* no podía suspenderse ni aun en estados de excepción constitucional.[84]

Otras importantes decisiones, en cambio, no han sido cumplidas. Así ocurrió, por ejemplo, con dos importantes resoluciones de la Comisión sobre leyes de amnistía de crímenes graves contra los derechos humanos dictadas en Argentina y Uruguay (no obstante, estas resoluciones sirvieron, de todos modos, para dejar sentado el importante principio de que ni siquiera cuando emanadas de sistemas democráticos, las normas de amnistía de crímenes graves contra los derechos humanos son compatibles con la Convención Americana).[85]

---

83 La Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece la prohibición de extender la pena de muerte en delitos a los cuales no se la aplique al momento de la ratificación del Tratado (art. 4.2 parte final). A su vez, el art. 4.4, prohíbe aplicarla a los delitos políticos y a los delitos comunes conexos con los políticos. Guatemala había formulado una reserva al art. 4.4, por lo cual la pena capital seguía rigiendo para delitos políticos y delitos comunes conexos con los políticos. Guatemala pretendió entonces ampliar la pena de muerte a delitos políticos y comunes conexos para los cuales no se hallaba prevista. La Corte, utilizando un criterio restrictivo de interpretación, determinó que no existiendo una reserva al art. 4.2 de la Convención relativo a la extensión de la pena de muerte a otros delitos, la sola reserva del art. 4.4 era insuficiente para hacerlo, aun en el caso de que se tratase de delitos políticos o delitos comunes conexos con los políticos. Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3.

84 Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8.

85 Informe 34/91, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, Sobre los efectos de las leyes 23.492 y 23.521, y decreto 1002/89 [corresponden, respectivamente, a las leyes conocidas como de "Punto Final", "Obediencia Debida" y al indulto presidencial]. Informe 35/91, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, Sobre los efectos de la ley 15.848 [Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado]. Para un análisis de estos casos, véase Goldman, Robert K., "Amnesty Laws, International Law and the American Convention on Human Rights", en *The Law Group Docket,* vol. 6, núm. 1, 1987, pp. 1 y ss.

Los órganos políticos de la OEA, en particular el Consejo Permanente y la Asamblea General, no han contribuido significativamente a dotar de eficacia a las resoluciones de la Comisión y Corte Interamericanas. En el Sistema Europeo es habitual que el Consejo de Ministros vea maneras de implementar las decisiones de los órganos de derechos humanos. Típicamente, la Asamblea General de la OEA aprueba de manera global los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin adoptar medidas específicas para que el Estado correspondiente aplique las recomendaciones de la Comisión, que pueden ir desde el pago de indemnizaciones a la necesidad de adoptar reformas legales internas. Aún más, la Comisión es a menudo objeto de fuertes críticas en la Asamblea General por parte de gobiernos que se sienten afectados.[86] En relación con la Corte Interamericana, es sintomático que la Asamblea General no haya adoptado medidas para asegurar el cumplimiento a cabalidad de parte del gobierno de Honduras de las primeras decisiones de la Corte en casos contenciosos *(*casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz),* que le impuso la obligación de pagar indemnizaciones.[87]

Del mismo autor, "La decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la compatibilidad de la ley uruguaya de caducidad con el Pacto de San José (Convención Americana)", versión escrita de ponencia, 1992.

86 Para un análisis del tratamiento dado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a su Informe Anual en las últimas asambleas generales de la OEA, puede verse Brody, Reed y González, Felipe, "Human Rights Development at OAS General Assembly", en *The Review of the International Commission of Jurists,* núm. 48, 1992, pp. 68 y ss., en que se analiza la "Asamblea General de 1992. Acerca de la Asamblea General de 1993, Felipe González, Asamblea General de la organización de Estados Americanos celebrada en Nicaragua, 1993", en *The Review of the International Commission of Jurists,* núm. 51, 1993, pp. 49 y ss. Sobre la relación entre los órganos políticos y jurídicos de la OEA en 1994, véase González, Felipe y Rodríguez, Diego, "Consejo Permanente y Asamblea General de la OEA 1994", en *The Review of the International Commission of Jurists*.

87 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Interpretación de la Sentencia de Indemnización, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990 (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, núm. 9; Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, núm.

También es interesante analizar el grado de eficacia de decisiones adoptadas por órganos políticos de la OEA —los dos señalados más arriba, además de las reuniones urgentes de consulta de cancilleres— en los últimos años a fin de proteger sistemas democráticos en peligro. De acuerdo con la resolución de Santiago de 1991, cada vez que se produzca una de tales emergencias se convocará de manera urgente a los ministros de Relaciones Exteriores, para que estos adopten, en nombre de la Organización, las medidas del caso, que podrían alcanzar incluso hasta la suspensión de la participación de un Estado en la OEA cuando su gobierno esté actuando en violación de la democracia representativa.

Desde la resolución de Santiago, tres crisis de importancia han ocurrido en la región. Ellas han tenido lugar en Haití (1991), Perú (1992) y Guatemala (1993). En el caso de Haití, el resultado es bien conocido: a la fecha (julio de 1994), los esfuerzos conjuntos de la ONU y la OEA por llevar nuevamente al poder al presidente Bertrand Aristide, elegido en las urnas y derrocado el 30 de septiembre de 1991, han fallado sistemáticamente, a pesar de los embargos y otras medidas comerciales dispuestas.

En el caso de Perú, la manera en que se han conducido los órganos políticos de la OEA fue objeto de muchas críticas. Luego de su "autogolpe" de 5 de abril de 1992, Fujimori se presentó inesperadamente ante la Asamblea General, lo que de algún modo descolocó a los cancilleres allí reunidos. Finalmente se siguió un

5; Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras.* Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990 (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, núm. 10. En estos casos, la Corte condenó a Honduras a pagar indemnizaciones a los familiares de las personas mencionadas, que fueron objeto de desapariciones forzadas. También requirió que Honduras crease un fondo para los hijos menores de las víctimas, del que ellos podrían disponer cuando fueran mayores de edad. La Corte dispuso que los pagos debían hacerse reajustados. A esta última parte de la resolución, Honduras aún no da cumplimiento. Para un análisis de estos casos, véase Méndez, Juan E. y Vivanco, José Miguel, "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience", en *Hamline Law Review,* vol. 13, núm. 3, 1990, pp. 507-577. Consúltese también Grossman, Claudio, "Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation", en *The Hasting International and Comparative Law Review,* vol. 15, núm. 3, 1992, pp. 363-389.

diálogo infructuoso entre un grupo de delegados de la OEA y el Gobierno peruano. La OEA decidió enviar una delegación para observar las elecciones para la Asamblea Constituyente en octubre de 1992, lo cual solo sirvió para revestir de legitimidad ante la comunidad internacional a dicho proceso, sin que se revirtieran una serie de graves medidas, entre las que se encontraban la remoción hecha desde el ejecutivo peruano de numerosos miembros del poder judicial en violación de la Constitución. La Comisión Interamericana fue puesta deliberadamente por los órganos políticos en un lugar secundario, precisamente en el momento en que la situación de los derechos humanos en Perú aparecía en el centro de la controversia. Los órganos políticos de la OEA dieron por cerrado el tratamiento especial del caso peruano en diciembre de 1992, mientras la Asamblea Constituyente se hallaba preparando una nueva carta fundamental. Finalmente, la nueva Constitución estableció una norma por la que se amplía el catálogo de delitos a los que se tiene asignada la pena de muerte, en abierta violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este problema ha ido a "rebotar" ahora a los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano.[88]

Solo en el caso guatemalteco hubo una rápida solución a la crisis. Siguiendo el ejemplo de su colega Fujimori, el presidente Elías Serrano dio un "autogolpe" el 25 de mayo de 1993. Se convocó de urgencia a los cancilleres americanos y se envió una delegación al país. A ello se sumó una amplia reacción al interior de Guatemala, la que incluyó a grupos sindicales, empresariales, campesinos, indígenas, políticos, de derechos humanos y eclesiales, entre otros. Finalmente, Serrano hubo de resignarse ante la realidad y salió del país. Sin embargo, por las circunstancias señaladas, resulta difícil establecer en qué medida la actitud de la OEA incidió en el curso que adoptaron los hechos.

Con estas observaciones críticas no quiero decir que considere la actuación del Sistema Interamericano similar a la del pasado, ya que por lo menos se ha fortalecido la idea de que la transgresión de las normas de convivencia democrática repre-

[88] Es así como se encuentra pendiente una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia (OC-14).

senta una violación de acuerdos internacionales. De esta manera, quien pretenda violar tales reglas tendrá que considerar no solo factores internos de su país, sino también la reacción de la comunidad internacional. Pero las formas de reacción son aún muy imperfectas y febles.

En este contexto, es grande la tentación para muchos gobernantes latinoamericanos de invocar la concepción de los derechos humanos en una nueva fuente de legitimidad en un sentido más retórico que real. Todavía están demasiado frescas las atrocidades cometidas por las dictaduras en los años setenta y ochenta para que ello ocurra, pero en un futuro no muy lejano podría suceder. De hecho, en varios países de la región, incluido Chile, la concepción de los derechos humanos estuvo explícita o implícitamente detrás de los sistemas políticos desde antiguo. Sin embargo, lo feble del arraigo de dicha concepción contribuyó, junto a otros factores, a que se produjeran en nuestro país fenómenos como la vigencia de la llamada "Ley de Defensa de la Democracia" en el periodo 1948-1958 —que era inconstitucional[89] e importaba serias restricciones a algunos derechos humanos— y finalmente el golpe de Estado en 1973.

En todo caso, lo que sí representa un factor nuevo y positivo a fin de favorecer una consolidación de los derechos humanos en nuestros regímenes de gobierno es la creciente importancia de los órganos internacionales de control y promoción en esta materia. Pero la fortaleza de dichos órganos aún es precaria.

5. Conclusión

En América Latina, lejos de hallarse consolidados un conjunto de valores democráticos básicos, estos se encuentran en una situa-

[89] La llamada "Ley de Defensa de la Democracia" era inconstitucional porque, tratándose de una simple ley, añadía nuevas causales de pérdida y suspensión de la ciudadanía a las establecidas en la Constitución. Al respecto, véase Mera, Jorge; González, Felipe y Vargas, Juan Enrique, "Función Judicial, seguridad interior del Estado y orden público: El caso de la «Ley de Defensa de la Democracia»", en *Cuaderno de Trabajo Programa de Derechos Humanos,* núm. 5, Academia de Humanismo Cristiano, 1987.

ción inestable y sujeta a permanentes riesgos. Así caracterizado, el contexto es sustancialmente diferente al de las sociedades desarrolladas, —estables y satisfechas materialmente— en que se ha incubado la noción de posmodernismo.

De ahí la necesidad de fortalecer en nuestra región una mirada global como la que ofrecen los derechos humanos, que serían, por así decirlo, parte del proyecto inconcluso de la modernidad, de manera que ellos permeen la cultura e impregnen la organización política y social. No se trata de estimular el surgimiento de un nuevo tipo de fanatismo sectario, sino de concordar en el respeto a ciertos criterios fundamentales.

Ello no se opone al surgimiento de sociedades más heterogéneas e, incluso, hasta multiculturales. Por el contrario, tal fenómeno puede enriquecer la cultura. En los lugares donde existen pueblos indígenas fuertes ello será imprescindible si se quiere vivir en un ambiente de tolerancia y pluralismo. Pero para que ello se diera se necesitaría, a la par, la consolidación de un consenso cultural más general en torno a los derechos humanos.

En otras palabras, no se trata de negar la riqueza de la heterogeneidad cultural y de la coexistencia de distintas comunidades con diferentes modos de vida, pero sí, en cambio, de sostener que se requiere de un telón de fondo común del cual carecemos en América Latina y que una inserción fuerte de los derechos humanos en la cultura contribuiría a estructurar.

La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas*

Mirando al Midwest, para Joseph Thome,
por la hospitalidad que me brindara.

1. Introducción

La idea de llevar a cabo este trabajo surgió a partir de una invitación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos para participar en un panel sobre "El futuro del Sistema Interamericano." En ese momento reparé en la cantidad de veces en que, en los últimos diez años, había intervenido en paneles bajo el mismo título. Como señalé al efectuar mi presentación en el Instituto, no pretendía que esta observación se tomara como un reproche

* Este trabajo es tributario de muchas instituciones y personas. El grueso del mismo fue elaborado mientras realizaba una estadía como profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin, bajo los auspicios de la Fundación Tinker, en el segundo semestre de 2000. A través del International Human Rights Law Group he podido asistir a las asambleas generales de la OEA desde 1992, así como intervenir de manera permanente en el trabajo del Sistema Interamericano, especialmente en la iniciativa para obtener un mecanismo de e*status* consultivo para las organizaciones de la sociedad civil en la OEA y en la elaboración de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas; este trabajo se benefició de una serie de informes sobre la OEA preparados en la última década para el Law Group, especialmente de uno publicado junto a Ariel Dulitzky

a dicha entidad por haber concebido el panel, ya que el problema no radica en discutir sobre el futuro de las instituciones y prácticas. Al contrario, ello suele ser saludable y dar prueba de un espíritu abierto, crítico y no conformista. El problema en el caso del debate sobre el Sistema Interamericano consiste en que el mismo ha sido completamente asistemático, plagado de las propuestas más variadas y episódicas, y formuladas a menudo por actores que aparecen y desaparecen del escenario del Sistema.

De ahí que me surgiera la motivación de emprender un trabajo de más largo aliento que la presentación oral efectuada, analizando el papel que la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha jugado en materia de derechos humanos desde que dicha institución pasara a estar compuesta prácticamente en su totalidad por gobiernos civiles a comienzos de la década de los noventa (lo que de por sí representaba una transformación de importancia, ya que desde su fundación y durante toda su existencia el Sistema había tenido que convivir con numerosos regímenes dictatoriales) y cómo este nuevo contexto ha influido en el debate sobre potenciales reformas de Sistema Interamericano y, en general, sobre el futuro de dicho Sistema.

El trabajo empieza con una revisión de los principales aspectos en la evolución del Sistema Interamericano hasta 1990, a fin de que ello sirva como punto de contrastación con los cambios posteriores. Luego se describe el estado de cosas en la OEA en materia de derechos humanos a comienzos de los noventa y cuáles han sido los principales desarrollos y obstáculos confrontados

---

en 2000 y otro con Romina Picolotti en 1997. El Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales destinó una sesión para la discusión de un borrador prácticamente completo del trabajo en enero de 2001, de la cual el trabajo retomó en una serie de aspectos para esta versión final (especialmente de los nuevos reglamentos dictados por la Comisión y la Corte IDH). Finalmente, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, al invitarme a exponer en su Curso Interamericano sobre Sociedad Civil y Derechos Humanos. Agradezco los exhaustivos comentarios a versiones previas de Francisco Cox, Ariel Dulitzky y José Zalaquett, sin que ello, por cierto, los comprometa con mis aseveraciones. Este trabajo se publicó originalmente en González, Felipe (ed.), *Derechos humanos e interés público, Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 11, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2001.

desde entonces a la fecha, estudiándose el papel desempeñado por los distintos actores —Estados, Secretaría General, órganos de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales— al interior de la OEA. El trabajo no contiene un registro ni una exposición pormenorizada de los casos resueltos por la Comisión y la Corte, sino que el análisis se concentra en aquellos con incidencia en las políticas de la OEA o en el desarrollo institucional de sus órganos.

Con todo lo anterior se pretende determinar en qué medida se han producido verdaderamente modificaciones relevantes en la OEA en materia de derechos humanos, a partir del advenimiento de gobiernos civiles en el continente y qué aspectos sería necesario cambiar para poder emprender un mejoramiento significativo de este organismo en materia de derechos humanos.

Cuando ya había concluido el primer borrador completo de este trabajo, la Comisión y la Corte Interamericana dieron a conocer los textos de sus respectivos nuevos reglamentos. En este texto final analizo las modificaciones más relevantes contenidas en ellos. Se trata de una cuestión no menor, ya que los reglamentos incorporan algunas transformaciones de importancia, en especial el reconocimiento de una participación autónoma de las víctimas durante todo el proceso en la Corte y el establecimiento de criterios para el envío de casos por la Comisión a la Corte. Estos avances recientes vienen a confirmar la tesis que desarrollo en este trabajo, en el sentido de que los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano son los que se encuentran en la mejor posición para emprender transformaciones del Sistema, sin perjuicio de que a los Estados les quepa un papel insustituible en términos de cumplir las resoluciones emanadas del mismo y de hacer operativas al nivel interno las cláusulas constitucionales que recogen estándares internacionales.

2. Evolución del Sistema hasta el advenimiento de los gobiernos civiles

Originalmente, junto con el establecimiento de la OEA en 1948, se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Como se aprecia, estos acontecimientos tuvieron lugar

el mismo año de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la ONU; en rigor, la Declaración Americana precedió en dos meses al instrumento de derechos humanos de la ONU.

Los caminos paralelos de la OEA y la ONU en materia de derechos humanos, sin embargo, terminaron ahí, puesto que mientras en esta última se avanzaría en los años que siguieron —aunque de manera lenta— en el establecimiento de un entramado institucional para la protección y promoción de tales derechos, en la OEA no hubo seguimiento alguno en los once años siguientes para establecer mecanismos institucionales de protección. Al momento de la adopción de la Declaración Americana, los Estados de la OEA habían aprobado también una resolución en la que se reconocía la necesidad de contar con un órgano judicial encargado de la protección de los derechos humanos, encomendándosele al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto que echara las bases de una Corte Interamericana.

El Comité, sin embargo, consideró prematuro el preparar dicho estatuto, aduciendo que ello debía estar precedido por la suscripción de un tratado general sobre derechos humanos por la OEA. Esto último solo se alcanzaría a fines de los sesenta. En los cincuenta se aprobaron, no obstante, dos pactos sobre derechos de la mujer: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer. Pero al carecerse de mecanismos de protección, pareciera incluso inapropiado señalar que por esa época existía un "Sistema Interamericano de Derechos Humanos" en estricto rigor.

También en esos primeros años fue incorporada a la OEA la Comisión Interamericana de Mujeres. Sin embargo, no se trata de un órgano de protección de los derechos humanos, sino básicamente de una entidad dedicada al estudio de esa temática y que ha trabajado en la preparación de algunos instrumentos, como los indicados en el párrafo precedente.[1]

[1] La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) es en la actualidad un organismo especializado de la OEA, aunque su existencia es previa a esta, ya

Recién en 1959, y como reacción a la Revolución cubana, se crea en la OEA la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que entró en funciones efectivamente en 1960. Conforme al Estatuto de la Comisión aprobado por la OEA, esta recibió una serie de atribuciones destinadas a la protección y promoción de los derechos humanos, atribuciones entre las que se encontraban la preparación de estudios e informes que considerara necesarios para el desempeño de sus funciones; la promoción de los derechos humanos; la formulación de recomendaciones a los gobiernos en estas materias; la solicitud de información a los Estados acerca de las medidas adoptadas a nivel interno, y el servir como órgano de consulta de la OEA en materia de derechos humanos. Según el estatuto, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sería el parámetro conforme al cual la Comisión evaluaría la situación interna de los Estados.

Otro aspecto interesante es que el estatuto facultaba a la Comisión para trasladarse al territorio de cualquier Estado de la OEA, previa autorización del mismo. Esta atribución contribuiría más tarde, en la práctica, a darle visibilidad y reconocimiento a la Comisión a nivel de la población de los Estados, aumentando el impacto de sus actividades.

Pero un elemento clave lo constituyó el hecho de que los comisionados servirían sus cargos a título personal y no como representantes de sus respectivos Estados. A nivel de las Naciones Unidas la situación era muy distinta, con los Estados representados directamente en la Comisión de Derechos Humanos. Esta característica ha llevado a que las labores de la Comisión de la ONU estén atravesadas por una lógica diplomática, con el consiguiente cuestionamiento de su independencia y coherencia desde el punto de vista de los estándares que tiene por misión

que fue creada en 1928, como resultado de la Sexta Conferencia Internacional Americana. La Novena Conferencia Internacional Americana aprobó el estatuto orgánico de la Comisión, el cual dispuso que la Comisión tendría carácter de entidad permanente. La Quinta Asamblea Extraordinaria de la Comisión Interamericana de Mujeres aprobó un nuevo Estatuto Orgánico de la Comisión, confirmando su carácter de entidad permanente y ratificando que la secretaría de la misma funciona adscrita a la Secretaría General de la OEA.

proteger. Recién con la creación de múltiples organismos —colectivos o unipersonales—, algunos dependientes de la Comisión y otros establecidos por tratados de derechos humanos, en los que sus miembros actúan a título individual, la ONU ha logrado compensar este déficit en las últimas décadas.

El hecho de que sus miembros operaran a título individual le dio a la Comisión Interamericana una agilidad y poder de decisión sin precedentes en la OEA, una organización que históricamente no se ha caracterizado precisamente por poseer esas características.

Como contrapartida, al ser la Comisión Interamericana un órgano de carácter técnico, semijudicial, no estaba diseñada para transformarse en un foro de discusión público, a la manera en que sí lo constituye la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Por ello, la Comisión Interamericana debería descansar para tales efectos en los órganos políticos de la OEA, es decir, en el Consejo Permanente —que se reúne regularmente en Washington, D.C.— y en la Asamblea General de la organización, que con el correr del tiempo se efectuaría en forma anual. Ya veremos si estos órganos políticos han funcionado o no efectivamente como foros para discutir la situación de los derechos humanos en el hemisferio.

Durante casi 20 años, y hasta la entrada en operaciones de la Corte en 1979, la Comisión operó como el único mecanismo de protección. Y lo hizo, como hemos señalado, en un contexto de numerosos gobiernos dictatoriales. En estas circunstancias, y dado que las dictaduras violaban los derechos humanos en gran escala y de manera sistemática, la Comisión utilizó como mecanismo principal para abordar tales violaciones la preparación y publicación de informes sobre países. En estos se revisaba la situación general de los derechos humanos en determinados países, con especial atención a los atentados contra el derecho a la vida, a la práctica de la tortura y la detención y prisión arbitraria de personas. Así, durante sus primeros años de funcionamiento, la Comisión elaboró informes sobre Cuba, Guatemala, Haití y República Dominicana.

En 1966, la Comisión comenzó a emplear también el mecanismo de casos individuales. La importancia de este mecanismo

radica, por una parte y como es obvio, en la posibilidad de levantar públicamente una violación específica y procurar alcanzar una solución a ella; por otra parte, su presencia es central desde el punto de vista del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, ya que significa en la práctica y de manera concreta hacer efectivo el carácter de sujeto internacional que la persona humana posee conforme a dicha disciplina.

Tal como ocurriera con la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la Comisión Interamericana no poseía inicialmente un mandato específico para conocer de casos individuales. Sin embargo, desde un comienzo la actitud de la Comisión Interamericana difirió de la de su equivalente en la ONU en el tratamiento de las denuncias individuales; así, mientras en la ONU por muchos años la Comisión se negó de plano a adoptar seguimiento alguno basado en tales denuncias, la CIDH desde un principio las utilizó para el desempeño de sus otras funciones, como la preparación de informes sobre países.[2] Luego, a partir de 1965, la Comisión Interamericana recibiría formalmente, por parte de la OEA, el poder de tramitar y resolver casos individuales.

No obstante, en el periodo 1960-1990 la publicación de informes sobre países continuó siendo la tarea principal de la Comisión. Había dos razones básicas para ello: en primer lugar, muchos de los Estados contra los cuales se interponían denuncias individuales no participaban en la tramitación del caso, es decir, no contestaban la denuncia y no enviaban respuesta alguna a los requerimientos de la Comisión al respecto, o bien, solo respondían de manera sumaria, sin entrar al fondo de las alegaciones ni mucho menos presentar pruebas de descargo. En este contexto, la Comisión incluyó en su reglamento una disposición (art. 39 del reglamento que entrara en vigencia en 2001) conforme a la cual se presumen verdaderas las alegaciones de los denunciantes en tanto no aparezcan controvertidas por el Estado o por otras fuentes. Por esta vía, una gran cantidad de denuncias individuales fueron acogidas por la CIDH en el periodo indicado.

[2] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la labor desarrollada durante su Primer Periodo de Sesiones, 3-28 octubre, 1960. OEA/Ser. L/V/II.1 Doc. 32, 14 marzo 1961.

En segundo lugar, y dado que la Comisión lidiaba fundamentalmente con violaciones masivas y sistemáticas, esto es, que obedecían a un plan deliberado de ciertos Estados, la solución de casos individuales, fuera que el Estado hubiera participado o no en la tramitación, resultaba notoriamente insuficiente. Si de lo que se trataba era de acometer cientos y hasta miles de violaciones cometidas en un corto tiempo por un mismo Estado, resultaba imposible que la resolución de casos específicos pudiera ser efectiva para transformar la situación. Tratándose de ciertos casos paradigmáticos ello puede haber sido importante, pero de ningún modo suficiente.

En la elaboración de los informes sobre países, la Comisión ha recurrido desde un comienzo a las visitas *in loco,* es decir, visitas al lugar donde las presuntas violaciones habían ocurrido. Como observamos, el estatuto de la Comisión la facultaba para ello, siempre que contara con el consentimiento del Estado. Este mecanismo ha probado ser crucial para realzar el perfil de la Comisión, puesto que es justamente durante tales visitas que alcanza su mayor cobertura de prensa, así como es en ese momento cuando atrae especialmente la atención de las autoridades estatales, de las víctimas y de otras personas e instituciones interesadas en las condiciones en materia de derechos humanos. De hecho, casi invariablemente la Comisión recibe nuevas denuncias con ocasión de estas visitas. Y aun en los casos en que la Comisión no es autorizada para visitar un país, el solo hecho de la falta de autorización tiende a producir interés en la opinión pública y coloca a las autoridades estatales en la necesidad de ofrecer explicaciones por su rechazo.

Las intenciones originales de la OEA de adoptar un tratado general sobre derechos humanos se concretaron en 1969 con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Se siguió de esta manera el itinerario de la ONU, que tres años antes —y también después de cerca de dos décadas de promesas— había adoptado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Analizado el asunto décadas después de la suscripción de la Convención Americana, parece increíble que en un contexto de

tantas dictaduras como existían por esa época en el continente, se haya adoptado un instrumento de tales características. Ello resalta especialmente si se considera que incluso en un contexto como el actual, con abrumador predominio de gobiernos civiles, las disposiciones de la Convención resultan en muchos aspectos un "zapato chino" del cual los gobiernos se quisieran zafar. En otras palabras, aun en las presentes circunstancias en que los regímenes tienden a ser muchos más democráticos que los de la década de los sesenta, el grado de cumplimiento de las disposiciones de la Convención está lejos de ser satisfactorio. Entonces, uno se pregunta cómo es que los Estados en 1969 aprobaron la Convención.

Al respecto podrían formularse dos respuestas, necesariamente tentativas por la naturaleza del asunto. La primera, que en algunos de los Estados no tenían la intención de ratificar la Convención (actualmente, nueve de los 34 estados de la OEA —si no consideramos a Cuba, que se encuentra suspendida de la organización desde 1962— se encuentran en esta situación, pero de ellos solo Estados Unidos la suscribió en 1969, ya que en el resto de los casos se trata de Estados del Caribe que no eran parte de la OEA en ese entonces y de Canadá, que entró a la organización en 1990).

La segunda respuesta posible es que al momento de suscribir la Convención en 1969, un número no despreciable de Estados pensaba acerca de sus disposiciones de la misma manera como históricamente han solido concebir sus garantías constitucionales: como meras declaraciones de buenos propósitos, sin operatividad. Para otro conjunto de Estados, dando un paso más allá, tal vez las disposiciones de la Convención indicaban una dirección hacia la cual encaminarse más que estándares a los cuales se obligaban.

Esto se trasunta, entre otros aspectos, del hecho de que si bien en virtud de la Convención se establecía una Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisdicción contenciosa de la misma quedaba sujeta a un reconocimiento explícito —de manera general o de manera específica para un caso— adicional por parte de cada Estado. En el Sistema Europeo, en tanto, la Corte venía operando desde la década de los cincuenta.

En términos sustantivos, la Convención Americana se refiere de manera casi exclusiva a derechos civiles y políticos. Sus disposiciones en estas materias son, desde luego, más protectoras de tales derechos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado tres años antes, lo cual se aprecia del análisis de una serie de derechos, incluyendo el debido proceso y las garantías judiciales en general, la libertad de expresión, así como una serie de otros aspectos. Pero ello no es sorprendente, tomando en cuenta la variedad de países signatarios del Pacto de la ONU, lo que obligó a la búsqueda de consensos. Lo que es más llamativo es que la Convención Americana supera también en el nivel de protección de algunos derechos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ocurre, por ejemplo, a propósito del tratamiento de la libertad de expresión.[3]

La referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana es mínima. Solo se les menciona en dos disposiciones (arts. 26 y 42), sin que se contemple la posibilidad de iniciar casos individuales en relación con ellos. Solo se contempla como mecanismo el envío a la Comisión por parte de los Estados, de copias de los informes que en materias relacionadas con estos derechos presenten ante otros órganos de la OEA. Pero esta situación no difiere del tratamiento dado a estos derechos económicos, sociales y culturales en el Convenio Europeo, que virtualmente no hace referencia a ellos. No obstante, hay que tener presente que por la época de la adopción de la Convención Americana ya se había adoptado la Carta Social Europea, aunque este instrumento tampoco estableció un mecanismo de casos individuales. La Convención Americana también aparece, en cambio, notoriamente desfasada respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado

[3] Es cierto que el Convenio Europeo había sido adoptado en 1950, es decir, casi 20 años antes que la Convención Americana, lo cual explica en parte esta situación —por el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos—, pero, aun así, no puede pasarse por alto que el contexto de los países signatarios del Convenio Europeo en 1950 era uno mucho más democrático que el del continente Americano en 1969. En otras palabras, los Estados americanos se ponían a sí mismos una vara más alta que los países europeos a pesar de que su realidad estaba más lejos de dichos estándares que la europea al momento de adoptar el Convenio.

en la ONU, como se ha dicho, en 1966 y que, como su nombre lo indica, se refiere precisamente a estos derechos. Pero en este punto, no cabe duda de que el contexto de los Estados signatarios de uno y otro instrumento jugó un papel central, puesto que a nivel de las Naciones Unidas se planteó desde un comienzo —especialmente desde el bloque socialista— la necesidad de que disposiciones con rango de tratado reconocieran estos derechos. Más aún, los Estados socialistas hubieran deseado incorporar los distintos tipos de derechos en un solo tratado, lo que finalmente no consiguieron debido a la oposición de los países occidentales, que prefirieron diseñar dos tratados con distintos grados de control —mayor en el caso de los derechos civiles y políticos—.

En todo caso, el instrumento general de derechos humanos que precediera a la Convención Americana, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, reconocía estos derechos.[4] Pero de cualquier modo, es claro que en 1969 los Estados de la OEA no estaban en disposición, ni siquiera programática, de avanzar en la protección de estos derechos.

Más allá de estas consideraciones, lo que resulta evidente es que por medio de la adopción de la Convención Americana, el objetivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se amplió y salió fortalecido, alcanzando así un campo de competencia mucho mayor que las violaciones masivas o sistemáticas o el mero control por parte de la Comisión de los abusos cometidos por las dictaduras. A partir de entonces —o, más precisamente, desde la entrada en vigor de la Convención en 1978— habría no solo una Comisión, sino también una Corte, y ambas quedaban encargadas —en virtud de un tratado— de la supervisión de la conducta de los Estados en una amplia gama de materias. De manera que si bien en un inicio el detonante para el establecimiento de la Comisión había sido la Revolución cubana, y que la CIDH

[4] Asimismo, lo hizo la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el mismo año que la Declaración Americana. Basándose en la Declaración Americana la Comisión ha incursionado de manera creciente en los derechos económicos, sociales y culturales. A esto debe agregarse la reciente entrada en vigencia del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana, dedicado precisamente al tratamiento de estos derechos.

se había abocado en los años siguientes en lo fundamental a lidiar con dictaduras, con la Convención Americana se hacía claridad meridiana respecto de que la Comisión y la Corte no solo tendrían por finalidad confrontar violaciones cometidas por regímenes dictatoriales, sino promover el establecimiento de sistemas democráticos y a que tales sistemas protegieran efectivamente los derechos de las personas. Es importante dejar bien sentado este punto, ya que en la década de los noventa serían los nuevos gobiernos elegidos en las urnas los que, molestos con la continua supervisión de la Comisión, comenzarían a señalar que su finalidad es lidiar con dictaduras.

Pero lo cierto es que en proporción abrumadora, el trabajo de la Comisión continuó focalizado en las violaciones masivas y sistemáticas hasta fines de la década de los ochenta. Lo que sucede es que si bien la presencia de regímenes dictatoriales en el continente ha sido la regla históricamente, los gobiernos de los sesenta, los setenta y comienzos de los ochenta llevaron a un nivel sin precedentes, por lo menos en el siglo xx, la magnitud y gravedad de las violaciones a los derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de la práctica de desapariciones forzadas de personas, llevada a cabo a gran escala en Guatemala desde los sesenta y hasta el comienzo de los noventa, en Argentina y Chile en los setenta, en Perú en los ochenta y principios de los noventa y en otros Estados en varios momentos.

La forma en que la Comisión enfrentó la política de desapariciones forzadas, así como otras violaciones masivas y sistemáticas, la condujo a establecer métodos de trabajo orientados hacia ello y a ganar en legitimidad ante la opinión pública de distintos países, pero como contrapartida, de alguna manera esto "marcó" a la Comisión. Así, como analizaremos más adelante, en la década de los noventa la CIDH tuvo que atravesar por difíciles trances, tanto para modificar sus metodologías de trabajo como para ganar en legitimidad en el tratamiento de problemas distintos a las violaciones masivas y sistemáticas.

Por ejemplo, aun después de la entrada en vigencia de la Convención Americana y hasta fines de los ochenta, en la tramitación de casos individuales la Comisión continuó utilizando con frecuencia la presunción de veracidad de los hechos a que

antes hemos hecho mención —cuando los Estados no presentan descargos—. Por lo demás, lo usual era que los Estados que no participaban en la tramitación de los casos individuales fueran aquellos que no habían ratificado la Convención. O sea, todavía en la década de los ochenta la CIDH debía operar en una gran cantidad de casos sin poder recurrir a ese tratado.[5]

Otro ejemplo es el de la solución amistosa de casos. Se trata de un mecanismo establecido en la Convención, destinado a alcanzar un arreglo entre las partes, que puede derivar en distintas formas de compensación, tales como el pago de indemnizaciones, formas simbólicas de compensación, el establecimiento de mecanismos internos para subsanar la violación —como comisiones con participación gubernamental y de las víctimas—, la supervisión de mecanismos preestablecidos para subsanar la violación —como el redoblar los esfuerzos para hacer efectivas las investigaciones judiciales—, la modificación de la legislación interna, etc. Como analizaremos más adelante, recién a partir de la década de los noventa la Comisión comienza a hacer un uso significativo de este mecanismo, por lo que una vez más, aquí se revela una cierta inercia. En un contexto de violaciones masivas y sistemáticas, a menudo resultaba absolutamente imposible intentar dicha solución, puesto que los Estados ni siquiera comparecían durante la tramitación de los casos. Y aun cuando comparecieran, el mecanismo resultaba inoficioso, dado que la violación a que se refería el caso se inscribía en el marco de una política deliberada y más general.

Así lo reconoció también la Corte en los ochenta, cuando, al hacerse cargo de la alegación de Honduras en el caso *Velásquez Rodríguez,* señaló que la Convención no obligaba a la CIDH a utilizar la solución amistosa en todos los casos, sino que le permitía a esta una cierta discrecionalidad, sin caer, no obstante, en el ámbito de lo arbitrario.[6] Pero a diferencia de la situación

[5] Esto todavía subsiste respecto de algunos países, pero el grueso del trabajo de la Comisión se basa actualmente en la Convención Americana.

[6] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1, párrs. 19-21. Para un estudio reciente sobre la solución amistosa de casos en el Sistema Interamericano, puede consultarse Standaert, Patricia, "The Friendly Settlement

en Honduras, el problema es que aun respecto de aquellos Estados que habían ratificado la Convención y que habían cesado de cometer violaciones sistemáticas, la Comisión hizo un uso prácticamente nulo del mecanismo de solución amistosa hasta principios de los noventa. No obstante, hubo algunos casos aislados en que la Comisión sí hizo el intento de llegar a un acuerdo amistoso, como en el caso de los indios miskitos en Nicaragua.[7] Acostumbrada a tramitar los casos sin intervención estatal, la Comisión adoptó una serie de prácticas, tales como el reservarse la apertura formal del caso, el manejar con mucha discreción el plazo de la tramitación,[8] el determinar la necesidad o no de convocar a audiencias, el dejar casi invariablemente las declaraciones de admisibilidad para el momento de la decisión sobre el fondo de lo planteado, etc., prácticas de las que le ha costado despojarse posteriormente en un contexto distinto.

Tampoco resultó fácil en los ochenta echar a andar la presentación y tramitación de casos contenciosos ante la Corte. De hecho, la Comisión tardó siete años desde la entrada en funcionamiento de la Corte para comenzar a enviarle casos. La acción de la Comisión resultaba —y continúa resultando— decisiva a este respecto, ya que históricamente los otros actores habilitados para presentar casos ante la Corte —los Estados— no lo han hecho.[9] Los primeros casos fueron enviados por la Comisión en 1986; se trataba de tres casos, el de Manfredo Velásquez Rodríguez, el de

---

of Human Rights Abuses in the Americas", en *Duke Journal of Comparative and International Law,* vol. 9, núm. 2, primavera, 1999, pp. 519-542.

7 Véase Hannum, Hurst, "The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System", en Harris, David y Livingstone, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights,* Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 329.

8 Sobre esta materia, consúltese Dulitzky, Ariel, "La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 363-389.

9 La única excepción en este sentido la constituye Costa Rica, que en 1981 presentó el caso contra *Viviana Gallardo y otras,* pero como en dicho caso la Comisión no había emitido un pronunciamiento previo, la Corte declinó la competencia sobre el mismo. Véase, Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras,* núm. G 101/81.

Saúl Godínez Cruz, y el de Francisco Fairén Solís y Yolanda Solís Corrales, todos contra Honduras.[10] Previo al envío de estos casos, la Corte había reclamado por la falta de remisión de casos por parte de la Comisión, lo que, en la práctica, y atendido que los Estados tampoco tomaban la iniciativa en este asunto, significaba que la Corte se veía impedida de ejercer su jurisdicción contenciosa. La Comisión argumentaba que en cierto modo resultaría discriminatorio el envío de casos en una etapa en que muy pocos Estados habían reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte, esto es, que precisamente aquellos Estados que habían demostrado una mayor voluntad de participar en el sistema se verían afectados.

Pero además, estos primeros casos presentados por la Comisión ante la Corte mostraron algunas de las incongruencias del Sistema. El Estado demandado, Honduras, escasamente había intervenido durante la tramitación de los casos ante la Comisión, y buena parte de su defensa se basó en su derecho a elevar argumentos que no había formulado ante la Comisión. Esta misma falta de participación suficiente de Honduras durante la tramitación en la Comisión, sumada al hecho de que la Convención no proporcionaba pautas exhaustivas en la materia, hizo que la Corte tuviera que construir algunos de sus estándares probatorios en un contexto anormal. Así, la Corte rechazó el argumento de la Comisión de dar por probados aquellos hechos no discutidos ante esta, lo que sentó las bases para el criterio de la Corte en la materia subsistente hasta el día de hoy. Podría especularse que la Corte no podría haber llegado a una conclusión diferente, validando la prueba rendida ante la Comisión en la medida en que ella no hubiera sido controvertida, si la tramitación en la Comisión se hubiera ajustado a los parámetros de la Convención con una intervención activa del Estado. Se aprecia entonces cómo un aspecto tan crucial como este, que continúa siendo polémico hasta la actualidad, se resolvió en un contexto poco propicio.

---

[10] Para un análisis de estos casos, véase Méndez, Juan E. y Vivanco, José Miguel, "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience", en *Hamline Law Review,* vol. 13, núm. 3, verano de 1990, pp. 507-577; Grossman, Claudio, "Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation", en *The Hastings International and Comparative Law Review,* vol. 15, núm. 3, 1992, pp. 363-389.

Estas incongruencias del Sistema y sus actores se manifestaron también en estos primeros casos en la ausencia en Honduras de un sistema judicial eficiente para lidiar con violaciones graves a los derechos humanos, así como en el hecho de que a pesar de que a la fecha de la tramitación de los casos ante la Corte había cesado en ese país la práctica sistemática de desapariciones —que era la materia de los casos—, todavía se vivía en un ambiente en el que resultaba muy difícil para los ciudadanos de ese país participar en el proceso ante la Corte, con un contexto de abierta hostilidad contra los testigos, al punto que se llegó al asesinato de dos de ellos: Miguel Ángel Pavón y José Isaías Vilorio.[11] Esto demuestra las dificultades y limitaciones de la tramitación de casos individuales ante cualquiera de los dos órganos recién señalados. Si bien a partir de los noventa no se ha llegado al asesinato de personas que sirven como testigos ante la Corte, situaciones como las de Perú y Trinidad y Tobago, que expondremos más adelante, revelan cómo estas tendencias e incongruencias subsisten.

Otro elemento interesante de constatar es cómo la Corte, a través de su facultad de emitir opiniones consultivas, influyó en los ochenta para detener algunas violaciones masivas. Ello, a pesar de que en principio podría pensarse que las opiniones consultivas están únicamente destinadas a resolver problemas de interpretación jurídica complejos y sofisticados sin consecuencias prácticas inmediatas. Al respecto, resalta lo ocurrido con la opinión consultiva OC-3/83, que se pronunció sobre el problema de las reservas formuladas por los Estados a la Convención; ello se dio en un contexto en que Guatemala se encontraba ejecutando personas por la presunta comisión de delitos para los cuales no contemplaba la pena de muerte al momento de adoptar la Convención. La Corte declaró que una reserva como la formulada por Guatemala no justificaba dicha ampliación de los delitos. El Estado suspendió las ejecuciones y reformó su legislación a raíz del pronunciamiento de la Corte.[12] Algo similar ocurrió con Nica-

[11] Véase Méndez, Juan E. y Vivanco, José Miguel, *op. cit.*, pp. 557-58.

[12] Al respecto, véase Moyer, Charles y Padilla, David, "Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83: A Case Study", en *Human Rights Quarterly,* vol. 6, nov 1984, pp. 507-520.

ragua, a propósito de la opinión consultiva que declaró que de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprendía que el *habeas corpus* no podía suspenderse ni aún en estados de excepción constitucional.[13] Cabe anotar que ninguna de estas opiniones consultivas estaba referida de manera explícita a un país determinado —no pueden estarlo conforme a la Convención—, pero aun así Guatemala y Nicaragua modificaron su legislación y sus prácticas.

Durante los ochenta, la Corte avanzó también en sus opiniones consultivas en la interpretación de una serie de otros asuntos, incluyendo la colegiatura obligatoria de periodistas,[14] el régimen de naturalización de personas,[15] la manera en que el Sistema Interamericano debía hacerse cargo de los tratados de derechos humanos emanados de otros sistemas, etcétera.[16]

Por todos estos antecedentes, el núcleo del trabajo de la Comisión hasta fines de los ochenta continuó siendo la preparación y publicación de informes sobre países donde continuaban practicándose violaciones masivas y sistemáticas. Sin duda, era por esta vía que la Comisión adquiría presencia pública, especialmente cuando visitaba un país, entrevistaba a víctimas, se reunía con autoridades de gobierno y daba conferencias de prensa. Un caso paradigmático al respecto fue el de la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina en 1979-1980. Este informe y los hechos que lo rodearon produjeron un impacto significativo no solo en la OEA, sino también a nivel de las Naciones Unidas y en la práctica misma de desapariciones forzadas en Argentina. La Comisión viajó a ese país en 1979, permaneciendo allí durante 17 días, lo cual de suyo era significativo. Estando en Argentina, recibió información acerca

13 Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987.

14 Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.

15 Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

16 Corte IDH, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, opinión consultiva OC 1-82, 24 de septiembre de 1982.

de que varias decenas de personas se encontraban en detención clandestina en un sector aislado de una cárcel que para todos los demás efectos —y presos— era pública. La CIDH recibió incluso información sobre los nombres de algunas de esas personas. Los miembros de la Comisión solicitaron a las autoridades una lista de las personas presas, constatando que las personas detenidas clandestinamente no se encontraban en ella. Una vez en la cárcel, y luego de insistir en que querían visitar todas las dependencias de la misma, comenzaron a escuchar gritos de "¡Estamos aquí!, estamos aquí!". Ante la evidencia, las autoridades del penal tuvieron que ceder y permitirle a la Comisión reunirse en privado con las personas detenidas clandestinamente y que, según todos los indicios, estaban destinadas a desaparecer.[17]

Todo esto ocurrió en un contexto en el cual el gobierno argentino había negado permanentemente la detención clandestina de personas, así como su responsabilidad en las desapariciones forzadas. Al poner estos antecedentes en conocimiento de la Asamblea General de la OEA se produjo un enorme revuelo, con Argentina amenazando con retirarse de la organización si se aprobaba una resolución en contra suya. Finalmente, la Asamblea adoptó una resolución en la que, abordándose el problema de las desapariciones forzadas, no se mencionaba expresamente a Argentina, pero de cualquier modo, el efecto de la visita de la CIDH ya había tenido lugar.

En la ONU había sido muy escasa la atención prestada a las denuncias sobre la situación de los derechos humanos bajo la dictadura argentina. El gobierno se veía favorecido en este sentido por su política de entendimiento económico con la Unión Soviética. Pero las evidencias de primera mano encontradas por la CIDH transformaron también la situación en la ONU, estableciéndose el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, que al inicio se abocó principalmente a las condiciones en Argentina sobre la materia.

---

17 Para una descripción detallada del descubrimiento de estos presos clandestinos, consúltese Buergenthal, Thomas; Norris, Robert E. y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas,* 3ª ed. rev., Estrasburgo, International Institute of Human Rights, 1990, pp. 299-301 ("Discovering disappeared persons: a staff member notes").

Lo más importante de todo fue que la intervención de la Comisión salvó muchas vidas, tanto las de las personas que encontró como de muchas otras potenciales víctimas, puesto que la práctica masiva de desapariciones cesó casi de inmediato.[18]

Otra situación de gran impacto se produjo en relación con la caída de Anastasio Somoza en Nicaragua. La CIDH efectuó una visita *in loco* y emitió un informe que provocó gran revuelo. De hecho, el propio Somoza, en un libro escrito en el exilio, señaló que el informe de la Comisión había sido el desencadenante principal para su posterior renuncia al poder.[19]

Las recién descritas son situaciones en las que la Comisión alcanzó un impacto evidente de la manera más masiva, pero respecto de otros países viviendo bajo dictaduras, la Comisión se convirtió en un referente importante y a veces hasta crucial, con el cual había que lidiar, así fuera que no se le autorizara para entrar al territorio del Estado. Incluso puede sostenerse que para la mayoría de los países bajo dictaduras en el continente, la Comisión jugó un papel más significativo que los órganos de las Naciones Unidas.[20]

Otro elemento relevante a considerar es el papel jugado por los órganos políticos de la OEA —el Consejo Permanente y la

---

18 Cesaron en octubre de 1979, esto es, un mes después de la visita *in loco* de la Comisión; a partir de esa fecha, la Comisión no recibió más denuncias por desapariciones forzadas. Véase CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980, p. 135. Sobre el impacto de la visita de la Comisión a Argentina, revísese también Weissbrodt, David y Bartolomei, María Luisa, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983", en *Minnesota Law Review,* vol. 75, 1991, pp. 1009-1035; Guest, Iain, *Behind the Disappearances, Argentina Dirty War against Human Rights and the United Nations,* 1990; véase también del presidente de la CIDH en la época de la visita *in loco,* Farer, Tom, *op. cit.,* pp. 401-413.

19 Anastasio Somoza (como se lo dijo a J. Cox), *Nicaragua Betrayed,* pp. 192-95; cit. por Farer, Tom, *op. cit.,* p. 402.

20 Una excepción clara es Chile, ya que la ONU reaccionó rápidamente ante la evidencia de violaciones masivas y sistemáticas, desarrollando incluso mecanismos nuevos —que después se volverían permanentes, como la institución de los Relatores Especiales asignados a un país determinado—; no obstante, la CIDH también le dedicó mucho e importante trabajo a la situación chilena.

Asamblea General—. A pesar de que un buen número de los gobiernos representados en ellos eran dictatoriales, estos órganos usualmente se hacían cargo de los informes de la Comisión y debatían la situación de los derechos humanos de los Estados respectivos basados en dichos informes. Además, la práctica era que la Asamblea General emitiera una resolución refiriéndose de manera específica al país de que trataba el informe.[21] Este segundo aspecto de la práctica no se siguió, sin embargo, en relación con el informe sobre Argentina a que se ha hecho referencia anteriormente, ante la amenaza de ese país de retirarse de la organización —emitiéndose solo una resolución más general—, pero por lo menos existió un debate a fondo sobre la situación de los derechos humanos en Argentina. Ya veremos más adelante cómo esta práctica se perdió en los noventa.

Esto no significa que no existiera controversia cuando se trataba de otros países, ya que incluso, como hemos dicho, algunos Estados prohibían el ingreso de la Comisión. Los gobiernos afectados esgrimían defensas duras, pero no por ello los órganos políticos eludían el debate, imperando en definitiva el apoyo de estos órganos a la CIDH.

Estos rasgos del trabajo de los órganos políticos por esa época se explican porque el Sistema Interamericano estaba atravesado por una dicotomía: por un lado, aquellos Estados con gobiernos inequívocamente dictatoriales que violaban los derechos humanos de manera masiva y sistemática; por otro, aquellos que no se encontraban en esa condición y que aparecían en una situación comparada superior a la de los primeros, por poseer gobiernos civiles y no practicar los atentados contra el derecho a la vida de forma masiva.

En los hechos, la Comisión le prestaba escasa atención a la situación de los derechos humanos en este segundo grupo de Estados y, cuando lo hacía, no solía apuntar a problemas estructurales de la organización política. De ahí que cuando en 1990 la Comisión publicó una resolución sobre varios casos individuales acumulados en la que establecía que el sistema electoral de

[21] Consúltese Medina, Cecilia, "The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights", en Harrris, David y Livingstone, Stephen (eds.), *op. cit.,* pp. 115-131.

México violaba la Convención Americana, se encontró con una respuesta de proporciones, produciéndose un gran revuelo.[22] México había sido históricamente uno de los soportes más importantes del trabajo de la Comisión cuando esta lidiaba con dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas.[23] Pero como el grueso de las dictaduras ya había desaparecido, la Comisión comenzaba a prestar atención ahora a otras situaciones, de antigua data por lo demás, como el sistema electoral mexicano, largamente cuestionado a nivel interno de ese país.

Esta resolución sobre México constituye un hito en la evolución del Sistema, marcando la pauta de lo que sobrevendría en los noventa, especialmente en lo que se refiere a la nueva relación entre los Estados y la Comisión. En lo sucesivo, el trabajo de la Comisión se diversificaría en cierta medida y al terminarse la dicotomía gobiernos militares/gobiernos civiles se volvería mucho más compleja y volátil la actitud de los Estados hacia la Comisión. En 1990, las dos últimas dictaduras en Sudamérica habían terminado —Paraguay y Chile, en 1989 y 1990, respectivamente— y la guerra civil en Nicaragua había concluido, produciéndose también el fin del régimen sandinista. La caída del Muro de Berlín en noviembre del año anterior también había tenido impacto en el continente americano, reduciéndose los niveles de polarización. Los conflictos armados en El Salvador y Guatemala parecían decaer en intensidad, y solo en Colombia y Perú la situación parecía deteriorarse. Con el fin de la Guerra Fría se produjo además la incorporación de Canadá a la OEA. Este país había sido históricamente renuente a ingresar a la organización por considerarla en lo fundamental una institución bajo una clara influencia de Estados Unidos, pero el nuevo contexto político lo llevó a replantearse el asunto.[24]

---

22 CIDH, Informe Anual 1989-1990, informe 1/90, elaborado a partir de los casos 9768, 9780 y 9828 de México, pp. 101-128.

23 Así lo ha señalado, por ejemplo, Tom Farer, quien fuera miembro y presidente de la Comisión a fines de los setenta y comienzos de los ochenta, y que coloca a México junto a Venezuela como los Estados que le prestaban mayor apoyo a este organismo. Farer, Tom, *op. cit.,* p. 405.

24 Véase Milton, Cynthia, "Joining the Americas: Canada and the OAS", tesis para obtener el grado de Master en Ciencias Políticas en la Universidad de Stanford, 1994.

Así las cosas, por primera vez en la historia de la Organización de los Estados Americanos, todos los gobiernos eran de carácter civil y elegidos en las urnas —si no consideramos a Cuba, que si bien formalmente continúa siendo miembro de la OEA, se halla suspendida de su derecho a participar—. Por lo mismo, la organización política de los Estados miembros había llegado a ser, por lo menos en un principio, coherente con los objetivos de la organización.[25]

3. Evolución en el periodo 1990-1995

3.1. Antecedentes

El reacomodo de fuerzas en la OEA hizo que las organizaciones de la sociedad se replantearan sus expectativas respecto del Sistema a comienzos de los noventa. De manera simplificada, las expectativas más importantes, tal como fueron formuladas desde la sociedad civil, podrían resumirse de la siguiente forma:

- Se esperaba, con un mayor o menor grado de optimismo, un fortalecimiento del Sistema, considerando que nos encontrábamos entonces en un nuevo contexto de claro predominio de gobiernos civiles en el continente.
- Se anticipaba una diversificación de la cartera de casos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como una ampliación de la cartera de casos de la Corte.
- Comenzaba a observarse un uso incipiente del mecanismo de la solución amistosa de casos individuales. También empezaba a distinguirse el uso de medidas cautelares y provisionales.
- Se esperaban progresos en las formas de participación de las ONG en el Sistema. En especial, se pensaba que dentro de algunos años los peticionarios alcanzarían au-

[25] Para un estudio general sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos hasta fines de la década de los ochenta, véase Medina, Cecilia, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System,* Dordrecht, Martinus Nijholf, 1988.

tonomía en la tramitación de casos contenciosos ante la Corte. También comenzaba a discutirse la posibilidad de establecer un sistema de estatus consultivo para las organizaciones de la sociedad civil en la OEA, como ya existía desde hace muchos años en la ONU.

- Se advertían distintos grados de optimismo respecto de un posible fortalecimiento de los sistemas judiciales y de la recepción a nivel interno de las normas y estándares internacionales de derechos humanos, como maneras de hacer efectivo el carácter subsidiario del Sistema Interamericano.
- En general, se pensaba que los Estados participarían de manera más activa en el litigio de los casos y que se avanzaría en el cumplimiento de las resoluciones emanadas de la Comisión y la Corte.[26]

La cuestión es que existían perspectivas de cambio. Como veremos a continuación, si bien se han producido transformaciones, algunas de ellas de no poca importancia, lo cierto es que un permanente levantamiento de propuestas de reforma por parte de los Estados —muchas de ellas inconducentes— ha permeado el contexto.

3.2. La resolución 1080 y la defensa colectiva de la democracia en la región

Uno de los primeros acontecimientos de relevancia en la OEA al comenzar los noventa fue la aprobación de la resolución 1080. Esta resolución, conocida también como "Resolución de Santiago", por haber sido aprobada con ocasión de la Asamblea General

[26] Varias de estas ideas fueron formuladas, por ejemplo, en una mesa redonda sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco de la conferencia de la "Latin American Studies Association (LASA)" de 1992, en la que intervinieron representantes de varias organizaciones no-gubernamentales usuarias del Sistema, como el Centro por la Acción Legal en Derechos Humanos (CHRLA), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Seccional Colombiana de la Comisión Andina de Juristas —actualmente Comisión Colombiana de Juristas—, Human Rights Watch y el International Human Rights Law Group.

de la organización celebrada en esa ciudad en 1991, se refiere a la garantía colectiva, por parte de los Estados de la OEA, de los sistemas políticos democráticos en el continente.

Conforme a esta resolución, la OEA adoptará las medidas necesarias para los efectos antes señalados, incluyendo la posibilidad de aplicar sanciones, las que pueden llegar hasta la suspensión de un Estado de la organización.

La resolución se ha aplicado en varias oportunidades a lo largo de los años. Ello ocurrió, siguiendo un orden cronológico, en los casos de Haití, Perú y Guatemala. Respecto de Haití, la resolución 1080 se aplicó a raíz del golpe de Estado que depuso en 1991 al presidente democráticamente electo Jean-Bertrand Aristide. Se trataba del primer gobierno con tales características después de décadas de dictadura de la familia Duvalier. La OEA mantuvo una postura clara en este caso, desconociendo al gobierno que había tomado el poder por la fuerza y manteniendo el reconocimiento del gobierno encabezado por Aristide. La delegación haitiana ante la OEA continuó estando conformada por miembros del gobierno de este último. No obstante, el rol principal en esta situación lo desempeñó la ONU, que envío tropas y una misión a ese país.[27]

En Perú se produjo un "autogolpe" en abril de 1992. Alberto Fujimori, que había sido elegido en las urnas dos años antes, pasó a llevar la Constitución vigente, disolvió el Congreso e intervino el poder judicial, todo ello con apoyo militar. La reacción de la OEA en este caso fue mucho más ambigua que respecto de Haití. Cuando todavía se debatía en la organización cómo enfrentar esta situación, en oportunidad de la Asamblea General realizada al mes siguiente del autogolpe, Fujimori se presentó sorpresivamente, habló ante la Asamblea y negoció un acuerdo. Este, se-

[27] Para un análisis pormenorizado del rol de la OEA y el uso dado a la resolución 1080 respecto de Haití, véase Schnably, Stephen J., "The Santiago Comittment as a call to democracy in the United States: evaluating the OAS role in Haití, Perú and Guatemala", en I*nter-American Law Review,* vol. 25, núm. 3, 1994, pp. 418-460. Consúltese asimismo, González, Felipe y Maldonado, Antonio, *La Organización de Estados Americanos y su mandato en el campo de la democracia y los derechos humanos,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 1995, pp. 55 y ss.

gún el cual se conformaría una misión de la OEA que viajaría a Perú y supervisaría la evolución de los acontecimientos, sirvió para atenuar las críticas a lo ocurrido en Perú y bajarle el perfil al asunto.[28] Además, la misión colocó permanentemente en un segundo lugar a la CIDH, que había formulado fuertes críticas al autogolpe y a las condiciones de derechos humanos en Perú. Siete meses después del autogolpe, y en circunstancias que el quiebre constitucional no había sido subsanado, la OEA decidió cerrar el asunto declarando que la resolución 1080 ya no era aplicable. En definitiva, la falta de una actitud más vigorosa de parte de la OEA daría lugar al fortalecimiento de la delegación peruana ante la OEA, convirtiéndose en uno de los actores estatales con mayor presencia en los debates sobre materias de derechos humanos, así como acerca de la necesidad de revisar el rol de la Comisión —para debilitarlo—. Más adelante también se presentarían problemas con la Corte.[29]

Quizá aspirando a emular el camino peruano, en Guatemala, el también presidente electo Jorge Serrano intentó emprender su propio autogolpe en 1993. En este caso se aplicó asimismo la resolución 1080. No fue posible, sin embargo, alcanzar a medir la eficacia de la resolución en esta situación, ya que el autogolpe fracasó a los pocos días, fundamentalmente como consecuencia de la casi absoluta falta de apoyo interno en Guatemala a esta operación política.[30]

Además de lo anterior, se estableció en la OEA en 1990 la Unidad de Promoción de la Democracia, a iniciativa del gobierno de Canadá, que acababa de ingresar a la organización. Sus funciones principales son las de proporcionar servicios de asesoría en la materia —incluyendo intercambio de información, cursos de entrenamiento e investigación— y de asistencia directa —a través

---

28 *Cfr.* Brody, Reed y González, Felipe, "Human Rights Developments at OAS General Assembly", en *The Review of the International Commission of Jurists,* núm. 48, 1992, pp. 68-72.

29 Véase Schnably, Stephen J., *op. cit.,* pp. 460-470.

30 *Ibidem,* pp. 470-482. Véase también González, Felipe, "Asamblea General de la Organización de Estados Americanos celebrada en Nicaragua 1993", en *La Revista. Comisión Internacional de Juristas,* núm. 51, dic, 1993, pp. 49-53.

de la observación de elecciones, el apoyo técnico y otras vías—. La Unidad mantiene relación con las oficinas encargadas de procesar las elecciones en los Estados miembros de la OEA.[31]

De esta manera, la primera mitad de los noventa mostró un progreso en términos de que la OEA asumiera de manera institucional las crisis políticas en el continente. Su intervención, sin embargo, no fue siempre todo lo enérgica que se necesitaba, como lo demuestra especialmente el caso peruano, en el que el seguimiento del mismo se cerró en circunstancias en que la abierta vulneración del Estado de derecho subsistía.

3.3. La actitud de los órganos políticos entre 1990 y 1995 y el comienzo del debate sobre la reforma del Sistema

Contrariamente a lo que pudiera haberse pensado, el hecho de que los Estados representados en la OEA poseyeran en esta nueva etapa gobiernos civiles no trajo consigo un apoyo al trabajo de la Comisión en los primeros años de los noventa. Varios factores contribuyeron a esto, algunos específicos y uno de carácter más general.

Un primer factor relevante fue la reacción de algunos Estados, en especial de Argentina y Uruguay, como consecuencia de las resoluciones de la Comisión estableciendo que las leyes de amnistía sobre violaciones graves a los derechos humanos contravenían la Convención Americana. Se trataba de violaciones masivas y sistemáticas cometidas por los gobiernos dictatoriales, que ya habían dejado el poder en esos países. Las leyes de amnistía, no obstante, habían sido dictadas por los gobiernos civiles subsecuentes.[32]

---

[31] Esta institución se estableció en virtud de la resolución AG/Res.1063 (XX-0/90).

[32] Además, en el caso argentino, los militares habían dictado una autoamnistía poco antes de dejar el gobierno, pero ella fue declarada nula por los tribunales al comenzar la transición a la democracia. En Argentina el primer gobierno democrático, encabezado por Raúl Alfonsín, había hecho inicialmente esfuerzos para investigar y sancionar a los responsables —además

Para afirmar que no había vulnerado la Convención, Argentina argumentaba, entonces, que su propósito original había sido perseguir a los responsables pero que circunstancias extremas —de presión militar— la habían llevado a dictar las normas de amnistía, en tanto que Uruguay sostenía que la Ley de Caducidad había sido legitimada por la voluntad popular.[33] La Comisión encontró insuficientes estos argumentos, señalando que los Estados no podían autoeximirse de sus obligaciones internacionales, y que las normas de amnistía habían transgredido las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos establecidas en el artículo 1 de la Convención —basándose la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*— y que se habían vulnerado además las garantías de protección judicial y debido proceso establecidas en la Convención.[34]

Los gobiernos de estos dos países pusieron en tela de juicio el actuar de la Comisión, siendo Uruguay el que reaccionó de mane-

---

de crear una Comisión de Verdad—, pero más tarde, frente a la resistencia demostrada por los militares, aprobó la Ley de Obediencia Debida y la Ley de Punto Final, que en la práctica amnistiaban los delitos señalados. Finalmente, en 1990 el gobierno de Carlos Menem dictaría un indulto favoreciendo a los líderes de las exjuntas militares —que no se habían visto favorecidos por las normas de amnistía— y al dirigente máximo del Movimiento Montoneros. En Uruguay, no se había llevado a cabo ninguna investigación de las violaciones, ni a nivel judicial ni bajo la forma de una Comisión de Verdad, sino que, al parecer como parte del acuerdo con los militares para que estos dejaran el poder, se había aprobado la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que vedaba completamente la posibilidad de accionar ante los tribunales en estas materias. La complejidad del caso uruguayo venía dada, sin embargo, por el hecho de que dicha ley había sido posteriormente ratificada por la mayoría de la población en un referéndum.

33 Véase Observaciones del Gobierno del Uruguay al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G/CP/doc.2376/93, 18 de mayo 1993.

34 Informe 34/91, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, Sobre los efectos de las leyes 23.492 y 23.521 y decreto 1002/89 —corresponden, respectivamente, a las leyes conocidas como de "Punto Final", "Obediencia Debida" y al indulto presidencial—, informe 35/91, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, Sobre los Efectos de la ley 15.848 (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado).

ra más virulenta. Incluso, el entonces canciller de ese país, Héctor Gros Espiell, transmitió a la prensa a fines de 1991 el texto del informe de la Comisión —se trataba de un informe sobre un conjunto de casos individuales acumulados—, a pesar de que el mismo se encontraba en la etapa en que solo podía ser conocido por las partes en el caso. En la Asamblea General de la OEA de 1992 se llegó al punto de que un delegado uruguayo prodigó para la Comisión el curioso calificativo de "símil atípico de ONG" *(sic)*. Estas descalificaciones, sumadas a las que hizo el delegado de El Salvador en la misma Asamblea —por los motivos que se señalarán en seguida—, llevaron al representante de Antigua y Barbuda a describir el ambiente como uno más propio de un juicio que de una asamblea de la OEA.[35] Estas reacciones produjeron una paralización en la Comisión, que mantuvo los informes sobre Uruguay y Argentina sin ser publicados por cerca de un año, después de formulados los descargos de los gobiernos, un hecho sin precedentes en la práctica de este organismo.[36]

En la misma Asamblea, los gobiernos de Argentina y Uruguay anunciaron la presentación de una solicitud de opinión consultiva a la Corte, por considerar que la CIDH había pasado a llevar en lo sustantivo y en lo formal los parámetros contemplados en la Convención Americana. En una de las preguntas planteadas a la Corte se cuestionaba el papel asumido por la Comisión de calificar la compatibilidad de leyes internas de los Estados con la Convención (lo que había hecho la CIDH respecto de las normas de amnistía, aunque estas no se mencionaban expresamente, ya que no se trataba de un caso contencioso sino de una solicitud de opinión consultiva). En otra, se le preguntaba a la Corte si el informe preliminar de la Comisión podía ser conocido por los

[35] Las aseveraciones efectuadas por los delegados de Uruguay y Antigua y Barbuda fueron registradas en notas tomadas por el autor de este trabajo durante su asistencia a las respectivas sesiones de la Asamblea General de 1992.

[36] Los informes definitivos, conteniendo los descargos de los gobiernos y la refutación de los mismos por parte de la Comisión, fueron publicados en octubre de 1992. Véase informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e informe 29/92 (Uruguay), casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, 2 de octubre de 1992.

peticionarios; lo que había sucedido respecto de los casos sobre amnistía es que, una vez que el gobierno uruguayo transmitió a los periodistas de ese país el contenido del informe, los peticionarios hicieron lo mismo en otros países.[37]

La Corte se hizo cargo de estas preguntas en su opinión consultiva 13.[38] En ella, la Corte reafirmó la facultad de la Comisión de calificar la compatibilidad de normas internas con el derecho internacional, lo que venía a respaldar el accionar de la Comisión. Sin embargo, al responder la segunda pregunta asestó un golpe a las prácticas de la CIDH y restringió seriamente los derechos de los peticionarios; la Corte, interpretando los —por lo demás confusos— artículos 50 y 51 de la Convención, determinó que cada uno de ellos regulaba un periodo procesal distinto, el primero correspondiente al informe preliminar de la Comisión, que debía ser comunicado únicamente al Estado y no a los peticionarios, y el segundo, el concerniente al informe final, con carácter de público par las partes y para el resto de la gente si la Comisión así lo resolvía. De este modo, se introdujo una etapa confidencial en la tramitación de los casos ante la Comisión. Ello en circunstancias en que la publicidad en la tramitación había sido históricamente una diferencia significativa —y positiva— de la CIDH en comparación con la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.[39]

Como se advierte, la actitud de los gobiernos de Argentina y Uruguay, al poner en tela de juicio la legitimidad del quehacer de la Comisión, echó las bases para la interminable discusión sobre las reformas que sobrevendrían.

Otro factor específico lo constituían aquellos Estados que venían saliendo de guerras civiles. Esto ocurría especialmente con El Salvador y Nicaragua. Los delegados de ambos Estados consideraban que al haber concluido los conflictos armados la

---

37 También se formulaba una tercera pregunta, que no tenía relación con estos casos.

38 Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-13, 16 de julio de 1993.

39 Consúltese Méndez, Juan E., "Una aproximación crítica a la interpretación vigente de los artículos 50 y 51 de la Convención", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *op. cit.*, pp. 241-260.

Comisión debía disminuir de manera significativa su escrutinio sobre la situación de los derechos humanos. Por lo mismo, hacían ver, en ocasiones de manera muy fuerte, que la CIDH se extralimitaba al continuar preparando informes sobre esos países. Según ellos, al haber terminado las prácticas masivas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, no existía motivo para que la Comisión les continuara dedicando una atención especial, lo que consideraban como una forma de discriminación que los estigmatizaba. Las críticas llegaban al punto de poner en tela de juicio la legitimidad de la Comisión. Los representantes de Guatemala, que también se encontraba en las fases finales de la Guerra Civil —aunque todavía en un contexto de ejecuciones y desapariciones masivas—, en cambio, usualmente mantenían una actitud distinta, sin ataques virulentos a la Comisión —lo cual no significaba que diera cumplimiento a sus resoluciones—; incluso, al asumir el poder la administración encabezada por Ramiro de León Carpio, exprocurador de los Derechos Humanos, luego del frustrado autogolpe de Jorge Serrano, hubo una etapa de apoyo a la Comisión por parte de Guatemala.[40]

De hecho, fue precisamente el gobierno de Nicaragua el que, con ocasión de la Asamblea General realizada en Managua en 1993, y luego de efectuar una crítica descalificadora a la Comisión, consiguió la adopción de una resolución destinada a estudiar una reforma de la Convención Americana, supuestamente encaminada al fortalecimiento de la OEA en materia de derechos humanos.[41] Este sería el punto de partida para los debates mante-

[40] En esto, quizá si la actitud de Guatemala por esa época es parecida a la que históricamente ha tenido Colombia, que ha preferido trabajar en una lógica de entendimiento con los órganos de derechos humanos —no solo de la OEA, sino también de la ONU— en vez de una de confrontación, lo cual lamentablemente no se compadece con su "récord" en materia de derechos humanos.

[41] Véase Propuesta de enmienda al artículo 34 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.P/AG/doc.2988/93, 8 de junio de 1993. Consúltese también Nota de la Misión Permanente de Nicaragua solicitando la inclusión de un tema relativo a la enmienda de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Proyecto de Temario del Vigésimo Tercer Periodo de Sesiones de la Asamblea General, OEA/Ser.P/AG/CP/doc. 539/93, 20 de abril de 1993.

nidos al respecto hasta la fecha. Más adelante Nicaragua desaparecería como actor en este debate, en la medida en que la situación de posguerra civil fue asentándose y que la Comisión dejó de tener a ese país entre sus prioridades y de publicar informes al respecto. Pero además, como se verá también a propósito de otros Estados, las personas también jugaron un papel significativo, ya que el fin del protagonismo de Nicaragua en este debate coincidió con el momento en que el embajador Antonio Tijerino dejó de representar a Nicaragua ante la OEA.

Estos factores específicos hicieron que comenzara a trasuntarse un problema más general: ¿de qué manera los Estados regidos ahora por gobiernos civiles iban a actuar en relación con la Comisión y, más aún, cuál era el rol a jugar por esta en el nuevo contexto con predominio de dichos gobiernos? En cuanto a la Corte, ella parecía fuera de la preocupación de los Estados —todavía eran pocos los casos contenciosos—. Esto, que comparativamente con el trato dado a la Comisión era positivo, tenía su importante cara negativa, puesto que los órganos políticos del Sistema no le daban seguimiento alguno a las sentencias de la Corte. Esta última tampoco realizaba esfuerzos significativos en esa dirección, ya que estando obligada por la Convención[42] a informar a la Asamblea General sobre los Estados en mora de cumplimiento de sus resoluciones, en esos años solo lo hacía por escrito y no era mencionado por su presidente en su intervención oral ante la Asamblea.

Si bien era bastante frecuente que los Estados urgieran por la necesidad de reformas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en especial de la Comisión, durante la primera mitad de la década de los noventa eran muy escasas las propuestas específicas en tal sentido. Los Estados por ese entonces reiteraban una y otra vez la necesidad de reformas estructurales del Sistema, esto es, reformas referidas a los roles de sus órganos. Comenzaba a levantarse la idea de que la Comisión debería dedicarse fundamentalmente a tareas de promoción, tesis que adquiriría fuerza más adelante, según analizaremos. Una de las primeras propuestas específicas provino justamente del gobierno de Nica-

[42] De conformidad con su art. 65.

ragua en 1993. Dicha propuesta consistía en la ampliación del número de miembros de la Comisión —que desde sus inicios había sido de siete—, a fin de asegurar una representación geográfica adecuada.[43] Esta idea, apoyada por algunos Estados, fue criticada por otros, así como por la propia CIDH y por las organizaciones no gubernamentales, por considerar que ello solo contribuiría a restar eficiencia —y eventualmente a hacer menos independiente— a la Comisión. Para los adversarios de esta idea, el caso de Naciones Unidas, en que prácticamente todos los órganos de derechos humanos de conformación colectiva están diseñados sobre la base de la representación geográfica, era completamente distinto, dada la gran variedad de países miembros de esa organización; ausente esa característica en el Sistema Interamericano no tenía sentido implementar una medida similar que solo agregaría nuevos problemas. Menos sentido aún tenía la propuesta si ella no iba acompañada de la asignación de recursos adicionales a los ya escasos con que disponía la Comisión. Por lo demás, esta propuesta reflejaba el no poco frecuente olvido acerca del carácter individual con el que deben actuar los comisionados, hecho que quedó reflejado en la misma Asamblea General de 1993 —en que fue formulada esta idea—, cuando el embajador de Canadá ante la OEA hizo ver durante la elección de comisionados que al momento de contarse los votos se nombraba a los países de los cuales eran nacionales los candidatos, en vez de nombrarse a los candidatos mismos, como correspondía.

3.4. El uso creciente de la solución amistosa y otros cambios en la tramitación de los casos en la Comisión

Uno de los primeros cambios introducidos en sus prácticas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los noventa fue el uso creciente del mecanismo de solución amistosa de casos, que antes hemos descrito. La presencia de este mecanismo no es exclusiva de la Convención Americana, ya que se

[43] La Convención Americana establece en su art. 35 que la CIDH representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

halla asimismo en el Sistema Europeo. Allá por 1992, cuando la Comisión Interamericana recién iniciaba su uso, en el Sistema Europeo aproximadamente 1/7 de los casos declarados admisibles era resuelto por esta vía.[44] Por cierto, el contexto del Sistema Europeo era muy diferente, pero las nuevas circunstancias en el continente americano hacían pensar que podría iniciarse su uso al menos en determinados tipos de casos.

Algunos casos argentinos marcaron el rumbo en la línea de emplear este mecanismo. Ellos fueron los casos acumulados de Miguel Vaca Narvaja —derechohabientes—, Guillermo Alberto Birt y otros, en relación con violaciones a sus derechos humanos ocurridas durante la dictadura,[45] y el del periodista Horacio Verbitsky, quien había sido condenado por el delito de desacato, que en la legislación de ese país consistía en un delito agravado de injurias contra ciertas autoridades públicas.[46] En los casos acumulados, Argentina pagó indemnizaciones por los abusos cometidos, y en el de Verbitsky, la figura penal del desacato fue derogada.[47]

Ambas soluciones amistosas tuvieron un impacto que fue más allá de los casos específicos. El arreglo con las víctimas de la dictadura en el conjunto de casos acumulados ante la Comisión llevó al diseño en Argentina de una política de indemnizaciones en la materia. En cuanto al desacato, la derogación de esta figura penal en Argentina fue seguida por un informe de la Comisión Interamericana sobre leyes de desacato.[48] Este informe, de carác-

---

44 Boyle, Kevin, "The Council of Europe, the CSCE and the European Community", en Hannum, Hurst (ed.), *Guide to International Human Rights Practice,* 2ª ed., 1992, pp. 133-158; la referencia a la proporción de soluciones amistosas se encuentra en p. 149.

45 CIDH, Informe Anual 1992-93, informe 1/93, sobre solución amistosa respecto de los casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496 10.631 y 10.771.

46 Véase CIDH, Informe Anual 1994, informe 22/94, caso 11.102.

47 Véase sobre las soluciones amistosas argentinas, Cardozo, Jorge, "La solución amistosa ante la Corte", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *op. cit.,* pp. 391-409. El autor del artículo era un funcionario del gobierno de ese país que intervino en varias soluciones amistosas; a pesar de su título, el artículo se refiere también a soluciones amistosas en la Comisión.

48 Publicado en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, pp. 209 y ss.

ter temático y no referido a un país en particular, establecía que dichas leyes eran incompatibles con la garantía de libertad de expresión consagrada en la Convención Americana. Este informe será analizado más adelante en este trabajo.

Esta tendencia fue reforzada posteriormente por la Corte. Esta, como hemos dicho, había sostenido en *Velásquez* que no era obligatorio para la Comisión ofrecer una solución amistosa a las partes en todos los casos individuales de los que conociera, especialmente en un contexto como el hondureño respecto de *Velásquez,* en que ni siquiera se había emprendido una investigación interna para esclarecer la desaparición forzada. Pero en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia,* la Corte consideró que la sola naturaleza de la violación (al igual que en *Velásquez,* una desaparición forzada) no servía como fundamento suficiente para no ofrecer a las partes una solución amistosa, considerando que Colombia, a diferencia de Honduras en el caso *Velásquez,* sí había realizado una investigación interna e intentado colaborar para solucionar la violación. No obstante, la Corte añadió que la obligación de la Comisión en los casos en que las partes demostraran voluntad de cooperación, se satisfacía con iniciar este trámite si una de la partes así lo solicitaba.[49]

En rigor, la Comisión fue más allá de lo planteado por la Corte, ya que comenzó a hacer un uso sistemático del mecanismo de solución amistosa, tomando la iniciativa en cada caso al ponerse a disposición de las partes para tales efectos. Desde entonces, varios casos de importancia se han solucionado por esta vía.

Además de Argentina, otro país que ha alcanzado un número significativo de acuerdos amistosos es Ecuador, lo que ha incluido el pago de cuantiosas indemnizaciones a víctimas de violaciones a los derechos humanos. Resaltan además en materia de soluciones amistosas Colombia, Guatemala, Paraguay y Venezuela, que han modificado también su legislación interna como parte de arreglos amistosos.[50]

---

49 Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, núm. 17, pp. 526-527.

50 Véase, al respecto, Grossman, Claudio, "Strengthening the Inter-American Human Rights System,: the current debate", en *American Society of Inter-*

Otro aspecto de relevancia que comenzó a experimentar cambios en el periodo en análisis fue la apertura de los casos. Históricamente, en el contexto de dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas y en el que a menudo los peticionarios carecían de métodos para dar un seguimiento efectivo a las denuncias, la Comisión en ocasiones dejaba pasar un largo periodo sin abrir formalmente un caso. La denuncia quedaba en una suerte de limbo, sin que al caso se le asignara siquiera un número. Esto no significaba que la Comisión no realizara algunas gestiones, como comunicarle al Estado la denuncia o pedir más información a los peticionarios, pero todo ello se hacía en un marco indefinido, sin reglas claras, ya que la Convención no se refiere a esta posibilidad. En vez de emitir un pronunciamiento sobre la admisibilidad de la denuncia —que sí se halla contemplado en la Convención—, la CIDH seguía esta otra fórmula, que dejaba las cosas a su discreción.

Esta práctica comenzó a ser criticada con más vigor en los noventa, especialmente por los peticionarios, que veían en ella una vulneración de la Convención que los ponía en desventaja frente a los denunciados —los Estados—. Se le hacía ver entonces a la Comisión que el hecho de abrir un caso en modo alguno suponía un prepronunciamiento sobre la admisibilidad del mismo. Una cosa era la apertura y asignación de un número al caso, lo que debía ser automático e inmediato, y otra completamente distinta el pronunciamiento de la Comisión sobre su admisibilidad, que podía ser favorable o desfavorable para los peticionarios. En este periodo la Comisión empieza a disminuir el uso de esta práctica, aunque todavía seguía empleándola con cierta frecuencia.

---

national Law Proceedings, 1998, pp. 186-192; la referencia a estos países se halla en p. 190. Algunos autores, como Patricia Standaert (cit.), se han preguntado por la adecuación de un mecanismo de esta naturaleza respecto de violaciones a los derechos, por lo gravoso de los hechos así como por la desigualdad que podría existir entre el Estado y la víctima. El punto es que en el contexto del Sistema Interamericano, y sin que ello signifique que el recurso a este mecanismo sea apropiado para todo tipo de casos, la recurrente falta de cumplimiento por parte de los Estados de las resoluciones emanadas de la Comisión, convierte a veces a la solución amistosa en un vía más eficaz que las propias resoluciones.

En la medida en que los Estados y los peticionarios empiezan a tener una presencia mayor que en las décadas anteriores comienza a observarse una mayor formalidad en la tramitación, es decir, los casos comienzan incipientemente a tramitarse de manera más homogénea. Como la Convención solo establece reglas para algunas fases de la tramitación, históricamente la CIDH manejaba este aspecto con mucha discrecionalidad, pero en el nuevo contexto esta tiende a disminuir, aunque ni con mucho por completo. Este cambio se manifiesta, por ejemplo, en que las audiencias con las partes pasan a ser una práctica seguida en casi todos los casos, con la posibilidad de presentarse alegatos orales por las partes. Además, ello se manifiesta en que los elementos de prueba presentados se incrementan significativamente. En este sentido, y dado que los Estados comienzan a desempeñar un papel más activo en la litigación, resulta sustancialmente menor la aplicación de la presunción de veracidad de los hechos contenidos en la denuncia. Además, se vuelve cada vez más frecuente la presencia de testigos ante la Comisión —tradicionalmente, lo usual era que sus declaraciones se presentaran por escrito—.

Otro aspecto, que ya anunciáramos, es el referido a la publicidad o confidencialidad de la tramitación. En general, históricamente la tramitación había sido pública. En la etapa final, la Comisión emitía un informe, que usualmente no era considerado por el Estado respectivo y que era posteriormente publicado. Pero como veíamos algunas páginas atrás, la Corte en su opinión consultiva 13 interpretó la Convención de otra manera, señalando que esta contemplaba dos informes. Además, basándose en el hecho de que la Convención dispone en su artículo 50.2 que el —ahora primer— informe será transmitido a los Estados respectivos y que estos no podrán hacerlo público, la Corte estimó que la Comisión no estaba autorizada para hacer saber su contenido a los peticionarios. Se introducía así una etapa de confidencialidad en un momento crucial del procedimiento, en el cual la Comisión formula recomendaciones al Estado para subsanar la violación planteada dentro de un cierto plazo. Los peticionarios quedaban al margen del conocimiento de esas recomendaciones.

Pero el asunto resultó aún más gravoso para los peticionarios, puesto que, siguiendo con la sucesión de interpretaciones, la Comisión entendió, a su vez, que lo que la Corte quería decir era que

ni siquiera debería ponerse en conocimiento de los peticionarios el hecho de que el informe del artículo 50 había sido emitido y notificado al gobierno. Esto significaba para los peticionarios ignorar incluso el estado en que se encontraba la tramitación. Además, les impedía saber cuándo se cumpliría el plazo concedido al Estado para el cumplimiento de las recomendaciones. La Corte no se había referido expresamente a este punto, sino que esta práctica fue el resultado de la forma en que la Comisión entendió el contenido de la opinión consultiva.

Las organizaciones no gubernamentales que representaban víctimas ante la Comisión criticaron la introducción de la confidencialidad en la tramitación. Para ello, señalaron que cuando la Convención se refiere a que el informe será transmitido a los Estados respectivos, ella estaba asumiendo que se trataba de denuncias interestatales, es decir, presentadas por un Estado contra otro. Esa era la razón por la cual el artículo 50 se refiere en plural a los "Estados". Pero en el Sistema Interamericano, a diferencia del europeo, no se ha presentado ni una sola denuncia de un Estado contra otro y mal podría hacerse extensiva esta norma a los peticionarios que no fueran Estados.

Respecto de la segunda parte del problema, las ONG consideraron que se las dejaba en la indefensión más absoluta acerca de la posibilidad de asegurarse una tramitación ajustada a derecho, ya que carecerían de conocimiento respecto de que el informe había sido emitido, así como de si el plazo concedido al gobierno había o no vencido.

No obstante, la confidencialidad en los dos aspectos señalados continuaría durante varios años.

3.5. Medidas cautelares y provisionales

Durante este periodo, la Comisión expandió el uso de las medidas cautelares, destinadas a salvaguardar en forma urgente los derechos humanos, y comenzó crecientemente a solicitar a la Corte la dictaminación de medidas provisionales con el mismo objetivo.

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 respecto de determinadas violaciones. Esto había ocurrido especialmente en los casos de personas detenidas a quienes presumiblemente se las haría desaparecer. Sin embargo, este mecanismo se institucionalizó propiamente en los noventa, y si bien en general ha continuado concentrado en circunstancias de riesgo vital, también se ha hecho extensivo a la afectación de otros derechos en ciertos casos. Dados sus amplios poderes, la Comisión puede disponer medidas cautelares respecto de cualquier Estado miembro de la OEA.

De cualquier modo, lo realmente novedoso lo constituyó la progresiva utilización de las medidas provisionales. A diferencia de las medidas cautelares, las provisionales se encuentran expresamente previstas en la Convención Americana (art. 63.2) y solo se aplican a los Estados parte de dicho instrumento. 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 esta.[51] En los noventa, además de continuar solicitándolas en una serie de casos pendientes ante la Corte, la Comisión comenzó además a pedirlas a partir de los casos *Bustíos-Rojas*[52] y *Chunimá,*[53] en el contexto de algunos casos que no habían llegado a la Corte, sino que estaban ante la propia Comisión.

3.6. La falta de autonomía funcional de la Comisión

Un elemento clave para el potenciamiento de la Comisión fue la calidad de expertos independientes que sus miembros tuvieron desde un comienzo. Sin embargo, a pesar de que sus cabezas tenían esa calidad, el personal administrativo ha dependido his-

[51] Revísese, Corte IDH, Medidas provisionales (Compendio), 1987-1996, Serie E, núm. 1, pp. 1-11.

[52] Corte IDH, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Perú), resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 1990.

[53] Corte IDH, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, *Caso Chunimá,* resolución de 1 de agosto de 1991.

tóricamente de la Secretaría General de la OEA. Esto significa que es el secretario general quien designa a los funcionarios de la Comisión, incluyendo no solo a sus abogados, sino también al secretario ejecutivo de la Comisión. Como es obvio, esto limita a la CIDH, que no puede seleccionar a su personal conforme a sus propios criterios y prioridades. El problema es aún más patente si se considera que los comisionados no ejercen sus labores a tiempo completo, sino que sesionan durante algunas semanas en algunos momentos de cada año. Por lo mismo, el personal de la Comisión es clave para el desarrollo cotidiano de sus actividades.

Históricamente se había recurrido a diversas fórmulas para el reemplazo de los funcionarios. Como estos, en rigor, son funcionarios de la OEA, a veces —mediante una decisión del secretario general de la organización, claro está— se recurría a su traslado a otros departamentos de la OEA, e incluso al "enroque" de funcionarios de la Comisión por otros que se desempeñaban en otras secciones de la OEA. En la primera mitad de la década de los noventa este asunto hizo crisis. Los comisionados consideraron necesario reemplazar a la Secretaria Ejecutiva de la época.[54] Como la decisión no dependía de ellos, pusieron su intención en conocimiento del secretario general de la OEA. Durante varios meses se vivió una situación completamente anómala y perjudicial para el Sistema, en que la Secretaria Ejecutiva no contaba con la confianza de sus superiores inmediatos pero seguía ejerciendo sus funciones. Uno de los miembros de la Comisión, el profesor Michael Reisman, incluso renunció por este motivo.[55] Finalmente, el secretario general de la OEA —ya por ese entonces César Gaviria— accedió a la petición de la Comisión y dispuso el reemplazo de la secretaria ejecutiva. Así, la *impasse* puntual fue solucionada, pero sin que las reglas que regulan esta materia fueran modificadas. [56]

---

54 Se trataba de la exembajadora de Venezuela ante la OEA, Edith Márquez.

55 Consúltese González, Felipe; Rodríguez, Diego y Salazar, Katya, "Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos 1995-1996", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* núm. 56, pp. 25-39.

56 Para un estudio general sobre las cuestiones de tramitación y funcionamiento de la Comisión y la Corte hasta mediados de los noventa, consúltese Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los*

3.7. El informe sobre leyes de desacato en el continente

Como hemos señalado, a raíz del caso *Verbitsky,* la Comisión decidió efectuar un informe temático, de carácter general, acerca del impacto de las leyes de desacato en la vigencia de la libertad de expresión en los Estados de la OEA. La Comisión definió las leyes de desacato como "una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales". Anteriormente, el vocablo "desacato" era empleado de la manera señalada solo en unas pocas legislaciones del continente —ya que mucho más conocida era otra acepción de la palabra, la consistente en desobedecer la orden de un tribunal—, de manera que el informe contribuyó también a difundir este otro uso de la expresión. La Comisión sostuvo que el argumento generalmente invocado por los Estados, en el sentido de que "las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno" es inconsistente con la Convención Americana;[57] este tipo de legislación, añadió la Comisión, no es necesaria para asegurar la protección del orden público en una sociedad democrática y, por lo mismo, no se halla entre las limitaciones legítimas a la libertad de expresión.[58] La Comisión también observó que la aplicación de estas normas para proteger el honor de funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga a estos una protección de la que carecen los demás integrantes de la sociedad, con lo cual se "invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo".[59]

Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales, San José de Costa Rica, IIDH, 1996; un poco anterior, y relativo a la tramitación de casos, Pinto, Mónica, L*a denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1994, p. 212.

58 *Ibidem,* p. 220.

59 *Ibidem,* p. 218. Para una revisión general sobre el tema, puede consultarse González, Felipe, "Leyes de desacato y libertad de expresión", en Gonzá-

Al hacer una revisión de la legislación de los países de la OEA, la CIDH encontró que aproximadamente la mitad de ellos poseía este tipo de legislación, aunque en parte de ellos rara vez eran aplicadas. La Comisión recomendó, en consecuencia, la derogación de este tipo de normas de la legislación interna de los Estados.

Ahora bien, este informe tenía también otro significado, referido a su contexto. Por primera vez, la Comisión abordaba de manera general, esto es, relativa a muchos Estados, un problema de afectación de los derechos humanos por los gobiernos civiles. Aquí no se trataba, como en el caso de las leyes de amnistía, de una materia en la cual la herencia de las dictaduras y los bolsones de poder militar pudieran ejercer una influencia relevante. Se trataba de disposiciones de muy antigua data y usualmente arraigadas en la cultura y tradición jurídicas de los Estados. En algunos casos las dictaduras habían contribuido a exacerbar el rigor de las leyes de desacato, pero en general el problema tenía que ver directamente con los gobiernos civiles y ciertas tendencias autoritarias muy arraigadas en la práctica política de los Estados. De hecho, incluso en países con una larga tradición democrática, como Chile y Uruguay, existía este tipo de normas. Respecto de Chile, la legislación sobre desacato estaba lejos de ser letra muerta, ya que seguía aplicándose, incluso en casos de gran trascendencia.[60]

La reacción no se hizo esperar. Algunos Estados cuestionaron no solo el contenido mismo del informe, sino la facultad de la Comisión para elaborarlo. La delegación chilena, encabezada en ese entonces por el embajador ante la OEA Edmundo Vargas Carreño, fue la que llevó el liderazgo en las críticas.[61] A esas al-

lez, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público, Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 10, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, octubre 2000, pp. 219-263.

60 Consúltese Human Rights Watch, *Los límites de la tolerancia: libertad de expresión y debate público en Chile,* LOM Ediciones, 1998.

61 Véase documento Observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.P/AG/doc.3202/95 add.1, rev.2, 4 de junio de 1995, que recoge textualmente el debate sostenido en la materia en dicho Consejo en abril de ese año. Las afirmaciones en la materia del entonces embajador Vargas Carreño aparecen registradas en pp. 18-21.

turas, el Estado chileno ya se encontraba cuestionado —continúa estándolo— por las restricciones a la libertad de expresión, incluyendo la censura de libros y la aplicación de las leyes de desacato.

Aunque no se empleó de manera explícita esta terminología, las críticas desde los Estados a la Comisión trasuntaron incluso una especie de relativismo cultural. Como se sabe, a nivel de las Naciones Unidas, algunos Estados, especialmente de África y Asia, han planteado que cuando las normas internacionales de derechos humanos entran en conflicto con rasgos culturales arraigados en el país, ellas no pueden considerarse obligatorias para los Estados. Sin decirlo expresamente, algunos Estados americanos siguieron el mismo razonamiento: la Convención Americana no podía interpretarse de una manera que entrara en pugna con tradiciones jurídicas y culturales internas, tradiciones que tenían justificación dadas algunas características propias de los países, como una cierta concepción del respeto a las autoridades públicas. Pero lo cierto es que tanto a nivel interno de los Estados como en la esfera internacional, el desarrollo de la concepción de los derechos humanos ha entrado permanentemente en pugna con las prácticas internas, como lo prueban la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la prohibición de la censura previa, las medidas para erradicar la discriminación contra la mujer y contra los pueblos indígenas, etcétera.

La otra crítica, la de carácter formal, sobre la ausencia de una facultad de la Comisión Interamericana para preparar un informe de esta naturaleza —temático—, tampoco tenía sustentación, puesto que la Convención le entrega amplias facultades para promover el respeto y la defensa de los derechos humanos, según se desprende de su artículo 41, que establece que, entre otras funciones, la CIDH posee las de "formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto de esos derechos" (lit. b) y "preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones" (lit. c).

Como trasfondo de esta experiencia, quedaba en claro que el nuevo contexto de gobiernos civiles en la OEA no resultaría un camino en el cual la Comisión podría transitar fácilmente, ya que los Estados estaban dispuestos incluso a confrontar la autoridad de esta para cuestionar sus prácticas internas.

3.8. La preparación de instrumentos internacionales

Durante el periodo 1990-1995 se adoptaron dos instrumentos sobre derechos humanos en el Sistema Interamericano: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Esta última recibió también el nombre de Convención de Belém do Pará, ciudad en donde fue suscrita en la Asamblea General de 1994, pero en realidad ambos instrumentos fueron adoptados en esa oportunidad.

La preparación de estos instrumentos también reflejó las tensiones entre la CIDH y los órganos políticos del Sistema. La idea de elaborar una Convención sobre desapariciones había comenzado a discutirse a mediados de los ochenta. Ello produjo también un efecto en la ONU, donde se comenzó a trabajar en la preparación de una Declaración —solemne, es decir, con articulado— en la materia. En la ONU, la preocupación por las desapariciones se había originado por su práctica sistemática en América Latina, pero después estas se habían extendido a otros continentes, en especial a Asia. En la OEA, la CIDH había preparado a fines de los ochenta una versión preliminar de la Convención que recogía los desarrollos jurisprudenciales más importantes. Sin embargo, a pesar de establecerse un Grupo de Trabajo en la OEA para su estudio, en la práctica pasaron varios años sin que los Estados le dieran un seguimiento efectivo al tema. Pero en enero de 1992, la ONU aprobó la Declaración que venía preparando; se produjo entonces la paradoja que, habiendo iniciado la ONU su labor en la materia basada en el impulso inicial que había tenido lugar en el Sistema Interamericano, terminaba su tarea antes que este. Claro está que se trataba de una Declaración y no de una Convención como en el caso de la OEA, lo que también hacía para esta última

más compleja su aprobación. Pero medido en cantidad del trabajo dedicado al respecto en uno y otro Sistema, era evidente que la ONU había puesto esfuerzos mucho mayores.[62]

La aprobación por parte de la ONU de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada hizo entonces que en la OEA el asunto se agilizara. Esta mayor agilidad, sin embargo, no vino acompañada de un criterio protector de los derechos humanos. El Grupo de Trabajo, conformado por representantes de los Estados miembros de la OEA, elaboró una nueva versión de la Convención, cuyas normas significaban un retroceso absoluto respecto del estado de cosas del Sistema en materia de desapariciones. Apartándose por completo del proyecto preparado por la Comisión, de la jurisprudencia de la Corte en *Velázquez* y otros casos, y de varias resoluciones de la Asamblea General de mediados de los ochenta, el nuevo borrador eliminaba toda referencia al carácter de crimen contra la humanidad de las desapariciones forzadas, aceptaba la invocación de la obediencia debida como causal de justificación, consideraba legítimo el dictado de normas de amnistía en la materia y permitía el asilo político para sus perpetradores, entre otras disposiciones.[63]

Este proyecto, todavía inconcluso, llegó a la Asamblea General efectuada en mayo de 1992. La Asamblea debía decidir los pasos a seguir. El pequeño grupo de organizaciones no gubernamentales presentes, compuesto por FEDEFAM —Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos—, el International Human Rights Law Group, Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas, obtuvo que la resolución allí aprobada incorporara la necesidad de escuchar a las entidades de la sociedad civil durante la siguiente etapa de tramitación del proyecto de Convención. Ello fue precedido de un fuerte debate, en el que el gobierno de Chile, en la persona del entonces director jurídico de la Cancillería, Eduardo Vío —el embajador ante la OEA en esa época era el actual vicecanciller Heraldo Muñoz—,

62 Para un análisis detallado de la preparación y contenidos de ambos documentos, véase Brody, Reed y González, Felipe, "Nunca más: An Analysis of International Instruments on Forced Disappearances", en *Human Rights Quarterly,* vol. 19, núm. 2, mayo 1997, pp. 365-405.

63 OEA/Ser.G/CP/CAJP-866/92 rev. 2, 15 de abril de 1992.

invocó la necesidad de mejorar sustancialmente las disposiciones del borrador de la Convención y de asegurar la participación de las ONG en el Grupo de Trabajo para tales efectos. La necesidad de que las ONG participaran de este proceso fue discutida por el entonces embajador de Uruguay ante la OEA —y actual canciller—, Didier Operti. Finalmente se llegó a una solución de consenso conforme a la cual el Grupo de Trabajo tendría que "escuchar" a las organizaciones de la sociedad civil.

Durante los dos años siguientes, las ONG formaron una coalición más amplia que la de los cuatro grupos señalados y trabajaron activamente para fortalecer la Convención, a fin de asegurarse que esta recogiera el desarrollo internacional en la materia. Argentina, Canadá, Chile y Estados Unidos desempeñaron un papel relevante en esa dirección. En cuanto a la Comisión Interamericana, los Estados continuaron manteniéndola en un papel secundario, a pesar de su experticia en la materia.

Finalmente se adoptó un texto que, en términos generales, resultó satisfactorio en cuanto a los estándares, modificándose la regulación de los cuatro aspectos mencionados más arriba que habían sido objeto de severas críticas. En lo central, la Convención vino a consolidar en un instrumento con rango de tratado, un serie de estándares que hasta entonces habían sido desarrollados en el Sistema Interamericano, especialmente por vía interpretativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, otro elemento que se supone debe estar presente en un tratado de esta naturaleza, el cual es la creación de mecanismos específicos destinados a hacer más eficiente la protección, mereció escasa regulación. En su proyecto original, la CIDH había creado algunos mecanismos específicos para enfrentar con urgencia las situaciones de desapariciones, el cual fue eliminado virtualmente por completo en el texto final.[64]

[64] Desde luego, siguiendo su procedimiento tradicional la Comisión también puede darle mayor urgencia a unos casos que a otros y las desapariciones siempre han sido prioritarias para la Comisión, pero el texto original establecía además una serie de obligaciones para los Estados para asegurarse que estos respondieran de forma expedita a los requerimientos de la Comisión. Esta Convención entró en vigor en 1996, luego de reunirse la ratificación de dos Estados exigidas para tal efecto.

En cuanto a la preparación de la Convención sobre violencia contra la mujer, esta fue llevada a cabo no por la CIDH, sino por la Comisión Interamericana de Mujeres en conjunto con los Estados de la OEA. A pesar de que puede haber terreno para la discusión sobre este punto, la ausencia de la CIDH en la elaboración de este tratado no parece que pueda considerarse como el resultado de una exclusión deliberada por parte de los Estados, porque lo cierto es que por esos años ella no había asumido de manera significativa la protección de los derechos humanos de la mujer.

La sesión de la Asamblea en que se aprobó la Convención no estuvo exenta de discusión, ya que hasta el último momento la delegación de Estados Unidos continuó haciendo ver sus objeciones, en el sentido de que muchas de sus disposiciones sustantivas no solo eran confusas, sino que carecían de mecanismos para hacerlas efectivas; además, los estándares serían inferiores a los de la legislación interna de ese país.[65] La presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres, embajadora Zelmira Regazzoli, hizo presente que no podía dilatarse más la adopción del tratado y que el mismo contribuiría a impulsar la lucha contra la violencia hacia la mujer en gran parte de los Estados de la región. El presidente de la sesión parecía vacilar por la discusión existente, pero en definitiva, y con el impulso decisivo de la embajadora Regazzoli, la Convención fue aprobada.[66]

En realidad, la Convención presenta no pocos problemas y las observaciones sobre la confusión y falta de mecanismos para hacer efectivas muchas de sus disposiciones han sido formula-

[65] A pesar de que esto pueda ser cierto, el hecho es que Estados Unidos tiene un pésimo récord en la ratificación de tratados internacionales, especialmente en el área de derechos humanos, por lo que el problema planteado era más hipotético que real.

[66] La persona que presidía la sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos en que se aprobó el tratado era el embajador Tijerino, de Nicaragua, de quien ya hemos hecho mención; como la embajadora Regazzoli lo veía con el martillo en la mano vacilando en dar por aprobada la Convención, le dijo en un momento: "No tenga miedo, embajador, no tenga miedo". Quizá sí fue un momento simbólico importante cuando el embajador Tijerino, un representante de la vieja guardia, anterior a las discusiones sobre los derechos humanos de la mujer, golpeó finalmente la mesa con su martillo dando por aprobado el texto.

das en diversos trabajos.[67] No obstante, el punto principal al que apuntaba la embajadora Regazzoli ha probado ser pertinente, ya que la adopción de este tratado, que entró en vigor al año siguiente (1995), puso en el centro de la agenda del tratamiento de los derechos humanos en el Sistema Interamericano el tema de los derechos de la mujer. Ello serviría de impulso al trabajo de la CIDH en la materia, el que se ampliaría más adelante.

4. Cambios e inercias en el periodo 1996-2001 y perspectivas de futuro

4.1. Antecedentes

En la segunda mitad de la década de los noventa y comienzos del nuevo siglo se ha vivido en la OEA un periodo álgido de discusión sobre la reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta discusión ha tenido, por así decirlo, "olas", es decir, ha tenido momentos mucho más intensos que otros. Una primera etapa de intensa discusión tuvo lugar en los años 1996-1997 y una segunda a partir de la segunda mitad de 1999. Los actores que han intervenido en estos debates no han sido necesariamente los mismos, siendo especialmente los actores estatales los que han variado más significativamente.

El debate ha sido muy poco sistemático y los contenidos y grado de generalidad de las propuestas han sido completamente disímiles. Ha habido propuestas cuya existencia ha sido efímera, ya que ni los mismos proponentes las mantuvieron por mucho tiempo, mientras que otras han mantenido vigencia a lo largo de

[67] Véanse en este sentido Medina, Cecilia, "The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence", en Castermans-Holleman, Monique; Hoof, Fried van y Smith, Jacqueline (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy,* La Haya, Kluwer Law International, 1998, pp. 117-134; Krsticevic, Viviana, "Mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos de las mujeres", en P*rotección internacional de los derechos humanos de las mujeres, primer curso taller,* San José de Costa Rica, IIDH-Cladem, 1996; González, Felipe y Maldonado, Antonio, *La Organización de Estados Americanos, ...cit.,* pp. 53 y ss.

estos años. Además, las propuestas han apuntado en direcciones muy distintas, pudiendo afirmarse fundadamente, como procuraremos hacerlo en las páginas siguientes, que mientras algunos de los planteamientos se han orientado genuinamente a fortalecer el Sistema, otros han ido en la línea de debilitarlo.

Algunas de las propuestas se han traducido efectivamente en transformaciones del Sistema en este periodo, en tanto que otras no se han concretado hasta la fecha. Un elemento relevante es que hasta ahora quienes han procurado llevar a cabo cambios a través de la apertura de una reforma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no han alcanzado su objetivo. En cambio, se han implementado transformaciones a través de otros mecanismos. Como se verá, una parte importante del debate ha girado en torno a la conveniencia o no de reformar la Convención Americana, cuestión que mientras a algunos actores del Sistema les parece indispensable, a otros les parece sumamente peligroso, ya que podría conducir a un debilitamiento del mismo.

Por todo lo anterior, la tarea de ordenar las propuestas formuladas a efectos de realizar su análisis no es sencilla y necesariamente deberemos movernos entre el estudio de problemas de carácter muy general y otros sumamente específicos.

Los actores cuyas propuestas analizaremos incluyen a los propios Estados, los órganos de derechos humanos de la OEA, el secretario general de dicha organización, las ONG que utilizan el Sistema y académicos especialistas en el mismo.[68]

4.2. Los roles de protección y promoción de los derechos humanos en el Sistema

A partir de la Asamblea General de la OEA de 1996, efectuada en Ciudad de Panamá, varios Estados decidieron impulsar con más

[68] El análisis que sigue descansa en algunas partes en dos informes: González, Felipe y Picolotti, Romina, *Derechos Humanos en la Organización de Estados Americanos 1996-1997,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 1997; Dulitzky, Ariel y González, Felipe, *Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos 1999-2000,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 2000.

vigor un proceso de reforma global del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El argumento central de ese grupo de Estados, encabezado informalmente por los representantes de México y Perú, y en el cual el delegado de Chile también participaba activamente, consistía en señalar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en general, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en especial, habían sido creados en un contexto en el que la situación de los derechos humanos en el continente difería sustancialmente de la de los noventa.[69] El antiguo contexto correspondería a uno en el que predominaban dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, mientras que el de los noventa estaría caracterizado por la presencia de gobiernos democráticamente electos, que estarían supuestamente —como regla general— preocupados ellos mismos por la protección de tales derechos. Estas diferencias de contexto —sostenía este grupo de Estados— ponían en evidencia lo inadecuado de las funciones y formas de operar del Sistema —especialmente de la Comisión— respecto de las necesidades presentes. Siguiendo con su argumento, planteaban entonces que la CIDH debería concentrarse en sus labores de promoción de los derechos humanos, es decir, en difundir el conocimiento acerca de tales derechos y en realizar actividades de educación en la materia. El rol de protección de los derechos humanos debería, en consecuencia, quedar entregado básicamente al nivel interno de los Estados, siendo necesario reducir el papel de la Comisión al respecto o, como se sugería a veces entre líneas, incluso eliminarlo.[70]

---

69 Los representantes de estos gobiernos en ese entonces eran los embajadores Claude Heller, Beatriz Ramacciotti y Edmundo Vargas Carreño, respectivamente. Mientras en los casos de México y Perú el motivo de su planteamiento parecía hallarse en el cuestionamiento, por parte de la Comisión, acerca de aspectos centrales de sus sistemas políticos y de sus prácticas en materia de derechos humanos, en el caso del gobierno chileno —en el que la postura no era tan homogénea ni definida—, parecía obedecer principalmente a una reacción por los cuestionamientos en materia de libertad de expresión.

70 Aquí cabe hacer la observación de que si bien es cierto que todo el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos está diseñado para operar de manera subsidiaria, esto es, cabe a los Estados a nivel interno cumplir el rol elemental de proteger estos derechos, no lo es menos que los

Este argumento se combinaba con un descreimiento por parte del grupo de Estados que impulsaba la reforma respecto de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, que a su juicio, parecían no haber percibido las transformaciones experimentadas en los últimos años en los regímenes políticos y jurídicos de la región, insistiendo en llevar a la esfera internacional problemas que, al entender de tales Estados, podían ser resueltos satisfactoriamente en el ámbito interno.

En el ambiente estaban varias iniciativas en la dirección anotada, esto es, destinadas fundamentalmente a reducir el rol de protección de los derechos humanos de la CIDH, privilegiando su rol de promoción de tales derechos. Algunas de estas iniciativas habían sido planteadas solo verbalmente sin llegar a ser formuladas oficialmente, en tanto que otras habían sido planteadas de manera oficial y se encontraban pendientes.

Estos Estados solían invocar de manera genérica en pro de la reforma del Sistema Interamericano el hecho de que el Sistema Europeo de Derechos Humanos estuviera viviendo su propia reforma estructural, sin clarificar si se pretendía o no que la reforma del Sistema Interamericano siguiera los patrones de la reforma europea. En el Sistema Europeo ya se había adoptado por esa época el Protocolo 11 —que entraría en vigor en 1998—, en virtud del cual se fusionan la Comisión y la Corte, quedando esta última como único órgano de protección de los derechos humanos y garantizándose un acceso directo a ella a las víctimas de violaciones a tales derechos.[71]

órganos internacionales deben disponer de los mecanismos para efectuar las labores de protección cuando los Estados no son capaces de hacerlo por sí mismos.

71 Para una revisión acerca del proceso a través del cual se llegó a esta reforma y su contexto, véase el trabajo del entonces vicepresidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, Bernhardt, Rudolf, "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol Nº 11", en *The American Journal of International Law,* vol. 89, núm. 1, ene, 1995, pp. 145-154. Para un estudio acerca de los obstáculos encontrados desde que la reforma entró en efecto, preparado por uno de sus arquitectos, véase Drzemczewski, Andrew, "The European Human Rights Convention: Protocol Nº 11, Entry into force and first year of application", en *Human Rights Law Journal,* vol. 21, núms. 1-3, sep, 2000, pp. 1-17. Es

Una propuesta central en este sentido consistía en poner fin a los informes sobre países de la Comisión Interamericana. Estos informes, según los países que propugnaban por su abolición, habían tenido sentido en la época de las dictaduras, pero ya no lo tenían en el nuevo contexto. El gobierno de Perú, que seguía siendo objeto regularmente de dichos informes, era el que luchaba de modo más vigoroso por su término.

Una propuesta subsidiaria a la anterior consistía en terminar con la facultad de la Comisión de decidir acerca de qué Estados son merecedores de un informe, dejando a los órganos políticos de la OEA entregada tal determinación. Se trata de una idea que los Estados a los que se refieren los informes han venido planteando desde que la Comisión iniciara esta modalidad de trabajo.[72] Pero lo cierto es que si se contrasta la situación al respecto en el Sistema Interamericano y en la ONU, donde la selección de los países que se considera requieren de un relator especial es realizada por los Estados que integran la Comisión de Derechos Humanos, se apreciará que el mecanismo establecido en el primer Sistema es muy superior.

Aquí cabe hacer notar que la Comisión hace la publicación de informes sobre países de dos maneras. La primera, mediante un informe dedicado exclusivamente a un país, que puede llegar a ser muy extenso —de más de 100 páginas— y que usualmente es precedido por una visita al Estado respectivo, salvo que este no autorice a la CIDH para ingresar a su territorio. La segunda manera consiste en un informe más breve, que usualmente alcanza a unas 10 o 20 páginas, que se incorpora en el informe anual de la Comisión. Generalmente, estos informes breves tiene la función de dar seguimiento a informes dedicados exclusivamente a un país. El grupo de Estados al que venimos haciendo mención planteaba la necesidad de eliminar por completo la facultad de la Comisión de preparar informes sobre países, es decir, de terminar tanto con los informes exclusivos sobre un país como con aquellos más breves incorporados en el informe anual.

---

interesante considerar estos artículos para contrastar el contexto europeo reciente con el interamericano y apreciar las diferencias existentes.

72 Véase Medina, Cecilia, "The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights", *...cit*.

En el informe anual presentado por la CIDH a la Asamblea General, en junio de 1996, no se incluían informes sobre países. Desde que la Comisión iniciara la práctica de incluir informes sobre países en su informe anual, ella solo se había visto interrumpida en los informes correspondientes a los años 1980-1981 y 1982-1983. De ahí que cuando se constató que el informe anual de 1996 carecía de informes sobre países, se pensó que ello pudiera significar el fin de estos. La carencia de informes fue criticada por las organizaciones no gubernamentales y algunos Estados —como Argentina y Canadá— y aplaudida por otros Estados. No obstante, en la misma Asamblea General en que se presentó dicho informe anual, el entonces presidente de la Comisión, Claudio Grossman, aclaró que la interrupción de los informes era solo temporal y que se debía a que la CIDH definiría expresamente los criterios para determinar en qué situaciones los países requerían un informe.[73]

En el transcurso de los meses siguientes hubo fuertes debates en torno a la necesidad o no de que se continuara con la preparación y publicación de estos informes. En especial, hubo dos seminarios donde uno de los ejes centrales de la discusión —no el único— fue este tema. El primero de ellos había sido organizado por la propia Comisión en diciembre de 1996 y el segundo por el Consejo Permanente de la OEA en abril de 1997, que en ese entonces se encontraba presidido por la embajadora de Perú.

Es interesante observar el curso que siguieron estos seminarios, porque ellos muestran cómo funcionan las "olas" de discusión en la OEA. Lo que sucedió fue que la discusión abierta y con actores variados en el primer seminario produjo un impacto en el seminario convocado por los Estados. En especial, hubo un elemento novedoso en el primer seminario, que consistió en que la participación de representantes de los Estados no se limitó a los embajadores ante la OEA, sino que incluyó también a otras autoridades estatales, tales como miembros de las cancillerías, de los ministerios de justicia, de los parlamentos y hasta algunos jueces locales, lo que demostró que a menudo los Estados eran menos homogéneos en sus planteamientos de lo que parecía e, incluso,

[73] Notas tomadas por el autor de este trabajo en la Asamblea General de 1996.

en ciertos casos, que las propuestas de sus embajadores ante la OEA no siempre obedecían a una política de la Cancillería. Los participantes del primer seminario incluyeron también a jueces de la Corte Interamericana, miembros de la Comisión, representantes de las ONG y académicos. Además, antes del seminario convocado por el Consejo Permanente fueron difundidas las actas del primer seminario.[74]

Numerosos participantes dieron a conocer fundadamente su planteamiento en contra de reducir los poderes de la Comisión, así como sobre lo riesgoso de abrir un proceso de reforma de la Convención, que podría en definitiva debilitar al Sistema en vez de fortalecerlo.[75]

La convocatoria del seminario del Consejo Permanente era originalmente para "expertos gubernamentales", pero debió ser ampliada ante la discusión que ello produjo; así, se incorporaron las distintas categorías del seminario de la Comisión, con la diferencia que las organizaciones de la sociedad civil no pudieron realizar presentaciones.

En cuanto a sus resultados, no resulta aventurado presumir que esta publicidad dada al debate con anterioridad al seminario del Consejo Permanente contribuyó a evitar que se impusiera en este una visión monolítica de parte de los Estados más activos acerca de la necesidad de reformar la Convención Americana y de reducir los poderes de la Comisión. A pesar de que el temario para el seminario del Consejo Permanente abarcaba una larga y detallada lista de materias relativas al Sistema, el documento, con-

---

74 Se trata del documento de la CIDH, Seminario sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 2 al 4 de diciembre de 1996: Conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y minutas de las exposiciones realizadas por los participantes, OEA/Ser/L/V/II.95, Doc.28, 11 de marzo 1997.

75 Algunos de los expositores profundizarían esta línea de análisis en un libro al que ya hemos hecho mención publicado después por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH); véase especialmente el trabajo del exjuez de la Corte Interamericana y presidente del IIDH, Pedro Nikken, "Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin reformar el Pacto de San José", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *op. cit.*, pp. 25-41.

teniendo las conclusiones y recomendaciones del seminario, estuvo lejos de reafirmar la postura de los Estados que procuraban debilitar a la Comisión. El documento se refiere a la interdependencia de las actividades de protección y promoción de los derechos humanos; agrega que debe darse mayor impulso al trabajo de promoción de la Comisión, pero sin disminuir sus actividades de protección; señala algunas formas de promoción y, finalmente, se refiere a la necesidad de buscar formas de cooperación entre los Estados, las ONG y entidades financieras internacionales.

Culminado este ciclo del debate, en el informe presentado ante la Asamblea General realizada en Lima en junio de 1997, la Comisión llevó a cabo la tarea que había prometido y explicitó cuatro criterios para la determinación de los países que se hacen merecedores de informes. Los criterios señalados fueron los siguientes:

1. Cuando se trata de "Estados regidos por gobiernos que no han llegado al poder mediante elecciones populares, por el voto secreto, genuino, periódico y libre, según normas internacionalmente aceptadas";
2. Cuando se trata de "Estados donde el libre ejercicio de los derechos consignados en la Convención Americana o la Declaración Americana ha sido en efecto suspendido, en su totalidad o en parte, en virtud de la imposición de medidas excepcionales, tales como el estado de emergencia, el estado de sitio, prontas medidas de seguridad y demás";
3. "[C]uando existen pruebas fehacientes de que un Estado comete violaciones masivas y graves de los derechos humanos garantizados en la Convención Americana, Declaración Americana y demás instrumentos de derechos humanos aplicables. Son motivo de especial preocupación en este caso las violaciones de los derechos que no pueden suspenderse, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada", y
4. Cuando se trata de "Estados que se encuentran en un proceso de transición de cualquiera de las tres situaciones arriba mencionadas".[76]

[76] CIDH, Informe Anual 1996, p. 680 (publicado en 1997).

Si bien en el reglamento de la Comisión de 2001 no se hace referencia a estos criterios, lo más lógico pareciera ser asumir que ellos continúan vigentes, puesto que al momento de ser definidos, tampoco fueron incorporados en el reglamento entonces en vigor.

El asunto no estuvo exento de tensiones, puesto que con poca antelación a la Asamblea, Perú, que se había ofrecido como sede para ella, amenazó con retirar el ofrecimiento, debido a que si bien la Comisión había accedido a notificarla del contenido del informe preparado a su respecto y a escuchar sus descargos previo al texto final, no accedió a publicar los descargos peruanos junto con el informe. Finalmente, el gobierno de Fujimori no hizo efectiva su amenaza, pero planteó ante la Asamblea General la necesidad de darle instrucciones a la Comisión sobre la necesidad de notificar a los Estados sobre los contenidos de sus informes sobre países previo a su publicación o, alternativamente, solicitarle a la Comisión que prestara atención al respecto, dejándole a esta la decisión final de notificar o no previamente. Esta última fórmula fue la aprobada por la Asamblea. No obstante, en lo sucesivo la CIDH haría esta notificación una práctica, pero sin incorporar las observaciones del Estado a la publicación del informe. Toda esta discusión se desarrolló en un ambiente de tensión adicional provocada por el descabezamiento del Tribunal Constitucional peruano pocos días antes de la Asamblea, sobre el cual ni la Asamblea como conjunto ni delegación estatal alguna se refirieron en absoluto, mientras que la Comisión sí lo hizo en una conferencia de prensa en la que hizo público un comunicado al respecto.

Entrando al fondo del análisis de la propuesta de los Estados que propugnaban por la abolición de la facultad de la CIDH de preparar informes sobre países, cabe señalar primeramente que, desde el punto de vista histórico, la caracterización que formulaban acerca de los roles de este órgano es incorrecta. Como hemos mostrado antes en este trabajo, aunque originalmente en la práctica la Comisión fue creada para lidiar con dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas (decimos en la práctica, porque desde el punto de vista jurídico, el Estatuto de la Comisión era amplio y no circunscribía sus funciones a ese tipo de situaciones), muy pronto su rol fue expandido y fortalecido,

especialmente a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual fue mucho más allá del reconocimiento de los principios básicos en materia de derechos humanos, siendo las violaciones masivas y sistemáticas solo uno de los aspectos —si bien uno muy relevante— de los que se ocupa: la Convención contiene un elaborado catálogo de derechos, es más protectora que otros tratados de derechos humanos respecto de algunos derechos específicos —como la libertad de expresión—, es más estricta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo que se refiere a estados de excepción constitucional y establece interesantes mecanismos de protección.

Por lo demás, el proceso evolutivo no se detuvo allí. En la medida en que una serie de regímenes dictatoriales fueron reemplazados en los Estados del continente por gobiernos elegidos en las urnas, los Estados comenzaron a ratificar en forma creciente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, fueron los propios Estados que comenzaban a dejar atrás las dictaduras y la práctica masiva de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas los que accedieron a ir más allá, asumiendo que los órganos de derechos humanos a nivel internacional tenían también un papel relevante que cumplir respecto de regímenes democráticos y sobre distintas clases de violaciones, no solo las masivas y sistemáticas.

La crítica de esta función a veces invoca la experiencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que nunca tuvo la facultad de preparar informes sobre países, sino que su labor se restringía a la tramitación de casos individuales. Se pasa por alto, sin embargo, que el contexto europeo es muy distinto al americano. Esto no significa afirmar una suerte de relativismo cultural, ya que no nos estamos refiriendo a aspectos sustantivos de los derechos, sino a los mecanismos de protección. Además, si bien es efectivo que durante su existencia la Comisión Europea de Derechos Humanos no preparaba informes sobre países, con el correr de los años la insuficiencia de emplear únicamente la formula de los casos individuales condujo a crear otros organismos encargados de preparar informes sobre países en materias como los derechos sociales, la tortura y el racismo. Así, se estableció un Comité para supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados conforme a la Carta Europea de Garantías Sociales, se

creó un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura con facultad de efectuar visitas sorpresivas a centros de detención y prisión de los distintos países y se puso en marcha una Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Todos estos organismos estudian la situación de los países en dichas materias.

Por lo demás, el contexto americano difiere en rasgos sustanciales del europeo. Sin ánimo de exhaustividad, en primer término, el Sistema Europeo no se vio en la necesidad de lidiar con violaciones masivas y sistemáticas. En segundo lugar, en el contexto europeo no son frecuentes los estados de excepción y, cuando ellos se dictan, tienen características sustancialmente diferentes a las del contexto americano. En tercer lugar, los sistemas judiciales internos de los países europeos funcionan de manera efectiva en materia de derechos humanos, lo que hace rigurosa la exigencia del agotamiento de los recursos internos en ese Sistema, con el consiguiente impacto favorable para su buen funcionamiento. Finalmente, los Estados que integran el Sistema Europeo se toman seriamente las resoluciones emanadas de la Comisión y la Corte en casos individuales, y en numerosas ocasiones han modificado sus legislaciones internas —a veces en aspectos muy importantes— como consecuencia de las resoluciones en tales casos.

De esta manera, la preparación de informes sobre países por la CIDH continúa siendo imprescindible en el contexto actual del hemisferio, cubriendo necesidades que los informes sobre casos individuales no satisfacen por sí solos.[77]

De cualquier modo, aun en este contexto de falta de reacción de parte de los Estados, la Asamblea General celebrada en Lima no constituyó la instancia propicia para consolidar la propuesta de reformar la Convención Americana y reducir los poderes de la Comisión. La actitud beligerante del gobierno peruano, previa a la Asamblea, hacía temer que pudiera arrastrar a otros Estados en esta dirección. También el gobierno de México —que junto al de Perú liderara estos intentos— había manifestado por escrito su voluntad en este sentido en los días previos a la Asamblea.

[77] Para un análisis más detallado sobre este tema, puede consultarse González, Felipe, "Informes sobre países, protección y promoción", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *op. cit.*, pp. 493-513.

En una carta de la Consultoría Jurídica de la Coordinación de Derechos Humanos de ese país dirigida a una organización no gubernamental local, se señalaba: "Los reportes y recomendaciones de la CIDH deberían ser confidenciales, toda vez que la publicidad con tintes amarillistas que realizan las organizaciones no gubernamentales a los casos en cuestión [tramitados ante dicha Comisión], vicia la solución legal que puedan dar los gobiernos a los peticionarios. Por tal razón no deben ser de dominio público los procedimientos y sus resultados [...]".[78]

Si bien el debate sobre la reforma del Sistema apareció una y otra vez a propósito de distintas cuestiones, el momento en que se lo analizó de manera más directa fue al discutir un proyecto de resolución preparado por el Consejo Permanente acerca de la evaluación del funcionamiento y el perfeccionamiento del Sistema.[79] Mediante este proyecto de resolución, el Consejo Permanente pretendía que la Asamblea General le confiriera poderes para formularle directamente recomendaciones a la Comisión y a la Corte acerca de cómo modificar sus reglamentos y estatutos. Esto hubiera significado una forma de intervención y podría haber redundado en fuertísimas presiones sobre los dos órganos de derechos humanos mencionados.

Esta iniciativa, sin embargo, no prosperó, y el texto definitivo de la resolución adoptada por la Asamblea General acabó siendo sustancialmente distinto al borrador enviado por el Consejo Permanente. La resolución aprobada llama a continuar el proceso de evaluación del Sistema en orden a su fortalecimiento, sin conferirle poderes al Consejo Permanente para dirigirle recomendaciones a la Comisión y la Corte en cuanto a reformas de sus reglamentos. También llama al Consejo Permanente a promover

78 Carta de Miguel Ángel González Félix, por la Consultoría Jurídica de la Coordinación de Derechos Humanos del Gobierno de México, a Margarita Espino, de la Comisión Mexicana de Derechos Humanos —organismo no-gubernamental—, fechada en México, D. F., 29 de mayo de 1997 —copia de la carta en poder del autor de este trabajo—.

79 Informe del Consejo Permanente sobre la evaluación del funcionamiento y el perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (AG/RES. 1404 (XXVI-O/96), OEA/Ser.P, AG/doc.3481/97, 22 de mayo de 1997.

el diálogo sobre la evaluación del Sistema con organismos de diversa naturaleza, incluyendo, "cuando sea apropiado" —para usar el lenguaje de la resolución— el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y las ONG.

En definitiva, la Comisión optó por seguir el camino de establecer un convenio con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos para sistematizar sus actividades de promoción. Las labores de promoción constituyen la tarea principal del Instituto, y lo que se hizo fue acordar un plan de actividades de este carácter con la Comisión, siendo el Instituto el ejecutor principal de ellas. Este plan fue presentado a la Asamblea General celebrada en Caracas en 1998 y aprobado por la misma. Sin embargo, muchas de las actividades de promoción quedaron sujetas a la asignación de recursos adicionales para tales efectos, a fin de no afectar el presupuesto ordinario de la Comisión.

4.3. La tramitación de casos en la Comisión y la Corte

4.3.1. Prioridad para las denuncias interpuestas por ciertas autoridades internas

Conforme a esta propuesta, planteada originalmente por el secretario general de la OEA y reiterada posteriormente por algunos Estados, algunos órganos internos de los Estados, tales como las fiscalías, las defensorías del pueblo u otros órganos deberían tener preferencia para la tramitación de las denuncias que ellas interpusieran. De este modo, tales denuncias recibirían un tratamiento distinto al de aquellas otras presentadas por las víctimas o por otras personas o instituciones, especialmente en términos de la celeridad de la tramitación.[80]

Este planteamiento resulta no solo inapropiado, sino que conduciría a una discriminación en contra de los potenciales usuarios del Sistema, especialmente de aquellos afectados directamente por las violaciones a los derechos humanos. Aunque el espíri-

[80] "Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.G/CP/doc.2828/96, 26 de noviembre de 1996, pp. 20-21.

tu pudiera ser el de darle mayor eficacia a la Comisión —lo que también es discutible que se pudiera alcanzar por este medio—, ello sería al costo de traicionar aquello que la misma Comisión ha estado difundiendo como parte de sus labores de promoción por muchos años: el carácter universal del acceso al Sistema.

Otras razones más específicas que muestran lo inadecuado de este planteamiento se refieren a las características y funciones de los órganos internos señalados. Tomemos primeramente el caso de las fiscalías. Allí donde han existido, ellas han sido tradicionalmente dependientes de los vaivenes políticos y de los impulsos del poder ejecutivo. Es cierto que en los últimos años se observa un mejoramiento en el desempeño de muchas fiscalías, pero se está lejos de que ellas sean genuinamente independientes y efectivas, como para llevar adelante casos contra el propio Estado ante órganos internacionales. En cuanto a las defensorías del pueblo, en varios países de la región han adquirido credibilidad y han llevado a cabo un trabajo serio por la protección de los derechos humanos. Pero pretender que ellas tengan preferencia en la tramitación de los casos ante la Comisión es harina de otro costal, y sería probablemente un terreno para el cual las defensorías no estarían preparadas ni dispondrían de suficientes recursos.

4.3.2. Apertura de los casos

Las ONG han continuado insistiendo en la necesidad de que la Comisión elimine en forma completa y definitiva la práctica de antigua data, a la que antes hemos hecho mención, consistente en no abrir automáticamente los casos, por considerarla violatoria de la Convención y perjudicial para los peticionarios. La Comisión, efectivamente, ha reducido en forma sustancial el uso de esta práctica en los últimos años, pero sin dejarla de lado totalmente. Así, en casos especialmente comprometedores, como, por ejemplo, cuando percibe que puede estar siendo utilizada para un objetivo de carácter exclusivamente político, la CIDH aún hace uso de esta fórmula.[81]

[81] Véase sobre esta materia, Francisco de Niro Cox, en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *op. cit.,* pp. 357-359.

Esto ocurrió, por ejemplo, en 1998 con una denuncia presentada por el exgeneral paraguayo Lino Oviedo a raíz de la detención y proceso que se le siguió por haber dirigido un intento de golpe de Estado en 1996. El exgeneral Oviedo alegó, entre otras cosas, que se le estaba aplicando un doble juzgamiento, ya que, según él, había sido absuelto de responsabilidad por los mismos hechos previamente. El motivo del nuevo juzgamiento sería, según su versión, la necesidad de impedir que triunfara en las elecciones presidenciales, para las cuales aparecía como gran favorito.[82] La Comisión, sin embargo, dilató la apertura formal del caso, emitiendo finalmente una resolución de inadmisibilidad de la denuncia casi un año y medio después de las elecciones, pero habiendo dejado la denuncia en una suerte de limbo entre tanto.[83]

Es posible que en el caso específico el recurso a la Comisión fuera solo un pretexto para alcanzar publicidad e impacto político. No obstante, la intención del peticionario no es un criterio relevante de acuerdo con la Convención Americana ni con el derecho internacional en general. Por lo mismo, lo que hubiera correspondido respecto de esta denuncia, como en cualquier otra, era que la Comisión abriera un caso, asignándole un número e iniciando su tramitación, sin perjuicio, claro está, de que pudiera eventualmente declararlo inadmisible de acuerdo con las reglas establecidas en la misma Convención.

En el nuevo reglamento de la Comisión, este aspecto no acaba de despejarse. Si bien se establece que una vez recibida la petición la Secretaría Ejecutiva "la registrará, hará constar en ella la fecha de recepción y acusará recibo al peticionario" (art. 29.1.a), el propio reglamento se encarga de aclarar que esto no significa que se haya configurado un caso, lo que solo ocurrirá después de la declaración de admisibilidad. Así, se indica que "con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será

[82] El general Oviedo había sido un personaje clave en el golpe que derrocó al general Stroessner en 1989 y luego se transformó en el "hombre fuerte" de Paraguay durante varios años; sin embargo, al entrar en disputas con el ejecutivo, este lo marginó del Ejército en 1996 y Oviedo intentó dar un nuevo golpe.

[83] Véase Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, Caso Lino César Oviedo, informe 88/99 (caso 12.013).

registrada como caso" (art. 37.2). La denuncia puede, entonces, mantenerse en una suerte de limbo que puede prolongarse por un largo tiempo, dado que la declaración de admisibilidad suele tardar mucho (años incluso).

De modo que si bien el nuevo reglamento se encarga de formalizar esta etapa previa, lo cierto es que institucionaliza la nomenclatura de los "precasos", que introduce un elemento de ambigüedad perjudicial para la adecuada tramitación de las denuncias.

4.3.3. Agotamiento de los recursos internos y debido proceso

Históricamente, la regla del agotamiento de los recursos internos tenía escasa aplicación. Ello porque, refiriéndose el grueso de las denuncias a violaciones masivas y sistemáticas, generalmente los recursos internos eran ineficaces para solucionar la violación, dado que en el contexto de dictaduras había problemas estructurales de falta de independencia de los sistemas judiciales para encarar casos de derechos humanos, hallándose ausentes elementos básicos de un debido proceso legal y existiendo a menudo fuertes presiones sobre los jueces y abogados en este tipo de casos. De esta manera, la regla general de agotamiento de los recursos internos de general solo tenía el nombre, ya que en la práctica de la Comisión regularmente se aplicaban las excepciones a dicha regla.[84]

En los noventa, la regla del agotamiento de los recursos internos ha adquirido, en la práctica, mayor vigor que en el pasado. Sin embargo, todavía existe una cifra no despreciable de casos en que se aplican las excepciones a ella. Esto ha ocurrido como consecuencia de que han decrecido las violaciones masivas y de que se han llevado a cabo reformas judiciales en numerosos países. En conexión con esta materia, es interesante observar cómo se ha diversificado la gama de problemas que analiza la Comisión en el marco de la noción de un debido proceso. En este sentido, se ha

[84] La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la regla general de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna en el art. 46.1.a) y las excepciones en el num. (numeral) 2 del mismo art.

pasado del tratamiento de problemas de falta de un debido proceso en dictaduras a la revisión de un conjunto de temáticas, como, por ejemplo, el retardo judicial, la libertad provisional, etcétera.[85]

4.3.4. Declaraciones especiales de admisibilidad

Atendido el problema respecto de la regla del agotamiento de los recursos internos al que recién hemos hecho mención, históricamente la declaración de admisibilidad de una denuncia por parte de la Comisión no era un asunto que, en la práctica, tuviera mucha relevancia. Como, por lo demás, era poco frecuente una participación activa de los Estados en la tramitación de los casos ante la Comisión, usualmente esta dejaba la declaración de admisibilidad para la etapa final, resolviendo esta cuestión en la misma resolución en que decidía el fondo del caso.

En los noventa, y en especial en la segunda mitad de la década, esta práctica se transformó por completo. En la actualidad, en prácticamente todos los casos, la Comisión emite primero una declaración sobre la admisibilidad o falta de la misma de la denuncia y solo más adelante —a menudo bastante tiempo después— una decisión sobre el fondo del caso. De hecho, en los informes anuales de la CIDH es posible encontrar una cantidad parecida de decisiones sobre admisibilidad y de resoluciones sobre el fondo; incluso, los últimos informes anuales contienen más del primer tipo de resoluciones que de las segundas.[86] Solo

[85] Paradigmático resulta al respecto el caso de Jorge Alberto Giménez; véase Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, informe 12/96 (Argentina), caso 11.245, 1 de marzo de 1996. También la Corte ha estudiado diferentes alcances del debido proceso en varios fallos, aunque con pasos atrás y adelante. En el primer sentido —en que predomina una interpretación restrictiva—, Corte IDH, *Caso Genie Lacayo.* Sentencia de 29 de enero de 1997; en una dirección más protectora del derecho a un debido proceso; Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros.* Sentencia de 30 de mayo de 1999.

[86] En los informes publicados en 1998, 1999 y 2000 —correspondientes al trabajo de la Comisión en los años 1997, 1998 y 1999—, las cifras fueron, respectivamente, de 23 informes sobre el fondo y 27 de inadmisibilidad; 25 y 44; y 30 y 31. Datos extraídos del sitio web de la Comisión *www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp*

respecto de algunas de aquellas denuncias interpuestas, previo al establecimiento de esta práctica, la Comisión en la actualidad emite un pronunciamiento previo al del fondo sobre la cuestión de la admisibilidad. Esto último basado en la lógica de que después de estar muchos años un caso en tramitación, resultaría casi inverosímil que la Comisión recién viniera a percatarse de la presencia de una causal de inadmisibilidad. Pero aun respecto de casos iniciados previo al establecimiento de la nueva práctica por la Comisión, en ocasiones esta emite pronunciamientos especiales sobre admisibilidad.[87] Esta práctica había sido recogida en una reforma parcial del antiguo reglamento efectuada en 1996 y el reglamento de 2001 vino a consolidarla, estableciendo la necesidad de que la Comisión se pronuncie de manera previa y especial acerca de la cuestión de la admisibilidad, salvo que existan circunstancias excepcionales.[88]

El establecimiento de esta práctica ha llevado a implantar fases más marcadas que en el pasado en la tramitación de los casos. Sin embargo, como ocurre en no pocos casos en que la cuestión de la admisibilidad no es refutada con argumentos significativos por parte de los Estados, el operar rígidamente en la materia solo contribuye a la dilatación de los procesos en la Comisión. Porque lo que suele suceder es que el Estado invoca de manera ritual alguna excepción de inadmisibilidad, sin fundamentarla mayormente y, a pesar de ello, la CIDH emite un pronunciamiento especial. La afirmación que a veces se hace en este aspecto, en el sentido de que se estaría avanzando hacia prácticas al estilo del Sistema Europeo es inapropiada, ya que en dicho Sistema, com-

87 Por ejemplo, en uno de los casos de mayor conocimiento a nivel internacional, tramitado por la CIDH, el del asesinato de la antropóloga guatemalteca Mirna Mack, se expidió una declaración especial de admisibilidad casi seis años después de la presentación de la denuncia. Véase CIDH, Informe Anual 1995, informe 10/96, caso 10.636, Guatemala, 5 de marzo de 1996. La denuncia había sido presentada en 1990.

88 La admisibilidad de las peticiones se regula en los arts. 30 a 37 del Reglamento. El art. 37.3 señala que "en circunstancias excepcionales, y luego de haber solicitado información a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 de presente reglamento [que establece un mecanismo contradictorio], la Comisión podrá abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo".

puesto por Estados cuyos sistemas judiciales funcionan de manera independiente y eficaz, los problemas de falta de admisibilidad son significativos, como lo prueba el hecho de que la gran mayoría de las denuncias son declaradas inadmisibles, lo que está lejos de suceder en el Sistema Interamericano.[89]

Otro aspecto controvertido respecto de la cuestión de la admisibilidad de las denuncias es el hecho de que potencialmente, por vía de una declaración de inadmisibilidad, se estén resolviendo aspectos que debieran quedar para el fondo del asunto, una vez que toda la prueba haya sido rendida y con un análisis sustantivo de parte de la Comisión. Esta controversia emana especialmente a partir de la doctrina del caso *Marzioni,* de 1996, en el que la CIDH aplicó la doctrina de la "cuarta instancia" de una manera que ha sido objeto de críticas. Esta doctrina consiste en señalar que la CIDH no es un órgano encargado de revisar todas las sentencias judiciales internas, sino solo aquellas que violen los derechos humanos, lo que por sí mismo parece evidente y ha sido aplicado por la Comisión anteriormente; el problema en *Marzioni* fue que el caso aparecía mucho más complejo que la forma en que lo analizó la Comisión, ya que la cuestión de si las violaciones a la igualdad ante la ley y al derecho de propiedad que planteaba el denunciante eran o no tales parecían más propias de ser resueltas en una decisión sobre el fondo del caso.[90]

4.3.5. Elementos para evaluar la prueba y decidir el caso: la doctrina del margen de apreciación y otras propuestas

En los últimos años se han formulado varias propuestas respecto de la evaluación de la prueba y los elementos y crite-

[89] Por ejemplo, el Informe Anual publicado en 2000 —correspondiente a 1999— incluye 26 casos declarados admisibles y solo 5 considerados inadmisibles; el publicado en 1999 (con los casos de 1998), contiene 34 casos en la primera situación y 10 en la segunda; mientras que en el publicado en 1998 —que cubre el año 1997— la proporción es de 22 a 5. Datos tomados del sitio web de la Comisión *www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp*

[90] CIDH, Informe Anual 1996, *Caso Santiago Marzioni* (Argentina), informe 39/96, caso 11.673.

rios a considerar por la Comisión para resolver los casos. Uno de los planteamientos sobre estos aspectos fue formulado por el secretario general de la OEA, en el sentido de que la CIDH aceptara los hechos del caso de la manera en que los tribunales internos los hubieran dado por establecidos.[91] Como ha señalado Cecilia Medina, esta propuesta parece pasar por alto las severas limitaciones propias de los tribunales del continente, en términos de debido proceso, igualdad de armas, rendición de la prueba, ponderación de la misma, etc.[92] Además, ello significaría despojar a la Comisión de una función característica de los órganos internacionales de derechos humanos, como es la de poder analizar nuevamente los hechos denunciados cuando se señala que la manera en que se los entendió internamente fue inadecuada.

Al formular esta propuesta, el secretario general de la OEA también llamó a estudiar la posibilidad de que la Comisión utilice en lo sucesivo la doctrina del margen de apreciación.[93] Esta doctrina, desarrollada en el Sistema Europeo, sostiene que las autoridades internas, y especialmente los tribunales de cada Estado, son los que se hallan en la mejor posición para calificar las medidas internas para implementar un tratado internacional. Aunque ello no supone desconocer que, en último término, el órgano internacional ejerza una supervisión al respecto, le otorga a las autoridades del Estado un ámbito de discreción. En otras oportunidades, la misma idea ha sido formulada como la necesidad de que los órganos interamericanos consideren la *opinio iuris* de cada país como un elemento relevante.[94] En el seminario convocado por la Comisión en 1996, esta idea fue criticada en varias

91 "Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *...cit.,* p. 8.

92 Medina, Cecilia, "Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas", en *Transnational Law & Contemporary Problems,* vol. 8, 1998, p. 354.

93 "Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *...cit.,* pp. 8-9.

94 Véase al respecto lo señalado en tal sentido por Edmundo Vargas Carreño en: CIDH, Seminario sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 2 al 4 de diciembre de 1996, *...cit.,* p. 56.

intervenciones, entre ellas las del especialista en el Sistema Europeo, Fried van Hoof.[95]

En el contexto del Sistema Europeo, la doctrina del margen de apreciación no solo es objeto de una controversia importante, sino que su aplicación resulta errática e imprevisible. Cuáles son los límites de este poder discrecional es una cuestión no zanjada en absoluto, como lo demuestran numerosos casos en los que los órganos de ese Sistema han recurrido a un estándar europeo común a todos los Estados en vez de aplicar esta doctrina.[96]

4.3.6. Confidencialidad del informe del artículo 50

La práctica establecida a partir de 1993 que hace confidencial para los peticionarios el primer informe emitido por la Comisión ha continuado hasta la fecha. El único cambio ocurrido en los últimos años para aminorar los efectos perjudiciales de esta práctica es que en la actualidad por lo menos se comunica a los peticionarios el hecho de que tal informe ha sido adoptado y notificado al Estado. De este modo, los peticionarios al menos están en conocimiento de la etapa procesal en que se encuentra el caso y del momento en que vencerá el plazo concedido al Estado para el cumplimiento de la resolución. Esta práctica ha sido recogida en el nuevo reglamento (art. 43.3).

No obstante, las críticas formuladas algunas páginas atrás continúan siendo válidas, ya que esta medida de confidencialidad es contraria a una lectura adecuada, protectora de los derechos

95 *Ibidem,* pp. 69-70.

96 Así, por ejemplo, en el caso *Dudgeon,* la Corte Europea desestimó la aplicación de la doctrina del margen de apreciación. Gran Bretaña señalaba que la penalización de conductas homosexuales consentidas entre adultos era contraria a la moral imperante en Irlanda del Norte y que eran las autoridades locales, las que se hallaban en la mejor posición de efectuar esta calificación; sin embargo, la Corte consideró que el concepto de moralidad pública se encontraba lo suficientemente evolucionado en Europa como para estimar que dichas conductas no vulneraban tal moralidad, por lo cual Irlanda del Norte no podía invocar legítimamente la suya propia. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Dudgeon*. Sentencia de 22 de octubre de 1981.

humanos, de la Convención Americana, y coloca a los peticionarios en una posición de desigualdad frente al Estado.

4.3.7. Criterios para determinar los casos contenciosos que debe conocer la Corte

Bajo el sistema actual, la Comisión y los Estados son los únicos facultados para presentar casos contenciosos ante la Corte, pero en la práctica los Estados no han hecho uso de esta facultad, salvo en una oportunidad en que Costa Rica sometió un caso a conocimiento de la Corte sin agotar la tramitación en la Comisión.[97] Como veíamos, en los ochenta la Comisión hizo escaso uso de esta facultad. En los noventa empezó a enviar casos con mayor regularidad a la Corte, remitiendo varias decenas de ellos.

En este contexto de aumento del número de casos, se habían intensificado las críticas, especialmente desde la perspectiva de las ONG que tramitan casos en el Sistema, por la ausencia de definición de criterios para determinar el envío o no de un caso por parte de la Comisión a la Corte. En un plan de acción preparado por las ONG que llevan casos ante el Sistema en el año 2000 se señalaba que un mejoramiento real de la situación actual solo se alcanzaría si la Comisión, mediante la reforma de su propio reglamento y sin necesidad de abrir un proceso de reforma de la Convención, estableciera el envío de todos aquellos casos en que el Estado no cumpla con sus recomendaciones, a menos que sea la propia víctima la que solicite lo contrario. Sin embargo, en el mismo plan de acción se consideraba que por el momento ello resultaría impracticable, debido a la escasez de los recursos con que cuentan la Comisión y la Corte. Por ello, y mientras no se produjera un aumento sustancial de los recursos, recomendaban que la Comisión considere criterios como los siguientes: la importancia y complejidad del caso; la falta de jurisprudencia en la materia; y la existencia de debates significativos sobre ciertas materias, especialmente cuando existe una divergencia entre los

[97] Véase Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras,* núm. 101/81, habiendo sido todos los demás casos presentados por la CIDH.

tribunales internos o cuando hay fallos divididos en la propia Comisión. De esta manera, la propuesta consistía en que la Comisión discerniera criterios que consideren la relevancia del caso, ya sea desde el punto de vista de las innovaciones que el mismo pudiera traer consigo en materia jurídica, como desde la perspectiva de que un pronunciamiento de la Corte pudiera resultar significativo para, por ejemplo, contribuir a poner fin a ciertos tipos de violaciones aun cuando no hubiera un problema jurídico de gran sofisticación en juego.[98] En rigor, no se trataba de ideas nuevas, ya que, en términos parecidos, ellas le han sido planteadas a la Comisión en diversos foros.

Recientemente, y en la que constituye probablemente su innovación más sustancial, el reglamento de 2001 ha establecido pautas en la materia. Así, se señala como regla general que cuando un Estado no haya cumplido la resolución de la CIDH, esta enviará el caso a la Corte. Para que en tales circunstancias no se remita el caso —la excepción a la regla—, se requerirá una resolución fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión (art. 44.1 del reglamento).

El reglamento añade que para tales efectos "se considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular", para cuya determinación se atenderá, entre otros, a "*a)* la posición del peticionario; *b)* la naturaleza y gravedad de la violación; *c)* la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del Sistema; *d)* el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y *e)* la calidad de la prueba disponible" (art. 44.2).

Respecto de la posición del peticionario se establece un mecanismo especial, dándosele un plazo de un mes, contado desde la notificación del informe del artículo 50 para señalar su posición y la de la víctima —si esta fuera distinta al peticionario—, los datos de la víctima y sus familiares, los fundamentos para presentar el caso a la Corte, la prueba de que se disponga y sus pretensiones en cuanto a reparaciones y costas (art. 43.3).

98 Revísese Plan de acción de las Américas para los derechos humanos: un desafío continental, una empresa conjunta, 2000 (copia del documento en poder del autor).

Con esto se ha avanzado significativamente en una materia de la mayor importancia para el potenciamiento del Sistema, demostrándose, además, cómo este puede ser fortalecido por vías diferentes a la reforma de la Convención.

En el año 2000, el gobierno de Costa Rica sometió a discusión, aunque todavía a nivel informal, una propuesta que consiste en otorgarle a la Corte el poder de seleccionar los casos que sometería a su conocimiento. Aunque esta propuesta no ha sido hasta la fecha expuesta en ningún documento, al parecer lo que se pretendía era que en lo sucesivo la Comisión no pudiera enviar a la Corte, sino que esta decidiera por sí sola. En realidad, una versión algo distinta de esta propuesta ya había sido formulada por el secretario general de la OEA en el documento que hemos venido analizando, aunque él lo hizo con especial referencia a la Comisión, bajo la denominación de "una doctrina de la pertinencia".[99]

El problema de fondo de esta propuesta es que ella resulta inadecuada dada la conformación de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano y las prácticas de los Estados en materia de derechos humanos. En Estados Unidos, la Corte Suprema Federal puede darse el lujo de seleccionar casos especialmente significativos, desde el punto de vista de la jurisprudencia, porque existe una cantidad de otros tribunales que poseen el poder de proteger los derechos de las personas. Este, desde luego, no es el caso del Sistema Interamericano. En realidad, no es el caso de ningún sistema internacional de protección de estos derechos, ya que lo que hay en ellos es, a lo sumo, un solo tribunal de derechos humanos. Por lo mismo, siendo el único órgano con características jurisdiccionales, la Corte Interamericana no podría permitirse escoger sus casos con arreglo a un criterio de relevancia jurisprudencial, dejando de lado muchos casos en los que tal vez la cuestión no sea especialmente significativa desde ese punto de vista, pero en que sí lo es desde el punto de vista de no dejar en la impunidad una violación a los derechos humanos.

[99] "Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *...cit.*, pp. 9-10.

Y esto se conecta, en el caso del Sistema Interamericano, con la cuestión de las prácticas internas de los Estados, puesto que dado que estos dejan numerosos y a menudo muy importantes casos en la impunidad, el Sistema Interamericano debe vérselas permanentemente con la solución de esta clase de problemas. De ahí que, sin ir más lejos, en muchos de los casos de los que ha conocido la Corte hasta la fecha, la impunidad de los mismos solo haya terminado después de que ella dictara sentencia. Los tipos de violaciones a los que nos estamos refiriendo acostumbran ser tan evidentes que no es que el Estado desconozca los parámetros para definir si está o no actuando dentro del margen de sus obligaciones, sino que se trata de infracciones flagrantes al derecho internacional que lo que requieren es de un órgano que posea eficacia en sus resoluciones. Y por mucho que la Corte Interamericana haya debido experimentar varios conflictos con los Estados, a propósito de este punto —cuestión que analizaremos más adelante—, lo cierto es que esta eficacia la puede proporcionar en mayor medida un tribunal que un órgano semijudicial como la Comisión.

A todo lo anterior se suma que para establecer el *certiorari* se requeriría reformar la Convención Americana, lo que podría acarrear otros problemas, ya que una vez abierta la puerta a las reformas podrían incorporarse también muchas otras, cuyo contenido y orientación —dirigida a fortalecer o a debilitar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos— es imposible de predecir, dado el contexto político actual en la OEA.

Esta propuesta resulta aún menos apropiada en el contexto actual, luego de que la Comisión adoptara criterios para el envío de casos a la Corte en su reglamento.

4.3.8. Los roles de las partes en la tramitación de casos contenciosos ante la Corte

A partir de 1997, la Corte, mediante la modificación de su reglamento, le concedió autonomía a las víctimas en la fase reparatoria de la tramitación de casos contenciosos. Con ello se dio un paso adelante, tanto hacia el reconocimiento efectivo de la calidad de sujetos de derecho internacional de los individuos, como hacia un sistema más racional que evite conflictos de intereses y

dualidad de roles por parte de la Comisión. En el pasado, durante la etapa de reparaciones, era la Comisión la que tenía la última palabra para expresar las peticiones de la parte demandante, mientras que en la actualidad lo que digan o deseen negociar las víctimas ha pasado a adquirir centralidad.[100]

Esta decisión de la Corte dejó, sin embargo, incompleta la tarea, ya que en todos los otros momentos del proceso las víctimas continuaban interviniendo como asesores de la Comisión. Esta fórmula había sido criticada desde la perspectiva de los distintos actores en los casos: los Estados, las víctimas y las ONG que usualmente las representan, y la propia Comisión. El secretario general de la OEA emitió pronunciamientos en el mismo sentido. Lo que sucede es que, además de limitarse la calidad de sujeto internacional de los individuos —cuestión enfatizada por las víctimas, algunos Estados y la CIDH—, todos están de acuerdo en que ello acarreaba una confusión de roles para la Comisión. En efecto, durante la tramitación del caso ante ella, la CIDH opera como un órgano de carácter semijudicial encargado de su decisión, siendo las partes los peticionarios y el Estado. Pero una vez que la Comisión enviaba el caso a la Corte, la Comisión aparecía, por así decirlo, "fusionada" con los peticionarios, que se transformaban en sus asesores, llevando a cabo todas las actuaciones procesales —demanda y otros escritos, presentación de la prueba, alegatos orales, etc.— en conjunto con la CIDH. La propia Comisión manifestó en numerosas ocasiones la inconveniencia de esta situación, que ella mantenía para asegurar alguna forma de participación de la víctima en la Corte.

Desde el punto de vista de la víctima, la situación era muy compleja, ya que ella quedaba, en último término, entregada a lo que decidiera la Comisión acerca de las distintas actuaciones en el proceso. Ya al momento de preparar la demanda se planteaba un problema para las víctimas; solía ocurrir que la CIDH solo hubiera acogido respecto de la violación de algunos derechos y no de otros la denuncia interpuesta ante ella; si tal era el caso, mal podría la Comisión invocar la violación de tales derechos ante la

[100] Desde luego, si las partes no se ponen de acuerdo en los términos de las reparaciones, será la Corte la que resuelva en definitiva, pero tendrá frente a ella todos los argumentos, incluyendo los propios de las víctimas.

Corte. No obstante, esto era precisamente lo que las víctimas a menudo querían hacer.

El nuevo reglamento de la Corte (del año 2001) ha venido a avanzar significativamente en esta materia, al reconocer a las víctimas el derecho a participar en forma autónoma durante todo el proceso (no se concede, sin embargo, acción popular como en el caso del acceso a la Comisión, ante la cual cualquiera puede presentar una denuncia). Señala al respecto el reglamento que "después de admitida la demanda [de la Comisión], las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso" (art. 23.1). Entendemos que con la expresión "admitida la demanda" no se quiere decir que las víctimas o sus representantes deban esperar a la sentencia de admisibilidad, sino que, a la manera del Sistema Europeo hasta hace algunos años, ello significa que tienen derecho a operar autónomamente desde que la demanda es presentada. Un aspecto que continúa pendiente, no obstante, es el del financiamiento del litigio autónomo que lleven adelante los peticionarios en la Corte, ya que no es claro quién se hará cargo del mismo cuando se trate de personas que carezcan de recursos suficientes para ello. Hace unos años, la Corte Interamericana sostuvo que cuando al nivel de los tribunales locales una persona carece de medios para litigar y el Estado no le proporciona representación legal, queda eximida de la regla del agotamiento de los recursos internos, pudiendo dirigirse directamente ante los órganos interamericanos; siguiendo ese mismo argumento, deberían establecerse mecanismos para que los peticionarios que carezcan de medios no queden impedidos de litigar ante la Corte Interamericana.[101]

La concreción de esta propuesta, que fue reiterada a lo largo de los años, contribuye también a despejar del terreno otras alternativas que habían sido planteadas y que resultaban inconvenientes. Una que estaba pendiente de discusión había sido planteada por el secretario general de la OEA, en el sentido de

[101] Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, opinión consultiva OC-10/90, 10 de agosto de 1990.

crear una suerte de Fiscalía para instruir los casos en materia contenciosa ante la Corte Interamericana. También se había sugerido que dicha Fiscalía se podría constituir sobre la base de los fiscales y jueces en cada país. A través de esta propuesta, supuestamente se podría haber subsanado el problema del rol de la Comisión en la tramitación de casos ante la Corte, el que, como se ha visto, ha quedado solucionado con el nuevo reglamento de la Corte, que concede participación autónoma a las víctimas.[102]

4.3.9. La decisión de admisibilidad de la Corte

La Convención Americana no se pronuncia acerca de la necesidad de que la Corte emita su propia decisión sobre admisibilidad en los casos contenciosos de los que conozca. En el caso *Velásquez,* la Comisión planteó a la Corte que, no siendo esta un tribunal de apelación, debería abstenerse de formular tal decisión —y, en general, de revisar la tramitación ante la Comisión *in toto*—.

[102] En la práctica, la propuesta de incorporar una Fiscalía solo hubiera conducido a complicar todavía más las cosas y, en el fondo, a consolidar una situación —la falta de autonomía de los peticionarios— que debía tender a revertirse —como de hecho se revirtió—, en aras de un reconocimiento amplio de la calidad de sujeto internacional del individuo en el Sistema Interamericano. Más objetable incluso resulta la idea de que una Fiscalía del tipo propuesto descansara en la labor de fiscales y/o jueces de la jurisdicción interna de los Estados. Hay aquí una cuestión acerca de la naturaleza del sistema internacional de protección y otra referida al contexto interamericano. Respecto del primer elemento anotado, la función elemental de todo sistema internacional de protección consiste en supervisar a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos; se trata, como su nombre lo indica, de que haya instancias más allá de los Estados a las cuales el individuo pueda recurrir por las presuntas violaciones que esos cometan. No se ve, entonces, cómo dicha función podrá ser compatible con la participación de funcionarios de la jurisdicción interna de los Estados. En cuanto al segundo elemento, el relativo al contexto, lo cierto es que en la actualidad un importante volumen de los casos que llegan ante el Sistema Interamericano tiene su origen en la ineficacia o en la falta de independencia de los sistemas judiciales de la región. Son estos sistemas judiciales los que en muchos casos contribuyen significativamente al mantenimiento de condiciones de impunidad para las violaciones a los derechos humanos.

La Corte Interamericana desechó esta tesis, siguiendo la misma línea que la Corte Europea había adoptado en la materia.

En un voto separado en un fallo posterior, el juez de la Corte Interamericana Antônio Cançado Trindade señaló que esta práctica crea una situación de desigualdad entre las partes, quedando el Estado en una situación de privilegio,[103] al poder plantear dos veces la misma cuestión. Como bien ha apuntado una autora, esta práctica tiene efectos más graves en el Sistema Interamericano que en el Europeo, dado que en el primero, a diferencia del segundo, no se prevé un sistema de asistencia jurídica gratuita para los peticionarios, por lo que eventualmente un peticionario puede no solo pasar años, sino gastar mucho dinero durante la tramitación en la Comisión para ver después su caso desechado por cuestiones formales por la Corte.[104]

4.3.10. La posibilidad de convalidar ante la Corte la prueba rendida ante la Comisión

Como analizábamos al revisar la situación del Sistema en la década de los ochenta, en el primer caso contencioso llevado adelante por la Corte, la Comisión formuló el planteamiento de que se convalidara la prueba rendida ante ella, pero eso fue desechado por la Corte.

Este planteamiento se ha reiterado en los últimos años como un mecanismo que no solo contribuiría a agilizar los casos ante la Corte, sino también a dotar de mayor vigor a la tramitación en la CIDH. Respecto de lo primero, sin perjuicio de que en circunstancias excepcionales (como en el caso de errores manifiestos o de nueva prueba de la que no se tuvo conocimiento en el momento en que se tramitaba el caso ante la Comisión) la prueba rendida ante la CIDH pudiera ser impugnada en la Corte, en cuyo caso

[103] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C, núm. 25, voto concurrente separado del juez Cançado Trindade.

[104] Revísese Pasqualucci, Jo M., "Preliminary Objections before the Inter-American Court of Human Rights: Legitimate Issues and Illegitimate Tactics", en V*irginia Journal of International Law,* vol. 40, 1999, pp. 73 y ss.

esta entraría a conocer cuestiones de hecho, como regla general permitiría que esta se concentrara en las cuestiones de derecho, lo que simplificaría la tramitación.

En cuanto al segundo aspecto, en no pocos casos ante la Comisión los Estados se limitan a presentar alegaciones de carácter formal, sin entrar a un análisis acucioso de la prueba rendida por los peticionarios. Como se desconoce de antemano qué casos en definitiva serán remitidos por la Comisión a la Corte, la participación de los Estados en la controversia ante el primero de dichos órganos se vería fortalecida, controvirtiendo las pruebas presentadas por los denunciantes, presentando las suyas y realizando un análisis más a fondo.

De cualquier modo, en caso de llegar a hacerse efectiva esta convalidación, habría que poner cuidado en que ello no condujese a una formalización de la rendición de la prueba ante la CIDH.

El nuevo reglamento de la Corte contiene una referencia ambigua sobre este punto. En su artículo 43.2 dispone que "las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas". La práctica previa ha consistido en que la Comisión adjunta a la demanda aquellas pruebas que considera relevantes que hayan sido rendidas ante ella, por lo que la incorporación al expediente a que se refiere el nuevo reglamento no modificaría las cosas. Sin embargo, la parte final de la disposición, que menciona la posibilidad de que la Corte podría ordenar en ciertos casos la repetición de dichas pruebas, podría interpretarse, *a contrario sensu,* como estableciendo que en los demás casos dicha prueba sí podría tener validez. Habrá que esperar la práctica ulterior de la Corte para determinar el estatus de este tema.

4.3.11. El cumplimiento de las resoluciones de la Comisión y la Corte

La cuestión del cumplimiento de las decisiones de los órganos del Sistema es rara vez mencionada por los Estados que promue-

ven una reforma global del mismo, ya sea porque derechamente no están dispuestos a acatar tales decisiones o porque prefieren mantener el tratamiento de este tema con un bajo perfil, a fin de evitar fricciones con otros Estados. Sin embargo, esta materia, junto con la más general de la eficacia del Sistema, son cruciales para una evaluación de este.

Si bien el cumplimiento de las resoluciones emanadas del Sistema ha aumentado al comparársela con la época en que imperaban numerosas dictaduras en el continente, la situación dista mucho todavía de ser satisfactoria. Lo más curioso del asunto es que, contrastada con la situación actual, durante las dictaduras existía una mayor iniciativa de parte de los órganos políticos de la OEA por respaldar las decisiones de la Comisión —ya que la Corte aún no dictaba sentencias en casos contenciosos—. Ello ocurría porque aquellos Estados que no tenían regímenes dictatoriales hacían esfuerzos serios para que el actuar de la Comisión fuera efectivo. Hoy en día, en cambio, cuando los regímenes políticos han tendido a asimilarse en el hemisferio, los Estados evitan el conflicto. Esto ha llevado a que los órganos políticos de la OEA no operen realmente como guardianes colectivos del Sistema.

A este respecto, a partir de 1999, el Sistema ha debido enfrentar graves desafíos, a raíz de la actitud de Trinidad y Tobago y Perú frente a actuaciones y decisiones de la Corte y la Comisión. Hasta ese año, cuando se desató el conflicto con Trinidad y Tobago, no se habían producido en el Sistema enfrentamientos directos entre determinados Estados y la Corte. Si bien tomó bastantes años hacer efectivo el pleno cumplimiento de la decisión de la Corte en los primeros casos de naturaleza contenciosa decididos por esta —*Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*—, posteriormente el panorama pareció mejorar, ya que los Estados condenados comenzaron a cumplir usualmente —aunque no siempre— de manera más expedita las sentencias de la Corte en el aspecto indemnizatorio.

Además, por mucho tiempo era notoria la diferencia de trato brindada en las asambleas generales a la Corte y a la Comisión, ya que mientras los informes de la primera eran generalmente debatidos en un ambiente de respeto y de una manera constructiva,

respecto de la segunda no eran infrecuentes las descalificaciones por parte de algunos delegados gubernamentales.

Los problemas realmente serios habían comenzado en 1998 con la denuncia de la Convención Americana por parte de Trinidad y Tobago, debido a las restricciones que ella impone a la aplicación de la pena de muerte.[105] El Privy Council —organismo con sede en el Reino Unido—, que hace las veces de Tribunal Supremo del sistema judicial de Trinidad y Tobago, había declarado que el mantenimiento de una persona en espera de ser ejecutado por más de cinco años equivalía a un trato cruel e inhumano, por lo cual, al cabo de ese periodo, la pena de muerte debería ser conmutada por una sanción menos gravosa, debiendo computarse el litigio a nivel internacional para los efectos del periodo de cinco años. Dado que muchos casos de este tipo se encontraban pendientes ante la CIDH y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el gobierno de Trinidad y Tobago requirió a dichos órganos un compromiso formal de que resolverían los casos dentro del periodo señalado, lo cual le fue denegado por ambos órganos, puesto que ello facilitaría la ejecución de personas, en circunstancias que la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos procuran alcanzar precisamente el objetivo contrario: tender a su abolición progresiva.

La Convención Americana establece que, en el caso de ser ella misma denunciada, la denuncia entrará en efecto un año después de su presentación. La denuncia no afecta la competencia de la Comisión, que subsiste conforme a la Carta de la OEA, pero sí la de la Corte, a contar de un año de la denuncia. Esto no obsta para que la Corte continúe conociendo de aquellos casos iniciados antes de la expiración del periodo de un año. En el transcurso del año posterior a la denuncia, la Comisión envió a la Corte varios casos en los que solicitaba medidas provisionales, consistentes en la suspensión de las ejecuciones de varias personas que esperaban en el "corredor de la muerte". La Corte ordenó a Trinidad y Tobago adoptar las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad física de tales personas y enviarle informes

[105] A diferencia de la mayoría de los tratados de derechos humanos, la Convención Americana contempla un mecanismo de denuncia, conforme al cual un Estado se puede desvincular del pacto.

cada 15 días, sin perjuicio de que tanto el mismo Estado como la Comisión deberían informarle de cualquier cambio significativo respecto de estas personas.

El gobierno rehusó a actuar de la manera dispuesta por la Corte, señalando que de acuerdo con una reserva formulada al momento de ratificar la Convención, entendería dicho tratado según las líneas de interpretación proporcionadas por su Constitución. Cabe hacer notar a este respecto que el propio Privy Council, en su calidad de Máximo Tribunal de ese país, había declarado que "hacer efectivas las condenas a muerte impuestas a los apelantes antes de una decisión final sobre sus presentaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituiría una violación de sus derechos constitucionales".[106] El pronunciamiento del Privy Council constituye la prueba más fehaciente de la completa inconsistencia de la alegación de Trinidad y Tobago.

Considerando que la gravedad de la situación lo ameritaba, la Corte decidió llevar el asunto a conocimiento de la Asamblea General, para lo cual debió salvar una serie de obstáculos.[107] Finalmente, la Corte fue autorizada a presentar el asunto a la Asamblea General, sin embargo, los únicos delegados estatales que intervinieron fueron los de Trinidad y Tobago y Jamaica, ambos en la misma línea crítica de argumentación. La falta de apoyo

---

[106] Citado en la Orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1999, Medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago, *Caso James y otros*.

[107] Primeramente, la Corte le hizo ver en una carta al presidente del Consejo Permanente la ausencia en el borrador de resolución a ser enviado a la Asamblea General de una exhortación a Trinidad y Tobago a cumplir con las resoluciones de la Corte. Luego, la Corte debió realizar varias gestiones para poder intervenir oralmente ante la Asamblea General, ya que el Consejo Permanente, que prepara la agenda de la Asamblea, señaló que conforme a las nuevas regulaciones de la misma —que la redujeron a tres días— no correspondía que la Corte interviniese. La Corte se dirigió entonces al secretario general de la OEA, indicando que las regulaciones de la Asamblea no podían pasar por alto lo establecido en la Convención Americana, la que en su art. 65 establece que la Corte informará a la Asamblea de aquellos casos en que los Estados no hayan cumplido con sus resoluciones.

explícito por parte de otros Estados a la Corte fue fuertemente criticada por las ONG presentes.[108]

El asunto alcanzó la mayor gravedad cuando Trinidad y Tobago ejecutó a Joey Ramiah y Anthony Briggs, a pesar de ser personas beneficiadas con medidas provisionales por la Corte. Antes de la ejecución del segundo de ellos, la Corte había advertido que "si el Estado ejecuta a las presuntas víctimas, causaría una situación irremediable e incurriría en una conducta incompatible con el objeto y fin de la Convención, constituiría un desconocimiento de la autoridad de la Comisión y afectaría seriamente la esencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos".[109]

En la Asamblea General de 2000, que constituía la primera oportunidad en que este órgano tenía de expedirse sobre la ejecución de las personas amparadas por las medidas provisionales de la Corte, la OEA volvió a defraudar debido a la tibieza de su reacción. En una resolución referente al funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Asamblea instó a los Estados miembros de manera genérica y sin mencionar a Trinidad y Tobago a que adopten las medidas necesarias para cumplir con las decisiones o sentencias emitidas por la Corte en caso de aquellos Estados que reconocen su competencia obligatoria.[110]

En la resolución relativa a las observaciones y recomendaciones de los Estados miembros al informe anual de la Corte, la

[108] Jamaica también ha entrado en conflicto con sus obligaciones internacionales en relación con la aplicación de la pena de muerte, e incluso intentó denunciar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, encargado de vigilar el cumplimiento de dicho tratado, estableció que ello era improcedente, dado que el Pacto, a diferencia de la Convención Americana, no contiene una cláusula de denuncia. El Comité señaló que dada la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, en ausencia de una cláusula de denuncia deberá entenderse que los Estados no pueden desvincularse del mismo.

[109] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago, *Caso James y otros,* 25 de septiembre de 1999.

[110] OEA/Ser.P, AG-RES. 1701 (XXX-O/00), 5 de junio de 2000.

Asamblea, nuevamente sin nombrar a ningún Estado en particular, se limitó a reiterar el lenguaje de la Convención Americana en el sentido de que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y que sus decisiones deben ser cumplidas por los Estados parte en todos los casos en que intervenga. A pesar de este vago lenguaje, la delegación de Trinidad y Tobago, al discutirse el proyecto en el seno del Consejo Permanente, no apoyó el proyecto de resolución en este punto, solicitando que quedara una constancia expresa en este sentido.[111]

Al grave conflicto recién descrito con Trinidad y Tobago se agregó otro en los días inmediatamente anteriores a la Asamblea General de 1999, cuando Perú hizo público que no cumpliría la sentencia de la Corte en el caso *Castillo Petruzzi y otros,* en el cual la Corte había ordenado a Perú llevar a cabo un nuevo proceso para cinco chilenos condenados por traición a la patria en ese país, por no satisfacer el primer juicio requisitos mínimos de un debido proceso. Esto fue oficializado posteriormente en una comunicación que Perú dirigió a la Corte.

A ello siguió un paso aún más grave, que consistió en el pretendido retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana con efecto inmediato de parte de Perú. Para tales efectos, el Estado peruano presentó un documento en la Secretaría General de la OEA. Continuando con esa línea de acción, Perú devolvió a la Corte las demandas que todavía no habían sido contestadas por el Estado (casos *Tribunal Constitucional* e *Ivcher Bronstein*).

La Corte entonces procedió a emitir sentencias de competencia en ambos casos.[112] En ellas, señaló que si bien la Convención Americana establece en carácter de facultativo el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte, no contempla la posibilidad de retirar posteriormente dicho reconocimiento, ob-

---

111 OEA/Ser.P, AG/RES. 1716 (XXX-O/00), 5 de junio de 2000 y Acta de la Sesión Extraordinaria del Consejo Permanente de la Organización celebrada el 18 de mayo de 2000, OEA/Ser.G, CP/Acta 1234/2000.

112 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54; Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55.

servando que "la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana",[113] añadiendo que "en las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo".[114] La Corte también hizo ver la especial naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos, cuestión que ha tomado en consideración asimismo la Corte Europea en situaciones análogas. Por todo ello, la Corte declaró inadmisible el pretendido retiro de parte de Perú del reconocimiento de la competencia contenciosa.[115]

La reacción de los órganos políticos de la OEA fue también muy débil en su manera de encarar el pretendido retiro peruano. En particular, el secretario general de la OEA en un comunicado de prensa se limitó a reiterar la importancia de que todos los Estados miembros —sin mencionar a Perú— adhieran y acepten la jurisdicción de la Corte y cumplan con sus sentencias. Asimismo, expresó que no le correspondía opinar sobre la sustancia o mérito de cualquier caso frente a la Corte, ni sobre la decisión tomada por Perú, y que esperaba que Perú pudiera encontrar en el futuro una manera de cumplir esta sentencia de la Corte sin menoscabar su política contra el terrorismo.[116] La declaración del secretario general fue fuertemente criticada por un conjunto de ONG de derechos humanos, ya que implícitamente le reconocía validez al argumento del gobierno peruano de que se retiraba de la Corte

[113] El art. 62.1 establece lo siguiente: "Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención".

[114] Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein, supra,* párrs. 36 y 40.

[115] Para un análisis más completo de este tema, véase Dulitzky, Ariel, *El retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de Perú,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 1999.

[116] Declaración del Secretario General de la OEA, comunicado de prensa, C-072/99, 16 de julio de 1999.

debido a que se estaba menoscabando la política antiterrorista. Las organizaciones señalaron que la legitimidad del combate al terrorismo se debe basar en el respeto a los principios del Estado de derecho y de ninguna manera puede implicar el debilitamiento de los mecanismos internacionales de protección ni el incumplimiento de los compromisos internacionales libremente asumidos por Perú.

A pesar de que la Asamblea General de 2000 era la primera en tener lugar luego del pretendido retiro de Perú de la competencia contenciosa de la Corte, las resoluciones aprobadas fueron vagas, genéricas y sin ningún llamado de atención específico. Las resoluciones de la Asamblea sobre el informe anual de la Corte y sobre el Sistema Interamericano apenas incluyeron menciones anodinas a que los Estados —sin mencionar a Perú— reconsideren sus decisiones de retirarse de la Corte, sin siquiera hacerse referencia a las sentencias de la Corte en las que se estableció la falta de validez jurídica de la decisión peruana. Más aún, como lo señalaron las ONG, las resoluciones de la Asamblea implícitamente le reconocieron valor legal al accionar peruano.

El caso es que la ausencia de una reacción significativa de parte de los órganos políticos de la OEA frente a esta grave transgresión de la Convención Americana por Perú fue el preludio de la forma en que se encararía la grave crisis democrática peruana en 2000, que se analizará más adelante.

Afortunadamente, el gobierno peruano que asumió tras la caída del régimen fujimorista ha restablecido el vínculo de este Estado con la Corte en materia contenciosa y ha manifestado que acatará sus decisiones.

Enfrentados a un escenario como el descrito en las páginas precedentes, la Comisión y la Corte han puesto un énfasis cada vez mayor en la supervisión del cumplimiento de sus resoluciones. Apuntando en esta misma dirección, en su Plan de Acción para las Américas, las ONG plantean que debiera establecerse un procedimiento contradictorio para supervisar el cumplimiento de las resoluciones. Además, considerando que la vía más expedita para hacer efectivas las resoluciones internacionales es la interna, las ONG proponen que "en un plazo de tres años todos los países de las Américas adopten las medidas legislativas o de otro

carácter que sean necesarias para otorgarle valor legal interno a las decisiones de la Comisión y la Corte así como para cumplir con las mismas".[117]

La actitud de los Estados americanos frente a las decisiones emanadas de su Sistema contrasta radicalmente con la existente en el Sistema Europeo, en el que los Estados no solo dan cumplimiento a las decisiones de los órganos de dicho Sistema, sino que dichas decisiones han conducido en muchas ocasiones a la implementación de reformas legislativas en el respectivo país, adquiriendo, por lo mismo, un alcance que ha ido mucho más allá del caso particular. En el continente americano esto solo ha sucedido en muy contadas oportunidades. Además, en la gran mayoría de las legislaciones de los Estados europeos se contemplan mecanismos para hacer efectivas las decisiones de los órganos del Sistema. Esto último ha comenzado a desarrollarse de manera incipiente en algunos Estados americanos, aunque en varios de ellos la regulación es muy genérica y ha tenido escasas —o ninguna respecto de algunos países— consecuencias en el plano práctico.[118]

---

[117] Plan de Acción de las Américas para los Derechos Humanos, *...cit.,* p. 16.

[118] Se pueden mencionar, entre otros: Colombia: ley 288 de 1996, por la cual se establecen mecanismos específicos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos, *DO* 42826, julio 9/96, pp. 1-2. *Gaceta del Congreso* 276/96; Costa Rica: El art. 27 del acuerdo entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana dispone que las resoluciones de dicho órgano o de su presidente tendrán el mismo efecto que aquellas dictadas por el poder judicial costarricense una vez que las mismas hayan sido comunicadas a las autoridades administrativas y judiciales de Costa Rica; Honduras: La Constitución establece en su art. 15 que "Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respecto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional"; México: La Ley sobre la Celebración de Tratados estipula en su art. 11 que "Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la resolución de controversias legales a que se refiere el artículo 8, tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren

4.4. La recepción a nivel interno

Si bien escapa a los propósitos de este trabajo el efectuar una revisión exhaustiva en la materia, no puede dejar de mencionarse que, considerando el carácter subsidiario del sistema internacional de protección, la recepción al nivel interno de las regulaciones y jurisprudencia internacionales constituye un índice central para determinar la eficacia del Sistema. Si el derecho y las prácticas internas están acordes con los estándares internacionales, la tarea del Sistema se verá enormemente facilitado, resolviéndose muchos asuntos a nivel doméstico y sin recargar de trabajo a la esfera internacional.

Desde el advenimiento de gobiernos civiles en la región, numerosas constituciones políticas de los Estados de la OEA han recogido normas contenidas en tratados internacionales. Algunas de ellas lo han hecho mediante una referencia de carácter general a dichos instrumentos, mientras que otras han entrado al terreno específico.

Sin embargo, por mucho que los catálogos de garantías de no pocas constituciones del continente se hayan visto notablemente reforzados por la incorporación de parámetros internacionales de derechos humanos, lo cierto es que la existencia de listados de garantías, que en teoría brindan un nivel alto de protección, no representan un fenómeno nuevo en muchos países de la región. De hecho, históricamente el problema principal ha radicado no

---

en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables"; Perú: ley 23506, art. 40: "La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado Peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos y vigentes sobre ejecución de sentencias". No obstante, en los casos —como en *Neira Alegría* o *Loayza Tamayo*— en que se recurrió a este procedimiento, los tribunales peruanos rechazaron las peticiones; Venezuela: la Constitución de 1999 dispone en su art. 31 que el Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales de derechos humanos.

tanto en los contenidos de dichos catálogos, sino en la falta de implementación significativa de los mismos. Esta falta de implementación se ha reflejado tanto en una frecuente ausencia de disposiciones legislativas específicas para hacer efectivos los derechos garantizados, como en una pasividad de los jueces para utilizar las cláusulas constitucionales.

El desarrollo en cuanto a implementación efectiva en la materia ha sido dispar entre los Estados en los últimos años, pero respecto de pocos de ellos puede sostenerse que se está en presencia de un desarrollo consistente y fuerte. Argentina[119] y Costa Rica[120] son los países que más terreno han adelantado en este sentido en cuanto a su jurisprudencia. En el caso colombiano también ha habido jurisprudencia significativa en la materia, pero en un contexto que presenta obstáculos de tal magnitud para la protección de los derechos humanos, que no es posible afirmar que esta jurisprudencia haya cambiado la situación como conjunto.

En lo relativo al trabajo a nivel legislativo, en muchos países los estándares internacionales son actualmente uno de los referentes a considerar, y en ocasiones han dado lugar a la dictación de normas internas coherentes con ellos. Sin embargo, la regla general es que los parámetros internacionales acaben diluyéndose como elementos en la discusión legislativa.

En los dos ámbitos —el jurisprudencial y el legislativo— en no pocas ocasiones los avances han tenido lugar a contrapelo de las autoridades estatales, llevando el impulso la sociedad civil. Pero en otros casos se aprecia el desarrollo de un trabajo coordinado en la misma dirección en materias específicas.

En definitiva, desde el advenimiento de gobiernos civiles en la región se ha experimentado un cierto avance en la recepción

---

119 Consúltese Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 1997.

120 Véase Piza Escalante, Rodolfo E., "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos: el ejemplo de Costa Rica", en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio,* Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1998, vol. II, pp. 169-191.

interna de los estándares internacionales; se trata, sin embargo, de un proceso todavía incipiente, especialmente en lo que se refiere a la implementación efectiva de dichos estándares. De ahí que no se haya producido un impacto relevante en el trabajo del Sistema Interamericano, en términos de asegurar su carácter subsidiario.

Todo ello dicho, los parámetros internacionales de derechos humanos parecieran haber llegado para quedarse por un lapso importante, por lo que en materia de su recepción a nivel interno resulta difícil —aunque en modo alguno imposible, como lo demuestran varios casos en el continente— una regresión, y lo que parece existir es una tendencia incremental al fortalecimiento de su presencia. La cuestión principal es a qué velocidad se producirá ese incremento, ya que si el mismo es muy lento, puede verse sobrepasado continuamente por otros factores.

4.5. Cuestiones orgánicas de la Comisión y la Corte

Además de las propuestas analizadas, se han planteado algunas otras que tienen que ver con aspectos orgánicos del Sistema, tales como la posibilidad de fusionar la Comisión y la Corte en un solo órgano, la posibilidad de cambiar la sede de la Comisión, así como una eventual modificación de los requisitos para llegar a formar parte de la Comisión. La determinación clara de la autonomía funcional de la CIDH tampoco ha tenido lugar.

4.5.1. ¿Cuántos órganos de derechos humanos?

Una de las reformas que se ha planteado desde algunos Estados se refiere a una eventual fusión de la Comisión y la Corte, de manera que existiese en lo sucesivo solo una Corte. Como hemos señalado, tal fue el camino adoptado por el Sistema Europeo hace pocos años. En el Sistema Interamericano, durante 20 años (1959-1979) operó exclusivamente la Comisión, y en las siguientes dos décadas han funcionado dos órganos: la Comisión y la Corte.

El avance en la cantidad de Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte ha llevado a algunos a sostener que se encuentran las condiciones en ciernes para que pueda comenzar a pensarse que en un plazo cercano pudiera operarse solo a través de una Corte.

Se trata de una propuesta reciente, que comenzó a perfilarse a fines de 1999, con la creación de un Grupo *ad hoc* sobre el fortalecimiento del Sistema Interamericano. La conformación de dicho Grupo significó un retroceso en la participación de la sociedad civil en la OEA, ya que el mismo quedó integrado prácticamente por representantes estatales.[121]

La propuesta de fusionar la Comisión y la Corte, eliminando la Comisión, pasa por alto a lo menos dos aspectos centrales. El primero concierne a la situación de los derechos humanos en el continente. El segundo se refiere a la actitud con que los Estados encaran el rol de los órganos y las decisiones emanadas de estos.

En lo relativo al primer aspecto, en un amplio número de países de la región continúan existiendo violaciones graves a los derechos humanos. En la mayoría de los países no se trata, como en el pasado, de violaciones sistemáticas, deliberadamente llevadas a cabo por los órganos centrales del aparato estatal —aunque ellas subsisten en algunos países—. No obstante, las violaciones continúan siendo graves en muchos Estados, ya sea por la aquiescencia o tolerancia del aparato estatal, ya porque este aparato es muy débil, ya porque el poder de las autoridades civiles coexiste de hecho con el poder del sector militar o de grupos paramilitares.

[121] El Grupo *ad hoc* fue creado en el marco de las celebraciones de los 30 años de la adopción de la Convención Americana y 20 de la instalación de la Corte Interamericana, realizadas en San José de Costa Rica. Véase el documento *Celebración del Trigésimo Aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" y Vigésimo Aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cuadragésimo Aniversario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución aprobada en el diálogo de ministros de Relaciones Exteriores, celebrada el 22 de noviembre de 1999.* El Grupo quedó compuesto por representantes de los ministros de Relaciones Exteriores de los países partes de la Convención Americana, el presidente de la Corte y de la Comisión, un representante del secretario general y un experto del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Además, algunos de los tipos de violaciones graves no constituyen en modo alguno hechos aislados, sino que son prácticas arraigadas. Tal es el caso, por ejemplo, de la persistencia de la práctica de la tortura y otros tratos crueles en los centros de detención y en los centros penitenciarios, violaciones que son cometidas por agentes estatales.

Otra práctica que persiste de manera extendida es la violencia contra la mujer, ya que si bien en este caso se ha logrado ir creando conciencia en la última década en la región, el problema está aún lejos de solucionarse. A diferencia de lo que ocurre con la tortura, en el caso de la violencia contra la mujer en general los agentes estatales no son los agresores directos; sin embargo, a pesar de tratarse de una práctica notoriamente conocida, los Estados no la enfrentan de manera eficaz ni asignan a esta tarea suficientes medios, lo que termina equivaliendo a una forma de aquiescencia o tolerancia.

También continúan siendo muy extendidas y diversas las prácticas discriminatorias respecto de importantes sectores de la población en muchos países, incluyendo la mujer, los pueblos indígenas, las comunidades afrolatinas, etc. Respecto de este problema, puede afirmarse que el mismo no se limita a la tolerancia de los agentes del Estado, sino que a menudo esos agentes son quienes perpetran los actos discriminatorios. Ello ocurre no pocas veces sin conciencia de que se está discriminando —lo cual no obsta, claro, para que se trate de un acto discriminatorio—, revelando hasta qué punto se encuentran arraigadas en la cultura de la región dichas prácticas.

Frente a estas y otras prácticas arraigadas y extendidas, un Sistema Interamericano de Derechos Humanos que solo operara a través de una Corte que conociera de casos individuales, sería claramente insuficiente. Si bien es cierto que en determinadas circunstancias la decisión de casos paradigmáticos puede producir un efecto transformador que vaya más allá de ese caso en particular, cuando se trata de violaciones a los derechos humanos con características como las recién anotadas es imprescindible disponer de otros medios para procurar su solución.

Entre esos otros medios, la elaboración de informes sobre países y la realización de visitas *in loco* —con el consiguiente im-

pacto comunicacional y de opinión pública que ellas producen— son actividades que lleva a cabo la Comisión y que en el contexto actual resultan insustituibles.

El segundo aspecto se refiere, como señalábamos, a la actitud de los Estados frente al Sistema. Este segundo aspecto envuelve, a su vez, dos facetas: la actitud individual de los Estados frente a las decisiones emanadas de los órganos interamericanos y la actitud colectiva de los Estados como parte de la OEA. Como hemos analizado a lo largo de este trabajo, la OEA presenta deficiencias serias en ambos aspectos. Quienes auspician la existencia de un solo órgano —una Corte— en el Sistema Interamericano suelen invocar como precedente la experiencia del Sistema Europeo. Sin embargo, los dos aspectos mencionados del Sistema Interamericano distan mucho de parecerse a la situación en el contexto europeo.

Por último, en ningún instante se aclaró si, como en el Sistema Europeo, en caso de fusionarse la Comisión y la Corte, que se le daría acceso directo a esta a las víctimas, cuestión para la que no parecen estar preparados muchos Estados americanos.

La viabilidad de la propuesta de fusión parece haber desaparecido por lo menos para el futuro cercano. Al dar seguimiento al trabajo, el Grupo *ad hoc* emitió en febrero de 2000 una serie de conclusiones que no recogieron en absoluto esta propuesta.[122]

[122] Al finalizar su reunión, el Grupo *ad hoc* aprobó una serie de recomendaciones en torno de: *a)* financiamiento, solicitando un aumento sustancial de los recursos; *b)* ingreso pleno de los Estados miembros al Sistema Convencional; *c)* promoción de los derechos humanos y de medidas nacionales para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; *d)* papel de los órganos políticos como garantes del funcionamiento del sistema y, en especial, del cumplimiento de las decisiones de los órganos, y *e)* adecuación de aspectos procesales en las actividades de la Comisión y la Corte. Estas conclusiones son una importante contribución, en particular gracias a las decisivas intervenciones de los presidentes del Instituto Interamericano y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las de algunas delegaciones como las de Argentina, Chile, Paraguay y Venezuela. En especial, resalta el llamamiento que se hace a los órganos políticos de la OEA para asumir un rol más activo como garantes colectivos del cumplimiento de las decisiones de los órganos de protección del Siste-

No obstante, se trata de un planteamiento que puede ser revivido en algún momento, ya que son no pocos los Estados que querrían que la Comisión desapareciese.

4.5.2. Sede de los órganos

Si bien este aspecto pudiera en apariencia ser menor en comparación con otros analizados, lo cierto es que no carece de importancia en el contexto de la OEA. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido su sede en Washington desde su creación. La Corte posee, a su vez, su sede en San José de Costa Rica desde su establecimiento en 1979.

El hecho de que estos órganos estén situados en lugares diferentes y distantes entre sí acarrea efectivamente ciertos problemas para la eficiencia del Sistema. Este y otros motivos han llevado al Gobierno de Costa Rica a auspiciar el traslado de la Comisión a ese país, de manera que en lo sucesivo ambos órganos tengan sede en el mismo lugar.

Esta propuesta, que a primera vista pudiera ser apreciada como referida a un aspecto meramente técnico, posee, sin embargo, otros alcances. En efecto, en un contexto como el actual, en el que el Sistema Interamericano presenta serios problemas desde el punto de vista de su eficacia, esto es, el cumplimiento de sus resoluciones por parte de los Estados, un eventual traslado de la Comisión a Costa Rica haría aún más complejo el asunto.

La Comisión ya encuentra muchas dificultades para hacer efectivas sus decisiones y, en gran medida, el grado de eficacia que ha logrado alcanzar obedece a su presencia junto a los órganos políticos de la OEA en Washington. Eliminado este factor, esto es, alejada la Comisión de Washington donde la OEA tiene su sede, su posibilidad de influir para que sus decisiones adquirieran eficacia no haría sino disminuir significativamente.

---

ma Interamericano, así como la necesidad de que los Estados adopten las medidas domésticas necesarias para implementar las obligaciones internacionales.

4.5.3. Requisitos para formar parte de la Comisión

La propuesta levantada a comienzos de los noventa y a la que antes nos refiriéramos —en el sentido de aumentar significativamente el numero de comisionados y establecer una distribución geográfica de los mismos— no tuvo éxito, pero con el correr de los años se han formulado varias otras relativas a las características que deben reunir quienes que sean postulados como candidatos para ser comisionados.

Una de dichas propuestas consistía en prohibir que postularan para comisionados personas que pertenezcan a una ONG. En la actualidad, la Convención Americana establece en su artículo 34 que los miembros de la CIDH "deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos". Si tales son los requisitos, no se advierte cómo se podría, sin violar la Convención, establecer una prohibición general de la naturaleza planteada, en circunstancias en que muchos integrantes de organizaciones no gubernamentales poseen esas características.

Ahora bien, si lo que se pretendiera fuese la reforma de la Convención, ello sería inconsistente con la protección de los derechos humanos y establecería una práctica discriminatoria, ya que si lo que se teme es que las personas que hayan trabajado para las ONG carezcan de independencia, no menos podría señalarse de los representantes estatales. Más aún, mientras que la práctica de las personas elegidas comisionadas que han sido al tiempo de su elección integrantes de las ONG ha consistido en renunciar a su participación en dichas instituciones —lo cual es coherente con la imparcialidad e independencia requeridas para el cargo—, no ha ocurrido algo análogo cuando se ha tratado de personas electas como comisionadas que ejercen funciones para el Gobierno de sus respectivos Estados.

4.5.4. El tema de la autonomía funcional de la Comisión en este periodo

En términos jurídicos, en el periodo 1996-2001 la Comisión creció en cuanto a su autonomía funcional para designar personal.

No obstante ello, en la práctica, bajo el mandato de César Gaviria como secretario general de la OEA, ha sido la propia Comisión la que ha nombrado a su personal, sin que el secretario general haya impugnado estas designaciones, por lo que en la realidad la CIDH ha gozado de un margen mucho mayor de autonomía funcional al respecto, que en el pasado.

Sin embargo, en la medida en que dicha autonomía funcional no se consagre jurídicamente, la situación continuará siendo precaria, ya que no existe ningún obstáculo legal para que la práctica de los últimos años pueda ser revertida, volviéndose al estado de cosas previo.

4.6. Las relatorías de la Comisión

En la década de los noventa, y especialmente en su segunda mitad, se estructuró un conjunto de relatorías en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como es bien sabido, en las Naciones Unidas las relatorías juegan un papel de importancia en materia de derechos humanos. En la ONU existen numerosas relatorías temáticas y, desde la década de los setenta, a partir del tratamiento de la situación de Chile, se contemplan asimismo relatorías dedicadas a países determinados en los que se considera que la situación es especialmente grave. Al nivel de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que decide acerca de qué países se hacen merecedores de un relator especial, se produce cada año un intenso debate, puesto que ningún Estado desea ser objeto de esta medida.

En la Comisión se ha creado en los últimos años una serie de relatorías temáticas (sobre prisiones, sobre derechos humanos de la mujer, sobre derechos de los pueblos indígenas, sobre libertad de expresión, entre otras). No se han establecido, en cambio, relatorías por países. Esto último se explica por el hecho de que al estar compuesta la Comisión Interamericana por expertos independientes —cuyo caso no es el de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU—, es la propia Comisión la que elabora informes sobre aquellos países donde la situación es más grave, sin necesidad de recurrir al expediente de un relator especial por país.

En cuanto a las relatorías temáticas, estas en general poseen un perfil considerablemente más bajo en el Sistema Interamericano que en Naciones Unidas. La cuestión de los recursos disponibles parece ser central al respecto, ya que en el caso de la CIDH —excepción hecha de la Relatoría sobre Libertad de Expresión, que se analiza enseguida— son sus propios miembros quienes se han desempeñado como relatores. No siendo los miembros de la Comisión funcionarios a tiempo completo, deben realizar estas tareas en añadidura a muchas otras. De ahí que su papel se haya circunscrito a la elaboración de algunos estudios que no han tenido mayor trascendencia pública.

La situación ha sido diferente en el caso de la Relatoría sobre Libertad de Expresión, ya que al contar esta con recursos propios, aportados por los Estados, está encabezada por un relator a tiempo completo y que ha llevado a cabo a partir de fines de 1998 actividades de mayor envergadura que las demás relatorías, tomando parte en su calidad de tal en las visitas *in loco* que efectúa la Comisión.

4.7. La falta de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por algunos Estados

En la actualidad, son escasos los Estados de la OEA que no han ratificado la Convención Americana, instrumento básico del Sistema en materia de derechos humanos. Se trata de algunos pocos Estados del Caribe, así como Canadá y Estados Unidos.

A pesar de que por el solo hecho de ingresar a la OEA se aplica a un Estado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es evidente que se alcanza un estatuto pleno solo una vez que se ratifica la Convención Americana.

En el caso de Canadá, su incorporación a la OEA recién se produjo en 1990. Desde entonces, dicho país ha desempeñado un papel importante en lo que se refiere al fortalecimiento, contribuyendo a generar una discusión más abierta y transparente, a favorecer la participación de la sociedad civil y, en general, a apoyar la labor

que llevan a cabo los órganos de derechos humanos de la OEA. Sin embargo, es frecuente que aquellos Estados que son más cuestionados por sus prácticas en materia de derechos humanos, pongan en tela de juicio la legitimidad de Canadá para pronunciarse en estas materias, dada su no ratificación de la Convención Americana. Si bien como excusa ello carece de base, es obvio que la presencia de Canadá como un actor protagónico en la OEA se vería notablemente fortalecida si ratificara la Convención Americana.

Las principales razones por las que dicha ratificación aún no ha tenido lugar son problemas relativos al sistema federal canadiense, así como algunos aspectos sustantivos, en relación con el aborto y otras materias. En este sentido, algunas ONG canadienses han preparado documentos que muestran cómo la ratificación de la Convención Americana en ningún caso representaría un retroceso para la protección de los derechos humanos en ese país y un conjunto de ONG que participan activamente en el Sistema Interamericano está iniciando una campaña para que se produzca la ratificación.[123]

La situación de Estados Unidos, en cambio, se inserta dentro de sus pésimos antecedentes en materia de adopción de instrumentos internacionales y, en general, de su falta de asunción seria del derecho internacional. Así, después de haber sido suscrita por Estados Unidos hace varias décadas, la ratificación de la Convención Americana se encuentra pendiente en el Senado desde 1977, sin visos de cambio por el momento.[124]

4.8. Preparación y entrada en vigor de instrumentos internacionales

En la Asamblea General realizada en Ciudad de Guatemala en 1999, fue adoptada la Convención Interamericana para la Elimi-

123 Véase "Rights & Democracy, Brief to the Canadian Government regarding ratification by Canada of the American Convention on Human Rights (ACHR)", Quebec, 19 may 2000.

124 Véase "International Human Rights Law Group, Making Rights Real in the Americas: A Call to the United States to Ratify the American Convention on Human Rights", Washington, D.C., 1994.

nación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas Discapacitadas. Ella estuvo precedida de un debate entre los grupos dedicados a la protección de los derechos de las personas con discapacidad acerca de si el texto final resultaba o no apropiado y, por lo mismo, si merecía o no el apoyo no gubernamental.

Por una parte, algunas ONG sobre discapacidad de Canadá y Estados Unidos señalaron no hallarse conformes con el texto propuesto, puesto que el mismo establecía estándares de protección inferiores a los ya existentes en sus legislaciones internas, así como en instrumentos de la ONU. Por otra parte, las ONG latinoamericanas sobre discapacidad sostuvieron que, no obstante las limitaciones que apreciaban en la Convención, ella representaba un paso adelante para la protección de las personas con discapacidad en la gran mayoría de los países del continente, en los cuales la salvaguarda de los derechos de estas personas es sumamente débil, cuando no virtualmente inexistente. También observaron que, a pesar de ser cierto que algunos instrumentos de la ONU establecen estándares más protectores que la Convención Interamericana, ninguno de esos instrumentos tiene el rango de un tratado.

Durante la Asamblea General en Guatemala se realizó una reunión paralela especialmente dedicada a este tema entre las ONG dedicadas de manera general a derechos humanos y aquellas especializadas en los derechos humanos de las personas con discapacidad, a fin de afinar una estrategia conjunta, que consistió, en definitiva, en apoyar la adopción del tratado, por las razones expuestas por los grupos latinoamericanos a que antes hemos hecho mención.

El otro instrumento de envergadura, pero cuya concreción se ha dilatado enormemente, se refiere a los pueblos indígenas. Después de llevar a cabo algunos esfuerzos más bien aislados en la materia durante sus tres primeras décadas de funcionamiento —entre los cuales resalta el informe sobre la situación de los miskitos—,[125] la Comisión Interamericana decidió dar mayor

[125] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, 16 de mayo de 1984.

énfasis a esta temática y ha venido incrementando su trabajo en la materia. Así, en 1989 obtuvo que la Asamblea General le encomendara la preparación de un borrador de Convención en la materia. El propósito original de la Comisión era tener concluido todo el proceso de elaboración en 1992, en la conmemoración del aniversario número 500 de la llegada de Colón a América.

Sin embargo, tras una serie de reuniones con organizaciones indígenas, la CIDH percibió que las complejidades envueltas eran mucho mayores que las previstas, por lo que consideró más práctico preparar un Proyecto de Declaración —solemne, claro está— en vez de un tratado. El plazo tenido en miras originalmente tampoco fue cumplido y la Comisión emitió un borrador final en 1995, después de realizar numerosas consultas con los Estados, organizaciones indígenas y otros —incluso la Comisión había hecho circular entre todos ellos un borrador previo, recogiendo comentarios para su borrador definitivo—.

A pesar de sucesivos pronósticos de que la elaboración de este instrumento concluiría a más tardar entre 1998 a 1999, lo cierto es que la misma continúa dilatándose hasta la fecha, y lo que es peor, han surgido una serie de aspectos sobre los que no se ha podido alcanzar acuerdo que amenazan con prolongar indefinidamente la adopción del texto.[126]

También cabe subrayar que en la segunda mitad de los noventa entraron en vigor la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

126 Consúltese el siguiente informe especial: CIDH, La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, 19 de octubre de 2000. Para una descripción de la evolución del Sistema Interamericano en materia de derechos de los pueblos indígenas, véase Hannum, Hurst, *The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System, cit.;* Pasqualucci, Jo M., "The Inter-American Human Rights System, Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", en *Inter-American Law Review,* vol. 26, núm. 2, 1994-1995, pp. 329-335; Dulitzky, Ariel, "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Revista IIDH,* núm. 26, 1997, pp. 137 y ss.

4.9. Participación institucional de las ONG en la OEA: la creación de un sistema de estatus consultivo

4.9.1. Antecedentes

A fines de 1999 se concretó finalmente una aspiración de antigua data de las organizaciones de la sociedad civil en la OEA, al establecerse un sistema de estatus consultivo para ellas. Esto significa que, en lo sucesivo, dichas entidades tendrán derechos a asistir a una serie de sesiones de organismos de la OEA, podrán distribuir documentos por canales oficiales y efectuar presentaciones orales ante algunos órganos políticos de la OEA.

Históricamente, las organizaciones de la sociedad civil carecían de estas facultades, a diferencia de la práctica de la ONU, en que existe desde hace varias décadas un mecanismo de estatus consultivo ante el Ecosoc.

Esta carencia histórica en la OEA no obsta para que las instituciones de la sociedad civil hayan llevado a cabo numerosas tareas en relación con la Comisión y Corte Interamericana, según hemos venido analizando en este trabajo. Es más que claro, respecto de la Comisión Interamericana, que las ONG han desempeñado un rol crucial para apoyar sus tareas, denunciando violaciones, proporcionando información relevante para la elaboración de informes sobre países, convocando a las víctimas para que declaren ante la Comisión en las visitas *in loco* que esta efectúa, etc. También, la participación de las ONG ha sido muy relevante en la tramitación de casos ante la Corte Interamericana, a pesar de que formalmente intervinieron solo como asesores de la Comisión hasta la entrada en vigor del reglamento de 2001.

Sin embargo, la sola participación respecto de la Comisión y la Corte estaba lejos de ser suficiente, ya que la histórica falta de participación institucionalizada de las organizaciones de la sociedad civil ante los órganos políticos de la OEA ha acarreado un perjuicio para la protección de los derechos humanos en el continente. En este punto es interesante contrastar las funciones de los órganos con los de las Naciones Unidas, para mostrar por qué en la OEA la participación ante los órganos políticos resulta espe-

cialmente indispensable. Como señaláramos al comienzo de este trabajo, en la ONU, la Comisión de Derechos Humanos, además de llevar a cabo investigaciones y emitir informes, hace las veces de foro de discusión en la materia; en la OEA, este rol es desempeñado por el Consejo Permanente y la Asamblea General, es decir, por órganos políticos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es una suerte de asamblea donde cientos de personas se reúnen a discutir durante varias semanas la situación de tales derechos. La Comisión escucha alegaciones de las partes, recibe testimonios y opiniones de expertos, sin que otras personas puedan intervenir. El formato es completamente diferente y se asemeja más bien al de una pequeña sala de audiencias a la que, salvo objeciones de alguna de las partes, puede acceder el público, pero en cantidad muy limitada y, como decíamos, sin derecho a efectuar una exposición.

Además, en la ONU es la propia Comisión de Derechos Humanos la que adopta decisiones tales como la composición de sus órganos subsidiarios y la que recibe los informes preparados por los relatores especiales, subcomisiones y demás órganos dependientes de ella. En la OEA estas materias quedan entregadas al Consejo Permanente y a la Asamblea General. Esta última es la que elige a los miembros de la Comisión y a los jueces de la Corte, y son estos órganos políticos los que reciben y debaten los informes anuales de la Comisión y la Corte; el Consejo Permanente prepara proyectos de resolución respecto de estos informes, correspondiendo la última palabra en cuanto al contenido de tales resoluciones a la Asamblea General. Además, la Asamblea General de la OEA posee un mandato explícito emanado del artículo 65 de la Convención Americana de dar seguimiento a las sentencias de la Corte.

Existe, por lo demás, una serie de otras funciones que en la ONU son ejercidas por la Comisión de Derechos Humanos y que en la OEA desempeñan el Consejo Permanente y la Asamblea General, entre las que destaca la preparación de instrumentos internacionales de derechos humanos. Más allá de que, en el caso de la OEA, organismos especializados como la CIDH o la Comisión Interamericana de Mujeres hayan participado en la elaboración de borradores de instrumentos, lo cierto es que las "riendas" de la tramitación las manejan los órganos políticos, que son quienes

deciden darle o no seguimiento a dichos borradores, considerar o desechar los contenidos de los mismos, etcétera.

Las ONG que asisten a la Asamblea General de la OEA lo han hecho históricamente a través de una "concesión graciosa", puesto que resultaba completamente discrecional para la OEA el invitarlas. Este hecho, sumado a que las ONG no pudieran realizar presentaciones ante la Asamblea, daban lugar a un círculo vicioso, puesto que dichas organizaciones no le veían sentido a destinar recursos para asistir a estas asambleas. No obstante ello, la participación de las ONG en las asambleas generales fue incrementándose progresivamente durante los noventa, debido a que se fue percibiendo que, con todas las limitaciones del caso, se conseguían algunos objetivos en las tareas de *lobby* en las asambleas. Así se rompió el círculo vicioso y, a partir de 1997, la presencia de la sociedad civil aumentó significativamente a varias decenas de ellas, con varios cientos suscribiendo una declaración conjunta. En el hecho de que el año 1997 pueda ser considerado el año del "despegue" en esta materia, jugaron un papel central las ONG de Perú, país donde se realizó la Asamblea General en esa oportunidad.

En cuanto al Consejo Permanente, desde mediados de los noventa se comenzó a permitir de manera informal y no regular la asistencia de las ONG, sin que en los hechos hubiera citación para ellas, ni se las notificara de la agenda, tomando conocimiento de que habría reuniones solo gracias a la buena voluntad de algunos representantes estatales. En fin, en ocasiones, y sin que existieran parámetros definidos para ello, simplemente se las excluía de determinadas reuniones impidiéndoseles de hecho el ingreso. Formalmente no estaban autorizadas a circular documentos o realizar intervenciones orales.[127]

[127] Para una contrastación más detallada entre la situación de la ONU y la de la OEA previa al establecimiento en esta de un sistema de estatus consultivo, véase González, Felipe, "El control internacional de las organizaciones no-gubernamentales", en R*evista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* núm. 25, ene-jun, 1997, pp. 29-44. Sobre la ONU, un estudio comprensivo en Otto, Dianne, "Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of the International Civil Society", en *Human Rights Quarterly,* vol. 18, núm. 1, 1996, pp. 107-141.

4.9.2. Esfuerzos dirigidos a establecer un sistema de estatus consultivo

Debido a las carencias anotadas, así como al impulso brindado al respecto por las propias ONG y algunos Estados, el Consejo Permanente estableció en 1994 un Grupo de Trabajo sobre la situación de las organizaciones no gubernamentales, destinado a avanzar hacia la creación de un mecanismo de estatus consultivo. Sin embargo, este Grupo dio por concluidas sus tareas en 1997, sin recomendar el establecimiento de un estatus consultivo ni de nada que se le asemejara.[128] Mientras que el Grupo de Trabajo se encontraba activo, dos ONG —el International Human Rights Law Group y CEJIL— prepararon un borrador conteniendo un conjunto de regulaciones sobre el estatus consultivo; este documento fue distribuido a diversas delegaciones gubernamentales, pero ninguna de ellas llegó a someterlo al Grupo de Trabajo, por considerar que no habría disposición colectiva para trabajar sobre ellas.

Básicamente, las tareas del Grupo de Trabajo se redujeron a recopilar antecedentes acerca de las relaciones —ya fueran normadas o de hecho— existentes entre la OEA y los organismos no gubernamentales. Muchos de los organismos eran en realidad de asesoría técnica más que instancias de participación de la sociedad civil. Además, el Grupo de Trabajo dio a entender en su documento final que lo que le interesaba a la OEA con el estatus consultivo era recopilar información proporcionada por las ONG —la cual es una de diversas facetas de relación posibles— sin referirse a la interacción y debate que debería producirse entre la OEA y las sociedades civiles del continente. El Grupo de Trabajo curiosamente estimó en su documento final de 1997 que "las ONG tienen ya un estatus en la OEA".[129] Dicho estatus les estaría conferido, supuestamente, por un documento del año 1971, denominado "Normas sobre relaciones de cooperación entre la OEA y las Naciones Unidas, sus organismos especializados,

[128] Informe Grupo de Trabajo encargado de estudiar la posibilidad de otorgar estatus a las organizaciones no gubernamentales (ONG) en la OEA, OEA/Ser. G, CP/CAJP-1156/97, 4 de febrero de 1997.

[129] *Ibidem,* p. 10.

y otros organismos nacionales e internacionales".[130] Lo cierto es que este documento no estableció en absoluto un sistema que se asemeje al estatus consultivo para las ONG a la manera en que existe en la ONU y otros organismos intergubernamentales. El documento del año 1971 establecía básicamente mecanismos para requerir asesoría técnica.

En realidad, lo que sucedió en esa etapa fue que la orientación del Grupo de Trabajo se vio afectada por la discusión más general sobre la reforma del Sistema Interamericano, que vivió sus momentos de mayor tensión justamente en los años 1996-1997. Por lo mismo, no fue de extrañar que el Grupo de Trabajo acabara desdiciéndose de sus propósitos iniciales de encaminarse hacia el establecimiento de un genuino mecanismo de estatus consultivo.

Cuando parecía que el proceso hacia el establecimiento de un estatus consultivo se estancaba definitivamente, el asunto recobró un inesperado vigor como consecuencia de los lineamientos de la Segunda Cumbre de las Américas, realizada en Santiago de Chile, en abril de 1998, en la que se enfatizó la necesidad de fortalecer las formas de participación de la sociedad civil. Esto llevó a que en la Asamblea General de la OEA de ese año se adoptara una resolución llamando a hacer efectiva esa participación en la OEA.

Un Grupo de Trabajo conjunto del Consejo Permanente y del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) sobre el fortalecimiento y modernización de la OEA asumió entonces la tarea de avanzar en la línea de abrir nuevos cauces a la participación de la sociedad civil. Paralelamente, las organizaciones no gubernamentales establecieron una coordinación permanente bajo los auspicios de la Fundación Esquel Group, para hacer un seguimiento permanente y formular aportes al mencionado Grupo de Trabajo.

Seguidamente, el Grupo de Trabajo elaboró un borrador conteniendo un conjunto de directrices detalladas, estableciendo un mecanismo de estatus consultivo. La Asamblea General de 1999 refrendó el trabajo en esa dirección, aprobando una resolución

130 AG/RES. 57 (I-O/71).

sobre la OEA y la sociedad civil, la cual incluyó un anexo conteniendo las mencionadas directrices. La resolución de la Asamblea creó una Comisión al interior del Consejo Permanente a cargo de dar seguimiento a las directrices y de completarlas antes del fin de año de 1999.

La coalición de las ONG continuó su labor de seguimiento en esta etapa y envió un conjunto de observaciones sobre el borrador de directrices a la referida Comisión. Este proceso concluyó efectivamente en diciembre de 1999, consagrándose un sistema de estatus consultivo para las entidades de la sociedad civil en la OEA. Lo anterior se concretó mediante la aprobación por la referida Comisión del documento denominado "Directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA", y su adopción unos días más tarde por el Consejo Permanente.[131] En dotar de celeridad a este proceso Canadá jugo un papel de importancia, ya que aspiraba a llegar a la Asamblea General que se realizaría en su territorio el año 2000 con este proceso ya concluido, lo que, como hemos señalado, se consiguió.

4.9.3. Rasgos principales del sistema de estatus consultivo de la OEA

El establecimiento de un sistema de estatus consultivo para las organizaciones de la sociedad civil puede llegar a transformarse, si es bien implementado, en un paso significativo hacia una OEA más transparente y eficiente.

El sistema establecido presenta todavía insuficiencias, y si bien las ONG formularon a lo largo del proceso de su creación una serie de propuestas que fueron incorporadas, subsisten algunas limitaciones a su participación que no parecen ser coherentes con el propósito general de fortalecer la participación de la sociedad civil. De alguna manera, subsiste un cierto "celo" de parte de algunos Estados respecto de que las organizaciones de la sociedad civil puedan asumir un papel que signifique un

[131] OEA/SER.G, CP/RES.759(1217/99), 15 de diciembre de 1999.

cierto desplazamiento del protagonismo desde los Estados parte de la OEA a dichas organizaciones. No obstante, el solo hecho de establecer un mecanismo de estatus consultivo abre las puertas al desarrollo de una dinámica diferente, que debiera conducir a una ampliación de las formas de participación de las ONG y de interacción entre estas y los organismos de la OEA.

Las directrices comienzan señalando (párr. 1) que su objetivo es regular la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la OEA. En otras palabras, no se trata meramente de labores de asesoría —como parecía indicarse en algunas etapas iniciales del proceso de establecimiento de un estatus consultivo—, sino de que la sociedad civil, a través de sus organismos, tenga presencia en las actividades de la OEA.

Enseguida se dispone que por organización de la sociedad civil se entenderá "toda institución, organización o entidad nacional o internacional integrada por personas naturales o jurídicas de carácter no gubernamental" (párr. 2).

Las regulaciones incluyen un conjunto de principios que rigen la participación de las ONG, entre los cuales se resalta que "[l]os asuntos de que se ocupen deberán ser de competencia de la OEA y las finalidades y propósitos que persiguen deberán ser congruentes con el espíritu, los propósitos y los principios establecidos en la Carta de la OEA" (4.a) y que su actividad "deberá contribuir al desarrollo de las actividades de los órganos de la OEA" (4.b). En este sentido, la versión final de las directrices despejó del camino algunos términos que se incluían en los borradores previos y que las ONG habían observado que por su ambigüedad podían prestarse para dificultar una participación libre. En efecto, en los borradores se exigía que las ONG demostraran "respaldo" a las actividades de la OEA y la ausencia de tal respaldo podía significar que se dejara sin efecto el derecho a participar de una ONG; también se establecía que las ONG se comprometieran a dar su apoyo a la OEA. Todo esto podría haberse interpretado eventualmente como una limitante a la formulación de críticas por parte de las organizaciones de la sociedad civil al desempeño de órganos de la OEA.

En cuanto al trámite de solicitud para que una ONG sea registrada, se eliminó de la versión final de las directrices la posición

calificada que se asignaba en los borradores al Estado en el que tenía su sede la ONG que formulaba la solicitud. Así, mientras que en los borradores se indicaba que en el trámite de admisión de una ONG nacional se obraría "previa consulta con el Estado miembro interesado", en el texto definitivo se señala que al momento en que se analice por la Comisión una solicitud de participación, "los Estados miembros podrán efectuar comentarios y solicitar informaciones a la organización respectiva" (párr. 10).

En cambio, el texto final mantuvo algunas disposiciones que las ONG consideraban demasiado intrusivas, especialmente en relación con sus fuentes de financiamiento. Se trata de un aspecto que también ha dado origen a fricciones en el ámbito de las Naciones Unidas.

Respecto de las modalidades concretas de participación, se establece el derecho de las ONG registradas a participar en las conferencias de la OEA. Pero es respecto del Consejo Permanente y del CIDI que se introducen las innovaciones más significativas. Así, se establece que "[l]as organizaciones de la sociedad civil que hayan sido inscritas en el registro podrán designar representantes para que asistan a las reuniones públicas del Consejo Permanente, del CIDI y de sus órganos subsidiarios", pudiendo esto extenderse a las reuniones privadas con la autorización del presidente, previa consulta con los Estados participantes (párr. 13.a). Las ONG deberán ser además informadas acerca del calendario de reuniones públicas y de las respectivas agendas (párr. 13.b).

También se establece el derecho de las ONG a presentar documentos escritos sobre los temas de discusión, los que deberán ser distribuidos por la Secretaría de la OEA a los Estados miembros. Cuando el documento exceda de 2000 palabras, la ONG deberá hacerse cargo del costo de su distribución (párr. 13.c). Se consagra así un derecho hasta ahora inexistente para las organizaciones de la sociedad civil: el de hacer circular documentos por canales oficiales de la OEA.

Otro paso sin precedentes en la OEA lo constituye el hecho de que las ONG podrán, en lo sucesivo, realizar presentaciones orales ante determinados órganos políticos. Estas podrán ser efectuadas en las reuniones de las comisiones, grupos de expertos y grupos de trabajo del Consejo Permanente o del CIDI. Tra-

tándose de las referidas comisiones, el derecho es más acotado que respecto de los grupos de expertos o de trabajo, ya que en las reuniones de las primeras solo se autoriza una presentación al comienzo del debate, mientras que en los segundos puede hacerse una nueva presentación al finalizar la consideración de cada tema. Además, solo respecto de las reuniones de los grupos de expertos y grupos de trabajo —y no para las reuniones de comisiones— se establece que las ONG recibirán la documentación pertinente en forma previa a la reunión.

No obstante, en disposiciones aplicables a todos los casos anteriores, las directrices enfatizan que "[l]as organizaciones de la sociedad civil no podrán participar en las deliberaciones, negociaciones y decisiones que adopten los Estados miembros" (con idénticas palabras en los párrs. 13.d y 13.e). Estas disposiciones mantienen un margen de ambigüedad, puesto que no queda claro si eventualmente autorizarían a excluir a las ONG en determinados momentos durante las discusiones, lo que sería completamente contradictorio con los propósitos que animan el establecimiento de un sistema de estatus consultivo.

Lo anterior refleja las tensiones que atravesaron en el proceso de establecimiento de un estatus consultivo para las organizaciones de la sociedad civil, proceso en el que siempre hubo algunos Estados que temieron que las ONG pudieran intentar "reemplazarlos" en su rol. Desde luego, no es esa la pretensión de las ONG, sino que se trata de establecer mecanismos para asegurar una mayor transparencia y participación en las actividades de la OEA.

Para hacer lo más beneficioso posible el mecanismo del estatus consultivo será indispensable que las ONG del hemisferio efectivamente hagan uso de las nuevas vías disponibles, a fin de sacarles el mayor provecho para el fortalecimiento del Sistema Interamericano. Además, dada la ambigüedad de algunas disposiciones estatutarias, resulta indispensable un papel activo de las organizaciones de la sociedad civil para que dichas normas sean interpretadas de la manera que favorezca más la transparencia y la participación.

Ya en la Asamblea General del año 2000, la primera después del establecimiento del estatus consultivo, se apreció por prime-

ra vez a un grupo numeroso de instituciones de la sociedad civil abocadas a temáticas diferentes a las de derechos humanos, en lo cual la existencia de dicho estatus parece haber jugado un papel importante.

4.10. Escatimando el uso de la resolución 1080

Como vimos al tratar el periodo 1990-1995, la OEA utilizó respecto de varios Estados —Haití, Perú y Guatemala, en orden cronológico— la resolución 1080, adoptada para la protección de la democracia. Posteriormente, la OEA ha intervenido también en crisis políticas en otros países, pero evitando en general recurrir a la mencionada resolución.

Si bien se utilizó dicha resolución con el intento de golpe de Estado en Paraguay en 1996, en crisis como las vividas en algunos momentos en Ecuador, Perú y Venezuela, la OEA ha operado a través del envío de misiones, usualmente encabezadas por el secretario general de la organización, pero sin invocar los poderes de la resolución 1080. En llevar a cabo estas misiones, la gestión de César Gaviria ha sido más activa que la de su antecesor, João Baena Soares.

Respecto de Perú, los problemas volverían a agudizarse en el año 2000, cuando una misión electoral enviada por la OEA a ese país se retiró por considerar que no existían condiciones para celebrar elecciones exentas de fraude y que el gobierno no tenía disposición para implementar las medidas formuladas por la misión para enmendar el asunto. El retiro de la misión era un hecho sin precedentes en los anales de la observación electoral por parte de la OEA. Sin embargo, el Consejo Permanente rechazó casi sin discusión la aplicación de la resolución 1080; la Asamblea General, realizada a las pocas semanas del retiro, tampoco aplicó la resolución y dispuso el envío de una misión, la que más tarde establecería un enviado permanente. La caída del gobierno de Fujimori por graves problemas de corrupción vino a poner en evidencia que la OEA definitivamente se había quedado corta en el rango de medidas adoptadas.

A partir de 1990 la OEA pareciera haber avanzado en la defensa de regímenes de origen democrático en el continente, pero su actuación todavía dista de ser realmente satisfactoria en la materia, ya que a menudo ella se rige en exceso por la lógica de evitar la crítica abierta a los gobiernos, lo cual a veces la lleva a adoptar pasos tímidos. Además, varias de las crisis se han solucionado de una manera más formal que real, salvándose solo las apariencias de una continuidad constitucional. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de Ecuador, donde a todas luces el presidente elegido popularmente fue forzado a dejar el poder en manos del vicepresidente luego de algunas horas de intervención militar y, no obstante, la OEA dio por cerrado el asunto.

En cualquier caso, es un hecho, que en el contexto actual se hace mucho más difícil que en el pasado una intervención militar abierta y permanente. En el pasado, situaciones como las de los países señalados en los párrafos anteriores hubieran derivado en una dictadura militar con todas sus letras. Que esto resulte ahora significativamente más difícil es la consecuencia de diversos factores, entre los cuales probablemente el quehacer de la OEA no sea el más importante, ya que más relevancia parece tener la globalización económica, que ha hecho indispensable la interdependencia entre los países y que impone mayores exigencias de estabilidad política —aunque, paradójicamente, a veces ello incida significativamente como desencadenante de crisis políticas, como en Ecuador y Venezuela—; y el fin de la Guerra Fría, que ha eliminado la antigua explicación brindada por las dictaduras anticomunistas y que usualmente tenía una favorable acogida en los gobiernos de Estados Unidos.

5. Balance y proyecciones

Habiendo hecho este recuento de los principales acontecimientos en la OEA en materia de derechos humanos desde el advenimiento de los gobiernos civiles en el continente, y contrastado esta etapa con la que la precedió, en la que había dictaduras por doquier, ¿cuánto puede afirmarse que se ha avanzado y qué perspectivas existen para un progreso sustancial?

Desde luego, ha habido avances, y no pocos. Hoy resulta mucho más difícil que en el pasado establecer un sistema dictatorial, aunque son otros los factores de mayor incidencia en ello, y no la OEA. La vara para evaluar los sistemas políticos se ha elevado: en el contexto de dictaduras abiertamente declaradas como tales, un régimen como el fujimorista no hubiera merecido mayor atención internacional —por más que consideremos que hubo importantes insuficiencias en las políticas de la OEA frente a dicho régimen—; el creciente escrutinio acerca del sistema político mexicano es prueba de lo mismo.

También son muchos menos los Estados donde se practican violaciones sistemáticas, esto es, deliberadamente planificadas desde el aparato estatal. Sin embargo, aunque la cartera de casos de los órganos del Sistema se ha diversificado, los atentados contra el derecho a la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal continúan representando el grueso de los casos de los que ellos conocen. Además, la reducción de las violaciones sistemáticas contra el derecho a la vida en un número importante de países ha sacado a la superficie otros tipos de violaciones masivas, aunque ellas no obedezcan necesariamente a un plan estatal deliberado, especialmente ciertas formas de discriminación muy arraigadas, como en contra de la mujer y de los pueblos indígenas. La mayor visibilidad de estas violaciones es, desde luego, un avance. El problema es que pasada una década desde el advenimiento de gobiernos civiles en el hemisferio, en muchos países no se advierten políticas claras para combatir estas prácticas.

Los estándares internacionales de derechos humanos aparecen en la actualidad recogidos en mucho mayor medida que en el pasado en la Constitución Política de muchos Estados. Sin embargo, esto a menudo no va acompañado de medidas legislativas más específicas para implementar dichos estándares. Los jueces han comenzado a aplicarlos en mayor proporción de lo que solían hacer históricamente con las garantías constitucionales; no obstante, se trata de un proceso en ciernes que, salvo el caso de muy pocos países —como Argentina, Colombia y Costa Rica—, no ha experimentado transformaciones de gran envergadura. En ausencia de medidas legislativas específicas, el papel de los jueces continúa siendo mayormente pasivo. Las reformas judiciales en curso a través de la región han contribuido en cierta medida

al fortalecimiento de los sistemas judiciales y hoy la exigencia de agotar los recursos internos antes de llevar un caso a la esfera internacional se ha transformado en la regla que siempre debió ser, y no en la excepción que en la práctica fue durante mucho tiempo. Sin embargo, también en este ámbito hay muchas promesas incumplidas y en una serie de países las reformas judiciales llevan un buen número de años sin que se hayan traducido en resultados importantes.

En cuanto al funcionamiento de los órganos del Sistema Interamericano, incluyendo los órganos políticos y los de derechos humanos, yo diría que ha habido un fortalecimiento moderado, con muchos altos y bajos, con pasos adelante, atrás y a los costados, que mantienen al Sistema bajo un aura de imprevisibilidad y contingencia. Hay un mayor cumplimiento de las resoluciones emanadas del Sistema por parte de los Estados, pero en un grado todavía muy insuficiente, variable según los Estados y a veces, hasta se diría, según la disposición de las autoridades en turno.

A las organizaciones de la sociedad civil se les han abierto algunos espacios nuevos, como el sistema de estatus consultivo —aunque esté por verse cómo se desarrolla su implementación, actualmente en etapa muy germinal—, pero se les han cerrado otros, como el carácter de confidencial que adquirió una etapa crucial de la tramitación de casos individuales en la Comisión. A nivel de la Corte, a partir de 1997 se les reconoció autonomía a las víctimas y a sus representantes en la fase de reparaciones y desde 2001 a lo largo de todo el proceso. Se trataba, esta última, de un paso largamente esperado —alcanzado a 20 años de que la Corte entrara en funcionamiento— y sobre cuya necesidad habían insistido la Comisión, los peticionarios y los Estados.

En cuanto a las relaciones de los órganos políticos —y de los Estados que los integran— con la Comisión y la Corte, no se puede decir en propiedad que la situación haya sido de progreso. En este aspecto, la OEA ha quedado muy lejos de las expectativas existentes al momento del advenimiento de los gobiernos civiles. Se trata de una cuestión central, ya que ello tiene un impacto significativo en el desempeño de los órganos de derechos humanos y en la protección interamericana de tales derechos. Ha predominado un ambiente de tensiones, en el que el grueso de los

Estados desempeña un papel pasivo la mayor parte del tiempo y reacciona en forma vehemente cuando se siente cuestionado por dichos órganos. Esto ha permitido también dejar espacios para el protagonismo de los Estados más beligerantes. No se aprecia, excepto en puñado de Estados —siendo los más constantes a este respecto Argentina y Canadá— una actitud de potenciar el Sistema y sus órganos. ¿Por qué ha quedado la OEA lejos de cumplir las expectativas en esta materia?

En el caso de los Estados más perseverantemente beligerantes respecto del Sistema en los noventa —Perú y México— se puede sostener que ha habido en ellos ciertas incompatibilidades estructurales con el desarrollo de un Sistema Internacional de protección fuerte. Perú desbordó claramente los cauces de un Estado de derecho desde el autogolpe de 1992, por lo que, de alguna manera, con acentos más o acentos menos, la confrontación era altamente probable. En cuanto a México, ha sido un Estado que ha experimentado en carne propia el cambio de lógica en el Sistema Interamericano, desde aquella en que el blanco de los órganos de derechos humanos eran las dictaduras —y México, exento de escrutinio, podía aparecer en una actitud de apoyo a dichos órganos— a la actual, en que los gobiernos civiles predominan y México es uno de los que presenta un sistema político más precario. En ambos parecería estarse *ad portas* de una transformación significativa a nivel interno. Está por verse en qué medida ello se concreta y, de producirse, qué impacto tendrá en su manera de encarar el Sistema Interamericano.

El caso de Colombia, sin embargo, demuestra la complejidad del asunto, puesto que a pesar de existir allí también ciertas incompatibilidades estructurales, la actitud de Colombia en los foros interamericanos no ha sido beligerante. Por décadas, Colombia ha vivido en un contexto de graves violaciones a los derechos humanos, las que incluso se han acentuado en los últimos años. Ha sido objeto de numerosos informes de la Comisión y la Corte ha dictado sentencias condenatorias a su respecto. No obstante, los sucesivos gobiernos han evitado la confrontación con los órganos del Sistema, han participado a veces en forma activa en el mismo y han establecido mecanismos internos para dar cumplimiento a las resoluciones de los órganos internacionales. Si estas políticas corresponden a un genuino interés del Estado colombia-

no por verse beneficiado por la interacción con el Sistema o solo a una disposición táctica, es cuestión que no vamos a analizar aquí. Tal vez el caso colombiano resalte como diferente por una serie de características que le son propias, como la coexistencia de entidades estatales destinadas a la protección de los derechos humanos que operan con el claro fin de mejorar la situación —incluso al precio de pagar con las vidas de sus integrantes— con organismos militares y paramilitares tolerados o apoyados por el poder central que violan los derechos humanos de manera sistemática y la existencia de porciones importantes de su territorio fuera del control del Estado al estar dominadas por las guerrillas.

Pero ha habido además en todo momento una cantidad de otros Estados —que han ido rotando— que han asumido una actitud descalificadora respecto del Sistema, intentando reducir sus poderes. O sea, de acuerdo con ciertas circunstancias, han surgido o han desaparecido como protagonistas en estos debates una serie de Estados. ¿Cuáles son estas circunstancias? ¿Son de carácter estructural? ¿Se trata de circunstancias que guardan relación primariamente con la capacidad de los respectivos gobiernos de cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos o son otros tipos de circunstancias?

Al respecto, una pregunta que parece imprescindible hacerse es si las permanentes crisis económicas que afectan a la gran mayoría de los países del continente juegan un papel significativo en la actitud de los Estados en relación con el Sistema Interamericano. Cuando existen graves problemas económicos y escasez de recursos, el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales suele disminuir y, consecuentemente, acarrear para el Estado resoluciones sancionatorias emanadas de órganos de derechos humanos. En algunos casos, han sido precisamente estas crisis económicas las que han derivado en crisis políticas —afectando el Estado de derecho—, como en Ecuador y Venezuela en años recientes.

Sin perjuicio de lo anterior, al observar como conjunto el panorama en la OEA desde el advenimiento de los gobiernos civiles, no parece apreciarse que haya una correlación necesaria entre la existencia de una crisis económica en un Estado y la actitud del mismo frente al Sistema Interamericano. Incluso, algunos

de los países que han atravesado o atraviesan por las situaciones económicas más graves del continente, como Haití y Paraguay, no solo han mantenido una actitud de apoyo al Sistema, sino que se han beneficiado del mismo para emprender algunas reformas internas y dar mayor estabilidad a su sistema político como conjunto. Si se analiza la situación de los países centroamericanos (sin considerar en este momento a Costa Rica, que tiene una situación económica comparativamente muy superior a la de sus vecinos y siempre ha sido un protagonista dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), se advertirá que cuando se han producido conflictos serios con el Sistema, ellos se han originado no en virtud de las crisis económicas, sino por otros factores, como las etapas finales e inmediatamente posteriores a las guerras civiles, como en los casos de El Salvador y Nicaragua; al eliminarse posteriormente esos factores, los conflictos han desaparecido.

En cambio, un factor que se ha reiterado como fuente de conflicto es el de la forma de encarar las violaciones masivas cometidas por los gobiernos predecesores y la manera de llevar adelante las transiciones a la democracia, especialmente respecto de la situación —y el poder— de los militares. Como hemos visto en distintos momentos, Argentina, El Salvador, Nicaragua y Uruguay, por mencionar los casos en los que el conflicto con los órganos del Sistema se expresó de modo más vehemente, han puesto en tela de juicio la intervención del Sistema en la materia. La continuidad de las obligaciones de los Estados, más allá de cuáles sean los gobiernos en turno, no es una creación del derecho internacional de los derechos humanos, sino que constituye un parámetro central del derecho internacional como conjunto —piénsese nada más en el tema de los acuerdos fronterizos entre los Estados o en los tratados sobre temas económicos—. Sin embargo, respecto de los derechos humanos este parámetro parece levantar mucho más revuelo que en relación con otros aspectos.

Ahora bien, al tratar de este tema no puede pasarse por alto que efectivamente la normativa internacional de derechos humanos ha evolucionado acerca del tratamiento dado a la confrontación de las violaciones masivas y sistemáticas —en el sentido de hacer explícitas una serie de obligaciones internacionales de los Estados—, lo cual puede haber colocado a los gobiernos en

situaciones frente a los órganos internacionales para las cuales no estaban predispuestos. No obstante, el caso argentino, en el que pasados varios años desde el dictado de las amnistías ha vuelto a tomar fuerza la prosecución de los responsables de tales violaciones y los sucesivos gobiernos han tenido una actitud de colaboración con la Comisión Interamericana en el seguimiento de una serie de casos de esa época, demuestra que es posible también una evolución a nivel interno.[132]

El factor precedente, sin embargo, no ha estado, ni con mucho, presente en todas las situaciones en que los gobiernos han puesto en tela de juicio a los órganos del Sistema. Muchas de estas situaciones se han originado debido a una variedad de otros factores. Este parece ser precisamente uno de los problemas más serios del Sistema Interamericano: las crisis —muy frecuentes, por lo demás— estallan de las maneras más imprevistas y con los actores menos pensados.

Considérese al respecto el problema de la pena de muerte en los países angloparlantes del Caribe, que en este trabajo hemos tratado solo a propósito de Trinidad y Tobago —donde el conflicto ha tenido alcances mayores, al haberse llegado al punto de denunciarse la Convención Americana—, pero que se extiende también a otros Estados de esa parte del continente. La gran mayoría de los Estados caribeños ingresaron a la OEA recién en los sesenta y los setenta, ya que antes no eran independientes. Desde entonces y hasta la mitad de los noventa, jugaron un papel básicamente pasivo, sin entrar en mayores conflictos ni tampoco apoyar significativamente al Sistema. En este rol pasivo influía el hecho de que la OEA fuera percibida por sus propios miembros como una organización fundamentalmente latinoamericana —en el sentido restringido de la expresión, o sea, referida a aquellos países de dominio colonial ibérico— y también el que los países caribeños que habían sido colonias inglesas tuvieran vínculos más fuertes con el *Commonwealth* que con la OEA. Sin embargo,

[132] El mayor vigor que la prosecución ha tomado también en Chile obedece a causas distintas, ya que se produjo fundamentalmente como reacción frente a la detención del general Pinochet en Londres, como forma de demostrar que los órganos internos podían solucionar estos problemas, pero sin que el gobierno reconociera como legítima la intervención internacional.

bastó que en una materia específica —como la pena de muerte— algunos Estados caribeños fueran cuestionados por los órganos del Sistema para que procedieran a descalificar a estos y llegar incluso al punto de "patear el tablero" como en el caso de Trinidad y Tobago.

Paradójicamente, otros conflictos serios se han originado por la decisión de los órganos del Sistema de diversificar sus preocupaciones, yendo más allá de su rol tradicional de confrontar violaciones masivas y sistemáticas. Decimos paradójicamente, porque los propios Estados han empujado —junto a otros actores, como las ONG— al Sistema a abrirse en esta dirección. Esto ocurrió, por ejemplo, y como hemos relatado, con Chile a propósito del ejercicio de la libertad de expresión promediando la década de los noventa, cuando la Comisión comenzó a analizar críticamente las condiciones chilenas en la materia. Estas condiciones no guardaban relación en lo fundamental con la herencia de la dictadura, sino con la legislación más permanente; sin embargo, el gobierno procedió a descalificar a la Comisión.[133] O sea, por una parte, los Estados han promovido una mayor diversidad de las preocupaciones de los órganos del Sistema y, por otra, han reaccionado vehementemente cuando ellos mismos se han sentido cuestionados en esas "nuevas" materias. Ello lleva a pensar que la promoción de la diversificación de las preocupaciones ha sido en no pocos casos un pretexto de los gobiernos para evitar continuar siendo cuestionados acerca de la manera de confrontar las violaciones masivas del pasado.

[133] Esto ocurrió a propósito del Informe de la Comisión sobre leyes de desacato, que consideraba incompatibles ciertas normas internas chilenas con la Convención Americana, y también como resultado de la condena en el caso de la censura previa del libro *Impunidad diplomática* del periodista Francisco Martorell. Este último caso llevó al gobierno chileno a solicitar una opinión consultiva de la Corte a todas luces inconducente, cuestionando los poderes de la Comisión. Aún peor, el gobierno actuó de manera inconsistente a lo largo de la tramitación de la opinión consultiva, pretendiendo primero desistirse y después alegando en las audiencias sobre el fondo del asunto. Véase Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-15/97, 14 de noviembre de 1997. Para un análisis del origen y alcances de esta opinión consultiva, véase González, Felipe, "Política exterior en derechos humanos, *El Mercurio,* Santiago de Chile, 26 dic 1996, p. A-2.

De todo lo anterior podemos concluir que existen factores más profundos que han impedido un fortalecimiento verdaderamente significativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos luego del advenimiento de gobiernos civiles en el continente. Se trata de ciertas tradiciones políticas y jurídicas que llevan a que, por regla general, los Estados no asuman de manera colaborativa su relación con los órganos internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, como hemos visto, un número importante de Estados de la región ha procedido a recoger parámetros internacionales de derechos humanos en sus legislaciones internas. ¿Cómo se explica esto en un contexto de permanentes "estallidos" de los Estados respecto de los órganos del Sistema? Aquí caben a lo menos dos explicaciones. La primera, que los Estados no tienen una intención genuina de que dichas disposiciones recogidas a nivel interno lleguen a ser implementadas, perpetuando de este modo la tradición de dos siglos de mantener cláusulas constitucionales que reconocen derechos pero que son, en lo sustancial, inoperativas. La segunda es que los Estados —o, por lo menos, algunos de ellos— aspiran realmente a avanzar en la protección interna de los derechos humanos, pero que pretenden hacerlo a su propio ritmo y siempre cuidando de no entrar en conflicto con la cultura interna y sus prácticas, para lo cual el escrutinio de los órganos internacionales resulta incómodo.

Lo más probable es que una de las dos explicaciones precedentes sea aplicable a la gran mayoría de los Estados del continente.

Desde luego, la actitud de los mismos Estados respecto de los compromisos internacionales contraídos en materias de naturaleza económica es diferente a la que manifiestan en cuestiones de derechos humanos. La razón es obvia: el riesgo de soportar sanciones importantes es mucho mayor en el primer caso que en el segundo.

Existe también una razón adicional, que no por más prosaica carece de importancia. En no pocas ocasiones, la actitud de los Estados hacia el Sistema ha estado muy condicionada por la predisposición de sus representantes ante la OEA. En este sentido, en algunas cancillerías pareciera no existir un seguimiento efecti-

vo acerca de los problemas que se tratan en la OEA en materia de derechos humanos, quedando el grueso de las decisiones —y actitudes— entregadas a sus representantes en Washington. Como quedó demostrado en el seminario convocado por la Comisión en 1996, las autoridades políticas internas a menudo tienen puntos de vista mucho menos homogéneos de lo que se aprecia en la superficie en la OEA.

Sin perjuicio de lo expresado hasta ahora al hacer este balance, existen también elementos auspiciosos. Uno primordial es que en alguna medida las culturas internas se han vuelto más permeables a los estándares internacionales de derechos humanos. Aunque todavía es muy posible que si se hiciera una encuesta a los abogados del continente un porcentaje importante no le reconocería carácter jurídico a dichos estándares, no cabe duda de que una proporción mucho mayor que hace dos décadas sí lo haría. Mayor aún sería el porcentaje de aquellos que afirmarían que los estándares internacionales tienen un rol relevante que jugar. Y uno podría razonablemente pensar que también sería correcto afirmar lo anterior respecto de otros sectores de la población.

Más aún, en algún momento, el carácter "internacional" de determinados elementos culturales deja de ser reconocido como tal, asumiéndose sus pautas como algo local. Esta es, sin ir más lejos, parte de la polémica a propósito del relativismo cultural. Así, se argumenta, por ejemplo, que en determinados países, para amplios sectores de la población lo que originalmente era considerado como "foráneo" ya no lo es más.[134] Este no es un hecho nuevo, ya que las culturas internas siempre han estado expuestas a las influencias de fuera (y en materia jurídica esto es muy claro, ya que existen incluso tradiciones jurídicas comunes a muchos países, como la del Sistema Continental Europeo y la del *common law),* pero lo que diferencia la situación actual de la tradicional es que ahora la interacción entre distintas culturas es mucho mayor, por lo que la permeabilidad aumenta.

[134] Para un tratamiento de este problema en relación con los derechos humanos de la mujer, véase Brems, Eva, "Enemies or Allies?: Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse", en *Human Rights Quarterly,* vol. 19, núm. 1, feb, 1997, pp. 136-164.

Las formas en que interviene la sociedad civil también son interesantes. Las organizaciones de la sociedad civil desempeñan un papel importante en el sentido de aumentar las conexiones entre los ámbitos interno e internacional. En algunos países esto se ha producido solo recientemente. Por ejemplo, en México tiene pocos años el desarrollo de un trabajo significativo de las organizaciones locales de la sociedad civil en la arena internacional en materia de derechos humanos. Una cultura volcada hacia adentro, desconfiada con razón del intervencionismo de su vecino Estados Unidos, contribuía a esto.

En este mismo ámbito, pero ahora referido a los abogados de ejercicio, la situación de Argentina parece mostrar desarrollos notables. En ese país, no solo son las ONG, sino también los abogados de ejercicio privado los que están haciendo un amplio uso del Sistema Interamericano, llevando casos ante este. Ello no solo ha contribuido a diversificar la cartera de casos del Sistema y a enriquecer su jurisprudencia, sino que también, al mostrar la riqueza potencial del mismo y los efectos positivos que puede traer a nivel interno, puede ser razonablemente considerado como un factor importante en la clara disposición hacia un fortalecimiento del Sistema Interamericano que los sucesivos gobiernos argentinos han tenido en los últimos años.

El obstáculo principal para llevar a cabo reformas serias y adecuadas del Sistema radica en la volatilidad de las actitudes y propuestas de los Estados. Al calor de las contingencias, los Estados no han dejado que los órganos del Sistema operen en forma autónoma, sometiéndolos a constantes y muy fuertes presiones, al tiempo que no han incrementado los recursos para ellos. A menudo las personas que representan a los Estados van y vienen, aparecen en escena, formulan algunos juicios lapidarios y algunas propuestas, distraen a los órganos de derechos humanos de su trabajo y luego se marchan. Si bien no se han llegado a concretar reformas a la Convención Americana debilitadoras del Sistema, lo cierto es que los órganos, y en especial la Comisión, han sentido los golpes. Por ejemplo, cuando se suponía que la Comisión en 1999 estaba a punto de dictar un nuevo reglamento que mejoraría sus mecanismos de protección, el asunto se paralizó en el contexto de la creación del Grupo *ad hoc* y de una nueva "ola" de anuncios de reformas por parte de los Estados. Solo dos

años más tarde de lo originalmente previsto la Comisión dictó un nuevo reglamento. Además, no es descabellado pensar que el fuerte nivel de presiones ha tenido un impacto negativo en el trabajo de los órganos de derechos humanos, conduciendo a un desperfilamiento de las temáticas sustantivas envueltas en ciertos casos o a un insuficiente desarrollo de las mismas en otros.

Los avances contenidos en los reglamentos dictados recientemente por la Comisión y la Corte confirman la idea de que en el contexto actual son estos órganos los que resultan más de fiar en el sentido de que las reformas que implementen conducirán a un fortalecimiento del Sistema. Sin perjuicio de que respecto de determinados puntos —como en el tema de la confidencialidad— fue la propia Corte la que provocó un retroceso, mirado el panorama de conjunto resulta más seguro para el desarrollo del Sistema poner la confianza en estos órganos que en los órganos políticos.

De ahí que se deba ser extremadamente cauteloso respecto de una eventual apertura de un proceso de reforma de la Convención Americana. Es cierto que con los cambios de la política exterior de derechos humanos en México y Perú, los dos actores que en los últimos años habían liderado los intentos por debilitar el Sistema Interamericano, parecieran suscribir ahora precisamente la tesis contraria, es decir, la del fortalecimiento del mismo. No obstante, como hemos analizado a lo largo de este trabajo, son muchos los actores estatales que intervienen, y esas intervenciones suelen ser volátiles e imprevisibles.

En definitiva, parece mucho más realista y seguro el dejar que sean los propios órganos de derechos humanos del Sistema —la Comisión y la Corte— los que asuman el rol protagónico para llevar adelante transformaciones al mismo. Para ello, podrán oír recomendaciones de los Estados y de organizaciones de la sociedad civil, pero las decisiones las tomarán ellos como órganos técnicos especializados. No hay que pasar por alto que ha sido el carácter técnico y no político —en el sentido de estar integrados por especialistas que actúan a título individual y no por delegados estatales— de estos órganos el que los ha convertido en herramientas significativas para la protección de los derechos humanos en el continente, a pesar de encontrarse insertos en

una organización que ha demostrado históricamente tan escasa eficiencia como la OEA.

De ahí que la propuesta actualmente en discusión sobre la ampliación del acceso a la Corte pueda eventualmente resultar un arma de doble filo si no se está completamente seguro de que ello pueda servir de pretexto para incorporar otras reformas tanto o más cruciales que la de la ampliación del acceso, pero de signo opuesto, esto es, destinadas a debilitar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por cierto, los Estados tienen roles centrales que cumplir para fortalecer el Sistema Interamericano, de los cuales el más importante de todos es el de dar cumplimiento a las resoluciones emanadas de los órganos del mismo. Para ello, es fundamental tanto adoptar disposiciones al nivel interno (en términos de hacer efectivo dicho cumplimiento y de volver operativas las cláusulas constitucionales que recogen estándares internacionales), como trabajar activamente para que los órganos políticos de la OEA desempeñen a cabalidad su papel de garantes colectivos del Sistema.

El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina*

1. Introducción

El presente apartado expone y analiza los principales desarrollos alcanzados por el movimiento de clínicas jurídicas en Sudamérica en temas de derechos humanos y acciones de interés público. Si bien el trabajo clínico en las escuelas de Derecho se ha llevado a cabo en una serie de centros académicos de la región desde hace varias décadas, la incorporación de las temáticas mencionadas es muy reciente, produciéndose básicamente a partir de la década de los noventa. Como se revisa en este trabajo, ello posee potencialmente un impacto a nivel sustantivo de los temas mencionados, en la forma de operar del sistema judicial y en el ámbito de la enseñanza del Derecho.

Históricamente, en Sudamérica el litigio en estas materias fue emprendido fundamentalmente por las organizaciones no gubernamentales (ONG). En los últimos años, mediante el establecimiento de clínicas jurídicas especializadas, se han complementado esas iniciativas. Por sus propias características —centralmente, por el hecho de formar parte del currículo de escuelas de Derecho—, estas clínicas poseen fortalezas distintas a las de las ONG y, en este sentido, pueden fortalecer el trabajo en estas materias. Como contrapartida, dichas clínicas poseen ciertas li-

* Este artículo fue publicado originalmente en Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 27, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto, 2004.

mitaciones que no hacen viable el concebirlas como mecanismos de reemplazo de la labor que llevan a cabo las ONG.

El trabajo comienza con una revisión de los principales rasgos de la enseñanza del Derecho en América Latina, a fin de situar al lector en el contexto dentro del cual se desarrolla el trabajo clínico jurídico. Enseguida, se aborda el surgimiento y evolución de las clínicas jurídicas a partir de la década de los sesenta, así como los obstáculos y limitaciones para su desarrollo y para la concreción de sus objetivos originales. Posteriormente, se estudian los factores que han influido en el establecimiento de clínicas especializadas en materia de derechos humanos e interés público, así como las modalidades institucionales y metodológicas que estas clínicas han adoptado, sus objetivos, principales logros y obstáculos, además de los desafíos pendientes. Finalmente, se revisan algunas preguntas recurrentes a las que se ven enfrentadas tales clínicas especializadas.

2. Antecedentes generales sobre la enseñanza del Derecho en América Latina

Dado que el trabajo de clínicas jurídicas se inserta dentro de la currícula de las escuelas de Derecho y que uno de los principales objetivos de tales clínicas es producir transformaciones en la enseñanza del Derecho, resulta necesario comenzar por exponer los principales rasgos de la educación jurídica en América Latina.

Una primera característica relevante al respecto la constituye un énfasis excesivo en la memorización en desmedro del desarrollo de la capacidad de argumentación. Algunos podrán sorprenderse frente a esta afirmación. Esto probablemente ocurrirá en forma especial —pero no exclusiva— con aquellos que miran el problema desde fuera, es decir, aquellos que no han recibido una formación jurídica. ¿Cómo —se preguntará—, si se supone que precisamente una de las destrezas más típicas de los abogados es la capacidad de argumentación? El punto es qué se entiende por capacidad de argumentación.

En general, en la cultura jurídica tradicional latinoamericana esta "capacidad de argumentación" ha sido asociada con una

serie de rasgos, tales como el despliegue histriónico, la habilidad para dar golpes de efecto y, en general, con la destreza para persuadir y convencer. Sin embargo, ello ha solido ir acompañado de una retórica hasta cierto punto vacía, en perjuicio de la consistencia y peso de los argumentos. Y esto, lógicamente, se refleja también a menudo en las propias sentencias, que no encuentran en las actuaciones o presentaciones de los abogados argumentos que permitan construir una jurisprudencia significativa.

En este sentido, la formación jurídica tradicional parece concebir a abogados y jueces como una suerte de oráculos. Los primeros, frente a sus clientes y frente a los propios jueces, y los segundos, frente a las partes en el proceso y, en último término, frente a la sociedad. Además, cuando abogados y jueces imparten clases, extienden este rol frente a sus alumnos. De lo que estamos hablando aquí es de una adecuada fundamentación de las propias proposiciones, en oposición a lo que John Stuart Mill llamara —para criticarla— la repetición de verdades cuyo fundamento ha sido olvidado largo tiempo atrás.[1] Concebir la enseñanza del Derecho como un conjunto de conocimientos que se transmiten como verdades inalterables entre jueces, profesores y alumnos y, en último término, al cliente, ha conducido a que educadores y aprendices se hayan convertido en un conjunto de funcionarios burocráticos que, si bien conocen su trabajo con precisión, difícilmente desarrollarán un buen juicio para emplear el derecho.[2]

---

1 Escribe Stuart Mill: "Por poco dispuesta que se encuentre una persona a admitir la falsedad de opiniones fuertemente arraigadas en su espíritu debe pensar que por muy verdaderas que sean, serán tenidas por dogmas muertos y no por verdades vivas, mientras no puedan ser total, frecuente y libremente discutidas", agregando que "admitiendo que la opinión verdadera se mantenga en el espíritu, lo hace como un prejuicio, como una creencia, independientemente de su razón y de la prueba contraria, y no es esta la manera como la verdad debe ser profesada por un ser racional. Esto no es conocer la verdad. La verdad así proferida es tan solo una superstición más, casualmente expresada en las palabras que enuncian una verdad". Citas tomadas de Stuart Mill, John, *Sobre la libertad,* Madrid, Alianza Editorial, 1979, pp. 98-99.

2 Kronman, Anthony, "Vivir en el derecho", en Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía,* Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 229-234. El autor propone que para tener un buen juicio se requiere, además de un conocimiento, un desarrollo especial de la personalidad que

En este sentido, algunos autores han señalado que las escuelas de Derecho, lejos de llevar adelante cursos de adiestramiento de los futuros abogados, los domestican entregándoles información que luego estos se encargarán de repetir ante los tribunales.

A este respecto, la formación de los abogados en cuanto a sus capacidades argumentativas suele ser asistemática y obtenida fuera de las escuelas de Derecho, ya sea ejerciendo como procuradores desde su época de estudiantes o más tarde —una vez ya titulados— en algún estudio profesional.

Es evidente que el ejercicio de la abogacía o de la judicatura requiere de capacidad de memorización. Lo que aquí, en cambio, se discute, es el peso relativo que la memorización debe poseer respecto de otras habilidades y, en particular, de la de argumentación —sobre la capacidad de argumentación se volverá más adelante—. Además, la pregunta no solo es cuánta memorización, sino memorización de qué.

Tradicionalmente, el énfasis en las escuelas de Derecho latinoamericanas ha sido puesto en la memorización del contenido de las normas, que los alumnos repiten hasta adquirir la capacidad de recitarlas.[3] Con todas las limitaciones que ello suponía en un contexto de sociedades y sistemas jurídicos menos complejos que los de hoy, su efecto no era tan grave como en el contexto

permitiría, en definitiva, deliberar y tomar la decisión correcta. A fin de cuentas, a eso nos referimos cuando decimos esa persona tiene buen juicio.

[3] Como apunta Böhmer —refiriéndose al caso argentino, pero en una afirmación que resulta aplicable asimismo para América Latina en general—, "los profesores deben repetir y explicar el contenido de las normas jurídicas en sus clases y los alumnos deben repetir lo que dice el profesor en sus exámenes. Los profesores no son docentes profesionales, en el sentido de que su tarea se parece más a un hobby que a una actividad que demanda una intensa dedicación. Para ellos, la enseñanza del derecho es una tarea subordinada a la principal que, es en general, la de trabajar como abogado o juez. Dado que la concepción que estoy describiendo solo exige de los docentes la repetición y comprensión de los textos legales, resulta razonable que quienes están más capacitados para sumir esa función sean aquellos que trabajan con estos textos en su trabajo cotidiano". Böhmer, Martín, *op. cit.,* p. 16. A lo que señala Böhmer cabría observar que más que hablar de "comprensión de las normas jurídicas" (así dicho de modo general) cabría hablar de "comprensión tradicional de las normas jurídicas".

actual, en el que las legislaciones se han diversificado y complejizado enormemente y en el que las reformas legales se suceden vertiginosamente.

Solo a modo de ejemplo, cabe señalar lo que ocurre con la justicia criminal en varios países de América Latina. Actualmente se lleva a cabo un proceso de modernización del sistema de persecución criminal donde los procedimientos escritos, lentos e inquisitivos han ido dando paso, paulatinamente, a otro moderno, acusatorio, rápido, garantista y oral. Este carácter oral no significa solo una exposición detallada de normas jurídicas frente a los jueces —que por lo demás ya conocen esas normas—, sino que además, consiste en la capacidad de desarrollar un tipo de habilidad en la que confluyen las más diversas disciplinas: actorales, de análisis de hechos, argumentativas, de retórica y, por supuesto, legales.

La forma tradicional de evaluación en las escuelas de Derecho es funcional a los métodos de enseñanza. La evaluación, de manera muy predominante, es de carácter oral y pone un énfasis casi exclusivo en la retención de información, que el alumno simplemente repite. Suele retrucarse a lo que he señalado en cuanto a que el desarrollo de habilidades orales es un elemento importante en la formación de un abogado. Sin embargo, el tipo de habilidad oral requerida en el ejercicio profesional es cualitativamente diferente al que se exige en las evaluaciones orales tradicionales, puesto que aquella, a diferencia de esta, se centra en la capacidad de argumentación.

En el caso de los países del sistema del *common law,* la forma en que se lleva adelante la enseñanza del derecho tiende a ir más bien por la vía de entregar al alumno las destrezas que le permitan analizar, evaluar, enunciar y comparar situaciones reales concretas, que sea capaz de seleccionar las normas aplicables al caso, que use las fuentes como lo hacen abogados y jueces y que, en definitiva, sea capaz de formular sus propias proposiciones básicas en vistas a resolver el caso a que se le enfrenta. De esta forma, la evaluación consistirá —usualmente lo es así— en colocar al estudiante frente a un caso hipotético donde deberán desarrollar la argumentación en uno u otro sentido, o bien, deberá resolver la controversia presentando la fundamentación

adecuada. Esta adecuada fundamentación no es sinónimo de una única respuesta correcta al caso que se plantea, sino que dice más bien la relación que ha de desarrollar de manera integral con las destrezas que se le han entregado. Es, entonces, en ese momento en que el estudiante debe desarrollar las "aptitudes, técnicas y capacidades de razonamiento, análisis y expresión, todas ellas metas que se consideran superiores al dominio enciclopédico de las normas legales".[4]

Por lo mismo, de lo que se trata es de que una parte del currículo contenga cursos que se concentren de manera significativa en el desarrollo de destrezas orales por parte de los estudiantes, pero no de una manera —como la tradicional— que aspire a convertirlos en oráculos en potencia, sino de otra distinta que asuma las habilidades orales de un modo integral, incluyendo no solo la capacidad de retener información, sino una serie de otras destrezas orales específicas, relacionadas con el fortalecimiento de la capacidad de argumentar.

Existe, por otra parte, una suerte de círculo vicioso en la situación actual, ya que, por la misma formación tradicional que han recibido la mayoría de los jueces, las características de la argumentación que ellos esperan de los abogados no se asocia con un sentido fuerte del concepto. Para romper el círculo vicioso se requiere, entonces, modificar las modalidades de evaluación en la enseñanza jurídica, lo que en definitiva terminará fortaleciendo una capacidad de argumentación genuina tanto en las presentaciones escritas y las alegaciones de los abogados como en las sentencias de los jueces.

Un segundo aspecto, que ya anunciáramos, se refiere al trabajo con casos.[5] Cuando se menciona esto, se suele establecer

[4] Farnsworth, Allan, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos,* Buenos Aires, Zavalia, 1990, p. 35.

[5] El método de análisis de casos fue introducido por Christopher Columbus Langdell, profesor de Derecho en la escuela de leyes de Harvard, quien, a partir de 1870, publica un repertorio de sentencias de los tribunales de apelación referidas a contratos. Langdell estaba seguro de que el derecho se sustentaba en unos pocos principios a los cuales se podía acceder fácilmente a través de las decisiones de las cortes. Farnsworth, Allan, *op. cit.,* pp. 34-36.

una asociación con el sistema del *common law,* como si este sistema poseyera una especie de monopolio en la materia. Pero el sistema del derecho continental europeo, del cual el derecho latinoamericano es tributario, se construyó originalmente sobre la base de casos. Así fue, de hecho, como se construyó el Derecho Romano. Sin embargo, la manera en que habitualmente se enseña el Derecho Romano en aquellas escuelas de Derecho de Latinoamérica donde todavía es obligatorio, lo presenta como un todo "cristalizado", cuyas normas deben ser memorizadas por los alumnos de esas escuelas. Se dice que así se les va preparando para los cursos de Derecho Civil. En rigor, se les va preparando para memorizar los contenidos de algunas de las normas del Derecho Civil.

Lo que sucede con la enseñanza del Derecho Romano ocurre también con las llamadas "asignaturas de código." En estos casos, y bajo la influencia de una mentalidad positivista formalista, superada, como antes hemos explicado, en la Teoría del Derecho, se presentan sus normas como "cristalizadas" —o fosilizadas, sería más propio decir—. En parte, este sistema viene instaurado desde la segunda mitad del siglo XIX, cuando a través de sucesivas reformas se incorporaron a la enseñanza del Derecho en América Latina los códigos dictados durante la época.[6] Fue en virtud de estas reformas que se transformó a la exégesis en el principal método de enseñanza del Derecho.[7]

Este método se basa en el paradigma dogmático. En virtud de este paradigma, surge la idea de que el único objeto de estudio en el Derecho lo constituyen las normas jurídicas y de que el razonamiento conforme al cual los conflictos que se susciten en una sociedad deben resolverse solo de conformidad con las normas jurídicas que están vigentes en ese momento, puesto que, de lo

---

[6] Como se sabe, uno de los movimientos más influyentes en el Derecho lo ha constituido la codificación. Inspirada en una visión racionalista, mediante la codificación se pretende recopilar y sistematizar las leyes, principios y reglas vigentes, con la declarada aspiración de distinguir de la manera más precisa lo que constituye derecho positivo, de lo que no constituye tal derecho.

[7] Para el caso chileno, véase Barrientos G., Javier, "La enseñanza del derecho en Chile: del *Ius Commune* a la codificación", trabajo presentado a las II Jornadas *Ius Commune-Ius Proprium* en las Indias, 2000, p. 14.

contrario, la resolución sería arbitraria. A partir de este supuesto se proyecta, en el ámbito de la enseñanza del Derecho, la tendencia a estudiarlo de una manera únicamente descriptiva y reduccionista, al considerarse solo a las normas como parte integrante del mismo. Esto reducirá significativamente la posibilidad de estudiar de manera dinámica y crítica los contenidos del sistema jurídico.[8]

Curiosamente —o no tanto, si se mira el asunto desde más cerca—, en América Latina los abogados de formación iusnaturalista no difieren mucho de los de formación positivista formalista en su mentalidad y actitud frente a las normas de los códigos y a la manera de abordarlas en los procesos de enseñanza-aprendizaje. Precisamente por la falta de desarrollo de una capacidad argumentativa genuina, los abogados de formación iusnaturalista suelen invocar ciertos parámetros de lo que consideran el Derecho Natural de manera genérica y sin explorar a cabalidad las diversas vías de aproximación e interpretación de las normas, ni tampoco el papel que pueden desempeñar no ya los principios del Derecho Natural sino los principios constitucionales y, en general, los principios del sistema jurídico en la resolución de casos. Por lo mismo, la invocación del Derecho Natural suele tener en la actualidad alcances más retóricos que reales.

El considerar el estudio de casos como un elemento relevante en la formación de los futuros abogados y jueces rompe con la lógica de los oráculos. Ello lleva al alumno a aproximarse a las normas y principios del sistema jurídico de una manera problemática y a evitar o por lo menos a reducir, una visión que asuma las normas como "cristalizadas" o poseedoras de un sentido unívoco y definitivo.

Otra consecuencia importante del trabajo con casos en la formación jurídica es que el asunto no radica solo en determinar cuál es el sentido de determinadas normas, sino —un problema conectado al recién señalado, pero no similar— qué normas se han de utilizar en cada caso. Y en este punto permítaseme ex-

[8] Véase Maza Gazmuri, Íñigo de la, "Los abogados en Chile: desde el Estado al mercado", en *Informe de Investigación,* año 4, núm. 10, ene, 2000, Santiago, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales, p. 10.

traer un ejemplo tomado de la práctica del *Common Law* y de la enseñanza jurídica en los países que se rigen por ese sistema.

Al contrario de lo que usualmente se cree, el sistema de precedentes judiciales del *common law* no implica una rigidez adicional a la que poseen los sistemas del derecho continental. Esa visión asume que los casos pueden clasificarse fácilmente en determinados grupos o categorías, por lo cual, bajo el sistema de precedentes, los jueces presuntamente quedarían significativamente "amarrados" por las decisiones judiciales anteriores. Pero esto no es así. Un elemento básico e inicial en la educación jurídica en esos países consiste en desarrollar en los alumnos la capacidad de establecer analogías y diferencias entre casos, mostrándoles la complejidad de esa tarea y los numerosos y diversos rumbos que pueden tomar la argumentación y la decisión de un caso. De esta manera, uno de los núcleos de su tarea consiste en determinar cuáles precedentes judiciales son aplicables al caso actual y cuáles no lo son. También se les enseña a, por así ponerlo, "diseccionar" las sentencias judiciales, a modo de poder distinguir los diferentes aspectos que ellas contienen; esto puede conducir a que, en determinados casos, solo algunos de los elementos contenidos en una decisión judicial previa sean aplicables al nuevo caso.

De esta manera, la regla del precedente no tiene en el sistema del *common law* el carácter de inamovilidad o de "amarre" que a menudo se le atribuye por los abogados que se desempeñan en países regidos por el sistema del derecho continental. En relación con el aspecto al que nos venimos refiriendo, la fortaleza de dicho sistema es otra y radica en que, al colocar el análisis de casos previos en un lugar central de la decisión judicial, "fuerza", por así decirlo, a que el juez argumente de manera fundada, estableciendo comparaciones entre casos y requiriéndole ser explícito acerca de las razones que lo llevan a establecer analogías o distinciones entre ellos. Lo propio sucede en relación con el recurso o la prescindencia de determinadas normas y principios jurídicos.

Más aún: en ciertas circunstancias es plausible, incluso, que el juez modifique el criterio imperante circunstancias en las que; la necesidad de fundamentación resultará especialmente apremiante. En ese mismo sentido, si el juez no decide cambiar el sentido

en que se ha venido aplicando un determinado precepto para casos análogos, la regla del precedente —lejos de funcionar como "amarra"— lo que hace no es otra cosa que entregarle al juez ciertas pautas dentro de las cuales deberán diseñar su decisión, toda vez que el precedente establece una regla de plausibilidad para esas decisiones. El precedente se encarga, por así decirlo, de establecer cuál es el mínimo racional que las sentencias deben cumplir en un Estado de derecho.

El trabajo con casos como método de enseñanza, como es lógico, tiene un impacto relevante en la formación de los futuros jueces, que llegarán al estrado judicial con experiencia en la tarea de lidiar con precedentes, de seleccionarlos y de deshecharlos, a fin de ponerlos en mejor posición para emprender la tarea de fundamentar adecuadamente sus sentencias y entregar, a través de estas, la información que las personas requieren para saber cómo resuelven sus tribunales, de una parte, reduciendo la percepción de que las decisiones judiciales son caprichosas o arbitrarias, de otra. Si el proceso de enseñanza del Derecho no es capaz de entregar a los futuros abogados y jueces las herramientas que les permitan "situarse frente al Derecho" y, por el contrario, gira de modo casi exclusivo en torno a la repetición de normas sin dotarlas de real contenido —práctico—, no se aprecia cómo los jueces serán capaces de fundar —suficiente y razonablemente— las sentencias que dicten.

En las escuelas de Derecho del sistema del *common law* suele incentivarse el desarrollo de las capacidades investigativas. En efecto, parte importante del trabajo que los estudiantes deben desarrollar se efectúa en las bibliotecas de las escuelas. En ellas es donde deben analizar los casos y acceder a los textos especializados que los ilustren acerca de la forma de razonamiento empleado en un caso determinado o en la resolución de una contienda. De la mano con este trabajo efectuado en las bibliotecas, durante la carrera de derecho se imparte una serie de cursos que se encargan de desarrollar las metodologías de investigación, formando así abogados críticos al sistema de normas en que se desenvolverán.[9]

[9] En Yale, por ejemplo, la enseñanza del Derecho no se limita a entregar al alumno estudios normativos, sino que también se le hace desarrollar "[...] una perspectiva amplia y crítica del derecho, aquella perspectiva que a me-

En América Latina, la mayoría de las universidades —como se ha venido insistiendo— llevan adelante la enseñanza con base en clases magistrales donde los cursos de metodología de la investigación son escasos. No obstante ello, en la mayoría de las escuelas de Derecho se les exige a los estudiantes la elaboración de una tesis previa a la obtención del grado de Licenciado. Se trata, en teoría, de un trabajo de investigación, al cual el alumno se aproxima sin una metodología de trabajo, puesto que la universidad no se la ha entregado.

Ahora bien, la metodología de enseñanza sobre la base de casos se encuentra vinculada también al problema de la determinación de las normas constitucionales, legales o de otro orden aplicables al caso. Cuando a los alumnos que estudian en países bajo el sistema del *common law* se les pone frente a casos, no solo se les pide establecer los precedentes judiciales pertinentes, sino también las demás normas aplicables.

Esta última es, como salta a la vista, la tarea que tienen diariamente los abogados y los jueces no ya solo en los sistemas jurídicos del *common law,* sino también en los que operan en Estados que se rigen por la tradición del derecho continental. Que esta sea parte —y parte relevante— de la tarea, nadie lo discute. Y, sin embargo, las formas que adopta la enseñanza del Derecho en países como los latinoamericanos coloca en un lugar muy secundario el desarrollo de esta destreza.

Relacionando los dos aspectos recién analizados, por más acuerdo que pueda existir en la comunidad jurídica acerca del sentido de una determinada norma, el trabajo con casos exige un ejercicio en el límite respecto de los alcances de esa norma. Lo cual hace ver a los futuros abogados y jueces la complejidad que a menudo poseen los problemas jurídicos. Que la Constitución de Estados Unidos haya podido sobrevivir más de 200 años tiene que ver, desde luego, con un factor de estabilidad política —aun

nudo se asocia a los académicos". Véase Farnsworth, Allan, *op. cit.,* p. 37. Además, contrario a lo que podría pensarse, en esa escuela de Derecho la mayoría de los abogados que egresan se dedican al ejercicio práctico de la abogacía. Consúltese Fiss, Owen, "El derecho según Yale", en Böhmer, Martín, *op. cit.,* pp. 26-28.

cuando, de hecho, en ciertos periodos haya estado ausente—, pero también con la existencia de jueces y abogados que están formados en las escuelas de Derecho para pensar y repensar continuamente el significado y el alcance —en el sentido de rango de aplicación— de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales previas. Esto dota al sistema jurídico de una mayor capacidad de adaptación a nuevos contextos y circunstancias.[10]

Que en un contexto como el latinoamericano la capacidad argumentativa de abogados y jueces sea insuficiente no es de extrañar. Si lo que los estudiantes de Derecho reciben son verdades rotundas pronunciadas por un oráculo —su profesor—, lo que harán una vez que se conviertan en abogados o jueces será intentar transformarse ellos mismos en oráculos. Si las intervenciones de los alumnos en las clases son asumidas como un entorpecimiento de las mismas o, a lo sumo, como un complemento de escasa relevancia, es obvio el efecto que se produce. Esto rigidiza en los futuros abogados y jueces la aproximación a las normas y principios del sistema jurídico. Y entonces, así como muchos abogados se concentrarán en dar golpes de efecto en sus alegatos, los jueces en sus fallos resolverán también mediante "golpes", no de efecto quizás, pero sí a la manera de saltos bruscos en la argumentación, sin quedar suficientemente esclarecido cómo pasan de la descripción de los hechos del caso a la solución del mismo.

A este respecto, los países europeos de la tradición continental, sin abandonar esta última, han experimentado una significativa evolución. En este sentido, la exigencia de fundamentación en las sentencias ha pasado a ocupar un lugar significativo.[11]

---

10 *Cfr.* Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence,* Harvard University Press, 1990, pp. 247-261.

11 Por ejemplo, en el caso de España, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 68/1983, ha señalado, interpretando el art. 24.1 de la Constitución, que "el contenido normal del derecho fundamental [a la tutela judicial] es el de obtener una resolución de fondo fundada en derecho". Cit. por Barrientos G., Javier, "El derecho a la información y las personas sordas", en González, Felipe (ed.), "Litigio y políticas públicas en derechos humanos", en *Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie de Publicaciones Especiales, núm. 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, p. 275. También véase Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial,* Madrid, CEC, 1989, p. 57.

Además, no puede pasarse por alto que el estudio de casos no se encuentra desvinculado del estudio teórico. En este sentido algunos profesores suelen creer que, cada vez que se alude al término "principio del derecho", nos estaríamos alejando de la realidad para pasar a divagar en espectros que, de no contar con apoyo práctico, poco o nada nos pueden entregar. El estudio del derecho no se mueve entre una dicotomía práctica-teoría, sino que ambos son aspectos complementarios. Lo que sí es relevante es que, a esa práctica, el alumno llegue provisto de una visión crítica que lo convierta en un profesional capaz de deliberar cuán importante es, por una parte, dotar a la norma jurídica —aquella que han repetido hasta el cansancio— de contenido y, por otra, interpretarla conforme a las directrices que informan el ordenamiento jurídico a la que ella pertenece.

En esta línea, Dworkin sostiene que los jueces, ante casos complejos,[12] suelen resolver aplicando pautas que no funcionan como normas jurídicas y que son los principios. Si los principios son, como expone Dworkin, "...imperativos de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión moral",[13] las normas jurídicas, en esos casos complejos, deben ser ilustradas conforme a ellos. En otros casos, las mismas normas jurídicas son las que reclaman su guía, cuando utilizan vocablos como "razonable", "injusto" e "importante", entre otros.[14]

La alusión a los principios suele ser frecuente en la gran mayoría de los cursos de la carrera de Derecho. Sin embargo, ellos generalmente son tratados de manera superficial, como si su papel al interior del sistema jurídico fuera, en rigor, superfluo. Además, ellos suelen ser ilustrados en base a normas positivas, como si estas fueran necesariamente la fuente de los principios. A partir de este contexto no resulta extraño que los abogados, a la hora de exponer sus fundamentos ante los tribunales, aludan a los principios de manera poco significativa, como si no se los

[12] Aquellos en que la aplicación de una norma positiva en tal o cual sentido no está determinada o aparece como difícil.

[13] Dworkin, Ronald, "¿Es el derecho un sistema de normas?", en Dworkin, Ronald (comp.), *Filosofía del derecho,* FCE, 1980, México, p. 86.

[14] *Ibidem,* pp. 85-96.

pudiera concebir como factores centrales de determinadas decisiones judiciales a ser tomadas. Esto, a su turno, incidirá en la manera en que los jueces se hagan cargo de los principios en sus sentencias, es decir, en su forma de argumentar en torno a ellos y en el lugar que ocupan en lo decisorio del fallo judicial.

Otro aspecto se refiere a la presencia histórica del Derecho Privado como paradigma de la enseñanza del Derecho. Es cierto que una parte significativa de los asuntos con que les toca enfrentarse a los jueces y abogados son de este orden, pero ello ni con mucho justifica el lugar notoriamente menor que otras disciplinas jurídicas reciben en las escuelas de Derecho. Entre otras diversas consecuencias perjudiciales, este ha sido factor para que históricamente en América Latina las garantías constitucionales no hayan sido asumidas en un sentido jurídico fuerte por la jurisprudencia, al percibirlas más como declaraciones de buenas intenciones que como auténticas normas, al carecer de la especificidad y la sistematicidad de las normas del Código Civil.

Pero el problema no se reduce a lo recién expuesto: el mismo radica también en que la lógica del Derecho Privado se difunde a la comprensión del resto del sistema jurídico. En este sentido, por ejemplo, las reglas de interpretación contenidas en los códigos civiles, muchos de los cuales provienen en América Latina del siglo XIX, suelen ser presentadas y entendidas por gran parte de la comunidad jurídica como la forma por excelencia de entender las normas e instituciones del sistema jurídico en general. Miradas desde la perspectiva de la Teoría del Derecho posterior al dictado del Código Civil esos códigos, esas reglas de interpretación presentan una serie de problemas lógicos. Sin embargo, ellas continúan siendo transmitidas a los futuros jueces y abogados como la forma por excelencia de aproximación hermenéutica.

Uno de esos problemas lógicos se refiere al papel supletorio que desempeñan los principios jurídicos en el sistema de interpretación del código referido. Ese papel supletorio tiene que ver con el contexto histórico en el que surge el proceso de codificación, esto es, una fase germinal del positivismo jurídico, uno de cuyos énfasis se ponía en el carácter autocomprensivo de la legislación positiva, a fin de alejar los fantasmas —y principios— del viejo Derecho Natural del Antiguo Régimen.

El desarrollo posterior en la Teoría del Derecho muestra, en cambio, que desde un punto de vista lógico, los principios juegan un papel relevante en los diversos sistemas jurídicos, con independencia de que se trate o no de sistemas codificados.

El hecho de que en la enseñanza jurídica tradicional no se repare en esto y se continúe apegado a la visión decimonónica tiene un efecto especialmente distorsionador en materia constitucional, puesto que al extrapolar en la práctica jueces y abogados las normas de interpretación del Código Civil a este ámbito, se dificulta el desarrollo de una interpretación constitucional que se rija por criterios propios.

A todo lo anterior cabe añadir que las modalidades de enseñanza del Derecho Privado —centradas, como el resto de la enseñanza jurídica tradicional en la repetición memorística— conspiran contra una adecuada comprensión acerca del Derecho Privado, por parte de los futuros jueces y abogados.

3. Surgimiento y evolución de las clínicas jurídicas en América Latina en el periodo 1960-1990

Sin perjuicio de algunos antecedentes esporádicos bajo la forma de consultorios jurídicos, la enseñanza práctica fue incorporada de manera sistemática a la malla curricular de las escuelas de Derecho de algunos países latinoamericanos a través de la creación de clínicas jurídicas a partir de la década de los sesenta.

El establecimiento de clínicas jurídicas en la región fue impulsado por el llamado Proyecto sobre Derecho y Desarrollo (Law and Development Project), que promoviera la Fundación Ford y al que sumó posteriormente la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos (AID). Bajo la inspiración general que guiaba al Proyecto sobre Derecho y Desarrollo, en el sentido de reproducir en América Latina el modelo de enseñanza del Derecho y de ejercicio de la profesión jurídica de Estados Unidos, se establecieron estas clínicas, con la pretendida intención de seguir el modelo que se venía implementando al respecto en Estados

Unidos desde la década de los treinta, cuya inspiración originalmente había derivado de la Escuela del Realismo Jurídico.[15]

Se trataba de que durante sus estudios de Derecho, los estudiantes realizaran un trabajo práctico con casos reales bajo la supervisión de profesores, de que esto tuviera un impacto en el sentido de servir de elemento transformador de la enseñanza jurídica, y de fortalecer la inserción social de las escuelas de Derecho a través de la prestación de servicios legales gratuitos para personas de escasos recursos.[16]

En los hechos, y a pesar de que estas clínicas han sobrevivido hasta la actualidad, el primer y tercer objetivo solo se han alcanzado de manera muy parcial y limitada y, el segundo, no se ha satisfecho en absoluto. Varios factores han sido relevantes para que los objetivos no se alcanzaran.[17]

Primeramente, hubo un problema de diseño que no consideró la escasez de recursos de las escuelas de Derecho. Esto se manifestó en el hecho de que estas clínicas se establecieran con carácter de obligatorias para todos los alumnos, lo cual derivó en que en la mayoría de los casos la supervisión de los profesores fuera más aparente que real, limitándose a un control formal. Ello ha redundado en que el grueso de los casos que litigan las clínicas posee escasa complejidad jurídica —reduciéndose fundamentalmente a cuestiones de mero trámite— y en que el aprendizaje de los alumnos se haya desarrollado de manera asistemática y que el mismo haya resultado claramente insuficiente. Lo que es más

15 Véase Frank, Jerome, "Why Not a Clinical Lawyer School?", en *University of Pensilvania Law Review,* vol. 81, núm. 8, jun, 1933, p. 907.

16 Sobre este punto, véase Wilson, Richard, "The development of three Law School Clinics in Chile: 1970-2000: innovation, resistance and conformity in the Global South", en *Clinical Law Review,* vol. 8, núm. 2, 2002, p. 515; también Abramovich, Víctor, "La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público: materiales para una agenda temática", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa jurídica del interés público, Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 9, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1999, pp. 61-93, especialmente pp. 62-70.

17 *Cfr.* Gardner, James, *Legal Imperialism,* Wisconsin University Press, 1980, así como González, Felipe, "Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *op. cit.,* nota 18, pp. 34 y ss.

grave: de alguna manera esto significa imbuir a los futuros jueces y abogados desde jóvenes en algunas prácticas que constituyen vicios típicos de los sistemas jurídicos latinoamericanos, en especial en la delegación de funciones.

En segundo término, la resistencia desde los sectores más tradicionales de las escuelas de Derecho, la cual se vio acentuada luego de los golpes militares que tuvieron lugar en muchos países de la región, supuso que la educación clínica nunca llegara a ejercer el rol transformador más general de la enseñanza del Derecho al que aspiraba en un comienzo. Las clínicas pasan a desempeñar entonces, como regla general, un papel secundario al interior de las escuelas en las que se encuentran insertas, careciendo de un impacto en ellas. De un ambiente de cuestionamiento generalizado e impulsos de transformación social a todo nivel, se pasó a otro marcado por el retorno a formas autoritarias y, en no pocos casos, a una abierta intervención de las autoridades políticas conservadoras —y eventualmente de las Fuerzas Armadas— en los centros académicos. En carreras que de suyo eran vistas como ajenas a los paradigmas tradicionales —como las escuelas de Sociología— directamente se optó por su desmantelamiento o su jibarización. En el caso de las escuelas de Derecho, simplemente se optó por volver a las formas tradicionales de su organización y sus formas de enseñanza. Existen, por cierto, algunas excepciones, como es el caso de la Universidad Católica del Perú, que a partir de esos años ha desarrollado y consolidando modalidades de enseñanza del Derecho distintas a las tradicionales en América Latina, pero en la casi totalidad de los casos se volvió a los ejes tradicionales, a veces con pequeños retoques aquí y allá.[18]

En tercer lugar, por los mismos factores anotados en los dos párrafos anteriores, y a pesar de que las clínicas han prestado servicios gratuitos a personas desposeídas, su rol como mecanismo de inserción social para las escuelas de Derecho ha sido sumamente débil. Típicamente, los casos no poseen mayor impacto público y no existen iniciativas de parte de las escuelas de Derecho por adoptar políticas comunicacionales que acompañen

[18] Véase Ortiz Caballero, René, *Universidad y modernización en el Perú del siglo XX,* Lima, PUCP, 1998.

la tramitación de los casos de manera de elevar su perfil. Además, por el hecho de ser escasa la supervisión de parte de los profesores-abogados, cabe realmente preguntarse por la calidad de la atención jurídica que se presta. Al fin y al cabo se trata de una situación compleja en la que los alumnos, al tiempo que aprenden la práctica del derecho, llevan sobre sus hombros intereses legítimos de personas reales. Además de las razones entregadas, influye en la baja calidad de la prestación del servicio la excesiva duración de muchos procedimientos, lo que genera una rotación de alumnos que, cada vez que se produce, genera en el cliente la sensación de partir de nuevo.

Muchas de las escuelas de Derecho creadas con posterioridad a la década de los sesenta —básicamente por universidades privadas— han incorporado también la enseñanza clínica en su malla curricular. Sin embargo, ellas han solido hacerlo con las mismas características de las universidades tradicionales.

Otro factor, más específico si se quiere, tiene que ver con la evaluación de los programas sobre Derecho y Desarrollo. Existe abundante literatura crítica de esta experiencia y la propia Fundación Ford —que como hemos apuntado, apoyara esos programas— terminó por evaluarlos de manera predominantemente crítica.[19] En lo sustancial, porque ellos perseguirían transformar la profesión y enseñanza jurídica latinoamericanas siguiendo el modelo estadounidense, sin considerar factores estructurales distorsionadores —tales como desequilibrios de poder, relaciones fuertemente cargadas de sesgos autoritarios, etc.— ni atendiendo suficientemente a las diferencias de contexto.

4. Nuevas iniciativas en el trabajo clínico en América Latina

En los últimos años —fundamentalmente a partir de mediados de la década de los noventa— se aprecia un resurgimiento de inten-

[19] *The Ford Foundation, Law and Development Movement: A History of the Foundation's Role in Fostering American Legal Assistance to Developing Countries,* Memorandum, 30 de abril 1998 (copia de este documento en poder del autor de esta obra).

tos renovadores de la enseñanza del Derecho en diversos centros académicos de América Latina. Al respecto, cabe hacerse a lo menos dos preguntas básicas. La primera, si los intentos actuales están orientados por los mismos criterios de las reformas de los años sesenta. La segunda, si los programas de enseñanza clínica —incluidos los dirigidos a acciones de interés público— tienen o no un papel que cumplir al respecto.

En cuanto a la primera pregunta, pareciera existir una diferencia fundamental entre las iniciativas actuales de reforma y las iniciativas de los años sesenta, aparte de la obvia diferencia de contexto político y cultural. En aquellos años existía un cuestionamiento a fondo, a veces radical, del papel desempeñado por el pensamiento y el quehacer jurídico. El papel del Derecho era relativizado y a menudo hasta en buena parte disuelto en la perspectiva de otras disciplinas. A este respecto, el modelo se erigía en torno a la Sociología, quedando con frecuencia el Derecho desplazado a un rol secundario o subalterno. Además, y quizás sí por derivación de lo anterior, el énfasis en los procesos de reforma solía ponerse en el fortalecimiento de destrezas de tipo académico en los estudiantes de Derecho en desmedro del desarrollo de habilidades prácticas para el ejercicio de la profesión. De hecho, con frecuencia el ataque iba dirigido directamente a las formas de enseñanza jurídica "profesionalizantes".

Los intentos actuales por innovar de manera significativa, en cambio, parten de otras bases. En particular, resalta el hecho de que se intenta rescatar y reforzar la especificidad del pensamiento y quehacer jurídicos. Sin perjuicio de apuntarse hacia la necesidad de incorporar enfoques interdisciplinarios —de los que en general se carece en las formas tradicionales de enseñanza del Derecho en la región—, la disciplina jurídica ya no es concebida por estos nuevos impulsos reformadores como un subproducto o un derivado de otras disciplinas de mayor envergadura.

El diagnóstico que se hace desde esta perspectiva consiste en advertir que a lo largo del siglo xx se ha producido una paulatina pérdida de relevancia relativa del pensamiento jurídico en comparación con otras disciplinas, tales como la Sociología —anteriormente— y la Economía —en la actualidad—. Pareciera como si el Derecho, en la perspectiva tradicional, se hubiera ido vien-

do reducido y acotado en su función, alcances y posibilidades de efectuar aportes significativos para la sociedad.

Nuevos factores, sin embargo, han contribuido a revalorizar el papel del Derecho. Pueden anotarse entre los factores más relevantes las crisis radicales vividas por los sistemas políticos de la región y la subsecuente reapreciación del sentido y funciones de un Estado de derecho; la afectación a escala masiva de los derechos fundamentales con la consiguiente revalorización y repotenciamiento de la concepción de los derechos humanos, y la creciente complejidad de las sociedades latinoamericanas actuales, que requiere de un abordaje técnico-jurídico de mucho mayor envergadura que en el pasado.

Lo anterior también ha conducido a que en los impulsos actuales de reforma de la enseñanza jurídica se ponga el énfasis en el desarrollo de destrezas y habilidades para el desempeño de la profesión de abogado y no, como ocurría en los intentos de los años sesenta, en el desarrollo de habilidades académicas —sin perjuicio de que también deban existir espacios para los estudiantes que prefieran esta vertiente—.

En la dirección de innovar en esta materia, a fines de 1995 se echó a andar un proyecto piloto sobre la situación de las acciones de interés público en varios países de Sudamérica, bajo la coordinación de la Universidad Diego Portales. El proyecto piloto se desarrolló por un periodo de nueve meses y en él se realizó un relevamiento de las experiencias en dicho ámbito en Argentina, Chile, Colombia y Perú.

En diciembre de 1996 se establece con miras de mayor permanencia un programa en la materia, esta vez circunscrito a Argentina, Chile y Perú, básicamente debido a una cuestión de recursos, cuyo eje central lo constituyó el establecimiento de una Red de Clínicas Jurídicas de Interés Público en estos tres países a comienzos de 1997. Ello sin perjuicio de que el programa incluyera también otras actividades, tales como las de investigación académica, las que, de cualquier modo, se han desarrollado en conexión con el trabajo de la Red de Clínicas. Más adelante se han establecido clínicas de este tipo en Colombia y México, incorporándose a la red.

Para la constitución de la red fue significativa la experiencia e intercambios personales acumulados en la etapa "piloto". En el caso de Argentina, resultó obvio que debían formar parte de la Red la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Universidad de Palermo, toda vez que ambas habían echado a andar recientemente Clínicas de Interés Público. Mientras que la UBA es una Universidad de antigua data y de carácter estatal, la Universidad de Palermo es una Universidad privada de creación reciente, pero que en sus cortos años ha reunido un núcleo de académicos de primer nivel. La Universidad Diego Portales había mantenido vinculaciones con ambas instituciones en el marco de un programa de seminarios anuales sobre temas constitucionales y de teoría política en el que también participan la Universidad de Yale, la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y la Universidad de Chile, al que luego se han incorporado universidades de otros países latinoamericanos. Con miras a asegurar la participación de alguna universidad de provincia, se escogió a la Universidad Nacional del Comahue, cuya Facultad de Derecho se encuentra en General Roca, provincia de Río Negro. La elección de la Universidad del Comahue para formar parte de la Red se dio básicamente por el conocimiento que de esta expresaban académicos de la UBA y de la Universidad de Palermo, que la veían como un centro con perspectivas de fortalecimiento en iniciativas de interés público, habiendo trabajado con ellos anteriormente en otras materias, especialmente en cuestiones de reforma de la justicia criminal.

En el caso peruano, la Pontificia Universidad Católica del Perú ya había jugado un papel central en la ejecución del proyecto piloto, al hacer las veces de coordinadora en ese país. Originalmente, la idea de que la Pontificia Universidad Católica del Perú participara en el proyecto había surgido tanto del trabajo anterior de la Universidad Diego Portales en otras materias —básicamente en cuestiones de reforma judicial en América Latina—, así como de la propia recomendación de la Fundación Ford. A ella se agregó la Universidad de San Agustín de Arequipa, en el sur de Perú, centro académico que a pesar de su nombre es de carácter estatal. La experiencia de la Universidad Católica del Perú en la consecución exitosa de trabajos conjuntos con la Universidad de San Agustín fue un elemento decisivo para la incorporación de esta última a la red.

En Chile, además de la Universidad Diego Portales, entidad a cargo del Programa sobre Acciones de Interés Público, se sumó la Universidad Católica de Temuco. Mientras que la primera es una entidad privada con sede en Santiago, que tenía aproximadamente 15 años de existencia al crearse la red, la segunda es de carácter estatal y se encuentra en la Región de la Araucanía, en el sur de Chile, habiendo adquirido vida propia en la década de los ochenta, a partir de antiguas sedes de la Universidad de Chile y la Universidad Católica de Chile. En la Universidad Diego Portales, el Programa sobre acciones de interés público y derechos humanos fue creado dentro del contexto de las actividades del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho, un núcleo orientado al trabajo en Derecho y Políticas Públicas. En una medida importante, en torno a este programa venían a confluir diversos proyectos e iniciativas llevadas a cabo con anterioridad por el Centro, en materias de derechos humanos, reforma de la justicia, justicia constitucional, derecho ambiental, protección de la infancia y otras áreas.[20]

Conforme a lo acordado con las distintas escuelas de Derecho que participan en el programa, estas se comprometieron a incluir en sus planes de estudio la asignatura de Clínica de Interés Público. Esto se ha llevado a cabo a través de distintas modalidades.

Como se ha dicho, este tipo de clínicas ya venían operando desde un par de años antes en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo. En ambos casos este trabajo se desarrolla en forma permanente en conjunto con organizaciones no gubernamentales: el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el primer caso, y la Asociación por las Libertades Civiles, en el segundo. Por lo mismo, en estos dos casos los pasos que se dieron fueron, por una parte, la suscripción de un compromiso formal de los decanos de las respectivas escuelas de Derecho para formar parte del programa y, por otra, la interacción permanente con las nuevas clínicas.

[20] Durante el primer año de existencia de la red también operó una clínica de interés público en un tercer Centro de Estudios chileno: Universidad de Talca. Sin embargo, por decisión de las autoridades de la Facultad de Derecho de esa Universidad, el trabajo de la clínica fue discontinuado.

En la UBA, la Clínica de Interés Público es una alternativa entre varias posibles para los estudiantes al momento de tener que cursar el ramo de práctica jurídica. En la Universidad de Palermo, la Clínica se inscribe dentro de los cursos de posgrado en Derecho y los alumnos deben escoger entre trabajar en ella o hacerlo en la revista jurídica de la Universidad. En la Universidad del Comahue, la Clínica se encuentra vinculada a un curso de profundización en materias penales.

En cuanto a Chile, en la Universidad Católica de Temuco, la Clínica de Interés Público se estructuró como una de las alternativas posibles para los alumnos de Derecho al momento de cursar el ramo de Clínica Jurídica. En la Universidad de Talca se le dio el carácter de dos cursos electivos sucesivos de duración de un semestre cada uno, pero, como ya se ha dicho, la experiencia no continuó en 1998. Esto último ocurrió también en el caso de la Universidad Diego Portales en los dos primeros años de funcionamiento de la Clínica de Interés Público (1997 y 1998). Esta modalidad implica que los alumnos de la Clínica de Interés Público deben además cursar el ramo obligatorio de Clínica Jurídica. No obstante, en 1999, la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales pasó a constituirse en una de las alternativas posibles al momento de cursar el ramo obligatorio de Clínica Jurídica.

En lo que se refiere a Perú, tanto en la Universidad Católica como en la Universidad de San Agustín de Arequipa, la Clínica de Interés Público tiene el carácter de optativa para los estudiantes de la carrera de Derecho.[21]

Más recientemente, en los primeros años del siglo XXI se han ido incorporando a la red más clínicas de este tipo que han sido

[21] Respecto de los perfiles adoptados o a ser adoptados por las diversas clínicas que conforman la red, se elaboró un documento en el marco de la misma denominado "Elementos para una primera discusión sobre modelos de clínicas jurídicas de interés público: criterios de caracterización de las clínicas de interés público", Santiago, 1997 (copia en poder del autor). En dicho documento se categoriza la labor clínica en materias de interés público desde una serie de parámetros, incluyendo sus objetivos estratégicos, su relación con las políticas públicas de justicia, su composición profesional, el rol de los alumnos, las materias que aborda, los criterios de búsqueda y selección de casos, la participación de la comunidad, etcétera.

establecidas en Argentina (Universidad Nacional de Tucumán) y Perú (Universidad de San Antonio Abad, en Cusco), así como algunas clínicas pioneras en Colombia (Universidad del Rosario), Ecuador (Universidad de San Francisco de Quito) y México (Instituto Tecnológico Autónomo de México —ITAM—). Existen además prospectos para una pronta creación de instituciones similares adicionales en varios de estos países, que ya se encuentran trabajando con la red. Entre ellas están el CIDE y la Universidad Iberoamericana, en México; la Universidad de los Andes, en Colombia, y la Universidad Nacional de Córdoba, en Argentina, en convenio con el Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente —CEDHA—.

En este proceso de estructuración de las Clínicas de Interés Público también han jugado un papel significativo las instancias de encuentro. Así, durante el primer lustro de funcionamiento de la red anualmente se realizaron dos encuentros de Clínicas de Interés Público por país, además de un seminario y encuentro internacional de clínicas. El primer encuentro nacional en cada país estuvo dedicado en una proporción importante a discutir aspectos organizacionales y de formas de trabajo de las clínicas. Luego, estos encuentros estuvieron dedicados de manera preferente a la presentación de casos por los propios alumnos, discutiéndose el interés público envuelto en ellos y las estrategias jurídicas y comunicacionales —para producir un impacto público—, sin perjuicio de que, con ocasión de dichos encuentros, se hayan realizado también foros de discusión, presentaciones de especialistas y hasta lanzamientos de publicaciones de la red.

Por su parte, los encuentros internacionales están concebidos para realizar esos mismos análisis con el *plus* dado por visiones comparadas sobre la materia, así como para someter a debate las investigaciones académicas encargadas en el marco del programa.

De este modo, los encuentros internacionales —que se efectúan anualmente y en forma itinerante en los diferentes países representados en el programa— tienen dos componentes básicos. El primero consiste en presentar y someter a discusión crítica las investigaciones académicas llevadas a cabo en el transcurso del año. El segundo consiste en la presentación y análisis de un

caso seleccionado por alumnos de cada una de las clínicas que componen la red. Para este efecto, se agrupan temáticamente casos de dos clínicas y se lleva a cabo la presentación y discusión.

Además de lo anterior, y dado que se ha contado en estos encuentros internacionales con académicos de clínicas jurídicas vinculadas a temáticas de interés público provenientes de Estados Unidos, se han realizado presentaciones sobre las experiencias clínicas en ese país, de lo que ha resultado un contraste entre dichas experiencias y las iniciativas llevadas a cabo en los países sudamericanos. Cabe anotar que el elemento de estos encuentros internacionales que más les ha llamado la atención a los académicos estadounidenses ha sido la presencia significativa y el activo rol desempeñado por los estudiantes, ausente según ellos en la discusión interclínica en su país.

A título ejemplar, se pueden señalar algunos de los problemas jurídicos tratados por las clínicas a partir de la defensa de casos concretos:

- acción de amparo en defensa del derecho a la salud, por la decisión del Estado argentino de no continuar la producción de vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina o "mal de los rastrojos" (UBA/CELS, Argentina);
- problemas de desposeimiento y división de tierras indígenas en el sur argentino (Universidad de Palermo);
- conflicto por instalación de industria pesada y contaminante en áreas ecológicamente protegidas (Universidad Católica del Perú);
- derechos esenciales consagrados en la Ley del Consumidor chilena y límites de las funciones de los guardias de guardianes de seguridad privada en tiendas comerciales (Universidad Católica de Temuco, Chile);
- tasas judiciales y acceso a la justicia (Universidad de San Agustín de Arequipa);
- discriminación en avisos de oferta laboral en diarios de amplia circulación (Universidad Católica del Perú y Universidad Diego Portales);
- accesibilidad de personas que viven con discapacidad física a medios de transporte público (Universidad del Rosario, Colombia);

- acciones judiciales por el "derecho a la verdad", en el caso de desaparecidos que fueron víctimas del terrorismo de Estado (UBA/CELS, Argentina);
- censura judicial de libros (Universidad Diego Portales);
- protección del patrimonio cultural (Universidad de San Antonio Abad del Cusco);
- derechos de los presos (Universidad Nacional del Comahue, Argentina);
- situación de los migrantes en la frontera sur de México (ITAM), y
- control de los procedimientos policiales (UBA/CELS, Universidad Diego Portales).

En la selección de los casos han jugado criterios como los siguientes (por lo menos deberían concurrir algunos de ellos para que un caso sea escogido):

- que el interés público aparezca con nitidez en el caso, de manera que la clínica respectiva no se vea en la necesidad de tomar partido entre intereses privados igualmente legítimos;
- que se trate de casos paradigmáticos, que puedan servir de modelo para el desarrollo de otros casos y para fortalecer la jurisprudencia;
- que sea posible detectar en el caso defectos estructurales del orden legal interno, a fin de promover, a través de la acción jurídica, cambios o sustituciones en él;
- que sea previsible que el caso pueda producir un impacto público significativo;
- que exista la posibilidad de usar los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos;
- que exista un compromiso institucional con las defensas asumidas, y
- que el caso sea plausible, en el sentido de que pueda concebirse como un caso "jurídico" y que su tramitación judicial tenga cierta viabilidad.

Desde un comienzo, las clínicas han interactuado con las ONG, suscribiendo convenios y otras formas de cooperación con ellas. Dado que uno de los objetivos del Programa sobre Acciones de Interés Público es contribuir a canalizar demandas

y formas de participación de la sociedad civil, estos vínculos resultan indispensables. Ello hace más factible, además, que los casos escogidos para su prosecución por la vía judicial posean realmente una significación pública. Los alcances e implicancias de estas relaciones las analizaremos más adelante en este trabajo.

El programa también incluye un componente de investigaciones académicas sobre acciones de interés público. A este respecto, la etapa "piloto" del programa consistió precisamente en la realización de un conjunto de investigaciones que registraron y sometieron a una evaluación crítica las acciones de esta naturaleza emprendidas en los países participantes.[22] Una vez constituido el programa propiamente tal, se ha profundizado en esta línea, a través de publicaciones de carácter internacional de la red y de las universidades participantes.

Otra iniciativa ha consistido en la creación de foros de interés público, que funcionan en varios países, con especial vigor en Argentina y Chile. Estos foros constituyen instancias de encuentro periódico en las que participan representantes del sector académico —con carácter multidisciplinario—, no gubernamental, político y de la comunidad legal y judicial. Estos foros son relevantes para fortalecer los vínculos y el trabajo conjunto de los centros académicos con la sociedad civil, en lo que se refiere a tareas de investigación, de participación en la gestación y en el control de políticas públicas y de monitoreo del sistema judicial. Además, a menudo a partir de los propios foros surgen casos paradigmáticos para ser sometidos a los tribunales, de modo que dichos foros "nutren" a las clínicas con bases para su trabajo en la esfera judicial.

En los foros se presentan documentos y trabajos de investigación —elaborados ya sea en el marco de la red o en el contexto del trabajo de otras instituciones— que versan sobre el estado de

[22] Una selección de las investigaciones llevadas a cabo en la etapa piloto fue recogida en González Morales, Felipe (ed.), "Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú", en *Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 7, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1997.

la situación, las políticas públicas o las políticas judiciales en las materias sustantivas respectivas. En relación con el aspecto judicial, ambos foros recogen también los casos judiciales llevados adelante por las Clínicas de Interés Público y por otras instituciones, reflexionando a través de investigaciones académicas en torno a dichos casos y a las tendencias que ellos representan, difundiéndolos, compartiendo y discutiendo estrategias jurídicas y de impacto comunicacional. A través de los foros, las clínicas ven fortalecido su perfil público, apareciendo de manera permanente como una instancia a la cual es posible recurrir para perseguir acciones judiciales en las materias que se debaten en los foros. Recíprocamente, el trabajo de las clínicas es instrumental para el desarrollo de los foros, contribuyendo a que estos tengan constantemente un sentido práctico significativo, conectado a problemas sociales apremiantes.

5. Algunas preguntas recurrentes en el trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público

Las modalidades de trabajo antes descritas que, como se ha visto, poseen un componente "dialogal" significativo, han dado lugar al levantamiento de algunas preguntas y problemas que resultan relevantes para el desarrollo de este tipo de trabajo. En esta sección se recogen las principales de ellas.

5.1. ¿Cómo se vinculan el interés público y los derechos humanos?

En algunos seminarios en que he tenido oportunidad de participar ha llamado la atención el empleo de expresiones como "acciones de interés público", "organizaciones que trabajan por el interés público" y otras análogas. Por ejemplo, en un encuentro convocado por la Fundación Ford hace un tiempo en Santiago,[23]

[23] Me refiero a un foro organizado por la Fundación Ford en octubre de 1999. Véase Fundación Ford, Taller "Investigación en materias de interés público" (materiales para el taller), 19-20 de octubre 1999.

algunas ONG de mujeres señalaron que les había tomado largo tiempo "instalar" y "socializar" el problema de los derechos de la mujer como un problema de derechos humanos. La carencia de una socialización al respecto también se había reflejado durante muchos años al nivel de dichas organizaciones no gubernamentales, ya que existían, por un lado, "organizaciones sobre derechos de la mujer" y, por otro, "organizaciones de derechos humanos". En estas últimas, el tema de los derechos de la mujer no formaba parte de su agenda o mandato.

Esto fue cambiando paulatinamente y en América Latina, a partir de la década de los noventa, las ONG que abordan de manera general las violaciones a los derechos humanos comenzaron a incluir las afectaciones a los derechos humanos de la mujer. A nivel de los organismos intergubernamentales de derechos humanos, como la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de los Estados Americanos, se vivió un proceso similar, que significó que el problema de los derechos humanos de la mujer pasara no solo a constituirse en un tema específico a analizar, sino que comenzara a cruzar transversalmente los informes sobre países y otros estudios generales sobre la situación de los derechos humanos. Entonces se preguntaban estos grupos de mujeres, ¿es que se nos está proponiendo ahora que renunciemos a esto?

Una pregunta hasta cierto punto análoga podrían haber formulado las organizaciones de derechos humanos propiamente dichas o los centros académicos especializados en el tema. Caracterizar un juicio en materia de derechos humanos como una "causa de interés público" podría debilitar el asunto a ojos de la opinión pública.

Antes de hacerse cargo de estos planteamientos, conviene señalar que la expresión "interés público" posee por sí misma un cierto sesgo que podría encaminarnos hacia un rumbo distinto al deseado. En la tradición del derecho continental europeo, y en especial en la manera en que ha sido recogida en América Latina, esta expresión históricamente ha estado asociada a la idea de "interés estatal". En esta lógica, el interés público ha sido presentado como un elemento que limita los derechos de las personas. En la versión anglosajona del término, sin embargo, así como en

la forma en que se ha venido trabajando con esta expresión en América Latina en los últimos años, el concepto de interés público posee otros alcances.

En efecto, ya no se trata de identificar el interés público con el interés estatal, sino de llevar esta noción más allá. Esta transformación en el uso que se le da a la idea de interés público pasa por asumir un concepto de "lo público" distinto al que tradicionalmente se le ha atribuido en Latinoamérica. "Lo público", entonces, ya no es entendido como sinónimo de lo estatal, sino como un espacio más amplio, que incluye a la sociedad civil. Lo que sucede es que se pone un énfasis mucho mayor que en el pasado respecto del papel que los actores no gubernamentales desempeñan en la construcción de un sistema democrático. Ya no se trata de que los actores no estatales se limiten a participar "desde afuera", sino que se asume que ellos intervienen y participan en forma permanente y significativa en el juego democrático, a través de sus múltiples manifestaciones. Estas manifestaciones se extienden desde el clásico rol en materia del ejercicio de derechos políticos, a funciones tan diversas como el control del quehacer estatal, intervención en los procesos legislativos, demandas judiciales y extrajudiciales por la protección de derechos, difusión de información a la ciudadanía acerca de los problemas públicos en busca de un mayor involucramiento de esa, y muchas otras. En esta perspectiva, entonces, para los ciudadanos lo relevante no es solo lo privado, sino también lo público. El que no haya sido esta la visión históricamente predominante en América Latina queda de manifiesto cuando se observan las serias limitaciones jurídicas para que los ciudadanos tomen parte de iniciativas legislativas o para que ejerzan acciones judiciales que vayan más allá de sus intereses privados.[24]

Si, como hemos visto, el concepto de lo público cambia, lo propio ocurre con la noción de interés público. Esta noción ya no estará asociada a la idea de interés estatal, sino que incorporará otras dimensiones, relativas a los aspectos que revisaba en el

[24] Sobre este último punto, véase Cox, Francisco, "*Class Action* e interés público", en González, Felipe (ed.), *Derechos humanos e interés público, Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 11, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, pp. 9-53.

párrafo precedente. Velar por el interés público significará, en esta perspectiva, velar por el buen funcionamiento del sistema democrático, por la sujeción de las autoridades a los principios y reglas de un Estado de derecho, por la garantía efectiva de los derechos humanos, por la participación ciudadana en el quehacer público y por otros aspectos análogos.

Por lo mismo, la noción de interés público ya no se nos presenta como un elemento que limita los derechos humanos, sino que adquiere una estrecha conexión con estos, en la medida en que su protección aparece como uno de los aspectos centrales de la salvaguarda del interés público. No estamos afirmando, sin embargo, que cuando hablamos de interés público y de derechos humanos nos referimos a dos sinónimos. Como hemos observado algo más arriba, la noción de interés público, según se la viene entendiendo, comprende otros elementos además de los referidos a derechos humanos. En consecuencia, las iniciativas en materia de derechos humanos pueden ser entendidas como iniciativas de interés público, pero no todas las iniciativas de interés público están, en rigor, referidas a problemas de derechos humanos.

Es cierto que, en parte, el tratamiento del problema varía según el enfoque que se tenga acerca de qué aspectos están cubiertos por la noción de derechos humanos. Pero, recalco, solo en parte, ya que como veremos enseguida, dependiendo de cómo estos derechos sean entendidos la frontera podrá moverse, pero sin que se altere nuestra afirmación anterior en el sentido de que interés público y derechos humanos no son expresiones sinónimas. Si entendemos a los derechos humanos en el sentido en que lo hace el liberalismo clásico, esto es, referidos exclusivamente a los derechos civiles y políticos, el ámbito de confluencia entre derechos humanos e interés público será menor que si se asume que el concepto de derechos humanos incluye también derechos de la esfera económica, social y cultural. En el primer caso, bajo la óptica del interés público podrá haber un acometimiento de políticas sociales, pero sin que estas sean enfocadas bajo una perspectiva de derechos propiamente dicha. En el segundo caso, estos temas serán a la vez materias de interés público y de derechos humanos.

Incluso respecto de la cuestión de la participación ciudadana que, como antes hemos anotado, corresponde a uno de los elementos centrales de las iniciativas de interés público, la frontera podría moverse según el enfoque sobre derechos que se siga. Una visión clásica de los derechos humanos a menudo —aunque no necesariamente— postulará que, en términos de derechos, la participación ciudadana queda circunscrita al ejercicio de los derechos políticos y a los aspectos de los derechos a la libre expresión, a asociarse y a reunirse, que tengan conexión con dichos derechos políticos. No es que desde la visión clásica las formas de participación ciudadana tengan necesariamente que terminar allí, pero en su dimensión de derechos humanos ese sería su perímetro.

Desde una visión diferente, podría asumirse que otras manifestaciones de participación ciudadana, además de las clásicas, como podrían ser formas de democracia directa, de control ciudadano del quehacer estatal, etc., poseen también el estatus de derechos y quedan incorporadas dentro de los derechos civiles y políticos. Análogamente a lo que ocurría en materia social respecto de la participación ciudadana, dependiendo del enfoque que se posea, será mayor o menor la confluencia entre derechos humanos e interés público, menor en la versión del liberalismo clásico y mayor en la segunda versión expuesta.

Una de las ventajas de usar el concepto de interés público radica precisamente en poder sortear algunos de los debates precedentes o al menos dejarlos en suspenso para algunos efectos prácticos. Porque incluso si se asume que hay un ámbito de las políticas sociales que corresponde propiamente a derechos en un sentido fuerte, la discusión puede continuar respecto de dónde se fija precisamente la frontera, es decir, qué espacio dentro de las políticas sociales corresponde propiamente a políticas públicas que pueden ser formuladas con cierta discrecionalidad y qué espacio corresponde a derechos y, por tanto, tal discrecionalidad —en el sentido fuerte de la expresión— no existe. El mismo hecho de que el tratado más importante en la materia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, introduzca un elemento de progresividad en el tratamiento del tema, da muestras de la complejidad del abordaje de esta materia. En cambio, desde la perspectiva del

interés público, los problemas sociales quedan inequívocamente incorporados.

Otro ejemplo claro de que el concepto de interés público abarca aspectos no cubiertos por la noción de derechos humanos es el de la protección del consumidor. Desde luego que hay aspectos de la protección del consumidor que están relacionados e incluso pueden asumirse dentro de una concepción de derechos humanos. Pero hay muchos ámbitos en que ello no ocurre.

Pero el asunto no es tan sencillo como podría en principio aparecer de lo recién sostenido. Invocar o no la noción de derechos humanos no solo es una decisión significativa desde el punto de vista conceptual, sino también, y como se apuntara al inicio de este apartado a propósito de las organizaciones de mujeres, una cuestión estratégica importante. La noción de derechos humanos posee una carga socialmente más fuerte que la noción de interés público. A ello se suma el hecho de que construir una causa como de derechos humanos puede ser en algunos casos decisivo para hacer dicha causa reclamable judicialmente o para recurrir a determinados órganos internacionales.

De ahí que, como se ha discutido en diversos foros, pareciera que un enfoque flexible resulte el más apropiado al respecto. Para continuar con el ejemplo de las mujeres, no se trata de deshacer lo andado y pretender que coloquen en un segundo plano ni menos que olviden el carácter de derechos humanos de sus reivindicaciones, sino de que, en determinados contextos, esas reivindicaciones pueden ser incluidas dentro de un paraguas más amplio que el de los derechos humanos: el de la protección del interés público. Esto le da nuevas dimensiones al problema, favorece la conexión del problema con otras temáticas con las cuales de otro modo quedaría desvinculado o insuficientemente conectado y, potencialmente, puede permitir alcanzar a otras audiencias.

Lo mismo es válido para otros componentes de la noción de interés público: estos pueden ser presentados o reivindicados ya sea bajo su denominación específica —protección del consumidor, derechos humanos, etc.— o bajo la denominación genérica de iniciativas de interés público. Como ya hemos se-

ñalado, no es que esas expresiones específicas sean sinónimos de la noción de interés público, sino que forman parte de él. De ahí que a menudo sea posible invocar uno u otro tipo de expresiones, lo que dependerá básicamente de consideraciones estratégicas.[25]

5.2. ¿Favorecen las acciones de interés público la dispersión y atomización de las demandas?

Cuando se analizan acciones emblemáticas de interés público y derechos humanos en el derecho comparado, es recurrente la mención que de aquellas llevara a cabo el movimiento contra la segregación racial en Estados Unidos.[26] A nivel de los países latinoamericanos, se destacan las acciones emprendidas por el movimiento de derechos humanos durante las dictaduras que predominaron en los setenta y ochenta. Respecto de la situación en las dictaduras, la respuesta a la pregunta planteada es obviamente negativa, ya que dichas acciones no solo no favorecieron la dispersión y atomización de las demandas ciudadanas, sino que contribuyeron en forma significativa a que la población adquirie-

[25] Además de los textos ya citados, he tenido especialmente en cuenta para este apartado los siguientes trabajos y documentos: Rekosh, Edwin; Buchko, Kyra A. y Terzieva, Vessela (eds.), *Pursuing the Public Interest: A Handbook for Legal Professionals and Activists,* Columbia Law School, 2001; Fundación Ford, *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público,* 2000, especialmente el trabajo de Varas, Augusto, "Democracia, ciudadanía e interés público", pp. 19-37, y el de Gonzáles Mantilla, Gorki, "Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción", pp. 41-59; *Public Interest Law: concept and practice,* Moscú, Ford Foundation Symposium, 2001; González, Felipe (ed.), "Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú", en *Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 7, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1997, especialmente mi artículo "Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público", pp. 15-48 y el de Peña, Carlos, "Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: antecedentes dogmáticos y conceptuales", pp. 353-386.

[26] Véase Hershkoff, Helen y Hollander, David, "Los derechos en acción: Litigios de interés público en los Estados Unidos", en Fundación Ford, *Caminando a la Justicia: el trabajo en el área del Derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo,* 2001, cap. 3.

ra conciencia de la gravedad de la situación y de sus derechos, y que comenzara a movilizarse para protegerlos.

En cambio, la pregunta adquiere relevancia en otros contextos, cuando en lugar de haber un grupo muy grande de ciudadanos afectados por el mismo problema —la segregación racial o las violaciones a derechos elementales—, los diferentes sectores de la población se ven afectados en sus derechos de formas distintas. De hecho, si se revisa la situación actual en Estados Unidos, sin perjuicio de que se lleven a cabo algunos tipos de acciones que involucran a amplios sectores —como la población afroamericana o las mujeres—, se observa que se ha incrementado de manera importante la dispersión de las demandas.

Pareciera que en las sociedades latinoamericanas ocurre un fenómeno análogo —aunque a menor escala, ya que continúan siendo frecuentes las violaciones a derechos elementales—, sobre todo si se compara la situación actual con la vivida en los años sesenta o luego durante las dictaduras. Las demandas ciudadanas tienden a concentrarse en mayor medida que en el pasado en la reivindicación de intereses de sectores determinados, los cuales, si bien en último término afectan a la sociedad como conjunto —ya que de otro modo no serían acciones de interés público—, se llevan a cabo de un modo tal que se pierde la conexión con ese interés más general. En este proceso influye el modelo económico y las transformaciones culturales que trae consigo, más centradas en que el individuo ponga el acento en la satisfacción de sus intereses propios que en los del conjunto de la población. El hecho de que haya un "despertar" de la conciencia de los derechos de las minorías y de los sectores vulnerables, a veces en los hechos no va acompañado de una conciencia y una dedicación más generales acerca de aquellas minorías o sectores vulnerables a los que la persona de que se trate no pertenece.

Se produce así, con no poca frecuencia, un potenciamiento de las reivindicaciones que afectan al individuo y a su grupo —potenciamiento cuya legitimidad no estamos poniendo en tela de juicio aquí—, pero a la vez un interés débil o meramente declarativo por las situaciones de los demás individuos o grupos, lo que dificulta el trabajo conjunto y sistemático.

Podría decirse que otro elemento que contribuye a este cuadro en América Latina es la ausencia de acciones de clase —*class actions*—. Aunque en este caso sí se trata de personas o grupos en una misma situación, el trato diferenciado que se les da debido a la ausencia de estos mecanismos procesales debilita también su coordinación y articulación conjunta.

También podría discutirse, a propósito de la dispersión de las demandas, si es posible situar en el mismo plano a las acciones de interés público en materia de protección del consumidor y a aquellas referidas a minorías o sectores vulnerables. Planteo el punto porque mientras que en el segundo caso la pertenencia al grupo suele ser permanente, en lo relativo a la protección del consumidor, la adscripción a un mismo grupo usualmente es circunstancial, generando consecuentemente y como regla general, menores niveles de adhesión emocional.

Ahora bien, encarando directamente la pregunta formulada, no es que las acciones de interés público de suyo fomenten la dispersión de las demandas o su opuesto, la articulación de las mismas. Dependiendo en buena medida de la forma en que sean llevadas a cabo, dichas acciones podrán favorecer la articulación; de hecho, esta articulación debiera encontrarse entre los objetivos de las acciones de interés público, a fin de fortalecer, en cuanto sea posible, la participación ciudadana como conjunto. No obstante, cuando se trate de la representación de grupos de alta invisibilidad social, el hecho de que no aparezcan otros *partners* o aliados en la tarea, no debiera constituir un factor en contra de asumir esa labor. Es más, el representar a esos grupos podría ayudar a potenciar su perfil público y eventualmente a favorecer instancias de articulación posteriores.

Desde luego, el mantener instancias de coordinación permanentes con organismos de la sociedad civil debiera ser parte del trabajo que llevan a cabo las instituciones que litigan en materias de interés público, a fin de poder contribuir a establecer esas articulaciones a las que recién me refería en casos concretos. Estas articulaciones pueden asumir distintas modalidades, pero probablemente la más recurrida en relación con los casos será la de carácter comunicacional.

5.3. Algunas preguntas sobre la enseñanza clínica

5.3.1. Eficacia del litigio y enseñanza clínica: ¿por qué no dejar entregados los casos reales a las ONG y trabajar en las universidades con casos hipotéticos?

Como se explicó, la defensa de casos de interés público por parte de clínicas jurídicas universitarias es un fenómeno que se ha extendido en los últimos años en diversos países de América Latina y de otras regiones del mundo. Comparado con el litigio asumido por las ONG, el trabajo clínico en esta materia presenta ventajas y desventajas y, como suele suceder en los más diversos órdenes de cosas, algunas de las ventajas tienen un costo, esto es, acarrean consigo determinadas desventajas.

Lo anterior parece ser precisamente el caso del objetivo de las clínicas de influir en las transformaciones de la enseñanza del Derecho. Como se ha señalado en este trabajo, este fue uno de los objetivos originales del movimiento clínico jurídico, nacido en el contexto de las doctrinas del realismo jurídico, objetivo que más tarde se fue perdiendo en América Latina, pero que en la actualidad parece estar recobrando fuerza, en especial por las iniciativas en materia de interés público y en los procesos de reforma judicial en la región.

La cuestión de la eficacia arriba planteada no se refiere a la capacidad —o incapacidad— que tengan las clínicas para litigar en casos complejos —aspecto contingente que dependerá de los recursos humanos de que disponga la clínica—, sino a potenciales limitaciones en su capacidad de reaccionar rápidamente ante situaciones urgentes. El problema puede plantearse debido a la necesidad de las clínicas de compatibilizar el litigio con la enseñanza. En este sentido, la preparación de un caso que permita a los estudiantes jugar un papel relevante puede tomar más tiempo que el que tardarían en hacerlo los profesores de la clínica por sí mismos o los abogados de una ONG. Este es un problema con el que la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales ha tenido que lidiar en más de una ocasión. Esto ocurrió, por ejemplo, con el recurso de protección interpuesto hace algunos años solicitando el cierre del Vertedero de Lepanto, en el que, de hecho, el equipo de profesores de la clínica y aquellos asociados

al programa acabaron realizando la mayor parte de las tareas jurídicas sustantivas.

Algo similar sucedió al momento de la censura de *El libro negro de la justicia chilena,* en que la clínica reaccionó de manera inmediata, presentando una medida cautelar solicitando el levantamiento de dicha medida ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue preparada fundamentalmente por el equipo docente. En ambos casos, los alumnos manifestaron su inconformidad con lo sucedido, cuestión que pudo ser reparada en cierta medida en el segundo de los casos mencionados, ya que ellos tuvieron una participación activa en una serie de actuaciones posteriores.

La pregunta planteada, claro está, cobra especial sentido en un contexto en el que existan ONG fuertes; sin embargo, también podría resultar pertinente en un contexto en el que esta característica no se halle presente, ya que podría ser eventualmente un elemento a considerar por las instituciones donantes, respecto a la posibilidad de focalizar o no sus recursos para litigar en dichos organismos o hacerlos extensivos también a las clínicas.

Puede ser interesante analizar en este punto la situación en Estados Unidos. En ese país existen efectivamente ONG que emprenden litigios de manera sistemática y con amplio impacto, como por ejemplo, la American Civil Liberties Union (ACLU) y el Legal Defense Fund de la NAACP (National Association for the Advancement of Colored People). No obstante, en ese contexto han surgido con creciente fuerza las clínicas jurídicas universitarias dedicadas a temas de derechos humanos y, más genéricamente, de interés público, siendo varias las que litigan tanto a nivel interno como internacional, como la Clínica de Derechos Humanos de la American University, que ha llegado no solo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sino también a la Corte. ¿Tiene sentido este desarrollo, que también comienza a avizorarse en América Latina? ¿No deberían las clínicas, habida cuenta de sus limitaciones, focalizarse a trabajar con casos hipotéticos?

Estamos hablando aquí de limitaciones inherentes a una clínica, como aquellas a las que nos referíamos antes en este mismo apartado. Si se tratara, en cambio, de limitaciones de otro ori-

gen —como la endémica falta de recursos financieros y humanos de la mayoría de las clínicas en Latinoamérica y su falta de objetivos definidos—, la respuesta pareciera ser positiva: en tales circunstancias, la atención al cliente es inadecuada y, por ende, el proceso de enseñanza-aprendizaje también lo es, sin que se desarrollen destrezas apropiadas en los alumnos, sino que, por el contrario, se familiaricen en una etapa fundacional de sus carreras con los vicios del sistema, como la delegación de funciones, el formalismo, etc. En una situación así, sería preferible que se trabajara sobre la base de casos hipotéticos.

Pero, ¿y qué pasa con aquellas clínicas que están a salvo de esas carencias y que solo presentan las limitaciones señaladas derivadas de la necesidad de compatibilizar litigio y enseñanza? ¿No será igualmente preferible que operen a partir de casos hipotéticos y persigan, en cambio, el fortalecimiento del litigio por las ONG? Hay varios elementos a analizar aquí. Primeramente, está el impacto susceptible de alcanzarse a nivel externo —social— e interno —en la Universidad— si se trabaja con casos reales. El primer tipo de impacto —social— sencillamente desaparece si se trabaja con casos hipotéticos. ¿Pero es esto relevante si existen organismos no gubernamentales fuertes? Aun así pareciera serlo. Las instituciones académicas que litigan casos de interés público proporcionan una clase de legitimidad distinta y complementaria a la que poseen las ONG: su función no es la misma que la de estas y socialmente se les percibe como entidades de un tipo diferente, que aportan algo adicional.

En cuanto al impacto interno, este disminuye considerablemente, ya que si bien los alumnos pueden adquirir una cierta sensibilidad con determinados problemas sociales aun siendo casos hipotéticos, este no será ni de cerca susceptible de alcanzarse mediante el litigio de casos reales. Además, si se trata de casos hipotéticos, el —débil— impacto interno en la Universidad no llegará más allá —salvo eventualmente de un modo indirecto y muy difuso— a los estudiantes que no hacen el curso, cuestión muy distinta a lo que ocurre con la difusión al interior de la Universidad de los casos reales que se llevan por una clínica.

Además, el tipo de experiencia formativa que para los alumnos trae el litigio en casos reales de interés público supera con

creces al trabajo con casos hipotéticos. Operar con casos hipotéticos contribuye al desarrollo intelectual teórico y práctico de los alumnos, pero no proporciona la formación más integral del trabajo con casos reales, que involucra aspectos psicológicos y emotivos, además de hacer que el alumno se vea sometido a imprevistos y cambios sobre la marcha.

También hay que considerar otro factor, consistente en que las acciones de interés público llevadas ante los tribunales van acompañadas de iniciativas comunicacionales para dar difusión y realce a las acciones emprendidas. Si bien las iniciativas comunicacionales también podrían ser simuladas, es evidente que, tal como ocurre con el litigio según se señalaba en el párrafo anterior, la experiencia formativa para el alumno será menos integral que si se trabaja con casos reales.

Las clínicas jurídicas universitarias no pueden pretender suplantar a los organismos no gubernamentales en las tareas de litigación. Unas y otros poseen sus especificidades, ventajas y limitaciones. Las clínicas tienen el impacto interno a nivel de las facultades de Derecho, así como formas de acceso a la comunidad jurídica que no son necesariamente las mismas que las ONG. Estas se hallan, en cambio, en caso de que dispongan de los recursos suficientes, en posición de asumir un mayor volumen de casos. Las formas de relación con otras instituciones de la sociedad civil también son diferentes, así como igualmente suelen serlo sus vías de difusión.

Resumiendo la respuesta a la pregunta que encabeza este apartado, si bien es importante que las clínicas asuman casos reales en materias de interés público, ello no significa que puedan suplir todas las funciones que desempeñan los organismos no gubernamentales.

5.3.2. ¿Qué debe primar? ¿El cliente o la causa?

Cuando hablamos aquí de causa, nos referimos al objetivo que se persigue con el litigio u otra acción de interés público en un caso determinado. La pregunta formulada guarda relación con los términos conforme a los cuales se lleva a cabo la acción; por

ejemplo, bajo qué condiciones —si hay alguna— el cliente debiera alcanzar un arreglo o, más al extremo, su poder para desistirse de la iniciativa.

Claro que desde el punto de vista estrictamente jurídico, el cliente siempre es quien manda y sus abogados, a lo sumo, pueden aconsejarlo en una determinada dirección, sin poder constreñirlo a seguir su consejo, pero en este apartado aspiro a ir más allá de esta sola dimensión del problema.

En un contexto de violaciones masivas y sistemáticas esta pregunta rara vez se planteaba. De hecho, no pocas veces los abogados interponían las acciones a nivel internacional —en aquellas situaciones en que existe una acción popular, como ante la Comisión Interamericana— sin patrocinio de la víctima ni de sus familiares. Pero en la actualidad esto ha cambiado, incluso respecto de las violaciones al derecho a la vida, como se aprecia de algunas soluciones amistosas alcanzadas en el marco del Sistema Interamericano.[27]

Con mayor frecuencia se plantea este dilema en el contexto de aquellas acciones en las que la propia institución —clínica, ONG u otra— es la que ha buscado al cliente, esto es, ha determinado primeramente la necesidad de llevar adelante una iniciativa de interés público en una cierta área temática y solo después ha procurado identificar a una persona o grupo de personas afectadas. Este tipo de casos "de laboratorio" era muy escaso en América Latina hasta hace algunos años, pero en la actualidad, sin haber alcanzado aún un volumen significativo, no es infrecuente. En estas circunstancias es donde se plantea con mayor fuerza la pregunta acerca de "quién es el dueño del caso".

Lo que no puede pasarse por alto es que la institución no es la única afectada, sino que por el hecho de consentir en que su nombre sea invocado para llevar adelante una acción de interés público, el o la cliente se expone, es decir, el asunto no está exento de costos para él o ella. El cliente puede estar exponiendo su

[27] Por ejemplo, ante la Corte Interamericana, en el *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C, núm. 19, respecto de Venezuela, y en el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, núm. 26, en relación con Argentina.

reputación ante ciertos grupos sociales, puede verse sometido a presiones de terceros, verse involucrado en conflictos no deseados, resultar expuesto al escrutinio de la prensa en mayor medida a la que había previsto y estar corriendo otros riesgos. En otras palabras, no es únicamente la institución que concibe originalmente la acción la que pone esfuerzos y se somete a conflictos diversos, a veces imprevistos, sino también el cliente.

De ahí que, en estricto rigor, "el dueño del caso" sea el cliente. Por cierto, es perfectamente legítimo que antes de iniciar las acciones, especialmente las de carácter judicial, se deje bien establecido en qué términos se asume la representación del afectado o afectada, así como se converse acerca de en qué circunstancias y bajo qué modalidades se estaría dispuesto a alcanzar una solución negociada con la contraparte. Pero todo esto no puede opacar el hecho de que en definitiva "el dueño del caso" es el cliente.

Sin perjuicio de lo anterior, el asunto puede tener una connotación diferente en ciertas circunstancias. Ello ocurre cuando, por ejemplo, una clínica jurídica asume la representación de una ONG, o bien cuando una ONG dedicada al litigio judicial representa a otra ONG que no posee abogados en su equipo de trabajo. En estos casos, en la práctica, la relación que se produce no es propiamente la de abogado-cliente, sino que las instituciones operan como socias. Como regla general, la institución representada incluso poseerá un conocimiento mayor que la que la representa judicialmente acerca de los aspectos sustantivos sobre los que se litiga. De ahí que en estas circunstancias, el litigio judicial y las iniciativas que lo acompañen obedecerán a una estrategia conjunta en torno a los pasos a seguir.

5.4. Algunas preguntas sobre el uso de los tribunales internos y de la jurisdicción internacional

5.4.1. ¿Es conducente el recurso a los tribunales internos para llevar adelante acciones de interés público? ¿Es legítimo recurrir a dichos tribunales para posicionar problemas en la agenda pública?

Si bien las acciones de interés público tienen un alcance que va más allá de las acciones judiciales e incluso de las iniciativas de

carácter jurídico, lo cierto es que muchas de esas acciones, en el caso de América Latina, son encauzadas, por lo menos en la etapa inicial, a través de los tribunales. Como los sistemas judiciales internos de los países latinoamericanos no tienen, como regla general, una tradición de encarar estas materias con perspectivas innovadoras, sino que tiende a predominar en ellos un enfoque formalista y restrictivo de derechos, desde un comienzo ha estado latente la pregunta acerca del sentido de emprender las acciones de interés público por la vía judicial. Una pregunta adicional, y no menos importante, se refiere a si se justifica que los actores que operan en materias de interés público por vías judiciales a menudo lo hagan con conciencia de que es altamente probable que el caso no encuentre satisfacción en esa esfera, pero que de todos modos ellos emprendan esa vía, por el impacto que puede producirse en la opinión pública y la consecuente reforma legislativa u otro tipo de cambio que ello puede terminar produciendo. ¿Se trata de una manipulación ilegítima del sistema judicial?

Analicemos la primera pregunta, esto es, la referida al sentido de emprender acciones de interés público por la vía judicial en un contexto adverso. ¿No se corre acaso el riesgo de que la jurisprudencia deje las cosas en un estado aun peor que el previo a la interposición de la acción ante los tribunales? ¿No se estimula que instituciones que promueven una visión restrictiva de los derechos humanos empleen también el recurso al sistema judicial y consoliden sus aspiraciones? A mi juicio, estos riesgos son reales, pero por lo menos en el contexto actual, en el que parece predominar socialmente una tendencia hacia la expansión de los derechos, sus efectos no debieran extenderse en el mediano y largo plazo. Aún más: en ocasiones, esas decisiones judiciales restrictivas de derechos resultan contraproducentes para quienes sostienen esa visión, puesto que producen, a nivel social, el efecto precisamente contrario. En Chile esto es lo que ha ocurrido con varias decisiones judiciales en los últimos años, por ejemplo, a propósito de las sentencias en el caso de la película "La Última Tentación de Cristo" y en el de *El libro negro de la justicia chilena*. En el caso de la película, la censura de la misma por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago y por la Corte Suprema llevaron el asunto al ámbito internacional, donde primero la Comisión y luego la Corte Interamericana de Derechos

Humanos condenaron al Estado chileno por vulnerar la libertad de expresión, produciendo un impacto significativo hacia la derogación de la censura cinematográfica, la cual fue abolida a fines de 2002. En el caso del *Libro negro,* concurrieron varios elementos: los tribunales fueron quienes censuraron la obra; la normativa que invocaron fue la Ley de Seguridad del Estado (LSE); y el libro se refería precisamente a la labor del sistema judicial. Esta conjugación de factores hizo que se produjera una reacción importante de la opinión pública. Con anterioridad, alrededor de dos docenas de casos habían sido llevados ante los tribunales por presuntas infracciones a la LSE, sin que se apreciara una reacción ni siquiera parecida. El propio Congreso, que solo tres años antes de la censura del *Libro negro* había invocado la LSE actuando como querellante en otro caso —el seguido contra Francisco Javier Cuadra—, apareció luego de la censura del libro mencionado criticando fuertemente esta normativa. La reacción nacional e internacional —ya que el caso fue presentado ante la Comisión Interamericana, que acogió un pedido de medidas cautelares para levantar la prohibición del libro— condujo en definitiva a la derogación de las normas de la LSE que habían sido invocadas en este y otros casos por los tribunales.

Por lo demás, el que instituciones o personas que promuevan una visión restrictiva de los derechos humanos recurran al sistema judicial no es una cuestión nueva ni depende necesariamente —aunque esto sí pueda ocurrir en ciertos casos— del uso que de él hagan aquellos que aspiran a una expansión de los derechos. El sistema judicial en América Latina ha sido colocado en un papel más protagónico que en el pasado debido a diversos factores más estructurales, comenzando por las políticas económicas que limitan el rol del gobierno en la materia y dejan muchas disputas entregadas a la esfera judicial y siguiendo por las iniciativas internacionales e intergubernamentales de reforma judicial en la región.

Respecto de la segunda pregunta, si se trata de una manipulación ilegítima del sistema judicial el interponer acciones como mecanismo para impulsar transformaciones en la opinión pública y la legislación, ella resulta especialmente pertinente cuando se aprecian de antemano escasas posibilidades de éxito de la acción judicial. Un ejemplo paradigmático de este tipo de uso en

Chile es el que llevara a cabo la Vicaría de la Solidaridad durante la dictadura. La Vicaría presentó miles de amparos aun sabiendo que existía una probabilidad altísima de que fueran rechazados. Por este camino, sin embargo, fue capaz de ir permeando a la opinión pública acerca de lo sistemático, masivo y grave de las violaciones a los derechos humanos. Ello también le facilitó ir documentando adecuadamente los casos, de manera que cuando se inició la transición a la democracia, facilitó enormemente el trabajo de la Comisión de Verdad y Reconciliación y las entidades estatales que posteriormente han continuado las investigaciones en la materia. La experiencia de la Vicaría, sin embargo, no nos resulta suficiente para el esclarecimiento de la pregunta planteada, puesto que en modo alguno podría cuestionar la legitimidad de su proceder, dado que el poder judicial mismo se encontraba inserto en un régimen dictatorial y que los mecanismos para informar a la opinión pública se hallaban severamente limitados.

¿Cuál sería la respuesta, en cambio, en un contexto democrático? Primeramente, las características que presenta un determinado sistema judicial no pueden ser vistas en blanco y negro, como si todos sus rasgos negativos desaparecieran por el hecho de no tratarse de un régimen político dictatorial. Aun en un sistema democrático, el sistema judicial puede poseer, y de hecho, a menudo posee en América Latina, una insuficiente independencia de los otros poderes públicos o de actores privados con peso social significativo, así como otras insuficiencias, como el no asumir a cabalidad su rol como garante de los derechos establecidos en la Constitución.

Cuando se trata de llevar adelante acciones de interés público en beneficio de sectores que tienen una posición desmejorada en la sociedad o de levantar causas que poseen una invisibilidad social, me parece que el recurrir a los tribunales como una forma de elevar el perfil del problema, haciéndolo público, con miras fundamentalmente a obtener en definitiva una transformación de carácter legislativo, resulta plenamente legítimo.

Pero yendo más lejos todavía, uno podría plantearse si el foro judicial no es un foro público más, susceptible, como tal, de servir como una vía de participación en una sociedad democrática. El obtener una decisión judicial adversa puede redundar, en no

pocas ocasiones, en una transformación de la percepción que los actores políticos tienen acerca de la existencia de determinados problemas.

5.4.2. ¿Cuál es el papel del sistema judicial respecto de las políticas públicas?

La ampliación de las acciones de interés público en sede judicial en varios países de América Latina en los últimos años ha llevado a plantearse el problema de si corresponde o no a los jueces intervenir y/o formular políticas públicas. Estas acciones han sido presentadas conforme a diversos argumentos jurídicos, tales como la necesidad de asegurar el principio de no discriminación;[28] en el carácter progresivo que impone a los Estados el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales en lo que se refiere a la implementación de estos derechos;[29] y en la ampliación del concepto tradicional de derecho a la vida —que se refería únicamente a la exigencia al Estado de evitar dar muerte arbitrariamente a las personas—, a fin de incluir en él obligaciones positivas o de hacer por parte del Estado.[30]

En ocasiones se intenta presentar este problema como si se refiriera exclusivamente a derechos económicos, sociales y culturales (DESC), pero ello no necesariamente es así. Por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional español hace algunos años declaró, basado en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la inconstitucionalidad de todo el conjunto de normas procesales penales que autorizaban a un mismo juez a investigar y decidir un caso, se trataba claramente de derechos

[28] Véase, por ejemplo, al respecto, el libro de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta, 2002.

[29] Poder Judicial de la Nación [Argentina], causa 31.777/96, "*Viceconte, María Cecilia c/ Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social*"— s/ amparo ley 16.986, 2 de junio de 1998 (copia del fallo en poder del autor).

[30] Véase Zúñiga Fajuri, Alejandra, "El interés público del derecho a la vida", en: González, Felipe (ed.), "Litigio y políticas públicas en derechos humanos", *...cit.,* pp. 95-138.

civiles y no de DESC.[31] La cuestión fue provisoriamente solucionada de una manera expedita, ya que la sentencia del Tribunal Constitucional fue seguida de inmediato por una nueva distribución de funciones, conforme a la cual se estableció que los jueces cumplirían indistintamente los roles de investigadores y sentenciadores, pero nunca en un mismo proceso, evitándose así todas las complejidades técnicas y de recursos que hubiera supuesto seguir el primer camino sobre la marcha. Esto derivó más adelante en el establecimiento de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, con todas las asignaciones de recursos del caso que representa una reforma de este tipo.

Otro caso emblemático en el derecho comparado más allá de América Latina y que tuvo relación con políticas públicas es el de *Brown vs. Board of Education*. Como se sabe, este caso se refería a las políticas de segregación racial en el sur de Estados Unidos, esto es, a derechos de carácter civil. Lo que no es tan sabido es que no hubo un Brown único, sino que el Brown original ("Brown I") que declaró inconstitucional la segregación racial en 1954,[32] fue seguido más tarde por un "Brown II".[33] Lo que sucedió en esta segunda decisión judicial fue que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ordenó a los tribunales locales ante quienes se habían interpuesto originalmente las demandas que supervigilaran la implementación de la decisión de "Brown I". Esta supervisión por parte de los tribunales tardó varios años, mostrando la complejidad que implica que órganos jurisdiccionales se vean envueltos en labores de planificación social.

Desde luego, en un Estado de derecho los tribunales tienen la función de controlar que las políticas públicas no infrinjan garantías constitucionales. Los casos mencionados en los párrafos anteriores lo demuestran claramente. Por más obvia que pueda parecer esta afirmación, no parece haberlo sido históricamente para los sistemas judiciales latinoamericanos, en que los jueces han asumido un papel pasivo al respecto, permitiendo la imple-

[31] Tribunal Constitucional de España, Sentencia Nº 145/1988, 12 de julio de 1988.

[32] 347 US 483, 74 S. Ct. 686, 98 L.Ed. 873 (1954).

[33] 349 US 294, 75 S. Ct. 753, 99 L.Ed. 1083 (1955).

mentación de numerosas políticas públicas que pasaban a afectar derechos.

El problema pareciera complicarse cuando está envuelta una asignación o uso de recursos. Pero no hay que perder de vista que la necesidad de reasignar recursos puede derivar tanto de una decisión judicial referida a DESC como de una relativa a derechos civiles. Cuestiones en que claramente se hallan envueltos estos últimos, como las condiciones carcelarias o el derecho a un debido proceso, involucran en muchos casos una (re)asignación de recursos.

Efectivamente, puede ocurrir que en ciertos casos las dimensiones potenciales del caso escapen a las posibilidades de los jueces de prever todas las consecuencias de sus decisiones. Más bien, de lo que se trata en estas circunstancias es de que las decisiones judiciales impliquen una exigencia a las autoridades políticas para que encaren problemas postergados en la agenda pública, especialmente cuando se refieren a grupos o sectores desventajados en la sociedad.

En general, en las acciones de interés público, de lo que se trata es de representar a personas o grupos que se encuentran en una situación desmejorada, cuyo problema de otro modo muy probablemente no sería confrontado por las autoridades. Por lo mismo, la alternativa real no es sistema judicial *versus* órganos políticos, sino que a menudo no existe alternativa alguna. Por lo demás, como apuntara en el apartado anterior, con frecuencia recurrir a la sede judicial será solo la antesala que hará que las autoridades políticas le presten atención a tales demandas.

5.4.3. El recurso al sistema internacional: ¿congruente o incongruente?

Tanto las ONG como las clínicas universitarias que llevan adelante acciones de interés público recurren con frecuencia al sistema internacional de protección de los derechos humanos. En lo que se refiere al trabajo en el ámbito americano, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha cobrado mayor relevancia en los últimos años, y la presentación de denuncias ante la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos se ha diversificado significativamente, pasándose de una concentración casi completa de las denuncias en violaciones masivas y sistemáticas —lo que ocurría hasta avanzada la década de los ochenta— a un nuevo contexto en el cual a esas materias se agregan otras tales como problemas de discriminación, de libertades públicas, de cuestiones estructurales de los sistemas penales, etcétera.

En el pasado, en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas bajo regímenes dictatoriales, con poderes judiciales carentes de imparcialidad y eficacia para confrontar dichas violaciones, el conflicto se daba directamente entre los órganos internacionales y el Estado respectivo y, por no tratarse de regímenes democráticos, mal podía plantearse siquiera como problema el hecho de que aquellos que aspiraban a fortalecer la participación ciudadana recurrieran a dichas instancias internacionales. Tanto es así que, en esas circunstancias, la práctica usual de la Comisión Interamericana consistía en admitir a trámite las denuncias sin hacer exigible la regla del previo agotamiento de los recursos internos, que incluyen los de carácter judicial.[34]

Actualmente, en cambio, en la gran mayoría de las denuncias, la Comisión Interamericana exige dicho agotamiento. Esto implica que también en la mayoría de los casos, la Comisión —y eventualmente la Corte Interamericana, cuando el caso llega hasta dicha instancia, lo que es asimismo más frecuente que en el pasado— deberá revisar una decisión judicial adoptada previamente a nivel interno. Además, se trata de que ahora los órganos internacionales evalúan también, conforme a los parámetros internacionales de derechos humanos, los actos y decisiones de autoridades elegidas democráticamente.

Desde luego, quienes se encuentran familiarizados con el debate en los órganos políticos de la OEA en los últimos años, saben que este argumento fue formulado de manera espuria por Estados cuyo objetivo no era precisamente el de fortalecer sus sistemas democráticos.[35] Pero aquí estamos planteándonos el pro-

[34] Para ello, la Comisión, así como los órganos equivalentes en Naciones Unidas, recurrían a las excepciones contempladas en los tratados.

[35] Me refiero a los gobiernos de México y Perú, durante los regímenes priísta

blema bajo otra óptica, centrada en cómo puede ser considerado legítimo desde una perspectiva democrática y del interés público llevar a cabo tales denuncias internacionales. En otras palabras, ¿cómo pueden sustentarse estos cuestionamientos a las autoridades democráticas y a jueces que forman parte de un régimen con las mismas características?

Existe una primera respuesta posible, que se basa en los compromisos adquiridos por los propios Estados a nivel internacional. Conforme a este argumento, los Estados han cedido parte de su soberanía a las instancias internacionales para pronunciarse sobre situaciones graves como las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, este argumento, con todo lo válido que pueda resultar en el contexto de otros interlocutores, no lo vamos a esgrimir *per se* aquí, ya que estamos tratando de encontrar un argumento todavía más general y previo.

Sin embargo, he subrayado la expresión *per se* no porque se trate de un latinazgo, sino porque el argumento que esgrimiré a continuación se encuentra conectado con los compromisos adquiridos a nivel internacional, pero no desde una perspectiva jurídica, sino desde la perspectiva de su fundamentación.

Porque, ¿cuál es la lógica subyacente al fortalecimiento de la comunidad internacional en materia de derechos humanos? Planteémonos esta pregunta no solo en el contexto latinoamericano, sino también, y para esclarecer más nuestra argumentación, en el contexto europeo. Es interesante considerar el caso europeo, ya que allí podría formularse con mayor consistencia la pregunta que nos ocupa en este momento.

En el contexto europeo, la independencia e imparcialidad de los tribunales es rara vez cuestionada y, como regla general, se considera que dichos órganos son capaces de confrontar adecuadamente las violaciones a los derechos humanos que se producen. No obstante ello, no solo subsiste un sistema de derechos humanos a nivel europeo, sino que este ha sido judicializado en lo que a la tramitación de casos se refiere, al fusionarse la Comisión y la Corte Europea en una sola y nueva Corte, a la cual tienen

y fujimorista, respectivamente.

acceso directo las víctimas de violaciones —esto es, las víctimas pueden presentar sus denuncias directamente ante el órgano judicial europeo, una innovación sin precedentes en el derecho internacional público—.[36] Es cierto que por las características antes anotadas de los tribunales internos, el Sistema Europeo funciona conforme a patrones en alguna medida diferentes a los vigentes en los demás sistemas internacionales de protección. En este sentido, el Sistema Europeo es el único donde se utiliza la doctrina denominada "el margen de apreciación", según la cual la Corte Europea —y antes, cuando existía, también la Comisión— le reconoce a los tribunales internos una posición especial y privilegiada para evaluar si se está o no ante la presencia de una violación, aunque esto varía según el tipo de derecho de que se trate y de otras circunstancias. Esta doctrina ha sido criticada por juristas que operan en diversos sistemas internacionales, incluido el europeo, por considerar que representa una desfiguración y una autorrestricción injustificada del rol preeminente que deben desempeñar los órganos internacionales de derechos humanos.[37]

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha recogido en sus decisiones numerosos elementos de la jurisprudencia europea, no ha hecho lo mismo en ninguna ocasión con la doctrina del margen de apreciación. Tampoco han empleado esta doctrina los órganos de derechos humanos de la ONU.

Para los efectos de este apartado, no nos detendremos a revisar las críticas formuladas a la doctrina del margen de apreciación, sino que nos limitaremos a constatar que no es casualidad

[36] La judicialización se da a propósito de la tramitación de casos, pero no en cuanto a otras funciones, como las visitas *in loco* y los informes, funciones que han sido expandidas en los últimos años con la creación del Comité Europeo contra la Tortura y del Comité Europeo contra el Racismo.

[37] Véase la intervención de Friedrich van Hoof, en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Seminario sobre el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, 2 al 4 de diciembre de 1996, Conclusiones de la CIDH y minutas de las exposiciones realizadas por los participantes, OEA/Ser/L/V/II.95, Doc. 28, 11 de marzo 1997, pp. 69-70. En el mismo sentido, Waldo Fortín y Cecilia Medina, "El Sistema Europeo para la Protección de los Derechos Humanos", en Medina, Cecilia (ed.), *Derecho internacional de los derechos humanos: Manual de enseñanza,* Santiago, Sociedad Impresora La Unión, 1990, pp. 77-78.

que esta doctrina haya surgido precisamente en Europa, y que tiene que ver con las características de sus sistemas democráticos y de sus sistemas judiciales. A ello se suma que en el Sistema Europeo la proporción de denuncias declaradas inadmisibles es notablemente superior a la existente en los demás sistemas internacionales.[38] Nuevamente, esto tiene que ver con las características apuntadas que posee Europa en estas materias, ya que la causal de inadmisibilidad más frecuentemente aplicada en el Sistema Europeo es que la materia ya ha sido decidida sin vulneración a los derechos humanos a nivel interno.

Sin perjuicio de estas peculiaridades del Sistema Europeo, el hecho es que la existencia de sistemas democráticos sólidos en esa región no ha significado un debilitamiento de dicho Sistema. Es cierto, no obstante, que a nivel de la Unión Europea se constatan aprensiones respecto del trabajo de una nueva burocracia —europea esta vez— por el peligro que ello pudiera suponer en términos de limitar la participación ciudadana.

De cualquier modo, para el estado actual latinoamericano en materia de derechos humanos, las disquisiciones precedentes tienen un carácter más teórico que práctico. La realidad latinoamericana al respecto dista mucho de asemejarse a la europea y no hay visos de que esta situación vaya a cambiar a corto o mediano plazo. Precisamente, no pocas de las denuncias presentadas y, en general, del trabajo que lleva a cabo el Sistema Interamericano tiene relación con las insuficiencias de las modalidades de la participación ciudadana en la región,[39] así como

[38] En la actualidad, alrededor de 90% de las denuncias en el Sistema Europeo son declaradas inadmisibles, en tanto que en el Sistema Interamericano, desde que se estableció la decisión de inadmisibilidad como regla general de la tramitación de las denuncias, la tasa ha oscilado entre 16 y 37%, siendo la de 2002 de 25%. Datos extraídos de Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "El mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿ha fracasado el Protocolo de enmienda número 11?", en *Revista Española de Derecho Europeo,* núm. 4, oct-dic, 2002, pp. 587-602, especialmente p. 596 y del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002, vol. 1, p. 63.

[39] Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1989-1990, Informe 1/90, elaborado a partir de los casos 9768, 9780 y 9828 (México), e Informe Anual 1999, informe 137/99, *Caso*

con la falta de transparencia y del quehacer estatal y de los actores privados con protagonismo público y de los privilegios que dichas autoridades detentan en diversas esferas, limitando el desarrollo del debate público —normas de desacato—,[40] con las insuficiencias en materia de acceso a la justicia,[41] y de otros problemas estructurales que impiden una adecuada protección del interés público.

En su formulación original, el sistema internacional de derechos humanos está concebido para operar de manera supletoria a los sistemas jurídicos internos, es decir, para entrar a jugar y confrontar las violaciones a los derechos humanos solo allí donde este último no lo haga. A este respecto, los mayores alcances que posee en la práctica —en términos de su intervención— el Sistema Interamericano cuando se lo compara con su símil europeo no obedece a una casualidad, sino que tiene precisamente que ver con la existencia de realidades distintas, realidad que en el caso de América Latina incluye la presencia de características estructurales que impiden o dificultan un adecuado ejercicio de los derechos ciudadanos y de las iniciativas ciudadanas por el interés público. De ahí que resulte congruente con los principios y objetivos que guían las acciones de interés público el recurrir al sistema internacional de protección de los derechos humanos, especialmente en el contexto de los países latinoamericanos.

6. Balance, desafíos pendientes y proyecciones

Un trabajo clínico bien asumido puede familiarizar a los estudiantes con el papel central, en cuanto eje ordenador de la comprensión del sistema jurídico que desempeñan los principios y normas constitucionales. En efecto, muchas de las acciones de

Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile (Caso senadores designados).

40 Véase el Informe de la Comisión Interamericana sobre leyes de desacato, en Informe Anual 1994, pp. 209 y ss.

41 Consúltese Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, opinión consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990.

interés público se ejecutan por medio de instrumentos constitucionales, procurando otorgarles un sentido y eficacia usualmente no alcanzados de manera satisfactoria en nuestros países. Asimismo, en lo que se refiere al aspecto sustantivo, en muchos casos se tratará de que las reclamaciones interpuestas ante los tribunales —aun cuando no sean llevadas a cabo mediante acciones constitucionales— hagan uso de las normas de esa jerarquía en combinación con las normas legales propiamente dichas. Por esta vía se puede, en consecuencia, dar aplicación directa a las normas constitucionales y realizar un aporte a su eficacia dentro del sistema jurídico.

Además, una actividad clínica centrada en casos de interés público, esto es, casos que por su misma definición son de relevancia social y, casi invariablemente, de una complejidad alta desde el punto de vista jurídico (en la medida en que generalmente implicarán poner en tela de juicio la jurisprudencia predominante reuniendo argumentos para abrir paso a una nueva jurisprudencia), resultan especialmente apropiados para entrenar a los estudiantes en una serie de destrezas argumentativas y prácticas.

Ya hemos visto que la enseñanza clínica en no pocos centros académicos de la región ha derivado casi exclusivamente en atención asistencial. Una evolución de ese tipo parece inconcebible en materias de interés público, puesto que haría imposible la prosecución de los casos. Desde luego, bien encauzada, la actividad de clínica jurídica regular podría reorientarse a fines más allá de lo asistencial, pero la ventaja intrínseca de la actividad clínica centrada en casos de interés público es que, por sus propias características, resulta más difícil que se desvirtúe. Más bien, en su caso, nos hallamos ante una disyuntiva: que ellas funcionen eficientemente o que sencillamente no funcionen. Por ejemplo, si se extendiera a una clínica de interés público la práctica corriente de las clínicas jurídicas regulares de prestar escasa orientación a los estudiantes, ello haría inviable cualquier intento de llevar adelante acciones de interés público, por la complejidad de los casos. Eso sin considerar que la prosecución de casos de interés público requiere ir acompañada de una estrategia comunicacional para favorecer su eficacia, estrategia que sería virtualmente inexistente de quedar entregada solo a los estudiantes. No se trata

de pensar que las clínicas de interés público constituyan una especie de panacea o de medicina milagrosa: lo que sí es que constituyen una buena oportunidad para reforzar la formación de los estudiantes.

Ahora bien, sin duda, la implementación de clínicas de interés público solo constituye una pieza dentro de un andamiaje con muchas partes, como es la enseñanza del Derecho. Piénsese que el número de estudiantes a los cuales alcanza esta experiencia, si bien puede ir aumentando paulatinamente, no será muy elevado en un comienzo. Además, existe una serie de otros cursos dentro del currículo que necesariamente serán muy diferentes, en cuanto a contenidos y metodología, a una clínica de interés público.

Sin embargo, un trabajo de esta naturaleza, bien llevado, puede servir de catalizador, de mecanismo que dinamice las transformaciones de los procesos de enseñanza-aprendizaje, que sirva de modelo para otras piezas del todo.

Pero el trabajo clínico en materias de interés público puede contribuir no solo respecto a la formación de los futuros abogados, sino que puede, asimismo, sensibilizar a la comunidad jurídica en torno a estas iniciativas. De alguna manera, puede producirse una suerte de "efecto demostración" hacia la comunidad jurídica. Esto se ve facilitado por la inserción de las clínicas en centros académicos donde también enseñan numerosos abogados de ejercicio.[42] Pero en rigor, se trata de una característica compartida por cualquier programa clínico jurídico universitario. El *plus* del trabajo clínico en materias de interés público en este sentido lo constituye su temática, puesto que a partir de ella surgirán desafíos de mucho mayor envergadura que los presentados a los abogados por clínicas en las que predomine un enfoque asistencial.

Los esfuerzos para convocar a la comunidad jurídica deben, desde luego, extenderse más allá del centro académico respectivo. Con este fin, ya se cuenta con algunas iniciativas en el marco

[42] En realidad, esta es la regla general en los países latinoamericanos, ya que la gran mayoría del *staff* de profesores tiene el carácter de *part-time,* dedicando el grueso de su tiempo al ejercicio de la profesión.

de la red. A lo que debería tenderse es a fomentar que los abogados de ejercicio asuman causas de interés público, de manera que pueda desarrollarse con ellos una interacción como la que tiene lugar, *mutatis mutandi,* con las organizaciones no gubernamentales.[43]

[43] Véase en este sentido el documento "Abogados de ejercicio libre y acciones de interés público", elaborado en el marco del Programa sobre acciones de interés público, Santiago, 1997 (copia en poder del autor de este trabajo).

Censura judicial y libertad de expresión: Sistema Interamericano y derecho chileno*

1. Introducción

Históricamente, en el contexto de numerosos regímenes dictatoriales, imperaba en muchos países de América Latina la censura administrativa, esto es, aquella emanada de órganos dependientes del poder ejecutivo. Esto afectaba tanto a publicaciones escritas como a medios audiovisuales y subsistía, bajo distintas modalidades, tanto en estados de excepción como en situaciones en que regían las regulaciones permanentes. Sin embargo, en la medida en que se transita hacia regímenes democráticos, dicha forma de censura tiende a desaparecer —aunque no necesariamente de manera automática, como lo demuestra el caso chileno—. En cambio, y con distinta intensidad según los países —considerando, incluso, que en una serie de ellos no existen casos registrados en los últimos años—, los tribunales emiten prohibiciones de

* Agradezco a la Universidad Carlos III de Madrid y a su Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, donde, en el contexto de una estadía académica, llevé a cabo la mayor parte de esta investigación, así como a los miembros del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales (CIJ), por sus observaciones a un borrador previo de este trabajo, así como a Patricio Zapata, quien fuera el comentarista invitado a dicha sesión del CIJ. Lo anterior, por cierto, no los compromete con mis aseveraciones. Este artículo fue publicado anteriormente en González, Felipe (ed.), *Libertad de expresión en Chile,* Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.

exhibición de películas, de comercialización de libros y de otras formas de expresión.

En este trabajo se analiza esta última cuestión, es decir, la prohibición judicial de las expresiones, analizándose si ella constituye o no una forma de censura. Para tales efectos se estudia el tratamiento del asunto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —y se hacen referencias a los otros sistemas internacionales de protección de tales derechos—, así como a la evolución y estado actual de esta materia en Chile.

Otro aspecto que resulta relevante determinar es hasta qué momento es procedente hablar de censura previa. En una serie de episodios acontecidos en Chile y otros países de Latinoamérica en los últimos años, se han emitido prohibiciones judiciales de expresiones una vez que tales expresiones ya han comenzado a ser difundidas (*v. gr.,* un libro es incautado por orden judicial cuando ya se encuentra en venta en librerías). ¿Cabe hablar en casos así de censura previa? ¿O se está ya dentro del ámbito del establecimiento de responsabilidades ulteriores?

El tema se revisará aquí únicamente en relación con situaciones de normalidad constitucional, dado que su regulación bajo estados de excepción sigue una lógica diferente. No obstante, al revisarse la situación en el derecho comparado, se harán algunas referencias a dichos estados cuando ello resulte pertinente para el análisis de la cuestión principal. Desde luego, y como se explica en este trabajo, el hecho de que el mismo se centre en la cuestión de la censura previa no significa desconocer la relevancia central que posee asimismo una regulación adecuada de las responsabilidades ulteriores. Sin embargo, por las razones que se expondrán, la censura previa y en particular la censura previa judicial requieren de un enfoque diferenciado al de las responsabilidades ulteriores.

2. El Sistema Interamericano y la censura judicial

En materia de censura, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha lidiado a lo largo de la historia con la de tipo administrativo, principalmente. Esta es una consecuencia obvia del hecho de que durante por lo menos sus tres primeras décadas de

funcionamiento —las de los años sesenta, setenta y ochenta—,[1] dicho Sistema concentró sus tareas fundamentalmente en los regímenes dictatoriales, que utilizaban de manera cotidiana ese mecanismo. Así, puede observarse que numerosos informes sobre países preparados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en esa época revisaban críticamente los instrumentos de censura administrativa imperantes, calificándolos de vulneratorios de la libertad de expresión.

Sin embargo, el instrumento central del Sistema Interamericano en materia de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —también conocida como Pacto de San José de Costa Rica— no se refiere de manera específica a la censura administrativa, sino que contempla una prohibición general de la censura previa. A este respecto, la Convención dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *a)* el respeto a los derechos de los demás, o *b)* la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". En su numeral 4, el mismo artículo añade que "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2".

Internándose más allá de la censura administrativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó las bases para un abordaje general del problema de la censura en una de sus primeras opiniones consultivas en 1985.[2] Luego de calificar a la libertad de expresión como un pilar de una sociedad democrática, la Corte sostuvo que constituye censura previa cualquier forma

[1] Hablo aquí de las tres primeras décadas a contar de 1960 porque fue en esa fecha que comenzó propiamente a operar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la puesta en marcha de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; si bien la OEA había sido creada en 1948, antes del establecimiento de la Comisión, la OEA carecía de órganos de protección de derechos.

[2] Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

de medida preventiva —esto es, no solo las de carácter administrativo— que impida el ejercicio de dicha libertad, señalando que

> [e]l artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por este medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia *toda medida preventiva* significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención".[3] (Las cursivas son nuestras)

Estas ideas han sido posteriormente reiteradas por la Comisión y la Corte en una serie de ocasiones, entre ellas en dos casos seguidos contra el Estado de Chile: el de la censura del libro *Impunidad diplomática* (decidido por la Comisión) y el de la película "La Última Tentación de Cristo" (en el que la Corte dictó sentencia en 2001). Cabe hacer notar que en estos dos casos la censura había emanado de sede judicial y no de órganos administrativos. Por ejemplo, en el caso del libro *Impunidad diplomática,* la Comisión sostuvo: "La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares".[4] En el caso de la película "La Última Tentación de Cristo", la Corte señaló que

> [e]s importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.[5]

---

3 *Idem,* párr. 38.

4 Comisión IDH, informe 11/96, caso 11.230 (Chile), 3 de mayo de 1996, párr. 56.

5 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 70.

La Corte —y la Comisión, basándose en la doctrina de aquella— también se ha adentrado en la cuestión de las responsabilidades ulteriores. Este análisis también resulta de suma pertinencia para delimitar el concepto de censura previa. Como se ha señalado, la propia Convención Americana plantea explícitamente una bipolaridad, conforme a la cual existen dos mecanismos restrictivos de la libertad de expresión. El primero, ilegítimo de acuerdo con la Convención, es la censura previa. El segundo, legítimo en la medida en que se ajuste a ciertos parámetros, el establecimiento de responsabilidades ulteriores. No hay, sobre este particular, una "tercera vía".[6]

Lo anterior resulta de crucial importancia para determinar hasta qué momento es procedente hablar de censura previa. Retomando las preguntas formuladas al comienzo de este trabajo, ¿se trata solo de aquellas prohibiciones que recaen sobre expresiones aún no emitidas o difundidas? ¿O se extiende el concepto de censura previa hasta el dictado de una sentencia judicial firme que establezca las responsabilidades ulteriores? Lo central será determinar desde qué momento cabe decir que se encuentran establecidas las responsabilidades ulteriores.

En la opinión consultiva mencionada más arriba, en la que, como hemos dicho, la Corte Interamericana sentó las bases en materia de libertad de expresión conforme al Pacto de San José, se desarrolla el tema de las responsabilidades ulteriores. Al respecto, la Corte señaló que para su determinación es necesario

> [...] que se reúnan varios requisitos, a saber:
> *a)* La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas;
> *b)* La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley;
> *c)* La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
> *d)* Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.[7]

---

6 Esta bipolaridad aparece asimismo de manifiesto en el fallo más reciente de la Corte Interamericana en materia de libertad de expresión. Véase Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

7 Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 39.

Ahora bien, cuando se plantea en sede judicial por vía de una medida cautelar la prohibición de difundir ciertas expresiones, como ocurre en Chile a través de los recursos de protección o de medidas cautelares solicitadas en procesos penales, no se están satisfaciendo los requisitos antes reseñados. Más aún, tratándose de un recurso de protección no solo es la medida cautelar dictada al comienzo o durante la tramitación del mismo la que es contraria a la Convención Americana, sino que ni siquiera una sentencia firme recaída en un recurso de esa naturaleza pasaría el test de la Convención. Esto porque, debido a su carácter de cautelar, la sentencia pronunciada en un recurso de protección no reúne los requisitos como para que pueda sostenerse que sea idónea para el establecimiento de responsabilidades ulteriores. En efecto, mal podría sostenerse que la regulación del recurso de protección en Chile establezca propiamente de forma previa causales de responsabilidad —como lo exige la letra *a)* de la cita recién hecha de la sentencia de la Corte— ni, en consecuencia, tampoco contiene una regulación que defina expresa y taxativamente esas causales, según lo exige la letra *b)* del párrafo citado. Sobre este último punto cabe añadir que en Chile nunca ha sido dictada una ley regulatoria del recurso de protección, por lo que el mismo se rige en buena medida —ya que hay muchos aspectos no cubiertos por la Constitución— por un auto acordado de la Corte Suprema.

El tratamiento dado por la Comisión Interamericana a la censura del libro *Cecilia, la vida en llamas* en el año 2003 es ilustrativo en este aspecto. El libro, una biografía no autorizada por la persona de la que trata, la cantante popular chilena Cecilia Pantoja, estuvo en venta en librerías durante casi dos meses. Sin embargo, en diciembre de 2002, un tribunal del crimen ordenó la incautación de todos los ejemplares del libro cuando el proceso penal se encontraba en sus inicios. Lo hizo como una medida preventiva, para la protección de la honra de la presunta víctima y para asegurar los medios de comisión del supuesto delito —el caso se analiza con mayor detalle más adelante en este trabajo—.

La Clínica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, además de impugnar a nivel judicial interno dicha incautación, presentó un pedido de medidas cautelares a la Comisión Interamericana, habida cuenta de la situación de censura previa, dado que se trataba de una incautación dispuesta

sin que mediara una sentencia firme en el proceso judicial. La Comisión acogió el pedido y solicitó a Chile la adopción de medidas cautelares —de las establecidas en el Reglamento de la Comisión en su art. 25— destinadas a levantar la prohibición del libro.[8]

Con el mismo criterio ha venido operando el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión, quien ha manifestado su preocupación por la afectación de tal libertad no solo cuando la prohibición ha tenido lugar antes de su difusión inicial, sino en general cuando ella ha ocurrido como medida judicial una vez que la obra ya ha comenzado a ser difundida.

Por eso, Fernando Toller —que ha dedicado un estudio exhaustivo a la cuestión de las medidas cautelares en materia de libertad de expresión, de cuyos puntos de vista en general discrepo y que voy confrontando a lo largo de este trabajo—[9] yerra el punto cuando señala que

> [...] si en el caso Martorell los tribunales chilenos hubiesen dejado que el libro estuviese a la venta un día o dos y luego hubiesen dictado un secuestro judicial y una prohibición de venta y distribución, podría sostenerse, con sólidos argumentos, que se trata de una consecuencia ulterior de los actos, de algo que debe englobarse dentro de las responsabilidades ulteriores a la difusión, y no de una censura previa.[10]

---

8 Nota dirigida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Gobierno de Chile en relación con medidas cautelares solicitadas respecto del libro *Cecilia, la vida en llamas,* 7 de marzo de 2003. El art. 25 del Reglamento de la Comisión dispone que "[e]n caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas". En este sentido, la Comisión no ha establecido una distinción —porque, conforme a la Convención Americana no cabía hacerla— entre una situación como la de *El libro negro de la justicia chilena,* que fue prohibido e incautado por orden judicial en 1999, sin que hubiera alcanzado a ser difundido, y el de *Cecilia, la vida en llamas,* que, como hemos dicho, estuvo en venta durante algún tiempo.

9 Toller, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones,* Buenos Aires, La Ley, 1999.

10 *Ibidem,* nota 264 del cap. VIII, al pie de página 545.

No se trata solamente de que los actos ya hayan tenido consecuencias ulteriores, sino de que las responsabilidades que ellos pueden involucrar hayan sido establecidas apropiadamente. Y esto solo se logra, de acuerdo con los estándares interamericanos, cuando se ha dictado una sentencia firme en un proceso idóneo para ello.

En sus presentaciones ante la Comisión y la Corte en los casos mencionados, el Estado de Chile ha planteado el problema de la censura previa de un modo diferente. De parecido tenor es la visión que proporciona Toller.

Dicho argumento discurre en torno a una serie de disposiciones de la Convención Americana, intentando interpretar a la luz de estas el artículo 13 —que regula la libertad de expresión—. Una de las disposiciones invocadas en tal dirección es la del artículo 11 de la Convención, que consagra el derecho a la honra. En realidad, cuando el Estado chileno invocaba esta disposición, reproducía el debate que se había producido previamente a nivel interno, puesto que había sido precisamente sobre la base de una supuesta protección del derecho a la honra que los tribunales habían prohibido el libro *Impunidad Diplomática* y la película "La Última Tentación de Cristo".

Otra disposición mencionada es la del artículo 32 de la Convención, que se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo que "[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" (num. 1) y agregando en su numeral 2 que "[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Toller también se adentra en otro ámbito, referido al derecho a la protección judicial, que la Convención reconoce en el artículo 25.1. Esta disposición establece que "[t]oda persona tiene derecho a un juicio sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Toller señala que

> [...] este artículo no puede ser entendido restrictivamente, confinándolo a la tutela reparatoria o retributiva. Por el contrario, la norma confiere también —y especialmente— el derecho a impetrar una tutela judicial preventiva ante una amenaza de violación a esos derechos —amenaza que es en sí misma, una forma de violación—, puesto que tal tutela en ciertos casos es el único modo de "amparar" al demandante.[11]

Lo cierto es que en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, el desarrollo de la garantía de la protección judicial ha jugado un papel sumamente relevante. Esta ha sido usada, sin ir más lejos, como uno de los parámetros para determinar la incompatibilidad de las normas internas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos con la Convención Americana.[12] Tal es su importancia, que la Corte Interamericana ha señalado desde sus primeras opiniones consultivas que la protección judicial se encuentra dentro de los derechos no suspendibles durante la vigencia de estados de excepción.[13]

Sin embargo, comparado con los tres aspectos mencionados anteriormente, el artículo 13 de la Convención ofrece una regulación más específica. Nótese que la protección de la reputación no solo aparece en el artículo 11 citado, sino que es reconocida expresamente en el artículo 13 como un límite a la libertad de expresión. No obstante, el propio artículo 13 se encarga de señalar expresamente que la censura previa es un mecanismo prohibido, añadiendo que las vías de salvaguarda para la reputación deben ser otras, a saber, el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

---

11 *Idem*.

12 Véase la jurisprudencia desarrollada por la Comisión IDH, a partir de los casos sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay; informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992, e informe 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 7 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992. Véase Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

13 Corte IDH, El *habeas corpus* bajo la suspensión de garantías, opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987; Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

Referente a la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el artículo 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos —y los derechos ajenos le acarrean a uno deberes de respeto— consiste en ponderarlos adecuadamente. Como ha señalado la Corte Interamericana, el artículo 32.2 "[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado". La Corte añade que "[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas".[14] Pero en el caso de la libertad de expresión sí se indican estas restricciones por la Convención y además se establece que existe un mecanismo prohibido, que es la censura previa.

Para ilustrar el asunto podemos recurrir a otro derecho: argumentar del modo como lo ha hecho el Estado chileno sería análogo a señalar que, dado que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias contempla limitaciones expresas (la protección de "la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás", según dispone el art. 12.3 de la Convención), ello justificaría pasar por alto que existe disposición específica y expresa de que se trata de un derecho no suspendible bajo estados de excepción (art. 27.2 de la Convención). En otros términos, los potenciales conflictos de derechos, incluso cuando ellos aparecen explícitos en la Convención bajo la forma de limitaciones de unos a otros, no pueden resolverse a través de mecanismos expresamente prohibidos, como serían la suspensión de derechos no suspendibles de acuerdo con la Convención o el recurso a la censura previa, prohibida por ella para épocas de normalidad constitucional.

Lo propio cabe sostener en relación con el derecho a la protección judicial. Ya hemos señalado la importancia reconocida

[14] Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párr. 65.

por el Sistema Interamericano a este derecho. También hemos observado la centralidad que posee el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no se trata en este punto de determinar cuál de estos derechos posee un mayor peso en el caso específico (ni menos de determinar *in abstracto* cuál derecho posee una mayor jerarquía, como se han aventurado a hacer los tribunales chilenos,[15] apartándose de los desarrollos en la teoría del derecho y la jurisprudencia modernas).[16] Se trata de que la regulación de la libertad de expresión incluye un mecanismo prohibido, la censura previa.

El punto puede ilustrarse recurriendo a un potencial conflicto entre otros derechos. Supongamos que existen serios antecedentes de que una persona detenida posee información acerca de un atentado con consecuencias mortales pronto a llevarse a cabo, pero esa persona se niega a proporcionar información al respecto. ¿Sería legítimo torturar a esa persona para salvar vidas ajenas? La respuesta sería claramente negativa desde el punto de vista del derecho internacional. Pero el fundamento de dicha respuesta no sería que el derecho a la integridad personal es de mayor peso en el caso específico ni menos que es de una jerarquía superior al derecho a la vida, sino que la tortura es un "mecanismo" expresamente prohibido. *Mutatis mutandi*, este razonamiento es aplicable al tema que nos viene ocupando.

---

15 Se trata de una aproximación a este tipo de problemas muy corriente en la jurisprudencia chilena, que fue llevada al extremo en el caso Martorell, donde se construyó una "teoría numerológica" de la Constitución, conforme a la cual tendrían una jerarquía descendiente los derechos según el numeral del art. 19 en que se encuentren consagrados. La tesis más habitual, que no invoca la "teoría numerológica", pero que recurre a una jerarquía de derechos, ha aparecido reiterada recientemente en materia de libertad de expresión en la sentencia de la Corte Suprema en el caso de la obra de teatro "Prat", en la que se señala que el derecho a la honra es superior en jerarquía a aquella libertad. Este caso se analizará más adelante en este apartado.

16 Véanse, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993, pp. 89 y ss., con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel Derecho, 1999, pp. 72 y ss. Cabe hacer notar que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tampoco ha intentado jerarquizar *in abstracto* los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones.

En abono a la tesis sostenida por los órganos del Sistema Interamericano, es posible recurrir también a la distinción que realiza Dworkin entre principios y normas, observando que los primeros "tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno". En tanto —añade—, "[l]as normas no tienen esta dimensión [...] cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso".[17] Aplicado esto a la materia que nos ocupa, si bien la libertad de expresión en general sería, en la terminología de Dworkin, un principio cuyo peso relativo correspondería ponderar con el de otros principios —como el de la protección de la honra—, en lo que se refiere a la prohibición de la censura previa estaríamos frente a una norma que impone un deber específico, no susceptible de ser ponderado con otros estándares. En consecuencia, la ponderación entre libertad de expresión y honra tendría lugar en el momento de establecer responsabilidades ulteriores, pero no se extendería a las etapas previas a ese momento.

También se ha argumentado que la Convención, en su versión inglesa, al referirse a la censura previa, emplea las palabras *prior censorship* y no *prior restraint* y que la primera sería más circunscrita en sus alcances, refiriéndose la segunda, en cambio, a las medidas restrictivas de carácter general. Sin embargo, de la exposición que antes hemos hecho del derecho comparado en la materia resulta que la distinción no es necesariamente tan clara. Si bien la expresión *prior censorship* ha sido ocupada en ocasiones para aludir a la censura administrativa, también lo ha sido para referirse a las restricciones previas en general, como lo demuestra abundante jurisprudencia de Estados Unidos sobre este punto.

Pero más allá de eso, un análisis sistemático del artículo 13 de la Convención conduce a entender el *prior restraint* como inclusivo de cualquier tipo de restricciones previas, especialmente al regularse el asunto de manera bipolar —censura previa *vs.* establecimiento de responsabilidades ulteriores—, tal como lo hemos

[17] Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 77-78.

explicado anteriormente. En esta misma dirección se ha pronunciado Serna, al indicar sobre este punto que "lo decisivo no es la expresión utilizada [*prior censorhip* o *prior restraint*], sino la admisión con carácter exclusivo de responsabilidades ulteriores. En esto, más allá del rechazo de la censura administrativa, consiste la aludida doctrina".[18]

Existe otro aspecto potencialmente conflictivo que no ha sido abordado en los casos contenciosos que venimos mencionando en el Sistema Interamericano debido a que no versaban sobre él. Me refiero al asunto del que trata el numeral 5 del artículo 13 de la Convención. Este establece lo siguiente:

> Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Convención ha dedicado un tratamiento especial a esta situación habida cuenta de su gravedad. Algunos han argumentado que esta disposición autorizaría la censura previa de las expresiones a las que ella se refiere.

Un análisis cuidadoso de la Convención, sin embargo, conduce a una conclusión diferente: lo que hace el artículo 13.5 es señalar que los Estados deberán sancionar las referidas expresiones. El texto en inglés de la Convención es más claro en este sentido, al disponer que tales incitaciones *"shall be considered as offenses punishable by law"*. De cualquier modo, la cuestión central no es la literalidad del texto, sino el sistema de abordaje de la libertad de expresión y la censura previa en la Convención.

En efecto, como anotáramos más arriba, el artículo 13, inciso 2, prohíbe la censura previa de las expresiones. En la única hipótesis en que la Convención autoriza la censura previa (para la

[18] Serna, Pedro, "La llamada «censura previa judicial» y el derecho constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio,* San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1998, vol. II, pp. 1415-1436.

protección de la infancia y la adolescencia, cosa que lleva a cabo el inc. 4 de la misma disposición) no solo lo hace expresamente, sino que además señala que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2. Ninguna referencia o remisión de este tipo contiene el inciso 5 del artículo 13.

Aunque ni la Comisión ni la Corte Interamericana han decidido casos contenciosos en que hayan abordado explícitamente este tema, lo cierto es que de la manera en que la Corte ha tratado la cuestión de la censura previa desde la opinión consultiva 5 se desprende que ella no ha interpretado el inciso 5 referido como autorizando la censura previa. Es así que tanto en esa opinión consultiva como en el caso de "La Última Tentación de Cristo", la Corte ha señalado perentoriamente que, conforme a la Convención Americana, todas las medidas preventivas de las expresiones quedan prohibidas, indicando como única excepción la protección de la infancia y la adolescencia. En consecuencia, no procede la censura previa para las incitaciones que menciona el artículo 5.

El hecho de que ni aun bajo las graves circunstancias caracterizadas en el inciso 5 la Convención permita la censura previa, refuerza el argumento de que ella no es procedente respecto de otro tipo de afectaciones a derechos, como la honra o la intimidad de las personas, que han sido los más frecuentemente invocados para perseguir la censura de expresiones en Chile y otros países de Latinoamérica en los últimos años. Si ni para cuestiones de tanta gravedad como las mencionadas incitaciones la Convención reconoce la legitimidad de la censura previa, mal podría entenderse que la autoriza para esas otras infracciones que, pudiendo llegar también a ser graves, son usualmente de menor entidad que aquellas.

Por último, se ha planteado por Toller que la situación de las prohibiciones judiciales podría corresponder a una laguna de la Convención; en sus propias palabras, "se veda la censura previa administrativa y se permite las responsabilidades ulteriores que tengan determinados fines, pero el tratado no se pronuncia sobre medidas judiciales que no penalizan sino que previenen el agravio a esos bienes cuya tutela hasta justifica una condena penal".[19]

[19] Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 543.

La tesis recién mencionada es insostenible, conforme a los argumentos que he venido desarrollando en las páginas anteriores. La Convención regula esta materia de manera bipolar, y no existe un tercer camino entre la censura previa y el establecimiento de responsabilidades ulteriores. Una decisión judicial constituirá o no una forma adecuada de establecer estas responsabilidades —y, en consecuencia, será legítima de acuerdo con el sistema de la Convención— dependiendo de la fase en que sea dictada —debe tratarse de una sentencia firme— y de que el tipo de proceso sea idóneo —esto es, no puede tratarse de un procedimiento cautelar.

La Corte ha asumido expresamente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, observando que "[l]a comparación hecha entre el artículo 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas", añadiendo que "el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, solo sea porque este no prohíbe expresamente la censura previa".[20] En consecuencia, una diferencia fundamental de la Convención Americana respecto de los dos otros tratados internacionales recién mencionados es que aquella establece una prohibición de la censura previa para tiempos de normalidad constitucional. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Convenio Europeo contienen una prohibición tan perentoria al respecto.

El Pacto Internacional establece en su artículo 19, y luego de consagrar la garantía de la libertad de expresión, que su ejercicio "entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente —añade—, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que

[20] Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párrs. 50 y 45.

deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: *a)* Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; *b)* La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas." Cabe observar que la redacción antedicha es idéntica a las de las letras a) y b) del inciso 2 del artículo 13 de la Convención Americana, que más arriba hemos citado. La diferencia radica en que esta última, adoptada tres años después que el Pacto Internacional, distingue expresamente entre censura previa y responsabilidades ulteriores, en la forma en que lo hemos descrito.

Por su parte, el Convenio Europeo —muy anterior, adoptado en 1950— también establece en su artículo 10 que el ejercicio de la libertad de expresión importa deberes y responsabilidades y que dicho derecho

> [...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Según se advierte, el Convenio Europeo no contiene una prohibición de la censura previa.

Siempre en lo relativo a la libertad de expresión, siendo como son exactamente similares ciertos pasajes de la Convención Americana y el Pacto Internacional y difiriendo significativamente en otros pasajes sobre la misma materia, es evidente que el énfasis de la Convención Americana en la cuestión de la censura no es secundario, y que todo conduce a entender que ella prohíbe no solamente la censura administrativa, sino también la judicial.[21]

[21] El voto separado del juez Piza Escalante en la OC-5 así lo señala expresamente: "el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de «ciertas restricciones» del primero, por la de «responsabilidades ulteriores», sustitución que no puede considerarse

2.1. La lógica del contexto

Preguntándose por la razón de ser de las perentorias disposiciones de la Convención Americana respecto de la censura, Toller plantea la posibilidad de que ello obedezca a

> [...] que la norma, adoptada en un contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, socapa de proteger los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inciso 2 [del artículo 13] como merecedores de tutela *a posteriori*, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política.[22]

Este argumento le sirve de base para interpretar la Convención de un modo tal que no prohibiría las restricciones judiciales a las expresiones.

Sin embargo, no se divisa por qué el peligro que se intentaba prevenir a través de la regulación de la libertad de expresión en la mencionada Convención no se extendería también a las prohibiciones judiciales.

En efecto, si se observa de manera general la Convención Americana, se apreciará que a pesar de haber sido adoptada en un contexto en que muchos países del continente americano estaban dominados por regímenes autoritarios, muchas de sus disposiciones representaron en su momento avances significativos comparadas con las regulaciones internas de los Estados e, incluso, respecto de algunos puntos en relación con la normativa internacional de la época. En otro trabajo me he detenido con mayor detalle a revisar las razones de que ello aconteciera,[23] pero de manera sintética podría señalarse que ello se inscribiría dentro de la tendencia latinoamericana a aprobar garantías que nunca

---

accidental o semántica, sino intencional y de fondo". Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párr. 8 del mencionado voto separado.

22 Toller, Fernando M., *op. cit.,* p. 542.

23 Véase González, Felipe, "La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas", en González, Felipe (ed.), *Derechos humanos e interés público, Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 11, Facultad de Derechos Universidad Diego Portales, 2001, pp. 154 y ss.

llegaban a ser operativas (lo cual era —y continúa siendo, aunque en menor medida— típico en el caso de las establecidas a nivel constitucional); además, muchos de los gobiernos de la época se limitaron a aprobar la Convención sin ratificarla para que entrara en vigor respecto de ellos, lo que en la mayoría de los casos solo se realizó una vez que se emprendieron procesos de transición a la democracia.

En este sentido, la Convención Americana se mueve inequívocamente dentro de la lógica de un régimen democrático y, por lo mismo, mal pueden ser interpretadas sus disposiciones —a la manera como lo viene haciendo Toller— de un modo restrictivo, como si se tratase de meros paliativos a los excesos de regímenes autoritarios. Tanto las disposiciones sustantivas como las orgánicas y procesales —acerca de los roles de la Comisión y la Corte Interamericana— del Pacto de San José están dirigidas de manera principal a contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos en el contexto de sistemas democráticos. Los regímenes autoritarios, en cambio, corresponden a situaciones anómalas dentro de la lógica de la Convención, que deben ser superadas para que este instrumento internacional alcance plenos efectos.[24]

Más bien, y en una nota sobre el contexto en abono de la interpretación que la Comisión y la Corte Interamericana han hecho del Pacto de San José de Costa Rica, cabría apuntar que las limitaciones históricas, tanto políticas como culturales, impuestas al debate público en nuestros países justifican de sobra una protección amplia de la libertad de expresión, a fin de fortalecer dicho debate y facilitar las condiciones para el desarrollo de un escrutinio ciudadano vigoroso respecto del quehacer de las auto-

[24] En el fondo, se trata de la misma discusión que ha tenido lugar respecto de los roles de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de si su objetivo central es la confrontación de violaciones masivas y sistemáticas cometidas por dictaduras, o bien la protección de los derechos humanos en un sistema democrático. Esta última postura es la que —con razón— se ha terminado imponiendo. Véase Farer, Tom, "The future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure", en Cox, Francisco y Méndez, Juan (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* IIDH, 1998, pp. 515-536; y González, Felipe, "Informes sobre países, protección y promoción", en Cox, Francisco y Méndez, Juan, *op. cit.,* pp. 493-513.

ridades y de los actores públicos. En sociedades en que la transparencia del quehacer público no ha sido precisamente la nota predominante, en que la sociedad civil es débil y los mecanismos de participación son limitados, una protección significativa de la libertad de expresión resulta central.

Además, no solo en lo referido a la dimensión política de la libertad de expresión, sino también a sus alcances en otras esferas, como la autonomía personal en materia religiosa y moral, así como en el ámbito de la creación artística, una protección fuerte de la libertad de expresión también es requerida en un contexto como el latinoamericano. Se trata, en efecto, de sociedades jerarquizadas, en las que históricamente se ha intentado imponer una homogeneidad cultural "desde arriba", lo cual ha afectado a disidentes religiosos, pueblos indígenas, minorías sexuales y grupos discriminados en general, así como a muchas iniciativas innovadoras en el terreno de las artes.

Que esta protección fuerte de la libertad de expresión incluya la prohibición de la censura judicial por parte del Sistema Interamericano no es extraño, si se considera que los sistemas judiciales de la región han tradicionalmente contribuido a perpetuar este estado de cosas en los ámbitos indicados en los dos párrafos anteriores,[25] brindando especial reconocimiento a las autoridades estatales y, en general, a los actores públicos, así como a las tendencias culturales hegemónicas. A tanto ha llegado el asunto que, como lo demuestra paradigmáticamente el tratamiento dado en Chile a la película "La Última Tentación de Cristo", en determinadas circunstancias han sido los propios tribunales los que le han enmendado la plana a órganos administrativos de censura, prohibiendo lo que estos permitían.[26]

---

[25] En este sentido, Serna, que considera que las interdicciones judiciales de las expresiones —a las que no llama "censura judicial"— pueden justificarse en determinados contextos, señala que en el ámbito interamericano su prohibición posee lógica, teniendo "presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis —añade— tal vez sea ese dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión *a priori* de las interdicciones judiciales". Serna, Pedro, *op. cit.,* p. 1427.

[26] En este caso, en los años finales de la dictadura militar, el Consejo de Calificación Cinematográfica —un órgano administrativo de censura que se

3. Qué tan preventivas son las responsabilidades ulteriores o de lo superfluo o no de las medidas de censura previa

Como hemos visto a lo largo de este estudio, uno de los ejes de la discusión acerca de lo que constituye censura previa está determinado por la delimitación de las responsabilidades ulteriores. Más aún, hemos sostenido que en el Sistema Interamericano rige una situación nítida de bipolaridad, de acuerdo con la cual no existe un tercer ámbito distinto de la censura previa y las responsabilidades ulteriores.

A veces se objeta, sin embargo, que este énfasis en la mencionada distinción oscurece el hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores también posee un efecto preventivo. En efecto, un sistema tal, especialmente si posee carácter penal, pero aun si solo es de naturaleza civil, persigue prevenir la comisión de determinadas conductas.

Esta objeción ya fue planteada por Roscoe Pound, cuando apuntara que la distinción entre las medidas de censura

> [...] y la declaración de un tribunal de que una amenazada publicación envuelve una violación gruesa y palpable de derechos privados para los cuales una acción de daños y perjuicios no sería solución, seguida por un proceso por *contempt* en caso de violación, no es muy sustancial. No puede negarse de que para la mayoría esas limitaciones pueden reconciliarse con la doctrina de que está prohibida toda interferencia preventiva con la publicación. Pero esta doctrina hace que la garantía [de la libertad de expresión] sea meramente formal [...].[27]

---

mantuvo en vigor en la Constitución Política de Chile hasta 2002— prohibió la película. Posteriormente, ya durante la transición a la democracia, ante un nuevo requerimiento en tal sentido —y con una nueva integración—, el Consejo levantó la prohibición. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después revocaron la decisión del Consejo y mantuvieron la censura de la película.

27 Pound, Roscoe, "Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality", en *Harvard Law Review,* vol. 29, núm. 6, abr, 1916, pp. 653-655; cit. por Toller (cit.), p. 584.

Claro que, desde el punto de vista del Sistema Universal de Derechos Humanos en general y del Sistema Interamericano en particular, no ha sido pasada por alto la relevancia de regular adecuadamente las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Como ya hemos visto, la propia Corte Interamericana ha acometido la tarea de precisar en qué consisten esas responsabilidades ulteriores. Además, en lo relativo a la Comisión Interamericana, ella se ha enfocado a la revisión de diversas normativas referentes a dichas responsabilidades, especialmente las denominadas "normas de desacato", a las cuales ya se ha hecho mención. El estudio y crítica de las normas de desacato en una serie de Estados del continente americano lo viene realizando la Comisión desde hace una década, a partir de un documento de carácter general que elaborara en la materia estableciendo la incompatibilidad de dichas normas con los estándares interamericanos.[28] Además, el trabajo desarrollado por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha incluido también numerosos análisis referidos a las responsabilidades ulteriores.[29]

Asimismo, los referidos órganos interamericanos de derechos humanos han revisado otras normativas que establecen responsabilidades ulteriores en materia de expresión y opinión. De hecho, la Comisión ha planteado la necesidad de sacar estas materias del ámbito penal, por lo desmedida que resulta esta herramienta para lidiar con esos asuntos. La única excepción que ha reconocido la Comisión se funda en el numeral 5 del artículo 13 de la Convención que, como hemos señalado, establece la necesidad de prohibir la propaganda a favor de la guerra y ciertas incitaciones a la violencia basadas en consideraciones discriminatorias. Por otra parte, regulaciones civiles desproporcionadas que, por ejemplo, establezcan indemnizaciones multimillonarias y sin distinción para medios de comunicación grandes o peque-

[28] Comisión IDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en *www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.v.htm*

[29] Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Libertad de Expresión en las Américas: los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2003.

ños financieramente pueden producir también un efecto muy gravoso sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

Como se ha desarrollado latamente en la jurisprudencia de Estados Unidos, las responsabilidades ulteriores, cuando son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen un *chilling effect,* es decir, un efecto de "enfriamiento" de las expresiones y del debate público. Bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones por temor a las sanciones que ello les acarrearía.

A ello cabe añadir que un sistema de responsabilidades ulteriores que comprenda normas vagas, por ejemplo, las que incluyan tipos penales en blanco —pero no solo ellas—, pueden resultar igualmente lesivas para la libertad de expresión, impidiendo en la práctica una libre formulación de las ideas. Tal ha sido el caso en Chile de muchas normas contenidas en la Ley de Seguridad del Estado.

Habidas las consideraciones recién expuestas, ¿no será ocioso, entonces, continuar poniendo énfasis en el problema de la censura previa y en su distinción con las responsabilidades ulteriores? ¿No se tratará, además, de un fenómeno marginal en la actualidad que, por lo mismo, no merece mayor atención?

Hay que tener en cuenta que lo que aquí se plantea no es poner énfasis en la cuestión de la censura previa *en desmedro* de la atención que se preste a la forma en que se halle regulado el sistema de responsabilidades ulteriores. No se trata, por cierto, de poner énfasis en la censura previa y al mismo tiempo entregar una suerte de "cheque en blanco" a los Estados en lo referido a dichas responsabilidades. Sin embargo, la distinción conceptual entre censura previa y responsabilidades ulteriores, así como la relevancia autónoma que la cuestión de la censura previa posee, subsisten por las razones que paso a explicar.

El hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores posea también un efecto disuasivo no significa que sea conceptualmente asimilable a la censura previa, cuyo núcleo, por definición, consiste en su carácter preventivo. Los sistemas jurídicos comprenden numerosos tipos de medidas cautelares, que no son conceptualmente asimilables a las sanciones *a posteriori*. Como se-

ñala Bickel, "una restricción previa, por contraste [con las responsabilidades ulteriores] y por definición, da una sanción inmediata e irreversible. Si puede decirse que una amenaza de sanciones penales o civiles después de la publicación «enfría» la expresión, una restricción previa la «congela», al menos por un tiempo".[30]

Además, en el caso de las responsabilidades ulteriores, la decisión última de ponerse o no en una posición de riesgo y emitir o no la expresión recae en el —potencial— emisor y no en un órgano estatal.

Aunque el efecto disuasivo que puede llegar a producir el sistema de responsabilidades ulteriores sea enorme, no puede disolvérsela en un "caldo" común con la censura previa. Esto solo generaría confusión y desprotección para la libertad de expresión. En efecto, mientras que tratándose de la censura previa su prohibición en tiempos de normalidad constitucional es absoluta bajo el Sistema Interamericano, lo propio no acontece en relación con las responsabilidades ulteriores, respecto de las cuales lo que impone la normativa interamericana es ceñirlas a ciertos parámetros. Situar a estas últimas como parte de un *continuum* con la censura previa significaría restarle importancia y perentoriedad a la prohibición de esta última y haría desaparecer el parámetro más claro en la materia.

Pero además, desechar esta distinción tendría efectos perjudiciales para el propio sistema de responsabilidades ulteriores. Dejar de lado la prohibición perentoria de la censura muy probablemente conduciría también a una relajación del escrutinio y revisión crítica de las sanciones *a posteriori*. Eliminado el parámetro más elemental, la fuerza de los demás parámetros tendería a diluirse.

4. La censura judicial durante la transición chilena

Desde el inicio de la transición a la democracia en Chile en 1990, han existido tanto casos de prohibición de libros como de películas. Salvo los casos de películas cuya difusión fue prohibida por el

[30] Bickel, Alexander, *The Morality of Consent,* Yale University Press, 1975, p. 61; cit. por Toller, Fernando M., *op. cit.,* p. 585.

Consejo de Calificación Cinematográfica —un órgano de carácter administrativo— que operó hasta que entró en vigor la derogación de la censura en 2002, los demás episodios se han originado como resultado de decisiones judiciales.[31]

Cinco de estos casos han correspondido a prohibición de libros. Debido a que la Constitución —ni siquiera antes de su reforma en 2002— autoriza la censura de libros, los jueces han dictado las prohibiciones de estos basándose en la doctrina de que tales medidas no constituyen propiamente actos de censura —lo que ocurriría solo cuando un órgano administrativo prohíbe una obra—, utilizando para ellos diversas disposiciones legales.

El primero de los libros prohibidos durante la transición fue una investigación de la periodista María Irene Soto titulada *Los Secretos de Fra-Fra*. Este libro estuvo prohibido entre 1992 y 1999 en virtud de una orden judicial. El libro poseía un claro interés público, ya que se refería al supuesto aprovechamiento de su posición política privilegiada para efectos de sus negocios por parte del conocido empresario Francisco Javier Errázuriz, quien acababa de ser candidato a la Presidencia de la República y luego sería elegido Senador. La decisión de prohibirlo se basó en una disposición del Código de Procedimiento Penal dirigida a asegurar el éxito de la investigación judicial.[32]

---

31 Desde el inicio de la transición, el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió 28 películas —entre las que resaltan "Pepi, Lucy, Bom y Otras Chicas del Montón", de Pedro Almodóvar; "Bilbao", de Bigas Luna, y "El Portero de Noche", de Liliana Cavani— y más de 250 videos —incluyendo "Casanova", de Fellini; "Llueve Sobre Santiago", de Helvio Soto; "Las Edades de Lulú", de Bigas Luna; "Sinfonía Diuksoniana", de Rick Wakeman, y "La Historia de O", de Just Jaeckin. Véase Olave, Daniel y Parra, Marco Antonio de la, *Pantalla prohibida: La censura cinematográfica en Chile,* Grijalbo, 2001, pp. 276 y ss. Los autores señalan que la lista —que ellos reproducen— fue hecha pública en marzo de 2001 por el Ministerio de Educación (aquí solo nos hemos referido a los años de la transición; la lista es, por cierto, muy extensa, ya que comprende las películas y videos prohibidos entre 1972 y 2000).

32 Se trata del art. 7, que señala: "Considéranse como primeras diligencias dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delincuentes [...]."

El segundo libro prohibido fue *Ética y servicios de inteligencia,* de Humberto Palamara, un exmiembro de la Marina chilena, en el cual se desarrollan ciertos estándares para el trabajo de dichos organismos, pero sin hacer referencia a la experiencia de las agencias de inteligencia chilenas.[33] El libro fue prohibido por orden de un juez naval, basándose en el Código de Justicia Militar, y al momento del allanamiento de la casa del autor le fue borrado el disco duro de su computadora que contenía el libro. El libro permanece prohibido hasta la fecha y Humberto Palamara recibió dos condenas penales por parte de los tribunales navales, que fueron confirmadas por la Corte Suprema. Respecto de este caso se interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien en 2004 presentó una demanda ante la Corte Interamericana contra el Estado de Chile, por considerar vulnerada la libertad de expresión.

Un tercer libro prohibido fue *Impunidad diplomática,* del periodista Francisco Martorell, que se refería a supuestas orgías y otras conductas de una serie de personajes públicos, incluidos diplomáticos, empresarios y políticos. El libro fue prohibido primero por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego por la Corte Suprema en el contexto de un recurso de protección.[34] Se sostuvo por los tribunales que dicha prohibición era imprescindible para proteger el derecho a la honra de los afectados, que dicho derecho es superior al derecho a la libertad de expresión (basándose, entre otros, en el curioso argumento de que en la Constitución chilena el numeral que consagra el derecho a la honra antecede a aquel que reconoce la libertad de expresión), y que esta actuación judicial no representaba un acto de censura, ya que solo cabría hablar de esta cuando sea un órgano administrativo en un régimen autoritario el que adopta tal decisión.

El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que condenó al Estado de Chile por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La

[33] De hecho, los primeros peritos encargados por el tribunal para establecer si la publicación del libro constituía un peligro para los intereses de la Marina determinaron que no lo había, y fue recién una segunda pareja de peritos los que consideraron que existía tal peligro.

[34] Equivalente al amparo en los sistemas jurídicos de otros países.

Comisión se hizo cargo de determinar si se trataba o no de un caso de censura, estableciendo que sí lo constituía, ya que era irrelevante para ello el que la prohibición emanara de un órgano administrativo o de un órgano judicial, de un régimen dictatorial o de uno democrático. No obstante, dicha resolución, de 1996, no ha sido cumplida, permaneciendo el libro censurado hasta la fecha.

La cuarta publicación prohibida durante la transición fue *El libro negro de la justicia chilena,* que permaneció censurado entre 1999 y 2001. El libro, de la periodista Alejandra Matus, describía la situación del sistema judicial chileno desde los años sesenta, formulando acusaciones de desidia en materia de protección de los derechos humanos —las cuales ya habían sido planteadas por la Comisión de Verdad— y de corrupción. Un ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, a quien se aludía en el libro —y contra quien se había interpuesto una acusación constitucional por notable abandono de deberes—, interpuso una querella y pidió la prohibición, que fue acogida. La censura de este libro produjo gran revuelo en la opinión pública y en la clase política que no había ocurrido en los casos anteriores. Este caso condujo a la reforma de la Ley de Seguridad del Estado (ley 12.927, en adelante LSE), en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones.[35] A raíz de esta reforma, la censura de *El libro negro de la justicia chilena* fue levantada. Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la LSE, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el Tribunal se fundó en que se encontraba determinando si existirían otros delitos cometidos además del de la LSE por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el Tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la LSE.

El quinto episodio de censura de libros se produjo en diciembre de 2002, cuando una jueza del crimen ordenó la incautación

[35] Los arts. 16 y 30 de la Ley de Seguridad del Estado, derogados en 2001 y 2002, respectivamente.

de todos los ejemplares del libro *Cecilia, la vida en llamas,* del periodista Cristóbal Peña. Ello tuvo lugar en el contexto de una querella por injurias interpuesta por la cantante popular Cecilia Pantoja. La orden de incautación no hacía referencia a disposición legal alguna. Cuando la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales —que representaba al autor del libro— solicitó la revocación de dicha medida, el tribunal, para denegar tal solicitud, invocó los artículos 7 y 114 del Código de Procedimiento Penal. La prohibición fue confirmada por la Corte de Apelaciones —con voto de mayoría de Sergio Valenzuela Patiño y Humberto Provoste y voto disidente de Sergio Muñoz, quien estuvo a favor de levantar la prohibición—. Sin embargo, dicha medida fue levantada por razones procesales posteriormente, luego de que se comprobara la inacción del querellante durante más de un mes. Cabe resaltar que en este caso nunca llegó a ser dictado siquiera un auto de procesamiento respecto del autor del libro, por lo que además de vulnerarse su derecho a la libertad de expresión, se transgredió su derecho a la presunción de inocencia. En relación con este caso, y como se ha descrito antes en este trabajo, la Comisión Interamericana dispuso la adopción de medidas cautelares destinadas al levantamiento de la censura.

En materia de obras audiovisuales, durante los primeros años de la transición, el Consejo de Calificación Cinematográfica mantuvo —como antes se ha anotado— su política de censurar determinadas obras. Más tarde la composición del Consejo fue modificada y, promediando la década de los noventa, el Consejo levantó la prohibición que había impuesto en la época de la dictadura para exhibir la película "La Última Tentación de Cristo.[36] Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, pronunciándose a propósito de un recurso de protección, resolvieron mantener la censura, por considerar la película lesiva para la honra de un grupo de católicos, de la Iglesia católica y del mismo Jesucristo, señalando, además, que el Consejo carecía de la facultad de levantar la prohibición de películas que hubiera sido dispuesta por los tribunales. En los

[36] Se trata, como es sabido, de una película del reconocido director Martin Scorsese, basada en un libro de Nikos Kazantzakis, que circula libremente en Chile.

años ochenta, la prohibición de "La Última Tentación de Cristo" había sido apelada ante los tribunales y estos habían confirmado la censura de esta película. El caso fue entonces presentado ante la Comisión Interamericana, la que estableció una violación de la Convención Americana, siendo posteriormente enviado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien resolvió de igual manera en enero de 2001. Estas resoluciones no vinieron sino a reafirmar la reiterada doctrina del Sistema Interamericano, según la cual constituye censura cualquier tipo de medida preventiva dirigida a prohibir la circulación o exhibición de una obra. En la sentencia de la Corte Interamericana sobre "La Última Tentación" se ordenó al Estado de Chile la derogación de la censura y además se señaló que el Estado debería rendir cuentas cada seis meses acerca de los avances al respecto. Ello se concretó casi dos años después, al entrar en vigor una reforma constitucional orientada a tal efecto.

Tanto la reforma de la Constitución aboliendo la censura cinematográfica como la ocurrida respecto de la LSE tuvieron como desencadenante principal decisiones judiciales (la prohibición, respectivamente, de "La Última Tentación de Cristo" y de *El libro negro de la justicia chilena)*. De ahí que la finalidad de las reformas de la Constitución y de la Ley de Seguridad del Estado antes mencionadas haya sido la de terminar con la práctica de la censura de una manera general y debiera implicar que en lo sucesivo no solo no existan órganos administrativos con el poder de censurar obras, sino también el término de las prohibiciones judiciales. Sin embargo, esta no ha sido la tónica de las resoluciones judiciales subsecuentes.

Otro caso que concitó la atención pública a partir de mediados de 2002 y cuyo debate en estrados judiciales se extendió durante casi un año, fue el de la obra de teatro "Prat". Varias acciones judiciales fueron interpuestas para intentar prohibir la obra, debido a la visión heterodoxa que ella presentaba sobre el máximo héroe chileno de la Guerra del Pacífico que tuvo lugar hace más de un siglo con Perú y Bolivia. En la obra —cuya autora y directora son Manuela Infante y María José Parga, respectivamente— aparece un adolescente llamado Prat al mando de un barco, que estaría caracterizado como un hijo sobreprotegido por su madre, que acaricia y se deja acariciar el pelo por otro hombre

y que se encuentra bebido.[37] Asociado a la polémica generada en torno a esta obra, que había contado con un financiamiento estatal de dos millones de pesos —equivalentes aproximadamente a unos tres mil dólares de Estados Unidos de la época—, renunció la coordinadora del Fondo de la Artes y la Cultura (Fondart), dependiente del Ministerio de Educación, Nivia Palma.[38]

Las iniciativas para impedir el estreno de la obra se iniciaron con una querella interpuesta por la presidenta de la Corporación 11 de Septiembre —de inspiración pinochetista— bajo la LSE. La querella fue declarada inadmisible por estar restringida la presentación de querellas conforme a esa ley a determinadas autoridades, excluyéndose a los particulares. Posteriormente, un ciudadano, a título personal, interpuso un recurso de protección destinado al mismo fin, por considerar la obra ofensiva contra Prat. Pero en lo que es más grave por su proveniencia, cinco parlamentarios de bancadas de gobierno y de oposición, solicitaron a la ministra de Educación suspender el estreno de la obra.[39]

---

37 Mientras tanto, y sin ninguna polémica, se reestrenaba otra obra vinculada a Prat, llamada "Arturo y el ángel", en que un grupo de niños representa el combate naval de Iquique en un pueblo campesino. "Otro montaje vinculado a la figura de Arturo Prat se estrena en octubre", *El Mercurio,* 5 oct 2002.

38 La renuncia se produjo ante lo que la directora del Fondart constató como una falta de apoyo a la obra de parte de la ministra de Educación, Mariana Aylwin, indicando que esta última le había prohibido asistir al estreno de la obra y realizar cualquier declaración pública al respecto. El jefe de la División de Cultura del Ministerio de Educación ofreció una versión distinta, señalando que, por su intermedio, la ministra solo le había pedido prudencia a la coordinadora. No obstante, reconoció que en torno a la obra se había producido un "clima beligerante", sin desmentir a Nivia Palma acerca de la existencia de fuertes presiones. Cabe señalar que el apoyo financiero brindado por el Estado a la obra, el mismo se concretó a través de una selección de ella en un concurso, cuyo jurado fue encabezado por Fernando González, un reconocido especialista que dirige una prestigiosa escuela de Teatro.

39 "Diputados proponen suspensión temporal de Fondart y de obra «Prat»", *La Segunda.cl,* 11 de octubre de 2002. Se trató de los parlamentarios Maximiano Errázuriz (Renovación Nacional) —quien lideró la iniciativa—, Rosauro Martínez (independiente), Samuel Venegas (Partido Radical Social Demócrata), Leopoldo Sánchez (Partido por la Democracia) y Eugenio Bauer (Unión Demócrata Independiente).

Estos intentos estuvieron precedidos y acompañados de una campaña llevada a cabo desde distintos sectores, en especial por parte de exmiembros de la Marina, cuestionando la obra y el financiamiento estatal que esta había obtenido. Además, de acuerdo con lo que señalara la coordinadora del Fondart, la dramaturga y la directora de la obra recibieron graves amenazas para impedir el estreno de su obra.

Posteriormente, descendientes de Arturo Prat y el Instituto Histórico que lleva el nombre del personaje histórico presentaron recursos de protección para que la obra fuera prohibida. Además, en el contexto de tales recursos, solicitaron en varias ocasiones, como medida para no innovar, su prohibición inmediata. Estas solicitudes fueron rechazadas en decisiones divididas por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Al conocer del fondo del asunto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo unánime de los ministros Juan Guzmán y Jorge Zepeda y del abogado integrante Domingo Hernández, rechazó las acciones planteadas. Se trata, además, de una de las primeras sentencias en Chile que sigue de manera explícita los estándares del Sistema Interamericano. En efecto, en este fallo los estándares interamericanos no son citados de manera meramente retórica como ha sido la usanza en nuestro país, sino que constituyen el núcleo de la decisión, al sostenerse que

> [...] el citado inciso segundo del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental vigoriza la norma constitucional que asegura a todas las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, y por cualquier medio y hace, además, obligatoria la aplicación de los tratados internacionales en materia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. La Convención señalada reitera, como se aprecia en el citado artículo 13, que el mencionado derecho puede ejercerse: "oralmente, por escrito o en forma impresa o artística", que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a censura previa;
>
> *[...] está fuera de toda discusión que lo que se pretende mediante la presente acción [de protección] es, precisamente, censurar* la pieza teatral denominada "Prat" por contener referencias que se estiman contrarias a la honra y dignidad del héroe Arturo Prat, de su familia y en general de los chilenos. *De aceptarse tal planteamiento mediante la*

> *sentencia que se pronuncie respecto a esa acción, se estaría limitando la libertad de expresión y se estaría contraviniendo el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, como se señaló, prohíbe toda censura.*[40]

Cabe resaltar que en el caso en cuestión, la obra de teatro ya había sido exhibida en numerosas oportunidades cuando se dictó la sentencia citada. Los recurrentes argumentaron que en tales circunstancias no podía hablarse de censura previa. Sin embargo, el Tribunal deja en claro que la sede de protección no es la idónea para establecer las eventuales responsabilidades ulteriores, al señalar que

> [...] para el caso que la referida libertad de expresión, en atención a la amplitud de su protección, llegara a afectar el honor o dignidad de las personas, derecho fundamental consagrado en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución y 11 de la Convención, el perjudicado tendría derecho a la protección ante el exceso "ex *post factus",* conforme a lo dispuesto en el inciso 2º [del artículo 13] del nombrado Pacto de San José, que [...] dispone categóricamente que las responsabilidades posteriores que puedan producirse, deben ser resueltas mediante la decisión de tribunal competente; norma esta coincidente por lo demás, con el artículo 19 Nº 12 de la Constitución [...].[41]

En otras palabras, la Corte de Apelaciones no se consideró a sí misma actuando por vía de un recurso de protección como tribunal competente para determinar eventuales responsabilidades ulteriores.[42]

---

40 Corte de Apelaciones de Chile, Caso *Prat,* fallo TDCDL 1583_PRAT, 16 de abril de 2003, cdos. 18 y 19.

41 *Ibidem,* cdo. 19.

42 De todos modos, el asunto resulta casi borgiano, si se tiene en cuenta que durante sus reiteradas representaciones, la obra de teatro "Prat" iba siendo objeto de constantes cambios. ¿Qué era entonces lo que se buscaba prohibir? Para intentar fundamentar que lo que perseguían no era la censura "previa" de la pieza teatral, los recurrentes sostuvieron en estrados judiciales que a lo que aspiraban era a la prohibición del guión y de la puesta en escena de ese guión. Pero en estricto rigor, ya no era el guión como tal el que estaba siendo puesto en escena. Esto demuestra también lo absurdo de pretender imponer restricciones de esta naturaleza a obras en permanente construcción.

Sin embargo, apelado el fallo ante la Corte Suprema, aunque esta permitió en decisión dividida —de tres votos contra dos— la exhibición de la obra —por considerar que el protagonista de la misma no podía ser asimilado al personaje histórico Arturo Prat Chacón y no existir, por lo mismo, acto ilegal o arbitrario, según exige la Constitución para acoger una acción de protección—, retomó la senda de que la honra tendría preeminencia jerárquica sobre la libertad de expresión, señalándolo así en forma expresa: "no cabe duda de que el derecho al honor es un atributo de la personalidad de la mayor importancia y de carácter especialísimo, por lo que *debe gozar de preeminencia sobre otros derechos*".

Un nuevo caso tuvo lugar en 2003, cuando se anunciaba la exhibición de una nueva temporada del programa de televisión *Enigma*, referido a la investigación de casos o sucesos policiales no resueltos y que han despertado interés público. Para el primer capítulo del ciclo, en el mes de julio, estaba contemplado un reportaje sobre el asesinato del abogado Patricio Torres, quien de acuerdo con la información recabada por el programa televisivo —que incluía información recogida de la investigación judicial—, fue asesinado durante una fiesta que se llevaba a cabo en su oficina en compañía de prostitutas. El caso atrajo la atención pública porque el asesinato se produjo en el contexto de un incendio en la oficina, ubicada en pleno centro de Santiago.

El día antes de que el programa fuera exhibido, la mujer y los hijos del abogado presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Televisión Nacional de Chile, del conductor del programa y de la productora del mismo, pidiendo que se prohibiera la emisión del capítulo respectivo, por estimarlo atentatorio contra el derecho a la honra y a la vida privada de todos ellos. La Corte acogió esta petición vía orden de no innovar, es decir, antes de que se viera el fondo del asunto. Ello se hizo sin proporcionar fundamento alguno. Recién dos meses después, en septiembre, al dictarse sentencia definitiva, se rechazó el recurso interpuesto y se levantó la censura del mencionado programa de televisión.

Es necesario añadir que las incautaciones ordenadas por los tribunales chilenos han solido ser dispuestas como si su procedencia fuese discrecional, en circunstancias en que las medidas

cautelares son de derecho estricto, especialmente cuando afectan derechos fundamentales. En este sentido, los tribunales no se hacen cargo de aspectos indispensables, tales como la plausibilidad de la acción —esto es, que la acción posea la apariencia de un buen derecho—, la idoneidad de la medida cautelar —que en varios casos de los mencionados claramente no concurría, puesto que las obras eran difundidas profusamente por Internet y a través de ejemplares "piratas" en la calle— y la proporcionalidad de la misma.[43]

La situación descrita anteriormente pone al Estado de Chile en una situación de responsabilidad internacional. Si bien como efecto de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la película "La Última Tentación de Cristo", la censura administrativa fue abolida de la Constitución Política, la práctica de censura judicial persiste —y no debe olvidarse que el caso mencionado surgió a propósito de una censura judicial, no de una administrativa—.

Más aún, como hemos señalado, en lo que se refiere al libro *Impunidad diplomática,* el mismo continúa prohibido hasta la fecha, a pesar de que existe una resolución de la Comisión Interamericana que dispuso el cese de su prohibición desde hace muchos años —la decisión de la Comisión es de 1996—. Lo propio ocurre con el libro *Ética y servicios de inteligencia,* que se encuentra prohibido desde hace más de una década.

La Comisión y la Corte Interamericana son los órganos encargados, conforme a la Convención Americana sobre Derechos

[43] Como señalara el ministro Muñoz en su voto disidente sobre el caso del libro *Cecilia, la vida en llamas:* "cuando un magistrado dispone una medida dentro del procedimiento debe estar inspirado por el principio de la racionalidad, que le obliga a ponderar especialmente su necesidad, utilidad, proporcionalidad y eficacia. Subyace la concepción de *ultima ratio* del proceso penal, como de las medidas dispuestas en él, dado que resulta impensado que en la actualidad se impida la circulación de una publicación, en atención a las múltiples formas en que se puede dar a conocer y los medios no convencionales de impresión y distribución, como por el hecho que la decisión no puede afectar la libertad de expresión e información, puesto que, cumpliendo las exigencias legales, el imputado o terceros podrán referirse públicamente al impreso y llegar a reproducir nuevamente todo o parte del libro, como de hecho ha ocurrido".

Humanos, de proporcionar una interpretación auténtica de este tratado. El Estado de Chile, como los demás Estados que son parte de la Convención, se encuentra obligado internacionalmente a cumplir de buena fe el tratado. El hecho de no hacerlo genera responsabilidad internacional.

La práctica judicial chilena entra en abierto conflicto con lo estatuido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con el criterio de la Comisión y la Corte Interamericana, conforme al cual cualquier forma de medida preventiva de la difusión de expresiones se encuentra prohibida en contextos de normalidad constitucional.

A este respecto todavía parece existir escasa conciencia entre los jueces chilenos, como lo demuestra el hecho de que sean muy aisladas las decisiones judiciales en que los estándares interamericanos en la materia son utilizados como base para ellas. En este sentido, destaca notablemente la sentencia mencionada de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso de la obra de teatro "Prat" que, sin embargo, y como hemos señalado, fue sustancialmente modificada —aun cuando no revocada— por la Corte Suprema, eliminándose de la decisión los pasajes pertinentes en relación a este punto.

5. El derecho de generación interna chilena

A continuación, analizaremos esta materia a partir de las normas jurídicas de generación interna chilena. Empleo esta denominación para poner de manifiesto que las normas de generación interna son solo una parte del derecho chileno, siendo la otra las normas de generación internacional recepcionadas en Chile. Esto nos llevará a considerar tanto el artículo 5, inciso 2 de la Constitución como disposiciones procesales penales y de varias leyes especiales.

El artículo 5, inciso 2 de la Constitución, a partir de la reforma de 1989, establece que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del

Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". La gran mayoría de la doctrina sostiene que ya sean los tratados a que se refiere esta disposición o los derechos que ellos reconocen poseen rango constitucional. En el primer sentido se cuenta a Cumplido, Díaz Albónico, Nogueira, Troncoso y Vial, y otros.[44] La segunda tesis, esto es, la de que no son los tratados de derechos humanos como tales sino los derechos, en la forma en que aparecen recogidos en tratados internacionales, los que poseen jerarquía constitucional, ha sido desarrollada por Cecilia Medina.[45] Una minoría de la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que no habría tratados con rango constitucional.[46] Sin embargo, este sector de la doctrina no se ha hecho cargo de los argumentos de la tesis de Cecilia Medina recién señalada.[47]

---

44 Cumplido, Francisco, "Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos", en *Nuevas dimensiones en la protección del individuo,* Santiago, Instituto de Estudios Internacionales-Universidad de Chile, 1991, pp. 191-197; Díaz Albónico, Rodrigo, "La reforma al artículo 5º de la Constitución política", *ibidem,* pp. 199-208; Nogueira, Humberto "Constitución y derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho,* Universidad Católica de Chile, t. II, vol. 20, núms. 2 y 3, 1993, pp. 881-895; Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 20, núms. 2-3, 1993, pp. 695-704.

45 Medina, Cecilia, "Derecho internacional de los derechos humanos", en Medina, Cecilia y Mera, Jorge (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico,* núm. 6, Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales, 1996, pp. 27-84; el punto se trata en pp. 59 y ss.

46 Gómez, Gastón, "Constitución, derechos esenciales y tratados", en *Dogmática constitucional y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico,* núm. 27, Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, pp. 71-100; Fernández, Miguel Ángel, "La reforma al artículo 5 de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 16, núm. 3, Universidad Católica de Chile, 1989, pp. 809-825.

47 Por ejemplo, el texto de Gastón Gómez, antes citado, es anterior al mencionado trabajo de Cecilia Medina y, por lo mismo, solo se hace cargo de las ideas desarrolladas por ella hasta 1993, que correspondían más bien a la línea principal de la doctrina y no todavía a la tesis de los derechos contenidos en los tratados. Otro texto, más reciente, y que contiene una crítica al fallo del Tribunal Constitucional referido al Estatuto de Roma —que crea la Corte Penal Internacional—, también plantea el problema en términos

A nivel de la jurisprudencia en materia de libertad de expresión, las referencias al artículo 5, inciso 2 de la Constitución son muy escasas. Más bien, lo que se constata de vez en cuando es que los fallos reproducen algunas normas generales sobre libertad de expresión contenidas en tratados, pero sin que ellas influyan en lo sustantivo de la decisión que se adopta. O sea, la invocación de tales normas suele ser más retórica que tener consecuencias efectivas. De cualquier modo, no ha habido un pronunciamiento de carácter general y explícito de la Corte Suprema acerca del rango de los tratados que consagran derechos humanos o de los derechos contenidos en tratados internacionales. No obstante, en alguna materia específica, como la caución en el giro doloso de cheques, que según la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques debe ser igual al monto del capital, intereses y costas, la Corte ha establecido, en una jurisprudencia no uniforme, que procede decretar la libertad provisional sin exigir esa caución, por ser ella constitutiva de prisión por deudas, prohibida por la Convención Americana.

El que sí se pronunció de manera general y explícita sobre los alcances del artículo 5, inciso 2 fue el Tribunal Constitucional. En 2002, a propósito del debate parlamentario acerca de la ratificación del Tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional sostuvo que dado que dicho tratado modificaba la Constitución, una reforma de la misma se hacía indispensable, sin reconocerle estatus constitucional al Tratado de Roma ni a las normas sobre derechos humanos contempladas en él.

Sin embargo, a pesar de que esta decisión del Tribunal Constitucional acarreó obvias consecuencias en relación con la situación de Chile respecto de la Corte Penal Internacional, no ha tenido un mayor impacto en el resto de la jurisprudencia. En general, y no solo en materia de libertad de expresión, los tribunales chilenos tienden a seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema

de la determinación del rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque no se pronuncia al respecto, ya que sus observaciones discurren sobre la base de otros argumentos. Véase Correa G., Rodrigo y Bascuñán R., Antonio, "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia,* núm. 1, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2002, pp. 129-160.

—de la cual, por lo demás, dependen jerárquicamente— y solo en forma aislada la del Tribunal Constitucional. Además, este Tribunal se encuentra seriamente cuestionado, especialmente en relación con su forma de generación, en la que participan incluso miembros de las Fuerzas Armadas. De hecho, han existido múltiples iniciativas durante la transición por modificar la forma de generación del Tribunal Constitucional.

Dicho todo lo anterior, como una manera de presentar el problema en términos generales, sostengo que *no es indispensable pronunciarse a favor de alguna de las tesis mencionadas sobre el artículo 5, inciso 2 para abordar la cuestión de la censura judicial en Chile*. Ello porque luego de la reforma constitucional que entró en vigor a fines de 2002, toda forma de censura ha quedado abolida. Y para entender los alcances de la abolición de la censura, es suficiente realizar una interpretación armónica de la Constitución y los tratados internacionales, en particular del artículo 13 de la Convención Americana, referido a la libertad de expresión.

En efecto, y como antes se ha dicho, la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso de "La Última Tentación de Cristo", condenando al Estado de Chile, dispuso la necesidad de abolir la censura en nuestro país. Para dar cumplimiento a la sentencia, se reformó el artículo 19, inciso 12 de la Constitución, derogándose la censura cinematográfica, única que permitía explícitamente la Constitución. Sin embargo, de la sentencia de la Corte Interamericana —que se refería a la necesidad de abolir la censura en general y no solo la censura administrativa, lo cual era de toda lógica si se considera que la película había sido objeto de censura judicial—, así como de la discusión en el Parlamento durante la tramitación de la reforma, se desprende que la reforma constitucional perseguía el objetivo de derogar la censura en general, esto es, la administrativa y la judicial.

Esto se trasunta tanto de la discusión general del proyecto de reforma como del hecho de que, encontrándose el mismo en el Senado, fue retirada por su autor una moción que perseguía declarar expresamente que los jueces no podrían prohibir películas fundándose en que ellas atentarían contra la moral o las buenas costumbres; la razón para retirar la moción fue que ello

podría ser entendido como una indicación tácita de que sería legítimo que los jueces prohibieran películas basándose en otras consideraciones, lo cual el proyecto de reforma precisamente perseguía evitar.[48]

A lo anterior cabe añadir que en el momento en que la censura previa fue abolida de la Constitución, esta fue además reformada en su inciso 25 del artículo 19, reconociéndose la libertad de creación artística. Si bien no cabe sino estimar que anteriormente dichas creaciones ya se encontraban subsumidas dentro de la protección más general de la libertad de expresión, el hecho de que ahora se les proteja de manera específica y separada significa un reconocimiento de sus características peculiares y, en general, un fortalecimiento de su importancia. Esta reforma también refuerza la necesidad de una interpretación armónica, conectando la protección específica de la libertad de creación artística con la protección de la libertad de expresión por la Constitución y por la Convención Americana, así como con la prohibición de la censura de cualquier tipo.

El que las normas jurídicas internas deban ser interpretadas de una manera que resulte armónica con los tratados internacionales no es en absoluto un criterio novedoso. En este sentido, escribía Benadava hace ya más de cuatro décadas que

> [s]e presentan a veces ante un juez nacional casos en que existe una contradicción *aparente* entre las normas de derecho internacional aplicables (consideradas como "incorporadas" en el derecho interno) y la legislación nacional. Los tribunales de todos los países se han inclinado en estos casos a evitar la existencia de un conflicto dando para ello a la ley interna un alcance o interpretación que la concilie con el derecho internacional. Esta actitud tiene una base [añade Benadava] que no es dable presumir que la intención del legislador haya sido infringir las obligaciones internacionales de su Estado.[49]

48 La moción era del Senador José Antonio Viera-Gallo.

49 Benadava, Santiago, "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* t. LIX, núms. 1 y 2, ene-abr, 1962, p. 13.

Si bien la jurisprudencia chilena no ha mantenido un criterio uniforme en este sentido,[50] es evidente que una adecuación en tal dirección resulta perfectamente posible y colocaría a Chile en una situación de cumplimiento, tanto de los tratados internacionales de derechos humanos —en el ejercicio de cuya interpretación, como se ha visto, la Comisión y la Corte Interamericana se han pronunciado específicamente sobre casos de censura judicial en Chile— como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece, consagrando un antiguo principio del derecho internacional, que las normas internas no pueden servir de excusa legítima para eximirse de satisfacer obligaciones internacionales.[51]

Lo interesante del argumento que se viene desarrollando es que permite resolver el asunto de la censura judicial con independencia del rango que se les reconozca a los tratados internacionales por los tribunales chilenos.

En lo concerniente al derecho a la libertad de expresión, y especialmente luego de las reformas recientes a la Constitución Política, una interpretación armónica que sostenga que la censura judicial se encuentra prohibida por la Constitución, a partir de una lectura sistemática de los artículos 5, inciso 2, 19, inciso 12 y 25 de la Constitución y del artículo 13 de la Convención resulta claramente plausible —más allá de cuál sea la tesis que se sostenga respecto de la jerarquía de los tratados o de los derechos consagrados en los tratados— y además dejaría a salvo la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Hecha esta revisión de los estándares constitucionales, veamos ahora las normas internas de rango legal pertinentes. Algunas normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal —y que el nuevo Código Procesal Penal sigue de cerca— han sido utilizadas para la censura de libros (casos del libro *Los secretos de Fra-Fra,* de María Irene Soto y de *Cecilia, la vida en llamas,* de

[50] Véase Detzner, John A., *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos,* Comisión Chilena de Derechos Humanos-Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, 1988, pp. 99-131.

[51] Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Cristóbal Peña). También fue empleado con el mismo propósito la disposición del artículo 16 de la LSE, en el caso de *El libro negro de la justicia chilena,* de Alejandra Matus, pero esta norma fue derogada en 2001; de todos modos, es importante revisar otros aspectos de la LSE potencialmente aplicables en la materia. Además, ha sido empleada la norma del artículo 128 del Código de Justicia Militar, que establece que los fiscales —militares— se hallan "obligados a evacuar las primeras diligencias a que se refiere el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal" (el art. 128 del CJM fue aplicado para incautar la totalidad de los ejemplares del libro *Ética y servicios de inteligencia,* de Humberto Palamara).

Interesa revisar además las regulaciones contenidas en la llamada "Ley de Prensa" (Ley 19.733, cuyo nombre oficial es Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, publicada en junio de 2001), que reemplazó a la antigua Ley de Abusos de Publicidad. Como veremos, algunas de estas disposiciones efectúan remisiones recíprocas y, en cualquier caso, se encuentran relacionadas entre sí, por lo que un análisis sistemático de ellas resulta imprescindible.

Iniciando esta revisión, por lo que se refiere a las normas procesales penales, las principales disposiciones utilizadas han sido las de los artículos 7 y 114 del Código de Procedimiento Penal (CPP). La primera de ellas señalaba que, como primeras diligencias, el juez del crimen debía "dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente", además de adoptar otras diligencias relativas a la libertad personal. Por su parte, el artículo 114 del CPP establecía la necesidad de recoger y conservar los instrumentos empleados para la comisión del delito. Estas disposiciones han sido empleadas en ciertos casos con el objetivo declarado de proteger a la presunta víctima y/o de resguardar los medios a través de los cuales se cometió el presunto delito. Ninguna de estas normas autoriza de modo expreso a incautar la totalidad de los ejemplares de una obra, como se hiciera en los casos de *Los secretos de Fra-Fra* y de *Cecilia, la vida en llamas.*

En el nuevo Código Procesal Penal, el artículo 6 dispone que "[e]l Ministerio Público estará obligado a velar por la protección

de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el Tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento". Por su parte, los artículos 215 y siguientes regulan las incautaciones de objetos y documentos. Al igual que en el antiguo código, en el nuevo nada se dice expresamente acerca de la incautación de la totalidad de los ejemplares de una obra. En consecuencia, dado que las normas del nuevo Código Procesal Penal son análogas a las del antiguo Código de Procedimiento Penal en esta materia, el análisis que se hace a continuación —en el que se contienen referencias a este último—, es asimismo válido respecto del nuevo código.

Por su parte, la LSE, en su artículo 16 —que como hemos dicho, ya fue derogado, pero cuyo análisis continúa resultando pertinente por la razón que expondremos enseguida—, establecía que "en casos graves, podrá el Tribunal ordenar el requisamiento inmediato de *toda edición* en que aparezca de manifiesto algún abuso de publicidad penado por esta ley" (las cursivas son nuestras). A su vez, el artículo 30 del mismo cuerpo legal, también derogado,[52] señalaba que "[e]n todo proceso que se incoe de acuerdo con esta ley, el juez deberá ordenar, como primera diligencia, sin perjuicio de las previstas en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, se recojan y pongan a disposición del Tribunal, los impresos, libros, panfletos, discos, películas, cintas magnéticas y todo otro objeto que parezca haber servido para cometer el delito". Según se advierte, solo el artículo 30 hacía referencia al artículo 7 del CPP; el artículo 16, en cambio, no la realizaba.[53]

---

52 Por la ley 19.806, de 31 de mayo de 2002.

53 También resultaba posible argumentar que, el art. 16 de la LSE había sido modificado tácitamente por el art. 41 de la antigua Ley de Abusos de Publicidad, que autorizaba la incautación de solo cuatro ejemplares, salvo cuando se afectaran las buenas costumbres o la seguridad exterior del Estado —no el orden público o la seguridad interior del Estado—, en que la incautación podía alcanzar a la totalidad de ellos, el art. 16 había sido modificado —la Ley de Abusos de Publicidad fue dictada en 1967, esto es, con posterioridad a la LSE, que lo fue en 1958—. Así lo sostuvo, por ejemplo, el voto de minoría del abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, Domingo Hernández, disintiendo del fallo que mantuvo la prohibición de *El libro negro de la justicia chilena*. Véase Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Reclamación, 27 de mayo de 1999. Sobre este punto vuelvo enseguida.

Ahora bien, a diferencia del derogado artículo 16 de la LSE, el artículo 30 de la misma ley no contemplaba expresamente la posibilidad de incautar la totalidad de los ejemplares de una obra. Interpretarlo como autorizando dicha incautación total, además de los potenciales problemas de constitucionalidad —a los que no me referiré en este momento—, hubiera resultado absurdo, puesto que, o bien hubiera significado entender al artículo 30 básicamente como una reiteración del artículo 16, o bien implicaría que la regulación del artículo 30 sería aun más gravosa que la del artículo 16, en circunstancias de que mientras este contemplaba un mecanismo de impugnación, ese no lo contenía (el art. 16, además de prever la posibilidad de la incautación total de una obra, establecía un mecanismo de impugnación, el cual fue utilizado, por ejemplo, aunque sin éxito, para intentar levantar la prohibición de *El libro negro de la justicia chilena)*. Dadas las restricciones impuestas por la LSE al régimen de recursos —se ciñe por las normas del Código de Justicia Militar para tiempos de paz—, si se hubiera entendido el artículo 30 de la LSE como autorizando una incautación total y un tribunal así la hubiera dispuesto, dicha medida hubiera resultado inexpugnable, lo cual resultaba a todas luces absurdo.

Estos alcances acerca del artículo 30 de la LSE son importantes también para ilustrar el sentido del artículo 7 del CPP, al cual hace referencia, así como de las normas equivalentes en el nuevo Código Procesal Penal. Y la pregunta obvia que surge es la siguiente: si el artículo 30 de la LSE, que se refería a cuestiones de tanta relevancia como la seguridad del Estado, no contemplaba la posibilidad de incautar la totalidad de los ejemplares de una obra, ¿cómo es que el artículo 7 del CPP —al cual esa norma se remite— o las normas equivalentes del nuevo Código Procesal podrían ser interpretadas de un modo que autorizara una incautación con tales características? Ello resultaría un contrasentido. Además de estas cuestiones de orden lógico, los propósitos que persigue esta norma pueden alcanzarse por medios menos onerosos para el ejercicio de la libertad de expresión y debe ser interpretada de una forma que conduzca a ese resultado.[54]

[54] Como apunta Serna, "[e]l ordenamiento jurídico, cualquiera que sea, es absolutamente incapaz de tutelar preventivamente cualquier derecho con

Respecto del artículo 114 del CPP, el artículo 41 de la antigua Ley de Abusos de Publicidad hacía una referencia a aquel. El artículo 41 disponía que "En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, el juez podrá ordenar que se recojan no más de cuatro ejemplares de los escritos, impresos [...] que hayan servido para cometer el delito. Pero esa medida podrá hacerse extensiva a todos los ejemplares de la obra abusiva, si se tratare de delitos contra las buenas costumbres o contra la seguridad exterior del Estado". Como he sostenido en otro trabajo, escrito en la época en que la Ley de Abusos de Publicidad todavía se hallaba vigente,[55] esto llevaba a la conclusión lógica de no poder interpretarse el artículo 114 del CPP en el sentido de autorizar la incautación total de una obra.

Pues bien, cuando en 2001 la Ley de Abusos de Publicidad fue reemplazada por la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (Ley 19.733, más conocida como "Ley de Prensa"), salvo una disposición específica referida

---

una eficacia completa, del cien por cien, porque eso solo sería posible cercenando la libertad de todos y cada uno de los posibles delincuentes, es decir, de cualquier persona normal, lo cual además de injusto no es posible. El derecho previene con frecuencia los daños a los derechos de las personas y a los bienes públicos castigando las conductas que los lesionan y estableciendo un sistema de prevención general, pero la eficacia no es, ni debe aspirarse a que sea, completa, caso por caso". Serna, Pedro, *op. cit.*, pp. 1428-1429. O, como razona el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Sergio Muñoz, en su voto disidente en el caso del libro *Cecilia, la vida en llamas* (en el fallo que mantuvo la prohibición, la cual, como hemos dicho, fue levantada por consideraciones procesales más adelante en el proceso), "en una sociedad democrática, en que rigen plenamente las libertades y se asegura la dignidad de todos los individuos, en un debate libre y sin censura previa [...] se dispone por el Estado de los mecanismos pertinentes de reparación y represión de tales excesos en forma posterior, en lo cual, sin embargo, debe preferirse siempre aquellos medios que no limiten los derechos de terceros e incluso del mismo imputado".

55 González, Felipe, "Leyes de Desacato y Libertad de Expresión", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público, Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 10, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2000, pp. 259 y ss. Una versión puesta al día de ese trabajo aparece publicada en el mismo libro que el presente apartado.

a la difusión de pornografía —que se revisa algo más abajo—, no se incorporó a este cuerpo legal ninguna disposición referida a la incautación de publicaciones. Esta misma ley fue la que se encargó de derogar el artículo 16 de la Ley de Seguridad del Estado, disposición que, como hemos anotado, se usaba por los tribunales para incautar la totalidad de los ejemplares de algunas publicaciones. Considerando que la ley 19.733 tiene por objeto específico la regulación del ejercicio de la libertad de expresión, la interpretación más razonable de este nuevo contexto —y la más armónica con los instrumentos internacionales de los que Chile es parte— es que no previéndose en ella la posibilidad de la incautación total de obras, mal podrían interpretarse como autorizándola las disposiciones de otros textos legales —como el CPP o el CJM—, que no contemplan expresamente tal posibilidad.

Por lo demás, la Ley de Prensa establece expresamente el único caso en que se refiere a incautaciones totales. Así, en su artículo 45 añadió un nuevo inciso al artículo 504 del CPP, que ahora dispone que en el caso de la comisión de los delitos contemplados en el artículo 374 del Código Penal —difusión de diversos materiales contrarios a las buenas costumbres y que, en general, se ha entendido como difusión de pornografía—, la sentencia condenatoria "ordenará la destrucción total o parcial, según proceda, de los impresos o grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo que se hayan decomisado durante el proceso".

En este sentido, resulta muy interesante el análisis desarrollado por el ministro Sergio Muñoz en el fallo sobre el libro *Cecilia, la vida en llamas* al que antes hemos hecho referencia, cuando señala que

> [...] la legislación interna constituida actualmente en la Ley 19.733, no obstante que no comprende al libro entre los medios de comunicación social atendidas las exigencias de estabilidad y periodicidad en la transmisión de textos, resulta útil para ilustrar la materia que nos ocupa, pues por medio del artículo 1 ha dispuesto en términos generales que la libertad de opinión y la de informar, sin censura previa, constituye un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa

> de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley, de modo que tanto por la interpretación restrictiva de las limitaciones de las garantías fundamentales, que su ejercicio no puede ser afectado en su esencia, como por la aplicación de los principios de las leyes penales en el tiempo, en la actualidad no resulta procedente adoptar decisiones en contrario de dicha difusión, siempre sin perjuicio de responder por la conducta en conformidad a la ley, si ello procediere de acuerdo al mérito de los antecedentes que rodean el caso concreto, *permitiéndose, solo en el contexto de procesos en que se investiguen ilícitos contemplados en la normativa del artículo 374 del Código Penal, disponer el decomiso de impresos y grabaciones, de acuerdo a los términos de la reforma al artículo 504 del Código de Procedimiento Penal*". (Las cursivas son nuestras)

Esta reforma fue efectuada, como hemos dicho, por la Ley de Prensa.

El análisis realizado en las páginas anteriores permite concluir que la interpretación sistemática de las normas de rango legal expuestas no autoriza la incautación total de los ejemplares de una obra escrita, audiovisual o de otra naturaleza. En consecuencia, ni siquiera sería necesario entrar a un análisis de la constitucionalidad de dichas normas. La interpretación recién expuesta sería coherente con lo dispuesto por la Constitución y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin necesidad de pronunciarse acerca de los alcances del artículo 5, inciso 2 de la Constitución.

Únicamente en lo que se refiere al artículo 374 del Código Penal podría quizás ser necesaria una confrontación con la Constitución y la Convención Americana. Aun los alcances de esta disposición podrían ser discutidos, puesto que la referencia a la "destrucción total" podría ser interpretada como referida a la totalidad de los ejemplares incautados y no a la totalidad de los ejemplares. Además, también sería necesario hacer una lectura del artículo 374 del CPP a la luz de la Ley 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, de 4 de enero de 2003, que autoriza la exhibición de películas pornográficas, ya que se trata de una ley posterior a la Ley de Prensa.

6. Corolario: los peligros de la censura judicial

Si bien es cierto que la censura judicial de las expresiones presenta diferencias respecto de la censura administrativa, su impacto puede llegar a ser significativo y de hecho lo es en no pocos países. Algunos autores han contrastado ambos tipos de censura de un modo que parecería volver casi inocua la censura judicial. Por ejemplo, se ha señalado que

> [...] la censura [administrativa] conlleva un control del ejercicio incluso normal de la libertad de expresión. Por eso es muy distinto admitir algunas interdicciones —con condiciones restrictivas precisas y, esencialmente, con la garantía de la intervención judicial— que un régimen inspirado en el principio de la restricción previa: en el primer caso la libertad no se subordina a la anuencia de otro, sino que sigue siendo la regla y puede ser ejercida, con la excepción de que se interponga una prohibición judicial concreta.[56]

Pero, de nuevo, como se ha intentado hacer reiteradamente en este trabajo, debe situarse el problema dentro de un contexto. En la práctica, para periodos de normalidad constitucional, la contrastación entre censura administrativa y judicial se ha vuelto poco relevante. Señalo esto porque, además de estar prohibida toda forma de censura administrativa en la mayoría de los sistemas jurídicos democráticos, en la actualidad casi nadie defiende esa clase de censura y quienes lo hacen generalmente se refieren únicamente a la censura cinematográfica y de otros soportes audiovisuales. ¿Pero qué sucede con los libros, los diarios y revistas, las obras de teatro y las diversas manifestaciones de las artes plásticas? Respecto de estos, argumentar en favor de la censura judicial fundándose en las ventajas que presenta en comparación con la censura administrativa resulta falaz en el contexto actual. Al no existir en los sistemas democráticos vigentes mecanismos de censura administrativa en relación con estos canales de expresión, la cuestión realmente significativa es si estamos dispuestos a que los tribunales eventualmente los censuren.

[56] Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 572 (se han eliminado las referencias que hace de notas a pie de página).

En otras palabras, y refiriéndonos a los libros, el problema pertinente no es si la censura judicial de ellos es más o menos gravosa que su censura administrativa —quién discutiría que la segunda hipótesis es generalmente más gravosa—, sino confrontar el hecho de que en muchos países, incluyendo Chile, los tribunales se sienten en posesión del poder de censurarlos.

Derogada la censura administrativa en diversas esferas, tiende a producirse una reacción, consistente en que se presentan acciones judiciales para que los tribunales intervengan y censuren. El problema, entonces, se traslada desde el ámbito administrativo al judicial. Mientras que la dictadura militar chilena mantuvo la censura administrativa de libros —entre 1973 y 1983—, a nadie le parecía necesario recurrir a los tribunales en busca de una prohibición en la materia. Luego del término de la censura administrativa de libros —y en rigor, hasta la fecha, esto es, bien avanzada la transición a la democracia— ello se vuelve una herramienta a la mano.

Además, es necesario reiterar lo que ya hemos venido sosteniendo, en el sentido de que en esta materia, las intervenciones de los jueces en América Latina se orientan, en la gran mayoría de los casos, a proteger a los poderosos y a vedar espacios a quienes procuran levantar voces nuevas o independientes, así como a refrendar el predominio de las tendencias culturales tradicionales y hegemónicas. Esto conduce a que dejar un instrumento como la censura en manos de los jueces no sea una cuestión menor, sino que produzca serios perjuicios a la convivencia democrática y la autonomía de las personas.

Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile*

Abandoné mis estudios de Derecho porque tenía la sensación de estar bebiendo la savia de un árbol muerto.

SCHILLER

1. Introducción

Este trabajo pretende indagar, de manera todavía inicial, respecto de los rasgos principales de la educación jurídica en Chile y su impacto en la mentalidad y quehacer de los jueces. Para tales efectos, se analiza la cultura de los jueces en nuestro país, el estado actual y las transformaciones en curso en el ámbito de la enseñanza del Derecho y algunas iniciativas específicas relativas a la formación judicial.

El trabajo explora la hipótesis de que la forma en que se enseña Derecho en Chile posee un particular efecto en la forma en que los jueces encaran y resuelven los casos que se les presentan. En este sentido, la enseñanza tradicional del Derecho en Chile ha venido colocando especial énfasis en el estudio de la ley como

* El autor agradece a Domingo Lovera por su asistencia en esta investigación y a David Spiller por su colaboración en lo referido a la Academia Judicial. Agradezco a los miembros del CIJ los comentarios que realizaran a una versión anterior de este trabajo, así como, especialmente, las exhaustivas observaciones de Agustín Squella. Este trabajo fue publicado originalmente en *Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, año 5, núm. 15, Universidad Diego Portales, 2003.

cuerpo escrito, situación que trae aparejada una suerte de formalización del estudio del Derecho, al tiempo que deja de lado el estudio de otros aspectos, tales como el papel que desempeñan los derechos fundamentales y los principios al interior del sistema jurídico. Además, la enseñanza tradicional influye de una segunda manera, indirecta esta vez, en la mentalidad y función judiciales, puesto que produce abogados provistos de una visión rígida acerca de lo que es el Derecho, quienes se encargarán de llevar ante los tribunales argumentaciones igualmente rígidas.

Intentar hacer ingreso a esa cultura jurídica con argumentos que alteren el esquema que se viene desarrollando, esto es, hacerlo sobre la base de derechos fundamentales y principios y no, en cambio, abogando solo por la aplicación mecánica de la ley, supone llevar adelante una tarea que, para obtener algún grado de éxito, debe ir acompañada de una modificación del sistema desde sus cimientos, es decir, desde la forma en que se enseña el Derecho en las distintas escuelas.

La incorporación de otras formas de enseñanza —como el trabajo con casos y, en general, dotando de centralidad a los cursos enfocados al desarrollo de destrezas y habilidades prácticas—, así como la eliminación de ciertos mitos —como el de que los jueces que fallan conforme a derechos fundamentales y principios lo hacen de manera más discrecional que aquellos que operan de manera supuestamente "mecánica"— son tareas necesarias para emprender transformaciones en la concepción jurídica que poseerán los futuros jueces.

2. La cultura de los jueces

Como ha sido abundantemente documentado en diversos estudios (como los llevados a cabo —cronológicamente— por Hugo Frühling, Agustín Squella, Jorge Correa, Carlos Peña, Juan Enrique Vargas y Fernando Atria, entre otros), la judicatura chilena ha poseído durante largo tiempo marcados rasgos de corporativismo y de formalismo jurídico.[1] La actitud corporativista del

[1] Frühling, Hugo, "Poder judicial y política en Chile", en AA.VV., *La administración de justicia en América Latina,* Lima, Consejo Latinoamericano de

sistema judicial se desarrolló al amparo de un sistema legal cuyas decisiones más cruciales quedaban entregadas a los actores políticos. Bajo ese sistema, los jueces, ya de *motu proprio* o ya por influencia de los actores políticos, usualmente se retraían o marginaban de adoptar decisiones que significaran auténticos desafíos para el quehacer de esos actores. En este sentido, la jurisprudencia chilena en materia de declaración de inconstitucionalidad de normas legales ha sido escasa y cuando ello ha ocurrido generalmente se ha referido a situaciones que no estaban atravesadas por conflictos políticos de envergadura.

El hecho de que durante varias décadas el sistema económico chileno estuviera centrado en la sustitución de importaciones y dejara en manos del Estado importantes decisiones en la materia contribuyó a acentuar tales rasgos. En efecto, en el marco de dicho sistema económico, muchos de los conflictos importantes se solucionaban a través de la intervención de actores políticos, llegando solo en escaso número a la esfera judicial.

Este corporativismo ha tenido como complemento una perspectiva formalista de los jueces acerca de su papel. Ambas características se han retroalimentado. Remontándonos en el tiempo, puede sostenerse que esta visión correspondía a aquella etapa histórica en la cual no existía propiamente independencia de los jueces respecto de los poderes políticos. En rigor, ni siquiera regía el principio de separación de los poderes públicos. Cuando este principio se desarrolló, primero en Europa continental y luego en América Latina, colocó al poder judicial en una posición desmedrada respecto de los otros poderes. En efecto, se entendió originalmente este principio de separación de los poderes públicos como imponiendo serias trabas al control judicial

---

Derecho y Desarrollo, 1984 y en *Revista El Ferrocarril,* núm. 7, Santiago, 1986, pp. 3-29; Squella, Agustín (ed.), *La cultura jurídica chilena,* Santiago, CPU, 1988; Peña, Carlos, "Hacia una caracterización del *ethos* legal: de nuevo sobre la cultura jurídica", en *Evolución de la cultura jurídica chilena,* Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1994; Vargas, Juan Enrique; Peña, Carlos y Correa, Jorge, "El rol del Estado y el mercado en la justicia", en *Cuadernos de Análisis Jurídicos,* núm. 42, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001; Atria, Fernando, "Los peligros de la Constitución", en C*uadernos de Análisis Jurídico,* núm. 36, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1997.

frente a la actividad de los otros poderes. En otras palabras, cada poder debía permanecer en el ámbito de su propio reducto. Pero la definición de lo que constituía el propio reducto generalmente fue hecha de manera restrictiva en lo que a las facultades de los jueces se refería. Esto los situaba, como hemos dicho, en una posición desmedrada, puesto que eran los poderes políticos los que dictaban las normas jurídicas de aplicación general, siendo tales normas objeto de poca supervisión judicial.

En Chile, como en otros países de América Latina, esta perspectiva formalista se ha fundado a menudo en una visión distorsionada del positivismo jurídico. Según esta visión, el rol de los jueces en la decisión de los casos sometidos a su conocimiento estaría reducido al de aplicadores de las normas jurídicas, entendiéndose "aplicación" como una tarea básicamente —cuando no exclusivamente— silogística, es decir, lógico-deductiva, sin que el juez aportase nada verdaderamente relevante en la decisión final alcanzada en la gran mayoría de los casos. Esta visión se halla emparentada con algunos desarrollos iniciales del positivismo jurídico en la primera mitad del siglo XIX —fundamentalmente con la Escuela de la Exégesis, que también defendía la tesis de la separación radical entre los poderes públicos a la que antes hemos hecho mención—, pero desatiende la evolución del positivismo jurídico en los 150 años posteriores.[2] Así, en el propio Kelsen —autor positivista paradigmático y cuyos puntos de vista son en no pocas ocasiones desfigurados en estos debates— puede apreciarse cómo sus tesis se apartan sustancialmente de las de la Escuela de la Exégesis en este punto, al sostener que el acto juris-

[2] Como señala Engisch, "[e]l problema resulta del hecho de que, en cada subsunción verdaderamente nueva, el caso a subsumir se diferencia siempre en algo de los casos que hasta ese momento están ordenados en la clase, y, por consiguiente, se presenta siempre a los juristas, que están sujetos al principio de igualdad, la torturante cuestión de si esta diferencia es fundamental o no", añadiendo más adelante que "[l]a interpretación no solo proporciona el material de comparación para la subsunción, sino también el punto de referencia para la comparación. Decide con esto simultáneamente acerca de aquellos momentos del material de comparación y de los supuestos de hecho subsumibles, entre los que es preciso establecer comparación". Ambas citas son de Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico,* Madrid, Guadarrama, 1967, p. 79.

diccional comprende tanto un aspecto de aplicación como otro de creación de derecho.[3]

Esta perspectiva judicial predominante también ha estado caracterizada por una falta de atención hacia los principios del sistema jurídico en general y hacia los derechos fundamentales en particular. Si bien desde las primeras constituciones políticas promulgadas en Latinoamérica después de los procesos de independencia se han incorporado catálogos de garantías de derechos humanos, lo cierto es que históricamente tales catálogos han resultado ser escasamente operativos. La vinculación entre los principios del sistema jurídico y los derechos fundamentales es evidente en un régimen democrático: precisamente, estos derechos constituyen el núcleo de tales principios, que sirven de marco para la comprensión de un sistema jurídico de raigambre democrática.

Estas ideas, desarrolladas latamente por la teoría del derecho en el siglo XX, así como por la jurisprudencia de distintas tradiciones —del *common law* y del derecho continental europeo— no han sido, sin embargo, suficientemente recogidas por el sistema judicial chileno. Conforme a la tendencia predominante en este, en el sistema jurídico el papel central lo desempeñan las normas, concibiéndose los principios como entidades vagas y genéricas, a los que solo procede recurrir de manera supletoria, en ausencia de normas presumiblemente claras aplicables al caso. En este sentido, la jurisprudencia predominante en materia constitucional en Chile mantiene la concepción contenida en el Código Civil —de mediados del siglo XIX—. Los principios constitucionales, en consecuencia, no solo no son aplicados directamente por los jueces para la resolución de los casos que llegan a su conocimiento, sino que —salvo contadas excepciones— tampoco son empleados como herramienta para ilustrar las decisiones judiciales.

Este escaso desarrollo de los principios constitucionales en las sentencias de los tribunales chilenos genera una serie de deficiencias en el sistema jurídico chileno. Por una parte, los tribunales dejan de lado una importante labor como entes generadores

[3] Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* Buenos Aires, Eudeba, 1986, pp. 166-67.

de bienes públicos. Ese bien público se generará cuando los tribunales —a través de sus sentencias— sean capaces de entregar información acerca de cuál es el sistema normativo y cuáles son las titularidades de que estamos provistos los sujetos, así como de producir arreglos institucionales. A través de este tipo de información, los ciudadanos tendrán conocimiento sobre la práctica de los tribunales y cómo se realiza el contenido de nuestros derechos, cuestión que, en definitiva, delimitará las pretensiones ante ellos.[4]

Además, la situación recién descrita, esto es, la falta de un desarrollo jurisprudencial significativo, desalienta el trabajo con base en casos en la escuelas de Derecho. Los profesores no se verán motivados a desarrollar trabajos de análisis respecto a sentencias que no proporcionen un razonamiento jurídico significativo.

De alguna manera, pareciera tratarse de un círculo vicioso, ya que un factor relevante en este desalentador desarrollo de principios constitucionales en las sentencias de los tribunales nacionales, lo constituye la falta de argumentaciones innovadoras de los abogados que litigan, que lo hacen en torno a los conceptos rígidos y formalistas que se les ha inculcado en sus escuelas. Además, y como resulta obvio, los abogados que litigan lo hacen con miras a alcanzar un objetivo: obtener una sentencia favorable. Siendo así, los abogados se ven en cierto modo forzados a seguir argumentando de la manera en que tradicionalmente se ha hecho.[5]

Algunas transformaciones institucionales y procesales se han dirigido a modificar este estado de cosas, en especial en lo relativo al primer aspecto, la creación de un Tribunal Constitucional y, en el segundo, la incorporación del recurso de protección para

[4] En Vargas, Juan Enrique; Peña, Carlos y Correa, Jorge, *op. cit.,* pp. 28 y ss.

[5] Este es un dilema al que no se encuentran ajenas las instituciones que promueven causas de interés público ante los tribunales, especialmente cuando ellas aspiran tanto a obtener nueva jurisprudencia como a promover transformaciones en el modo de argumentar de —y ante— los tribunales. De ello resulta que en cada caso deba ponderarse hasta qué punto la introducción de nuevas formas de argumentación favorece la incorporación de nuevos criterios interpretativos y nueva jurisprudencia y en qué punto ello puede pasar a ser contraproducente para alcanzar dicho objetivo.

hacer efectivos una serie de derechos reconocidos en la Constitución, sin embargo, sus efectos han sido muy limitados.

El establecimiento de tribunales constitucionales fue inicialmente una medida adoptada por Estados europeos de la tradición jurídica continental, como una vía para dotar de mayor efectividad a las garantías de los derechos básicos contenidos en ellas y reforzar el control de constitucionalidad. Siguiendo este método se ha logrado en esos países evolucionar en tal dirección. No obstante, en el caso chileno, estos esfuerzos se han visto enfrentados a obstáculos graves, ya que el primer Tribunal Constitucional, que entró en vigor en 1971, en virtud de una reforma a la Constitución Política de 1925, vio truncada su existencia a poco andar, con el golpe militar de 1973. La Constitución de 1980 establece un nuevo Tribunal Constitucional —dotado de una integración y facultades distintos al anterior—, pero su legitimidad se ha visto puesta constantemente en tela de juicio debido a los mecanismos de generación de sus integrantes, que incluyen la intervención de las Fuerzas Armadas. Además, no se trata de un órgano que asuma la totalidad de la jurisdicción constitucional, ya que esta es compartida con la Corte Suprema. Debido a sus carencias, en los últimos años han sido propuestas reformas constitucionales que modificarían significativamente el Tribunal Constitucional; sin embargo, estas propuestas todavía no se han concretado.

En lo relativo al recurso de protección, si bien este en principio podría servir —con todas sus limitaciones— para expandir la protección de los derechos fundamentales, sus alcances se han visto restringidos en virtud de la intervención judicial, especialmente a través del dictado de sucesivos autos acordados por la Corte Suprema que lo regulan —limitándolo—. Cabe observar, sin embargo, que esto también ha sido responsabilidad de los actores políticos, al no haber dictado las normas necesarias para la implementación del recurso de protección, dejando, de hecho, entregada esta tarea a la Corte Suprema. La jurisprudencia en torno a este recurso también ha mostrado fuertes inconsistencias.

Otro factor que podría haber tenido —y, de hecho, todavía podría tener— una influencia mayor a la alcanzada es la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Como se sabe, una de las reformas introducidas a la Constitución

Política en 1989 consistió en recoger los estándares contenidos en tratados internacionales de los que Chile es parte. Esta disposición (la del inc. 2º del art. 5 de la Constitución) ha sido utilizada de manera sistemática —aunque no en todos los casos—, sin embargo, solo a propósito del delito de giro doloso de cheques. En las demás materias, ella ha sido empleada de manera esporádica y en no pocas ocasiones solo de forma declarativa por la jurisprudencia, sin que influya en lo sustantivo de la decisión judicial. En otras ocasiones, los tribunales chilenos recurren a elementos desarrollados en la jurisprudencia internacional sin hacer referencia a ella. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, a propósito de la calificación de la desaparición forzada de personas como un delito continuado o permanente, materia extensamente desarrollada por los órganos internacionales de derechos humanos y que ha sido recogida por los tribunales chilenos en los últimos años, lo cual ha abierto la puerta para la investigación y sanción de este tipo de delitos aun cuando ellos fueran cometidos durante el periodo cubierto por el Decreto Ley de Amnistía 2191, dictado en 1978. Si bien para los casos específicos el efecto es el mismo, la falta de referencia a la jurisprudencia internacional reduce el alcance de tales efectos para otras clases de violaciones a los derechos humanos, reduciendo la fuerza de los argumentos de los abogados respecto de esas otras clases.

Señalo que esta podría constituir una vía significativa para hacer más operativas las garantías constitucionales y así romper con el formalismo predominante, no solo porque los estándares internacionales introducen elementos novedosos en relación con el derecho de generación nacional, sino también porque los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado extensamente el alcance de tales derechos y una atención mayor a la casi nula que se les presta actualmente por los tribunales chilenos serviría para enriquecer las tareas de estos.

En la última década, han sido emprendidas dos iniciativas en Chile que introducen otros elementos que podrían contribuir a tender a morigerar el formalismo judicial predominante.

La primera de ellas es la reforma de la justicia criminal, que comenzó a implementarse por etapas en el año 2000 y que entró en vigor en todo el territorio a fines de 2004. La reforma como

conjunto ha estado inspirada en la idea de emprender una transformación estructural del sistema judicial en esta materia. Y una transformación en la línea de modificar los patrones de formalismo y ritualismo históricamente reinantes en la justicia penal. Así, se ha introducido un amplio rango de modificaciones a la prosecución y juzgamiento de delitos, y el núcleo central del nuevo sistema lo constituye el juicio oral que, en oposición al tradicional escrito, flexibiliza y desformaliza el sistema.

En lo sustantivo, la reforma de la justicia criminal también acarrea transformaciones relevantes, procurando desmontar el enfoque normativista estrecho predominante, que giraba exclusivamente en torno a las normas del Código de Procedimiento Penal, sin referencia a la protección de determinados principios y garantías constitucionales. En este sentido, el nuevo Código Procesal Penal establece en su artículo 10 que los jueces deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar a los imputados el ejercicio de las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se hallen vigentes.

En qué medida esta reforma será exitosa en relación con los aspectos indicados, es una cuestión que está por verse, ya que su implementación es reciente y aún incompleta, puesto que se ha ido incorporando paulatinamente a las diversas regiones de Chile.[6] Más incierto aún es si la reforma de la justicia criminal tendrá un impacto significativo en otras áreas del quehacer judicial, esto es, si una —eventual— tendencia que aleje a los jueces del formalismo en tal materia se extenderá asimismo al ámbito civil, constitucional y a otros.

La segunda iniciativa en la dirección de tender a modificar los patrones formalistas ha sido el establecimiento de una Academia Judicial. Me detendré con mayor detenimiento en este aspecto debido a que está directamente relacionado con la formación de los jueces. Hasta su creación a mediados de la década de los no-

[6] Véase Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: estado de una reforma en marcha,* Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2003.

venta, para acceder a la carrera judicial, en términos de estudios solo se requerían los normales para cualquier abogado, es decir, haber obtenido el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en alguna Facultad de Derecho y el título de abogado expedido por la Corte Suprema. En lo sucesivo, para acceder a la judicatura, se requiere ser aceptado previamente en la Academia Judicial y aprobar sus cursos. Además, para todos los jueces, excepción hecha de los que componen la Corte Suprema, es obligatorio tomar cursos a lo largo de su carrera judicial. Para entender el impacto que ha tenido la Academia Judicial, o que pretende tener en el futuro, es importante considerar sus propósitos y la metodología que se ha implementado para promover una enseñanza útil para los actuales y futuros jueces.

El establecimiento de la Academia Judicial supone, en primer lugar, estudios profundizados en ciertas áreas sustantivas, que no entraremos a detallar aquí, pero que cubre un amplio rango de temas. Implica, además —y quizás todavía más importante— un reconocimiento de que la actividad judicial posee características específicas, muchas de ellas distintas a las del ejercicio regular de la profesión de abogado y, por lo mismo, precisa del desarrollo de destrezas también específicas. Con destrezas no me refiero aquí solamente a aspectos prácticos de la labor judicial, sino también a la aproximación del juez a los casos, a su autocomprensión como juzgador y a las tareas hermenéuticas propias de la función judicial.

El primer programa de la Academia es el Programa de Formación para los abogados que quieren acceder a la carrera judicial. La filosofía de la Academia señala que la mejor manera de capacitar jueces de este tipo es a través de la aproximación a la función jurisdiccional. Por tanto, la malla curricular establecida para el Programa de Formación está enfocada en la educación práctica, para que el alumno logre ser capaz de desempeñar el rol de juez.[7] La metodología del Programa de Formación aspira a dar a los alumnos la oportunidad de pensar, analizar y discutir aspectos de la función judicial, de manera que, enfrentados a proble-

[7] Toda la información de la malla curricular y metodología de la Academia Judicial aparece en el sitio web de la Academia *http://www.academiajudicial.cl*

mas complejos, sean capaces de formarse opiniones razonadas y justificadas.

Esta metodología está basada en dos tipos de actividades: las pasantías en tribunales y las denominadas "actividades teórico-reflexivas". Las pasantías en tribunales se basan en la enseñanza de un juez tutor. De esta manera, los alumnos aprenden cuál es el trabajo diario de un juez y los aspectos jurisdiccionales, administrativos y personales de un juzgado. La Academia Judicial ha otorgado máxima relevancia a esta parte del programa, pues cree que "la función judicial no es algo que se pueda aprender entre las cuatro paredes de una sala de clases, sino, muy por el contrario, requiere del contacto permanente del alumno con la realidad de los tribunales, única forma de comprenderla y, por lo mismo, de emitir juicios críticos al respecto".[8] No obstante, esta actividad necesita ser complementada por otras —y, de hecho, lo es—, puesto que de otro modo esto podría conducir simplemente a la reproducción del modelo tradicional de desempeño de los jueces en Chile.

El segundo tipo de actividades, llamadas "teórico-reflexivas", consiste mayormente en talleres y seminarios con el fin de que los alumnos puedan analizar y revisar críticamente la experiencia práctica adquirida durante las pasantías. Ejemplos de tales actividades son los talleres sobre ética judicial, apreciación de pruebas, razonamiento judicial, redacción de resoluciones, interpretación de la ley, sistemas de resolución de conflictos y seminarios sobre Derecho de Menores, Derecho del Trabajo y otros.

Además, el Programa incluye una serie de visitas a lugares relacionados con el papel de juez, orientadas a imponerse del impacto que las leyes tienen en la sociedad. Así, por ejemplo, el programa incorpora visitas a una Corporación de Asistencia Judicial y a un Centro de Violencia Intrafamiliar.

Para complementar esta metodología, el Consejo Directivo de la Academia Judicial ha invitado a un diverso grupo de personas para integrarse al cuerpo de docentes de la Academia, incluyendo miembros del poder judicial, académicos, abogados de

[8] Disponible en *http://www.academiajudicial.cl/prog_forma.htm*

ejercicio libre y profesionales de otros campos, a fin de favorecer un rango amplio de perspectivas tanto en los talleres como en los seminarios.

A pesar de que evaluar el impacto que ha tenido el Programa de Formación es una tarea difícil, resulta interesante revisar un estudio emprendido al respecto por la propia Academia Judicial. Cuando el Programa de Formación se encontraba todavía en una etapa inicial, la Academia intentó medir algunos de los resultados de dicho programa mediante un estudio sobre sus egresados.[9] El estudio se refirió a pocos grupos de egresados, la mayoría de los cuales no se desempeñaban propiamente como jueces sino como secretarios —que en ocasiones actúan como jueces suplentes— o relatores; sin embargo, ofrece algunas ideas de lo que la metodología de la Academia Judicial ha otorgado a sus alumnos, tanto en términos de lo que piensan los egresados como de la percepción de quienes se han relacionado con las personas que quieren ser jueces.

En las entrevistas, los egresados manifiestan opiniones positivas del Programa de Formación. Valoran los talleres como parte importante en la formación de un criterio jurídico y estiman significativas las pasantías porque les permitieron adquirir una experiencia de primera mano del trabajo al interior de un tribunal. A su vez, los jueces que han trabajado con los egresados de la Academia Judicial la valoran como una institución que realiza un aporte, aun cuando sostienen que la formación que otorga "no es imprescindible ni suficiente, ya que de todas formas, se requiere del aporte proporcionado por la experiencia".[10] Según los jueces, la formación debiera incluir, además del programa de la Academia, el desempeño de las labores de secretario antes de asumir el cargo de juez.

En su evaluación de la metodología de la Academia, los jueces valoran especialmente las actividades prácticas de las pasantías en los tribunales y los talleres, sosteniendo que ellos entregan a los egresados el razonamiento crítico necesario para actuar en el ámbito del juzgado. Destacan que se aprecia el desarrollo de

[9] Rojas Ossio, Vladimir, *Estudio de seguimiento de los egresados del programa de formación,* Santiago, Academia Judicial, 1998.

[10] *Idem*.

un criterio que permite enfrentar las situaciones problemáticas, así como el de una capacidad para explicar las decisiones que adoptan. No obstante, es importante señalar que no todas las opiniones de los jueces eran positivas, puesto que algunos indicaron que el éxito obtenido por los egresados era atribuible principalmente a sus condiciones personales y, por tanto, al sistema de selección de la Academia, pero no necesariamente a la enseñanza proporcionada por esta.

La siguiente instancia, dirigida a las personas que ya se desempeñan como miembros del poder judicial[11] es el Programa de Perfeccionamiento que ofrece la Academia. De acuerdo con la ley 19.346, que creó la Academia, todos los miembros del poder judicial, salvo los integrantes de la Corte Suprema, deben participar anualmente en estos cursos. La idea es lograr los objetivos de actualizar y profundizar las destrezas y habilidades, por lo cual, el Programa de Perfeccionamiento incorpora una variedad de temas, materias y tipos de actividades distintos para cada uno de los diferentes escalafones.

Del mismo modo que el Programa de Formación, el de Perfeccionamiento también pone énfasis en la participación activa. Por tanto, los cursos de perfeccionamiento consisten, en gran medida, en instancias de reflexión conjunta de distintos temas a través del debate y el diálogo, a fin de compartir el conocimiento con los jueces practicantes. Se destacan algunos cursos dirigidos a profundizar los conocimientos y destrezas, tales como los de "Valoración de la prueba", "Ética judicial", y "Razonamiento Judicial". Además, se ha promovido la capacitación en disposiciones legales recientes de aplicación importante, tales como la Legislación sobre Violencia Intrafamiliar y la Ley sobre Tráfico de Estupefacientes.

Al igual que en el caso del Programa de Formación, es difícil averiguar el impacto específico que ha tenido el Programa de Perfeccionamiento. De manera similar, la Academia Judicial encargó a una empresa consultora un estudio[12] del Programa de

11 Consultable en *http://www.academiajudicial.cl/prog_perf.htm*

12 "Estudio Impacto del Programa de Perfeccionamiento de la Academia Judicial", INVERTEC IGT, S. A. y el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998.

Perfeccionamiento que se hizo en 1998. Este estudio presenta algunas evaluaciones de los cursos de perfeccionamiento, percepciones del impacto del programa y algunas recomendaciones.

De acuerdo con el mencionado estudio, la mayoría de los destinatarios del programa reconocen un impacto de los cursos, como se puede apreciar en el cuadro siguiente:

	Impacto en actividades propias	*Impacto en empleados (según colegas)*	*Impacto en empleados (según superiores)*	*Cambios en empleados (según superiores)*	*Cambios en jueces y secretarios (según superiores)*
Sí	78.3	67.7	72	65.3	66.7
No	21.7	32.3	28	34.7	33.3
Total	100	100	100	100	100

Como se aprecia, en todos los rubros el impacto fue considerado como positivo. Y cuando se preguntó si los contenidos de la capacitación son realmente necesarios para el adecuado desempeño de sus funciones, los resultados resultaron aún más positivos.

En términos del tipo de impacto que ha tenido, se señala que los cambios destacados han sido más a nivel personal que institucional. Específicamente, los participantes notaron un importante proceso de reflexión acerca de su labor y el desarrollo de un espíritu más abierto para enfrentar los cambios en el sistema legal. Se percibe una importante actualización de los conocimientos. Por último, muchos señalan un mejoramiento notable de la calidad de las relaciones interpersonales debido a la convivencia promovida por la asistencia a los talleres.

El estudio concluye que la ausencia de cambios concretos en términos institucionales se debe a cuestiones estructurales del poder judicial, que no dependen de la capacitación. Indica también que innovar dentro del poder judicial es algo poco frecuente, lo que hace difícil que un juez, por ejemplo, incorpore una nueva interpretación jurisprudencial usando ideas de un curso. Se puede establecer que hay una desvinculación entre la capaci-

tación y las políticas judiciales, lo que mediatiza los impactos de la capacitación que proporciona la Academia Judicial. En otras palabras, se afirma que la Academia ha desempeñado un rol de capacitación para entender, compartir e implementar cambios en el sistema del poder judicial en lugar de ser el impulsor de dichos cambios.

En cuanto a los efectos potenciales de la Academia, en términos de modificar los patrones formalistas y ritualistas predominantes, todavía parece prematuro pronunciarse, en la medida en que son pocas las generaciones egresadas y cuyos miembros han pasado a engrosar las filas de la judicatura. En cualquier caso, queda la sensación de que el funcionamiento de la Academia mal podría significar un retroceso y que, al menos en alguna medida, debiera contribuir a revertir la tendencia histórica antes descrita.

En lo que no es de extrañar, tanto la generación de la reforma de la justicia criminal como el establecimiento de la Academia produjeron fricciones entre los abogados que las promovían y sectores importantes del poder judicial. En lo referido al primer aspecto, en las etapas germinales de la reforma, la visión predominante desde los jueces era que no existía una crisis significativa y que la solución a los problemas consistía básicamente en el incremento considerable de los recursos y en introducir enmiendas parciales al sistema entonces vigente —enmiendas que, en realidad, se habían incorporado a lo largo de más de un siglo—. La cuestión del formalismo y ritualismo imperantes, con las consiguientes implicancias negativas para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de un Estado de derecho, no aparecía reconocida como un problema por la mayoría de los jueces. De este modo, las voces judiciales recogidas en los medios de comunicación solían formular serias objeciones a la idea de una reforma estructural del sistema procesal penal. El otro frente de conflicto se produjo en relación con el rol que tendría el poder judicial en la generación de los distintos actores del nuevo sistema. Esto, que ya se había manifestado a comienzos de la década de los noventa, a propósito de la iniciativa del gobierno de Patricio Aylwin de crear un Consejo de la Magistratura —que le restaría atribuciones a la Corte Suprema—, se volvió a plantear en relación con la reforma de la justicia criminal, particularmente respecto a la forma en que operaría el Ministerio Público. Finalmente se alcanzó una solución

intermedia, en virtud de la cual la Corte Suprema interviene en la designación del fiscal general, pero el Ministerio Público no queda sometido a la supervisión de dicha Corte.

Una controversia análoga a la recién descrita se produjo en relación con la Academia Judicial, en el sentido de si esta dependería o no del poder judicial. En definitiva se estableció un sistema mixto, conforme al cual el Directorio de la Academia incluye tanto a jueces como a personas ajenas al poder judicial. Muchas de las personas que imparten labores de docencia en la Academia no pertenecen a dicho poder del Estado.

En relación con los distintos aspectos que se han mencionado se les puede apreciar como intentos promisorios o frustrados de introducir transformaciones en la mentalidad y actividad práctica de los jueces. Sin embargo, ello no puede oscurecer el hecho de que a lo sumo se trata de —intentos de— soluciones parciales. En realidad, el asunto queda trunco si no se le vincula además con transformaciones más generales en la enseñanza del Derecho.

Por una parte, lo recién señalado es relevante de manera directa respecto de los jueces, es decir, en lo que se refiere a la preparación que reciben los futuros jueces en las escuelas de Derecho. Como es obvio, por más satisfactoria que pudiera llegar a ser la formación en la Academia Judicial, si los futuros jueces ingresan a ella con un acervo y mentalidad formalistas, producto de su paso por las escuelas de Derecho, no es demasiado lo que la Academia puede hacer e influir.

También se han implementado algunas reformas destinadas a asegurar una fundamentación de las decisiones judiciales. En una cultura judicial inspirada por la idea de que la labor del juez al resolver contiendas es básicamente una de mero aplicador de la norma, un correlato lógico es que la fundamentación respecto de ellas escasee. En el fondo, es como si la norma hablara por sí misma, lo que Morris Cohen alguna vez llamara "la teoría fonográfica de la función judicial".[13] En los años finales del régimen

[13] Cit. por Frank, Jerome, "Law and the Modern Mind", cap. IV, reproducido en Cerda, Carlos (ed.), *Razonamiento judicial, Cuadernos de Análisis Jurídico,* Serie Publicaciones Especial, núm. 5, Santiago, Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales, 1995, pp. 254 y ss.

militar se había llegado a un extremo en tal sentido, al pasar a recaer un altísimo porcentaje de los fallos de la Corte Suprema en recursos de queja, en desmedro de recursos de inaplicabilidad y de casación. Así, en 1988, el Máximo Tribunal del país decidió 2 113 recursos de queja, 29 acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y 22 recursos de casación.[14] En los noventa se persiguió modificar este estado de cosas, procurando devolver al recurso de queja su carácter original —disciplinario—; sin embargo, el porcentaje de decisiones sobre el fondo en materia de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad continúa siendo muy bajo.

Si bien esta y otras reformas en la misma dirección —como la que exige fundamentar las denegaciones de libertad provisional— han morigerado la gravedad de la situación, la evaluación está lejos de ser satisfactoria, ya que la falta de una adecuada fundamentación se inscribe dentro de un cuadro deficitario formativo más general, al cual se ha hecho referencia en estas páginas.

Por otra parte, el quehacer judicial, aun en el contexto más corporativista, no se construye ajeno a la interacción externa. En particular, la manera en que los abogados litigan ante los tribunales es un factor a considerar. La forma de actuar y de argumentar de los abogados es un factor que, evidentemente, incide en la labor judicial. Por lo mismo, las formas que asuma la enseñanza en las escuelas de Derecho resultan también relevantes para el quehacer judicial de una segunda manera, indirecta esta vez: formando a los futuros abogados litigantes que, a su vez, influirán en la actividad y mentalidad de los jueces.

En relación con el aspecto recién mencionado, hace algunos años —poco antes de que se creara la Academia Judicial—, se efectuó un estudio en el que se presentó un cuestionario a un universo de 127 jueces, varias de cuyas preguntas se relacionaban con la enseñanza recibida en el pregrado.[15] Una de las preguntas

[14] Instituto Nacional de Estadísticas, *Anuario de Justicia,* Santiago, 1988, cit. por Peña, Carlos, *op. cit.,* p. 38.

[15] Bascuñán Valdés, Antonio; Sierra, Lucas y Varas, Juan Andrés, *Judicatura de primera instancia: algunas indagaciones,* Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.

formuladas los interrogaba acerca de si detectaban carencias en la formación jurídico-dogmática, a lo que un porcentaje significativo de los jueces (43%) respondió afirmativamente. A los que así respondieron se les preguntó adicionalmente si consideraban que de haberse dedicado al ejercicio libre de la profesión habrían presentado las mismas insuficiencias. El 56% de ese subgrupo contestó que así lo estimaba, afirmación que pareciera haberse basado en el conocimiento adquirido por los jueces al ver la forma de litigar de los abogados frente a sus respectivos tribunales. La explicación más común (69% de ese subgrupo) por parte de los jueces para sustentar esa afirmación fue que los casos jurídicos generan los mismos problemas para jueces y abogados.

Cuando la encuesta se movió del terreno de las carencias dogmático-jurídicas al de las insuficiencias prácticas en la formación de pregrado, la proporción de jueces que sostuvo que estas existían aumentó considerablemente, ya que 71% respondió en este sentido. Más de la mitad de esas respuestas (57%) mencionaron las carencias en materia de Derecho Procesal práctico como las más significativas, y de entre estas, las de más frecuente mención fueron las relacionadas con el adiestramiento en el despacho judicial y el orden lógico de las sentencias y resoluciones.

Si bien es cierto que un estudio como el recién mencionado constituye solo una de las miradas posibles al problema, ya que quienes se hayan inmersos en una función no necesariamente perciben a cabalidad su situación, el mismo representa un índice importante para aproximarse al tema de la enseñanza de pregrado que se ofrece en las escuelas de Derecho. Muy posiblemente, el establecimiento de la Academia Judicial que, como se ha señalado, tuvo lugar con posterioridad al estudio, alteraría las respuestas a un cuestionario de este tipo. Sin embargo, la mayor brevedad de los estudios en la Academia Judicial comparados con los que realizan previamente sus alumnos en el pregrado y, especialmente, el hecho de que por ser esta anterior a aquella y que se atiende con frecuencia en una etapa juvenil en que el alumno está más abierto a ser influenciado, marca de una manera significativa la aproximación del futuro juez frente al Derecho —y a la función de jueces y abogados respecto de él—, permiten sostener que la enseñanza de pregrado continúa siendo crucial en la formación de los futuros jueces. Ello, además del efecto in-

directo ya mencionado que ejercen los abogados litigantes sobre los jueces, abogados litigantes que no asisten, como es obvio, a la Academia Judicial.

3. Repensando la enseñanza del Derecho en Chile

La forma tradicional de abordar la educación jurídica en Chile presenta una serie de características que suponen un déficit, tanto para los futuros jueces como para los futuros abogados que deberán desempeñarse frente a esos jueces y que, como se ha señalado, incidirán en la calidad de sus decisiones, toda vez que se produce el círculo vicioso a que hacíamos mención.

Una primera característica relevante al respecto la constituye un énfasis excesivo en la memorización en desmedro del desarrollo de la capacidad de argumentación. Algunos podrán sorprenderse frente a esta afirmación. Esto probablemente ocurrirá en forma especial —pero no exclusiva— con aquellos que miran el problema desde afuera, es decir, aquellos que no han recibido una formación jurídica. ¿Cómo —se dirá—, si se supone que precisamente una de las destrezas más típicas de los abogados es la capacidad de argumentación? El punto es qué entendemos por capacidad de argumentación.

En general, en nuestra cultura jurídica tradicional esta "capacidad de argumentación" ha sido asociada con una serie de rasgos, tales como el despliegue histriónico, la habilidad para dar golpes de efecto y, en general, con la destreza para persuadir y convencer, en este caso a los jueces. Sin embargo, ello ha solido ir acompañado de una retórica hasta cierto punto vacía, en perjuicio de la consistencia y peso de los argumentos. Y esto, lógicamente, se refleja también a menudo en las propias sentencias, que no encuentran en las actuaciones o presentaciones de los abogados argumentos que permitan construir una jurisprudencia significativa.

En este sentido, la formación jurídica tradicional parece concebir a abogados y jueces como una suerte de oráculos. Los primeros, frente a sus clientes y frente a los propios jueces, y los

segundos, frente a las partes en el proceso y, en último término, frente a la sociedad. Además, cuando abogados y jueces imparten clases, extienden este rol frente a sus alumnos. De lo que estamos hablando aquí es de una adecuada fundamentación de las propias proposiciones, en oposición a lo que John Stuart Mill llamaba —para criticarla— la repetición de verdades cuyo fundamento ha sido olvidado largo tiempo atrás.[16] Concebir la enseñanza del Derecho como un conjunto de conocimientos que se transmiten como verdades inalterables entre jueces, profesores y alumnos y, en último término, al cliente, ha conducido a que educadores y aprendices se hayan convertido en un conjunto de funcionarios burocráticos que, si bien conocen su trabajo con precisión, difícilmente desarrollarán un buen juicio para emplear el derecho.[17] En este sentido, algunos autores han señalado que las escuelas de Derecho, lejos de llevar adelante cursos de adiestramiento de los futuros abogados, los domestican entregándoles información que luego estos se encargarán de repetir ante los tribunales.

A este respecto, la formación de los abogados en cuanto a sus capacidades argumentativas suele ser asistemática y obtenida fuera de las escuelas de Derecho, ya sea ejerciendo como procuradores desde su época de estudiantes o más tarde —una vez ya titulados— en algún estudio profesional.

---

16 Escribe Stuart Mill: "Por poco dispuesta que se encuentre una persona a admitir la falsedad de opiniones fuertemente arraigadas en su espíritu debe pensar que por muy verdaderas que sean, serán tenidas por dogmas muertos y no por verdades vivas, mientras no puedan ser total, frecuente y libremente discutidas", agregando que "admitiendo que la opinión verdadera se mantenga en el espíritu, lo hace como un prejuicio, como una creencia, independientemente de su razón y de la prueba contraria, y no es esta la manera como la verdad debe ser profesada por un ser racional. Esto no es conocer la verdad. La verdad así proferida es tan solo una superstición más, casualmente expresada en las palabras que enuncian una verdad". Citas tomadas de Stuart Mill, John, *Sobre la libertad,* Madrid, Alianza Editorial, 1979, pp. 98-99.

17 Kronman, Anthony, "Vivir en el derecho", en Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía,* Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 229-234. El autor propone que para tener un buen juicio se requiere, además de un conocimiento, un desarrollo especial de la personalidad que permitiría, en definitiva, deliberar y tomar la decisión correcta. A fin de cuentas, a eso nos referiríamos cuando decimos "esa persona tiene buen juicio".

Es evidente que el ejercicio de la abogacía o de la judicatura requiere de capacidad de memorización. Lo que aquí, en cambio, se discute, es el peso relativo que la memorización debe poseer respecto de otras habilidades y, en particular, de la de argumentación —sobre la capacidad de argumentación se volverá más adelante—. Además, la pregunta no solo es cuánta memorización sino memorización de qué.

Tradicionalmente, en las escuelas de Derecho chilenas el énfasis ha sido puesto en la memorización del contenido de las normas, que los alumnos repiten hasta adquirir la capacidad de recitarlas.[18] Con todas las limitaciones que ello suponía en un contexto de sociedades y sistemas jurídicos menos complejos que los de hoy, su efecto no era tan grave como en el contexto actual, en el que la legislación se ha diversificado y complejizado enormemente y en el que las reformas legales se suceden vertiginosamente. Solo a modo de ejemplo cabe señalar lo que ocurre con la justicia criminal en Chile. Como antes se ha señalado, actualmente se lleva a cabo en Chile un proceso de modernización del sistema procesal penal, conforme al cual los procedimientos escritos, lentos e inquisitivos han dado paso a otro moderno, acusatorio, rápido, garantista y oral. Este carácter oral implica el desarrollo de una serie de habilidades que van mucho más allá de la sola exposición de normas, incluyendo habilidades actorales, de análisis de hechos, argumentativas, retóricas, etc.[19] La reforma

[18] Estas características son comunes en los distintos países de América Latina. Como apunta Böhmer, "los profesores deben repetir y explicar el contenido de las normas jurídicas en sus clases y los alumnos deben repetir lo que dice el profesor en sus exámenes. Los profesores no son docentes profesionales, en el sentido de que su tarea se parece más a un *hobby* que a una actividad que demanda una intensa dedicación. Para ellos, la enseñanza del derecho es una tarea subordinada a la principal que, es en general, la de trabajar como abogado o juez. Dado que la concepción que estoy describiendo solo exige de los docentes la repetición y comprensión de los textos legales, resulta razonable que quienes están más capacitados para sumir esa función sean aquellos que trabajan con estos textos en su trabajo cotidiano". Böhmer, Martín, *op. cit.,* p. 16. A lo que señala Böhmer cabría observar que más que hablar de "comprensión de las normas jurídicas" —así dicho de modo general— cabría hablar de "comprensión tradicional de las normas jurídicas".

[19] Actualmente muchas de las universidades que imparten la carrera de Derecho ofrecen cursos de posgrado destinados a profundizar y preparar a los

abre así un nuevo escenario, que debiera incidir en la forma en que se enseña el Derecho. Como se ha señalado, acercarse como actor a este nuevo sistema de enjuiciamiento criminal supone ir dejando de lado aquella concepción parca de la litigación que, hasta ahora, sigue siendo la presentación paulatina de escritos ante los tribunales. Ahora, en cambio, nos encontramos situados frente a formas de litigación donde los abogados necesitarán incorporar, si pretenden obtener algún éxito, habilidades y destrezas complementarias al mero conocimiento de las normas jurídicas. En el nuevo contexto, los abogados deberán desplegar una serie de habilidades destinadas a persuadir al tribunal, que a diferencia de lo que viene ocurriendo hasta ahora, está compuesto por jueces que interactúan de modo directo con las partes, testigos, peritos e imputados. Estas habilidades y destrezas que la reforma exige son susceptibles de ser enseñadas como cualquier otra técnica.

Este cambio de circunstancias pone a las escuelas de Derecho frente al desafío de cambiar el paradigma de enseñanza que hasta ahora se viene manejando. Hemos dicho que las escuelas de Derecho suelen emplear como modalidad muy principal la clase magistral. Ahora, en cambio, se abre la posibilidad de incorporar una serie de cursos destinados a dotar de ciertas capacidades a los abogados que, de otra forma, no adquirirían. Sin embargo, contrario a las expectativas que generó la reforma y a casi tres años de su implementación en algunas regiones, las escuelas de Derecho, como regla general, aún no emprenden transformaciones significativas al respecto, manteniéndose la enseñanza tradicional del Derecho en esta materia, dictándose los cursos sobre el nuevo sistema de justicia criminal a través de clases magistrales y reservándose la enseñanza de destrezas y habilidades de litigación para cursos de posgrado.[20] Es decir, por regla general,

abogados y jueces para el nuevo proceso penal. Sin embargo, solo pocas de ellas llevan adelante cursos de litigación y simulación de juicios, métodos por excelencia para adquirir la habilidad a que se hacía mención.

[20] De todas formas, muchos de estos cursos de posgrado mantienen el sistema de clases magistrales para instruir a los abogados sobre el nuevo proceso sin entregar las habilidades y destrezas necesarias para intervenir adecuadamente en él.

las escuelas de pregrado no han asumido el nuevo desafío que la reforma les presenta.[21]

En lo que a la memorización concierne, lo que debiera exigirse a los estudiantes es algo distinto a lo que se les exige actualmente: en lo básico, lo que debería requerírseles es una retención del plan general del sistema jurídico y del de cada una de sus disciplinas específicas. Por así decirlo, se trata de que el alumno sea capaz de conocer las "entradas" al sistema jurídico y a sus diferentes disciplinas, de situarse en dicho sistema y disciplinas. Como es obvio, y según revisaremos más adelante en cuanto a su relación con la enseñanza del Derecho, este "situarse", en lo que se refiere al ejercicio ante los tribunales y a la labor judicial, no es genérico ni abstracto, sino que se refiere a un "situarse" en función de casos.

Mutatis mutandi, podría hacerse un paralelo con la capacitación para obtener información a través de Internet. Desde luego, una persona que aspire a obtener de manera eficaz y rápida esa información, debería poseer conocimientos acerca de sitios web en las materias de su especialidad, así como conocer de buscadores y técnicas para acceder a esos sitios y para ampliar constantemente sus fuentes de información.

Si se trae lo anterior a la cuestión de las modalidades de evaluación en las escuelas de Derecho, un método apropiado resulta ser el de formular preguntas, problemas o casos que los alumnos deben responder con acceso a sus materiales de estudio. Desde luego, el tiempo que se asigne para elaborar la respuesta resulta crucial, a fin de asegurarse que se desarrolle en el estudiante la destreza de acceder a información —de "hallar las entradas"— de manera rápida y eficaz.

---

[21] Suele señalarse que las escuelas de Derecho de mayor tradición en nuestro país son la Universidad de Chile y la Universidad Católica; ninguna de ellas incorpora, ni siquiera como curso electivos la litigación penal. La Universidad Diego Portales, por su parte, ofrece cursos optativos de litigación procesal penal (I y II), además de electivos de litigación en otras áreas (Derecho Internacional). En cuanto a los cursos de posgrado, junto con la enseñanza dogmática de la reforma, ofrece la posibilidad de llevar adelante simulación de juicios orales, sistema que permite medir el despliegue de habilidades y destrezas.

En cambio, la forma tradicional de evaluación en las escuelas de Derecho chilenas resulta notoriamente contradictoria con las ideas que aquí se formulan. Como se sabe, esa modalidad es de carácter oral y pone un énfasis casi exclusivo en la retención de información, que el alumno simplemente repite. Suele retrucarse a lo que he señalado en cuanto a que el desarrollo de habilidades orales es un elemento importante en la formación de un abogado. Sin embargo, el tipo de habilidad oral requerida en el ejercicio profesional es cualitativamente diferente al que se exige en las evaluaciones orales tradicionales, puesto que aquella, a diferencia de esta, se centra en la capacidad de argumentación.

En el caso de los países que se rigen por la regla del *common law,* la forma en que se lleva adelante la enseñanza del Derecho tiende a ir más bien en la vía de entregar al alumno las destrezas que le permitan analizar, evaluar, enunciar y comparar situaciones reales concretas, que sea capaz de seleccionar las normas aplicables al caso, que use las fuentes como lo hacen abogados y jueces y que, en definitiva, sea capaz de formular sus propias proposiciones básicas en vistas a resolver el caso a que se le enfrenta. De esta forma, la evaluación consistirá —usualmente lo es así— en colocar a un estudiante frente a un caso hipotético donde deberán desarrollar la argumentación en uno u otro sentido, o bien, deberá resolver la controversia presentando la fundamentación adecuada. Esta adecuada fundamentación no es sinónimo de una única respuesta correcta al caso que se plantea, sino que más bien se relaciona con desarrollar de manera íntegra las destrezas que se le han entregado al estudiante. Es, entonces, en ese momento en que debe desarrollar las "aptitudes, técnicas y capacidades de razonamiento, análisis y expresión, todas ellas metas que se consideran superiores al dominio enciclopédico de las normas legales".[22]

Por lo mismo, de lo que se trata es de diseñar e implementar cursos que se concentren de manera significativa en el desarrollo de destrezas orales por parte de los estudiantes, pero no de

[22] Farnsworth, Allan, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos,* Buenos Aires, Zavalia, 1990, p. 35.

una manera —como la tradicional— que aspire a convertirlos en oráculos en potencia, sino de otra distinta que asuma las habilidades orales de un modo integral, incluyendo no solo la capacidad de retener información, sino una serie de otras destrezas orales específicas, relacionadas con el fortalecimiento de la capacidad de argumentar oralmente.

Existe, por otra parte, una suerte de círculo vicioso en la situación actual, ya que, por la misma formación tradicional que han recibido la mayoría de los jueces, las características de la argumentación que ellos esperan de los abogados no se asocia, como apuntábamos en las primeras páginas de este apartado, con un sentido fuerte del concepto. Para romper el círculo vicioso se requiere, entonces, modificar las modalidades de evaluación en la enseñanza jurídica, lo que en definitiva terminará fortaleciendo una capacidad de argumentación genuina tanto en las presentaciones escritas y las alegaciones de los abogados como en las sentencias de los jueces.

Otro aspecto, que ya anunciáramos, se refiere al trabajo con casos.[23] Cuando se menciona esto, se suele establecer una asociación casi automática con el sistema del *common law,* como si este sistema poseyera una especie de monopolio en la materia. Pero el sistema del derecho continental europeo, del cual el derecho chileno es tributario, se construyó originalmente sobre la base de casos. Así fue, de hecho, como se construyó el derecho romano. Sin embargo, la manera en que habitualmente se enseña el Derecho Romano en nuestro país, lo presenta como un todo "cristalizado", cuyas normas deben ser memorizadas por los alumnos de las escuelas de Derecho. Se dice que así se les va preparando para los cursos de Derecho Civil. En rigor, se les va preparando para memorizar los contenidos de algunas de las normas del Derecho Civil.

[23] El método de análisis de casos fue introducido por Christopher Columbus Langdell, profesor de Derecho en la Escuela de Leyes de Harvard, quien a partir de 1870, publica un repertorio de sentencias de los tribunales de apelación referidas a contratos. Langdell estaba seguro de que el derecho se sustentaba en unos pocos principios a los cuales se podía acceder fácilmente a través de las decisiones de las Cortes. Farnsworth, Allan, *op. cit.,* pp. 34-36.

Lo que sucede con la enseñanza del Derecho Romano ocurre también con las llamadas "asignaturas de código". En estos casos, y bajo la influencia de una mentalidad positivista formalista, superada, como antes hemos explicado, en la teoría del derecho, se presentan sus normas como "cristalizadas" —o fosilizadas, sería más propio decir—. En parte, este sistema viene instaurado desde la segunda mitad del siglo XIX, cuando a través de sucesivas reformas se incorporaron a la enseñanza del Derecho los códigos dictados durante la época.[24] Fue en virtud de estas reformas que se transformó a la exégesis en el principal método de enseñanza del Derecho. Durante el periodo que va entre los años 1853 y 1902, la enseñanza del derecho sufre importante transformaciones. La promulgación del Código Civil en 1856 trae aparejadas consecuencias que, hasta ahora, se mantienen incólumes: por una parte, el derecho que se comienza a enseñar es el Derecho Civil que desplazó a la cátedra de Derecho Español. Por otra, se incorpora el mismo Código Civil como texto principal de estudio que escasos manuales de la época se encargaban de repetir. El método de enseñanza, por supuesto, continuó centrándose en las "clases magistrales del profesor, en las cuales se limitaba a comentar o explicar los artículos respectivos, siguiendo en muchos casos el mismo orden del Código".[25]

Este método se basa en el paradigma dogmático. En virtud de este paradigma, surge la idea de que el único objeto de estudio en el Derecho son las normas jurídicas y el razonamiento conforme al cual los conflictos que se susciten en una sociedad deben resolverse solo de conformidad a las normas jurídicas que están vigentes en ese momento, puesto que, de lo contrario, la resolución sería arbitraria. A partir de este supuesto, se proyecta, en el ámbito de la enseñanza del Derecho, la tendencia a estudiar el Derecho de una manera únicamente descriptiva y reduccionista,

[24] Como se sabe, uno de los movimientos más influyentes en el Derecho lo ha constituido la codificación. Inspirada en una visión racionalista, mediante la codificación se pretende recopilar y sistematizar las leyes, principios y reglas vigentes, con la declarada aspiración de distinguir de la manera más precisa lo que constituye derecho positivo de lo que no constituye tal derecho.

[25] Barrientos G., Javier, "La enseñanza del derecho en Chile: del *Ius Commune* a la Codificación", trabajo presentado a las II Jornadas *Ius Commune-Ius Proprium* en las Indias, 2000, p. 14.

al considerarse solo a las normas como parte integrante del mismo. Esto reducirá significativamente la posibilidad de estudiar de manera dinámica y crítica los contenidos del sistema jurídico.[26]

Esto se halla estrechamente relacionado con el papel de oráculos de jueces y abogados al que más arriba hacíamos mención: lo central en la enseñanza tradicional consiste en que los alumnos se impregnen de los contenidos de las normas de los códigos y, de ser posible, que las reciten. Más tarde, el asunto consistirá en recitar las normas con convicción y poder persuasivo para ganar o decidir los casos —según se sea abogado litigante o juez—.

Curiosamente —o no tanto, si se mira el asunto desde más cerca— los abogados de formación iusnaturalista no difieren mucho de los de formación positivista formalista en su mentalidad y actitud frente a las normas de los códigos y a la manera de abordarlas en los procesos de enseñanza-aprendizaje. Precisamente por la falta de desarrollo de una capacidad argumentativa genuina, los abogados de formación iusnaturalista suelen invocar ciertos parámetros de lo que consideran el derecho natural de manera genérica y sin explorar a cabalidad las diversas vías de aproximación e interpretación de las normas, ni tampoco el papel que pueden desempeñar no ya los principios del derecho natural, sino los principios constitucionales y, en general, los principios del sistema jurídico, en la resolución de casos. Por lo mismo, la invocación del derecho natural suele tener en la actualidad alcances más retóricos que reales.[27]

El considerar el estudio de casos como un elemento relevante en la formación de los futuros abogados y jueces rompe con la lógica de los oráculos. Ello lleva al alumno a aproximarse a las

---

[26] Véase Maza Gazmuri, Íñigo de la, "Los abogados en Chile: desde el Estado al mercado", en *Informe de Investigación*, año 4, núm. 10, ene, 2000, Santiago, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales, p. 10.

[27] Me ha sucedido en más de una ocasión que, compartiendo un panel en un seminario con un profesor o abogado iusnaturalista de formación clásica, este parece mostrarse impotente frente a determinadas normas positivas que considera contrarias a su concepción del derecho natural, sin explorar suficientemente las posibilidades de interpretar esas normas positivas de una manera distinta a la predominante.

normas y principios del sistema jurídico de una manera problemática y a evitar, o por lo menos a reducir, una visión que asuma las normas como "cristalizadas" o poseedoras de un sentido unívoco y definitivo.

Otra consecuencia importante del trabajo con casos en la formación jurídica es que ello vuelve explícito que la tarea no radica solo en determinar cuál es el sentido de determinadas normas, sino —un problema conectado al recién señalado, pero no similar— qué normas se han de utilizar en cada caso. Y en este punto, permítaseme extraer un ejemplo tomado de la práctica del *common law* y de la enseñanza jurídica en los países que se rigen por ese sistema.

Al contrario de lo que usualmente se cree, el sistema de precedentes judiciales del *common law* no implica una rigidez adicional a la que poseen los sistemas del derecho continental. Quienes suponen tal rigidez asumen que los casos pueden clasificarse fácilmente en determinados grupos o categorías, por lo cual, bajo el sistema de precedentes, los jueces presuntamente quedarían significativamente "amarrados" por las decisiones judiciales anteriores. Pero esto no es así. Un elemento básico e inicial en la educación jurídica en los países en que rige el sistema del *common law* consiste en desarrollar en los alumnos la capacidad de establecer analogías y diferencias entre casos, mostrándoles la complejidad de esa tarea y los numerosos y diversos rumbos que pueden tomar la argumentación y la decisión de un caso. De esta manera, uno de los núcleos de su tarea radica en la determinación de cuáles precedentes judiciales son aplicables al caso actual y cuáles no lo son. También se les enseña a los estudiantes a, por así ponerlo, "diseccionar" las sentencias judiciales, a fin de poder distinguir los diferentes aspectos que ellas contienen. Esto puede conducir a que, en determinados casos, solo algunos de los elementos contenidos en una decisión judicial previa sean aplicables al nuevo caso.

De esta manera, la regla del precedente no tiene en el sistema del *common law* el carácter de inamovilidad o de "amarre" que a menudo se le atribuye por los abogados que se desempeñan en países regidos por el sistema del derecho continental. En relación con el aspecto al que nos referimos, la fortaleza de dicho sistema

es otra y radica en que, al colocar el análisis de casos previos en un lugar central de la decisión judicial, hace necesario que el juez argumente de manera fundada, estableciendo comparaciones entre casos y requiriéndole ser explícito acerca de las razones que lo llevan a establecer analogías o distinciones entre ellos. Lo propio sucede respecto al recurso o la prescindencia de determinadas normas y principios jurídicos.

Más aún: en ciertas circunstancias es plausible, incluso, que el juez modifique el criterio imperante; circunstancias en las que la necesidad de fundamentación resultará especialmente apremiante. En ese mismo sentido, si el juez no decide cambiar el sentido en que se ha venido aplicando un determinado precepto para casos análogos, la regla del precedente —lejos de funcionar como "amarra"— lo que hace no es otra cosa que entregarle al juez ciertas pautas dentro de las cuales deberán diseñar su decisión, toda vez que el precedente establece una regla de plausibilidad para esas decisiones. El precedente se encarga, por así decirlo, de establecer cuál es el mínimo racional que las sentencias deben cumplir en un Estado de derecho.

El trabajo con casos como método de enseñanza, como es lógico, tiene un impacto relevante en la formación de los futuros jueces, que llegarán al estrado judicial con experiencia en la tarea de lidiar con precedentes, de seleccionarlos y de desecharlos, a fin de ponerlos en mejor posición para emprender la tarea de fundamentar adecuadamente sus sentencias y entregar, a través de estas, la información que las personas requieren para saber cómo resuelven sus tribunales, de una parte, y qué eliminará —o al menos reducirá— la percepción de que las decisiones judiciales son caprichosas o arbitrarias, de otra. Si el proceso de enseñanza del Derecho no es capaz de entregar a los futuros abogados y jueces las herramientas que les permitan "situarse frente al derecho" y, por el contrario, gira de modo casi exclusivo en torno a la repetición de normas sin dotarlas de real contenido —práctico—, no se aprecia cómo los jueces serán capaces de fundar —suficiente y razonablemente— las sentencias que dicten.

En las escuelas de Derecho del sistema del *common law* suele incentivarse el desarrollo de las capacidades investigativas. En efecto, parte importante del trabajo que los estudiantes deben

desarrollar se efectúa en las bibliotecas de las escuelas. En ellas es donde deben analizar los casos y acceder a los textos especializados que los ilustren acerca de la forma de razonamiento empleado en un caso determinado o en la resolución de una contienda. De la mano con este trabajo efectuado en las bibliotecas, durante la carrera de Derecho se imparten una serie de cursos que se encargan de desarrollar las metodologías de investigación, formando así abogados críticos al sistema de normas en que se desenvolverán. En Yale, por ejemplo, la enseñanza del derecho no se limita a entregar al alumno estudios normativos, sino también se le hace desarrollar "...una perspectiva amplia y crítica del derecho, aquella perspectiva que a menudo se asocia a los académicos".[28]

En el caso chileno, la mayoría de las universidades —como se ha venido apuntando— llevan adelante la enseñanza con base en clases magistrales donde los cursos de metodología investigativa son escasos. De todas formas, muchas de las escuelas de Derecho exigen el desarrollo de una memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Se trata, en teoría, de un trabajo de investigación, al cual el alumno se aproxima sin una metodología de trabajo, puesto que la universidad no se la ha entregado.

Ahora bien, la metodología de enseñanza sobre la base de casos se encuentra vinculada también al problema de la determinación de las normas constitucionales, legales o de otro orden aplicables al caso. Cuando a los alumnos que estudian en países bajo el sistema del *common law* se les pone frente a casos, no solo se les pide establecer los precedentes judiciales pertinentes, sino también las demás normas aplicables.

---

[28] Contrario a lo que podría pensarse, en esa escuela de Derecho la mayoría de los abogados que egresan se dedican al ejercicio práctico de la abogacía. En Fiss, Owen, "El derecho según Yale", en Böhmer, Martín, *op. cit.*, pp. 26-28. Farnsworth, Allan, *op. cit.*, p. 37. De todas formas es preciso recalcar que las universidades de Estados Unidos y Reino Unido poseen una cantidad de recursos bibliográficos considerablemente superiores que los centros académicos latinoamericanos. Así, las universidades de los dos países mencionados poseen bibliotecas con un número de textos que varía entre los 700 000 y 1 700 000. Solo a modo de ejemplo, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales cuenta con cerca de 20 000 textos y la Universidad de Chile con cerca de 70 000.

Esta última es, como salta a la vista, la tarea que tienen diariamente los abogados y los jueces no solo en los sistemas jurídicos del *common law,* sino también en los que operan en Estados que se rigen por la tradición del derecho continental. Que esta sea parte —y parte relevante— de la tarea nadie lo discute. Y, sin embargo, las formas que adopta la enseñanza del Derecho en países como Chile coloca en un lugar muy secundario el desarrollo de esta destreza.

Relacionando los dos aspectos recién analizados, por más acuerdo que pueda existir en la comunidad jurídica acerca del sentido de una determinada norma, el trabajo con casos exige un ejercicio en el límite respecto de los alcances de esa norma, lo cual hace ver a los futuros abogados y jueces la complejidad que a menudo poseen los problemas jurídicos. Que la Constitución de Estados Unidos haya podido sobrevivir más de 200 años tiene que ver, desde luego, con un factor de estabilidad política —aun cuando, de hecho, en ciertos periodos haya estado ausente—, pero también con la existencia de jueces y abogados que están formados en las escuelas de Derecho para pensar y repensar continuamente el significado y el alcance —en el sentido de rango de aplicación— de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales previas. Esto dota al sistema jurídico de una mayor capacidad de adaptación a nuevos contextos y circunstancias.[29]

Que en un contexto como el chileno la capacidad argumentativa de abogados y jueces sea insuficiente no es de extrañar. Si lo que los estudiantes de Derecho reciben son verdades rotundas pronunciadas por un oráculo —su profesor—, lo que harán una vez que se conviertan en abogados o jueces será intentar transformarse ellos mismos en oráculos. Si las intervenciones de los alumnos en las clases son asumidas como un entorpecimiento de las mismas o, a lo sumo, como un complemento de escasa relevancia, es obvio el efecto que se produce. Esto rigidiza en los futuros abogados y jueces la aproximación a las normas y principios del sistema jurídico. Y entonces, así como muchos abogados se concentrarán en dar golpes de efecto en sus alegatos, los

[29] Revísese Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence,* Harvard University Press, 1990, pp. 247-261.

jueces en sus fallos resolverán también mediante "golpes", no de efecto quizás, pero sí a la manera de saltos bruscos en la argumentación, sin quedar suficientemente esclarecido cómo pasan de la descripción de los hechos del caso a la solución del mismo.

A este respecto, los países europeos de la tradición continental, sin abandonar esta última han experimentado una significativa evolución. En este sentido, la exigencia de fundamentación en las sentencias ha pasado a ocupar un lugar significativo.[30]

Las exigencias para ir incorporando la argumentación y fundamentación de las sentencias con base en derechos fundamentales y principios busca, entre otras cosas, que los jueces se hagan responsables por sus anteriores decisiones. Al no existir la obligatoriedad del precedente, los jueces pueden deambular por diferentes tipos de soluciones e interpretaciones, aun cuando se trate de casos análogos. Ese ir y venir por diferentes soluciones otorga un bajo grado de seguridad jurídica; en este tipo de tradición legal lo que en verdad es discrecional no es la argumentación con base en derechos fundamentales y principios, sino, lo es la supuesta "irrestricta sujeción a la ley"[31] que alegan los jueces y que les permite cambiar el fundamento de sus decisiones sin dar cuenta de los argumentos que los llevaron a decidir de una u otra forma en un caso anterior. Se contentan solo con citar alguna ley.

Además, no puede pasarse por alto que el estudio de casos no se encuentra desvinculado del estudio teórico. En este senti-

[30] Por ejemplo, en el caso de España, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 68/1983, ha señalado, interpretando el art. 24.1 de la Constitución, que "el contenido normal del derecho fundamental [a la tutela judicial] es el de obtener una resolución de fondo fundada en derecho". Cit. por Barrientos G., Javier, "El derecho a la información y las personas sordas", en González, Felipe (ed.), *Litigio y políticas públicas en derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie de Publicaciones Especiales, núm. 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, p. 275. Además, la misma Constitución española incorpora la obligación de los jueces de motivar sus sentencias, véase art. 120.3 de la CE. Consúltese Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial,* Madrid, CEC, 1989, p. 57.

[31] *Ibidem,* p. 95.

do, algunos profesores suelen creer que cada vez que se alude al término "principio del derecho", nos estaríamos alejando de la realidad para pasar a divagar en espectros que, de no contar con apoyo práctico, poco o nada nos pueden entregar. El estudio del Derecho no se mueve entre una dicotomía práctica-teoría, sino que ambos son aspectos complementarios. Lo que sí es relevante es que, a esa práctica, el alumno llegue provisto de una visión crítica que lo convierta en un profesional capaz de deliberar cuán importante es, por una parte, dotar a la norma jurídica —aquella que han repetido hasta el cansancio— de contenido y, por otra, interpretarla conforme a las directrices que informan el ordenamiento jurídico a la que ella pertenece.

En esta línea, Dworkin sostiene que los jueces, ante casos complejos, suelen resolver aplicando pautas que no funcionan como normas jurídicas y que son los principios. Si los principios son, como expone Dworkin, "...imperativos de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión moral",[32] las normas jurídicas, en esos casos complejos, deben ser ilustradas conforme a ellos. En otros casos, las mismas normas jurídicas son las que reclaman su guía, cuando utilizan vocablos como "razonable", "injusto" e "importante", entre otros.[33]

En el caso chileno, suele aludirse a los principios en la gran mayoría de los cursos de la carrera de Derecho. Sin embargo, ellos generalmente son tratados de manera superficial, como si su papel al interior del sistema jurídico fuera, en rigor, superfluo. Además, ellos suelen ser ilustrados conforme a normas positivas, como si estas fueran necesariamente la fuente de los principios. A partir de este contexto, no resulta extraño que los abogados, a la hora de exponer sus fundamentos ante los tribunales, aludan a los principios de manera poco significativa, como si no se les pudiera concebir como factores centrales de determinadas decisiones judiciales a ser tomadas. Esto, a su turno, incidirá en la manera en que los jueces se hagan cargo de los principios en sus sentencias, es decir, en su forma de argumentar en torno a ellos y en el lugar que ocupan en lo decisorio del fallo judicial.

---

[32] Dworkin, Ronald, "¿Es el derecho un sistema de normas?", en Dworkin, Ronald (comp.), *Filosofía del derecho,* México, FCE, 1980, p. 86.

[33] *Ibidem,* pp. 85-96.

Otro aspecto se refiere a la presencia histórica del derecho privado como paradigma de la enseñanza del Derecho. Es cierto que una parte significativa de los asuntos con que les toca enfrentarse a los jueces y abogados son de este orden, pero ello, ni con mucho justifica el lugar notoriamente menor que otras disciplinas jurídicas reciben en las escuelas de Derecho. Entre otras diversas consecuencias perjudiciales, este ha sido el factor para que históricamente en Chile las garantías constitucionales no hayan sido asumidas en un sentido jurídico fuerte por la jurisprudencia, al percibirlas más como declaraciones de buenas intenciones que como auténticas normas, al carecer de la especificidad y la sistematicidad de las normas del Código Civil.

Pero el problema no se reduce a lo recién expuesto: el mismo radica también en que la lógica del derecho privado se difunde a la comprensión del resto del sistema jurídico. En este sentido, por ejemplo, las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil suelen ser presentadas y entendidas por gran parte de la comunidad jurídica como la forma por excelencia de entender las normas e instituciones del sistema jurídico en general. Miradas desde la perspectiva de la teoría del derecho posterior al dictado del Código Civil chileno, esas reglas de interpretación presentan una serie de problemas lógicos. Sin embargo, ellas continúan siendo transmitidas a los futuros jueces y abogados como la forma por excelencia de aproximación hermenéutica.

Uno de esos problemas lógicos se refiere al papel supletorio que desempeñan los principios jurídicos en el sistema de interpretación del código referido. Ese papel supletorio tiene que ver con el contexto histórico en el que surge el proceso de codificación, esto es, una fase germinal del positivismo jurídico, uno de cuyos énfasis se ponía en el carácter autocomprensivo de la legislación positiva, a fin de alejar los fantasmas —y principios— del viejo derecho natural del Antiguo Régimen.

El desarrollo posterior en la teoría del derecho muestra, en cambio, que desde un punto de vista lógico, los principios juegan un papel relevante en los diversos sistemas jurídicos, con independencia de que se trate o no de sistemas codificados.

El hecho de que en la enseñanza jurídica tradicional no se repare en esto y se continúe apegado a la visión decimonónica

tiene un efecto especialmente distorsionador en materia constitucional, puesto que al extrapolar en la práctica jueces y abogados las normas de interpretación del Código Civil a este ámbito, se dificulta el desarrollo de una interpretación constitucional que se rija por criterios propios.

A todo lo anterior cabe añadir que las modalidades de enseñanza del Derecho Privado —centradas, como el resto de la enseñanza jurídica tradicional en la repetición memorística— conspiran contra una adecuada comprensión acerca del Derecho Privado, por parte de los futuros jueces y abogados.

3.1. Algunas experiencias de reforma de la enseñanza jurídica

El intento de mayor envergadura por emprender una reforma de la enseñanza del Derecho en Chile en la segunda mitad del siglo xx se produjo a fines de la década de los sesenta y comienzos de los setenta. Este proceso fue emprendido también en otros países de América Latina. Hacia fines de 1968, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en Valparaíso, se incorporaron otras ramas de las ciencias sociales a la enseñanza del Derecho. En una misma facultad se pensó en incorporar diferentes departamentos de investigación vinculados al Derecho, la Economía, la Sociología y otras.[34] La idea era, entonces, que los cursos específicos referidos a dichas disciplinas fueran impartidos por personas que manejaban esos temas y no por abogados que no tenían competencia sobre ellos.

Estas reformas iban encaminadas también a modificar el método de enseñanza del Derecho.[35] Conscientes de que la repetición de normas generaba una aproximación incompleta de los estudiantes de Derecho a la sociedad, se buscaba instaurar un sistema de clases que incentivara al alumno a asistir y que lo for-

[34] Cúneo Macchiavello, Andrés y Figueroa Yáñez, Gonzalo, "Las reformas operadas en la enseñanza del derecho en Chile", en *Conferencia sobre la enseñanza del derecho y el desarrollo,* Santiago, Editorial Andrés Bello, 1973, p. 70.

[35] *Ibidem,* p. 75.

mara para deliberar no solamente en torno a la norma, sino asimismo acerca de otros aspectos y a reducir las clases magistrales. El sistema que fundamentalmente se pretendía incorporar era el análisis de casos. Para ello, era necesario que los profesores entregaran materiales de trabajo a los alumnos con la debida antelación, de tal suerte que pudieran llegar a la clase con los textos ya analizados. En ella se analizarían los aspectos problemáticos del caso planteado, ya que de lo contrario, es decir, de circunscribirse a la repetición de los antecedentes ya entregados, se mantendría una de las características de la enseñanza que precisamente se aspiraba a reformar.[36]

Sin embargo, esta iniciativa encontró una serie de obstáculos, no muy distintos a los que se encuentran hoy día. Por lo pronto, el plantel universitario no varió estructuralmente su metodología de enseñanza, de manera tal que, incluso con la incorporación de nuevas materias curriculares, la clase magistral seguía predominando en las aulas. Si bien se incorporaron algunos cursos prácticos, estos fueron desplazados a las horas de la tarde, manteniendo una posición secundaria. Sumado a lo anterior, los profesores de Derecho continuaron desempeñándose como tales a tiempo parcial. Se trataba, entonces, de abogados y jueces que, en horas adicionales a su ejercicio profesional, se dedicaban a la enseñanza de lo que ellos ya habían aprendido, con lo cual difícilmente podía abrirse paso una transformación genuina. Esta escasez de tiempo era un verdadero obstáculo al trabajo que pretendía generarse entre los diferentes departamentos y dificultaba la visión integradora que pretendía implantarse.[37]

Cuestión similar ocurrió en la reforma que se comenzó a implementar desde 1966 en la sede de Santiago de la Universidad de Chile, donde el énfasis se colocó en las nuevas ramas de las ciencias sociales que se incorporaron a la Facultad a modo de departamentos.[38] Las clases seguían siendo predominantemente

[36] Véase Trazegnies, Fernando de; Avendaño, Jorge y Zolezzi, Lorenzo, "La reforma de la enseñanza del derecho en la Universidad Católica del Perú", en *Conferencia sobre la enseñanza del derecho y el desarrollo, ...cit.,* p. 97.

[37] En Cúneo Macchiavello, Andrés y Figueroa Yañez, Gonzalo, *op. cit.,* p. 72.

[38] Departamentos de Ciencias Jurídicas, de Ciencias Políticas y Administrativas y de Ciencias Sociales.

magistrales aunque, esta vez, se intentaba poner énfasis en la relación que tendría con las demás ciencias sociales. Poco después del golpe militar, la Facultad volvería al antiguo plan de estudios, diseñado en 1928.[39]

A partir de la década de los noventa comienzan a desarrollarse algunos nuevos proyectos de reforma a la enseñanza del Derecho en Chile. Aquí nos detendremos en tres escuelas que, desde entonces, han venido incorporando cambios significativos a sus mallas curriculares: la Universidad Católica de Chile, la Universidad de Chile y la Universidad Diego Portales. Las reformas que se han ido introduciendo a lo menos poseen en común un elemento: ir flexibilizando el estudio del Derecho, a partir de la constatación de que en el estado actual del trabajo de los abogados el modelo tradicional con pretensiones enciclopédicas resulta anacrónico.

En este contexto, las nuevas mallas curriculares de estas tres escuelas incorporan sistemas mixtos de cursos obligatorios y optativos. La multiplicidad de materias que ahora poseen regulación legal, así como la diversificación de intereses y la especialización creciente provocada, en parte, por la progresiva entrada de los abogados al mercado, lleva a las escuelas a ir incorporando nuevas temáticas.[40]

En el caso de la Universidad Católica de Chile, la Escuela de Derecho incorpora un sistema de cursos obligatorios y electivos. Estos últimos, a su vez, comprenden la posibilidad de ir tomando cursos electivos de la carrera o de otras especialidades. Para egresar de la carrera se requiere haber aprobado 500 créditos. De ellos, 380 corresponden a cursos obligatorios. Cada uno de estos cursos obligatorios equivale a 10 créditos, por lo que el número de créditos que se obtiene a través de los cursos obligatorios es

---

39 En Barrientos G., Javier, "La enseñanza del derecho en Chile: del *Ius Commune* a la Codificación", trabajo presentado a las II Jornadas *Ius Commune-Ius Proprium* en las Indias, pp. 21-25.

40 Maza, Íñigo de la, *op. cit.,* pp. 19 y ss. El autor destaca que durante los años 1950 y 2000, se habrían verificado una serie de fenómenos que han afectado a la profesión legal: *a)* un aumento de la oferta de servicios legales; *b)* una complejización de la demanda de esos servicios, y *c)* una especialización y estratificación de la misma.

de 380. El resto de los créditos, esto es, 120, se obtienen por medio de cursos electivos que también equivalen a 10 créditos cada uno. De este modo, son 12 los cursos electivos que deben ser aprobados para egresar de la carrera. Cinco de ellos son electivos de la carrera propiamente tal, seis de otras disciplinas y uno de teología. Fuera de tratarse de una malla que divide sus cursos en semestres, ella sigue fuertemente orientada a la entrega de información tradicional del Derecho, con fuerte énfasis en las asignaturas de Derecho Privado, Público y Económico.

En el caso de la Universidad de Chile, el número de cursos obligatorios es de 41, cuyo valor es de 6 créditos cada uno, arrojando un total de 246 créditos por este rubro. A lo largo de la carrera, el estudiante debe obtener 114 créditos por concepto de cursos electivos. Sin embargo, en el caso de este centro de estudios, existe una forma de oferta mucho más variada de cursos de profundización o electivos, aunque el número de alumnos es también significativamente mayor. El plan de estudios se encuentra dividido en semestres, estableciéndose un sistema en el cual el alumno es quien deberá elegir qué cursos tomar y cuándo tomarlos, teniendo en cuenta, no obstante, que algunos de ellos son obligatorios y que solo pueden tomarse a partir de un semestre determinado y que otros requieren haber cursado antes ciertas materias.

Finalmente, la Universidad Diego Portales también ha reformado su malla curricular.[41] Esta posee la misma lógica que las anteriormente descritas: un sistema que combina cursos obligatorios con cursos electivos y profundizados. Los cursos obligatorios son 42 —cada uno de ellos entrega entre 8 y 10 créditos— y vienen determinados por la malla curricular. Respecto a los cursos electivos, estos se determinan de la siguiente forma: los alumnos deben cumplir con un total de 122 créditos de cursos de este tipo. De ellos, al menos 16 créditos deben cubrirse con cursos electivos sobre Derecho Privado, otros 16 con electivos

[41] Los alumnos ingresados en el año 2000 comenzaron con este nuevo sistema. Cabe tener presente que esta reforma, es fruto de un trabajo sostenido en el curso de los últimos años, en que profesores y estudiantes —a través de diversas comisiones— fueron detectando fortalezas y debilidades de la institución y de los planes de estudio.

sobre Derecho Público y 30 en electivos de destrezas y habilidades.[42] Además de estos cursos, los alumnos deben tomar 4 cursos de formación integral, que se imparten en las diferentes facultades y a los cuales postulan alumnos de todas las carreras.

A partir de la información antes referida, podría pensarse que no existen grandes diferencias entre estas tres escuelas: todas ellas contemplan mallas nuevas de estudio, todas incluyen el acceso a cursos electivos que dependen de la elección del alumno y todas ofrecen la posibilidad de acceder a cursos interdisciplinarios.[43]

Sin embargo, si se observa el asunto con más detalle, se advertirá que en el caso de la malla curricular de la Universidad Diego Portales, una parte importante de los cursos electivos están destinados a cubrir el área de destrezas y habilidades, esto es, a entregar al alumno una serie de capacidades que la sola repetición memorística de artículos no puede darles.[44] Este conjunto de habilidades, que anteriormente se adquirían solo de manera asistemática, pasan a ocupar ahora una parte de las actividades habituales de los alumnos.

A lo anterior es preciso agregar que en la Universidad Diego Portales la enseñanza del Derecho comienza a desarrollarse de manera creciente a través de "clases activas", que suponen la entrega de materiales a los alumnos con anterioridad a las mismas, con el objeto de que estos discutan su contenido durante las clases. Se trata, desde luego, de un proceso no exento de "ruidos" y

---

42 Los cursos electivos sobre destrezas y habilidades entregan entre 8 y 10 créditos mientras que los electivos de Derecho Privado y Público, entre 6 y 8 créditos. De conformidad con los espacios entregados por la malla, los electivos alcanzan a 18 cursos.

43 Fuentes *www.interlex.cl/derecho/, www.uchile.cl/web2003/, www.derecho.udp.cl/malla.htm* referidas, respectivamente, a la Universidad Católica de Chile, la Universidad de Chile y la Universidad Diego Portales.

44 Dentro de este tipo de electivos encontramos los cursos de Litigación Procesal Penal, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, Negociación Legal. Por otra parte, además de las clínicas tradicionales, civiles, penales y laborales, se han incorporado las Clínicas de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos —sobre la que ya volveremos— y la Clínica de Mediación.

dificultades, dado que en ciertas disciplinas jurídicas son escasos los docentes preparados para implementar esta metodología.

Hemos visto brevemente cómo se han ido perfilando las modificaciones en tres escuelas de derecho; sin embargo, el movimiento de reforma de la enseñanza del Derecho se ha desarrollado con mayor amplitud, al punto tal que ahora existen criterios de evaluación para las carreras de Derecho cuyo objetivo es ir verificando si las diferentes escuelas de Derecho cumplen con los requisitos que allí se establecen.[45] Sobre la base de una mayor flexibilidad de las mallas curriculares y teniendo en cuenta la necesidad de incorporar destrezas y habilidades a la enseñanza de pregrado, estos criterios establecen como obligatorio un sistema mixto de cursos, esto es, como hemos dicho, un conjunto de cursos obligatorios y otros electivos que permitan a los alumnos ir satisfaciendo sus particulares intereses. Como ha sido la constante, los cursos de Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Procesal y Derecho Penal siguen siendo el sustento académico de la carrera. Integridad institucional, estructura orgánica, administrativa, financiera y personal de las escuelas son aspectos técnicos que estos criterios establecen. Cuestiones académicas también son ordenadas por este Comité; por ejemplo, las escuelas deben entregar la posibilidad de formación teórica y práctica y contemplar sistemas de evaluación coherentes con el tipo de enseñanza que se entrega; las mismas escuelas deben someterse a procesos de evaluación sobre la forma en que llevan adelante sus métodos de enseñanza y aprendizaje y así actualizar y perfeccionar los planes.

Otro aspecto relevante se refiere a las modalidades de evaluación de los alumnos. Las modalidades que se adopten en esta materia son la contracara del método de enseñanza. En efecto, si solo se modifica la forma que asumen las clases pero no cambian

[45] Aprobados por el Comité Técnico de Derecho, reunión de 15 de enero de 2003. Este Comité está integrado por profesores representantes de todas las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores —conocidas como "universidades públicas"— y tres representantes de universidades no pertenecientes a ese Consejo —conocidas como "universidades privadas"—: la Universidad Diego Portales, la Universidad de los Andes y la Universidad Adolfo Ibáñez.

los tipos de evaluación, el destino de las primeras transformaciones será necesariamente el fracaso. En este sentido han apuntado también las reformas, al ir desplazando paulatinamente al examen oral en que se controla fundamentalmente la retención memorística como paradigma de la forma de evaluación, reemplazándolo por modalidades escritas de evaluación.

Lo anterior no significa, desde luego, pasar por alto que parte de la formación de los estudiantes de Derecho debe incluir el desarrollo de destrezas orales. Estas destrezas, sin embargo, son más complejas y presentan una diversidad de aspectos que exceden la mera repetición memorística. De ahí que, como regla general, resulte más adecuado que las modalidades orales de evaluación se concentren más bien en los cursos específicos de destrezas orales.

4. Los estudiantes y el ejercicio práctico del Derecho

En varios pasajes de este trabajo he apuntado a la necesidad de que los cursos centrados en el desarrollo de habilidades prácticas en los estudiantes de Derecho ocupen un lugar significativo en la malla curricular de la carrera. No me detendré de manera específica en las distintas modalidades de cursos, sino que me referiré a los cursos que suponen básicamente un ejercicio práctico del Derecho por parte del alumno, cuestión que resulta importante no solo para quienes se desempeñarán posteriormente como abogados sino también como jueces. Con esto estoy aludiendo fundamentalmente a la enseñanza clínica del Derecho y a otras formas que podrían adoptarse con respecto al ejercicio práctico durante la carrera.

Sin perjuicio de algunos antecedentes esporádicos bajo la forma de consultorios jurídicos, la enseñanza práctica fue incorporada de manera sistemática a la malla curricular de las escuelas de Derecho chilenas a través de la creación de clínicas jurídicas a fines de la década de los sesenta y comienzos de los setenta. Su establecimiento fue impulsado por el llamado Proyecto sobre Derecho y Desarrollo, que promoviera la Fundación Ford y al que sumó posteriormente la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos (AID). Bajo la inspiración general que

guiaba al Proyecto sobre Derecho y Desarrollo, en el sentido de reproducir en América Latina el modelo de enseñanza del Derecho y de ejercicio de la profesión jurídica de Estados Unidos, se establecieron estas clínicas, con la pretendida intención de seguir el modelo que se venía implementando al respecto en Estados Unidos desde la década de los treinta —cuya inspiración originalmente había derivado de la Escuela del Realismo Jurídico—. Se trataba de que durante sus estudios de Derecho, los estudiantes realizaran un trabajo práctico con casos reales bajo la supervisión de profesores, de que esto tuviera un impacto en el sentido de servir de elemento transformador de la enseñanza jurídica, y de fortalecer la inserción social de las escuelas de Derecho a través de la prestación de servicios legales gratuitos para personas de escasos recursos.

En los hechos, y a pesar de que estas clínicas, han sobrevivido hasta la actualidad, el primer y tercer objetivo solo se han alcanzado de manera muy parcial y limitada, y el segundo no se ha satisfecho en absoluto. Varios factores han sido relevantes para que los objetivos no se alcanzaran.

Primeramente, hubo un problema de diseño que no consideró la escasez de recursos de las escuelas de Derecho. Esto se manifestó en el hecho de que estas clínicas se establecieran con carácter de obligatorias para todos los alumnos, lo cual derivó en que en la mayoría de los casos la supervisión de los profesores fuera más aparente que real, limitándose a un control formal. Consecuencia de esta escasez de recursos resulta ser la falta de un cuerpo de docentes de jornada completa. En este entorno de restricciones, entonces, los profesores que aparecen como más atractivos desde el punto de vista económico son aquellos que trabajan por horas en las escuelas, por lo cual se reducen significativamente las posibilidades de entregar una tutoría y supervisión que se requiere en vistas a lograr éxitos en la enseñanza clínica del Derecho: obtener buenos resultados en las causas y entregar una enseñanza del Derecho íntegra.

Ello ha redundado en que el grueso de los casos que litigan las clínicas posee escasa complejidad jurídica —reduciéndose fundamentalmente a cuestiones de mero trámite— y en que el aprendizaje de los alumnos se haya desarrollado de manera asistemática

y que el mismo haya resultado claramente insuficiente. Lo que es más grave, de alguna manera esto significa imbuir a los futuros jueces y abogados desde jóvenes en algunas prácticas que constituyen vicios típicos del sistema jurídico chileno, en especial en la delegación de funciones.

En segundo término, la resistencia desde los sectores más tradicionales de las escuelas de Derecho, la cual se vio acentuada luego del golpe militar de 1973, supuso que la educación clínica nunca llegara a ejercer el rol transformador más general de la enseñanza del Derecho al que aspiraba en un comienzo. La Universidad Católica, en 1970, y la Universidad de Chile, en 1975, comenzaban programas de enseñanza clínica del Derecho. Sin embargo, los procesos de reforma más general de la enseñanza del Derecho en que tales iniciativas se habían iniciado se vieron abortados a poco andar debido a las transformaciones políticas, subsistiendo las clínicas en un ambiente que no resultaba propicio para el desarrollo de sus objetivos originales.[46]

En tercer lugar, por los mismos factores anotados en los dos párrafos anteriores, y a pesar de que las clínicas han prestado servicios gratuitos a personas de bajos ingresos, su rol como mecanismo de inserción social para las escuelas de Derecho ha sido sumamente débil. El perfil de casos que se llevaban adelante, sobre todo luego del golpe militar, no buscaba, por cierto, alcanzar un impacto público que pudiese siquiera llamar la atención acerca de las insuficiencias del papel desempeñado por el Estado en materia de protección de derechos o las violaciones que este cometía. Mucho menos sus intenciones serían las de influir en las políticas públicas del Estado en un contexto dictatorial. Aún es preciso sumar un nuevo factor: el poder judicial. Bajo el régimen militar, dicho poder del Estado recibía fuertes críticas acerca de su falta de imparcialidad a la hora de decidir requerimientos que se relacionaban con problemas de derechos humanos, lo que redundaba en limitaciones adicionales para el trabajo clínico.

[46] Para una revisión reciente de los inicios del trabajo de clínicas jurídicas en Chile, consúltese Wilson, Richard, "Three Law Schools Clinics in Chile, 1970-2000: innovation, resistance and conformity in the Global South", en *Clinical Law Review,* vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 537 y ss.

Con el advenimiento de la transición a la democracia, algunas universidades tradicionales, como la Universidad de Chile y la Universidad Católica de Chile, han ido introduciendo modificaciones en sus programas clínicos, en términos de diversificarlos y, especialmente en el caso de la Universidad de Chile, ir más allá de la sola asistencia jurídica, focalizando algunas de sus clínicas en problemas sociales, como la violencia doméstica. No obstante, estas iniciativas en general no han ido acompañadas en las clínicas de las universidades tradicionales de intentos por adoptar políticas comunicacionales que acompañen la tramitación de los casos de manera de elevar su perfil y posicionar su discusión en el debate público.

Además, por el hecho de ser escasa la supervisión por parte de los profesores-abogados, cabe realmente preguntarse por la calidad de la atención jurídica que se presta. Al fin y al cabo, se trata de una situación compleja, en la que los alumnos, al tiempo que aprenden la práctica del Derecho, llevan sobre sus hombros intereses legítimos de personas reales. Además de las razones entregadas, influye en la baja calidad de la prestación del servicio la excesiva duración de muchos procedimientos, lo que provoca una rotación de alumnos que, cada vez que se produce, genera en el cliente la sensación de partir de nuevo.

La enseñanza práctica del derecho supone que los alumnos lleven adelante un despliegue práctico de aquellos conocimientos y destrezas que han adquirido a lo largo de sus años de estudio. Podemos decir que existen, al menos, dos sistemas que permiten llevar adelante esta tarea: de una parte, el trabajo con casos simulados y, de otra, el que venimos analizando acá, la enseñanza clínica del Derecho. Esta última supone que ese despliegue de conocimientos se desarrolle con base en situaciones reales, es decir, que se trate de conflictos que personas de carne y hueso aspiran a resolver. Como se ha señalado, las clínicas jurídicas —cualesquiera que sean— se han instaurado como una especie de sistema alternativo a la Corporación de Asistencia Judicial. Para acceder a la asesoría jurídica de esta corporación se requiere sortear una serie de "obstáculos burocráticos" que, dada su magnitud, generan retrasos importantes en la prestación de la asesoría que las personas reclaman.

El tipo de casos que llega a la clínicas universitarias, sin embargo, suele venir acompañado de todo el conjunto de trabas que acarrea el tramitarlos de la forma en que se llevan adelante los procesos judiciales en Chile. Como antes hemos dicho, la enseñanza clínica del Derecho se comenzó a desarrollar en Estados Unidos, país en donde los procedimientos se desarrollan con base en audiencias orales —de preparación, de pruebas, etc.— en las que los alumnos tienen verdaderas oportunidades de implementar las habilidades, destrezas y conocimientos que han previamente aprendido. Así, sus profesores les pedirán que preparen una audiencia determinada en la que luego tendrán la posibilidad de participar.[47] En el caso chileno, en cambio, los procedimientos son escritos, esto es, el procedimiento gira en torno a un expediente al que se van incorporando papeles en orden cronológico, expediente que más tarde los jueces estudian para resolver el caso. Esos escritos son presentados por los abogados —o sus procuradores— ante el tribunal.

Siendo esto así, la litigación que los alumnos pueden llevar adelante en los cursos clínicos de enseñanza del Derecho en Chile se reduce a dos tareas: *a)* deben elaborar textos conforme a las normas jurídicas con el objeto de intentar captar la atención del juez a favor de su posición, y *b)* sirven de porteadores de esos escritos que deben entregar en los tribunales. Con este tipo de procedimientos, entonces, la posibilidad de desarrollar alguna habilidad, distinta a la redacción de escritos, es escasa. Es más, la escasa complejidad de los casos que se tramitan por la mayoría de las clínicas nos indica que las intenciones de incidir en la forma en que los estudiantes enfrentan casos reales de conflicto ceden paso a "escritos tipo" que luego son completados.

[47] Como se ha dicho, estos nuevos desafíos a que se enfrentan los estudiantes son, en el genuino sentido de la expresión, llevar la teoría a la práctica. En Estados Unidos, los cursos que se encargan de entregar conocimientos a los alumnos van acompañados de otros encargados de entregarles habilidades y destrezas para el manejo de esas audiencias judiciales. Además, suelen incorporar cursos de negociación y metodología de la investigación.

Las escuelas de Derecho creadas por universidades privadas en los ochenta y muchas de las fundadas en los noventa han incorporado también la enseñanza clínica en su malla curricular. El problema es que han solido hacerlo con las mismas características de las universidades tradicionales. No obstante lo recién señalado, en los últimos años se han desarrollado algunas experiencias innovadoras, en que se han llevado adelante casos de interés público y en que se ha implementado una modalidad de trabajo en que los profesores colaboran estrechamente con los estudiantes. Tales son los casos, por ejemplo, de la Universidad Diego Portales y la Universidad Católica de Temuco, que forman parte de una Red Latinoamericana de clínicas con las mismas características. Además, estas nuevas clínicas han formado parte de un proceso de reforma más general de la enseñanza del Derecho en esas universidades. En el caso de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, cada uno de los casos es precedido de un análisis realizado en conjunto por profesores y alumnos, orientado a determinar si se está o no en presencia de un asunto de interés público y, de ser así, cuáles serán las estrategias a seguir. Estas discusiones continúan durante la tramitación de las causas y se prolongan hasta el Seminario Internacional, donde cada año se reúnen las diferentes universidades con clínicas de este tipo en Latinoamérica y en el cual, estudiantes de las clínicas exponen casos seleccionados.

Junto a lo anterior, es preciso dar cuenta de que no se trata tan solo de una clínica que funciona al alero de una universidad. Tras ella existe también un programa que se encarga de cubrir otras áreas de importancia, incluyendo actividades de investigación y difusión.[48]

Como se sabe, el tipo de casos que estas clínicas litigan —de interés público— tienen una finalidad específica fuera de las consideraciones estrictamente jurídicas, al procurar llamar la atención de las autoridades respecto a determinadas materias que, con el apoyo de una campaña comunicacional fuerte, logran si-

[48] Se trata del programa en el cual se inserta el libro *Clínicas de interés público y enseñanza del Derecho: Argentina, Chile, Colombia, México y Perú,* Santiago, Facultad de Derecho Diego Portales, 2003, en que se publica este trabajo.

tuarse en la agenda pública, lo que aumenta las posibilidades de que tales modificaciones se concreten.[49]

Hasta ahora hemos sostenido que el escaso desarrollo jurisprudencial en materia de derechos fundamentales y de principios jurídicos se debe, entre otras causas, a la falta de desafíos que los jueces encuentran en los casos que los abogados les presentan. En otras palabras, los abogados, educados en la forma tradicional, no presentarían a los jueces otro tipo de argumentaciones que aquellas que llevan a los jueces a fallar de la manera también tradicional, esto es, haciendo como si su función consistiera en una mera aplicación —casi mecánica— de la ley y sus aspectos regulados. Esos abogados han sido preparados para funcionar dentro de ese mismo sistema, preparación que en la gran mayoría de los casos ha estado a cargo de abogados que se dedican *part-time* a la docencia, o por jueces que hacen clases, es decir, por personas que ya se encuentran operando dentro de esa cultura jurídica. Argumentar en torno a principios y derechos fundamentales en las presentaciones, entonces, permitirá que ellos dejen de ser un conjunto de lineamientos cuya aplicación —o forma de aplicación— quede a la entera discreción del juez.

En este sentido, el trabajo clínico adecuadamente llevado a cabo puede constituirse en un medio idóneo tanto para favorecer transformaciones en la enseñanza del Derecho, como para contribuir al desarrollo de nuevas formas de argumentación de los futuros abogados y de los jueces. Si las argumentaciones de los alumnos dan ese paso más allá, entonces se sigue que esta forma de trabajo redunda necesariamente en una modificación en la forma en que se viene enseñando el Derecho y en la visión que los estudiantes se formen acerca de este.

Sin embargo, aunque ello sería posible de ser replicado en otros centros académicos que posean —o establezcan— una masa crítica de profesores de jornada que puedan trabajar de manera estrecha con los estudiantes en casos complejos y de impacto público, lo cierto es que debiera llevar a un replanteamiento de

[49] Véase González, Felipe, "Algunas preguntas recurrentes en materia de acciones de interés público", en González, Felipe (ed.), *Litigio y políticas públicas en derechos humanos, ...cit.*

la enseñanza clínica en Chile y de otras modalidades posibles de ejercicio práctico con casos reales por parte de los estudiantes.

Los factores de costo apuntados —funcionamiento de clínicas de estas características y existencia de una masa crítica de profesores de jornada— debieran conducir a analizar seriamente si el modelo de clínicas obligatorias para todos los estudiantes es o no sustentable. Si a lo que se aspira es a que las clínicas contribuyan significativamente a la formación de los alumnos, que jueguen un papel catalizador de transformaciones en la enseñanza del Derecho y que fortalezcan verdaderamente la inserción social de las escuelas de Derecho, me parece que el modelo tradicional —y predominante— de clínicas jurídicas en Chile tendría que ser replanteado. No estoy postulando aquí que todas las clínicas jurídicas deban centrarse en casos de impacto público, pero sí que asuman debidamente su tarea, lo que incluye proporcionar servicios legales de buena calidad a las personas sin recursos para contratar un abogado.

En este contexto, pareciera más adecuado concentrar los recursos y establecer clínicas fuertes, dotadas de los rasgos que permitan satisfacer los fines planteados, eliminando en aquellas escuelas de Derecho donde no existan las condiciones para ello, su carácter general y obligatorio.

Esto no significa, sin embargo, que no puedan concebirse otras formas de ejercicio práctico por parte de los estudiantes. Históricamente, ellos han trabajado durante sus estudios de Derecho como procuradores en oficinas de abogados. Como ya señaláramos en este apartado, ello ha solido significar para los estudiantes una formación práctica muy dispar y asistemática. No obstante, el modelo podría ser replanteado. En esta dirección, debieran explorarse fórmulas para establecer relaciones institucionales entre las escuelas de Derecho y las oficinas de abogados, de manera que, como alternativa a las clínicas, los estudiantes pudieran trabajar en las oficinas y obtener créditos por ello. Por cierto, esta modalidad requeriría el establecimiento de formas de supervisión y control adecuados, que aseguren que las tareas a ser emprendidas por los estudiantes no queden entregadas a la mera discrecionalidad de la respectiva oficina. Este intercambio debería, desde luego, incorporar al alumno a tareas intelectual-

mente relevantes, esto es, a no limitar su rol al de un mero portapapeles, lo que simplemente reproduciría el modelo de enseñanza criticado en este trabajo.

5. Conclusiones

La creación de la Academia Judicial a mediados de los noventa significó un paso importante tanto en la selección como en la formación de los futuros jueces en Chile. Esta iniciativa ha ido acompañada de otras medidas orientadas a replantear el papel que los jueces desempeñan.

Sin embargo, tales innovaciones quedan truncas y corren el riesgo de perder efectividad si no van acompañadas de transformaciones de envergadura en la enseñanza que se imparte en las escuelas de Derecho. Ello tiene que ver, por una parte, con el tipo de formación que reciben y la mentalidad que se inculca en los futuros jueces. Por otra parte, ello incide en la formación y mentalidad de los futuros abogados que aparecerán frente a esos jueces, influyendo también en estos.

De ahí la necesidad de asumir la tarea de replantearse las modalidades existentes de educación en las escuelas de Derecho, de modo de propender, entre otros objetivos, a modificar los patrones predominantes en la cultura judicial chilena.

En este trabajo solo se han revisado algunos de los caminos posibles, ya que se trata, por cierto, de una iniciativa que requiere de aportes desde las distintas disciplinas jurídicas.

Surgimiento y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990)*

1. Introducción

El presente trabajo pretende describir y analizar, sin ánimo de exhaustividad, los principales aspectos de los primeros 30 años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Si bien la Organización de los Estados Americanos (OEA) —en la cual se halla inserto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos— fue fundada en 1948, solo a partir de 1960 puede hablarse propiamente de la existencia de tal sistema especializado, por las razones que se explican más adelante.

Por otra parte, el año 1990 aparece como un momento de inflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, puesto que en esa fecha se produce una reformulación de una serie de características del Sistema, al transitarse de regímenes autoritarios a gobiernos civiles en prácticamente la totalidad de los países que forman parte de la OEA.

De este modo, el periodo cubierto por este trabajo es uno de fuerte prevalencia de regímenes autoritarios. Cómo surge y se desarrolla el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en tal contexto —lo cual pudiera parecer paradójico a primera vista— es el objetivo de este trabajo.

---

* Trabajo publicado originalmente en *Revista IIDH,* núm. 46, San José de Costa Rica, IIDH, 2007.

2. Antecedentes y surgimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los Estados del continente americano se hallaban agrupados desde fines del siglo xix, y más precisamente desde 1890, en la Unión Panamericana. En el ámbito de dicha organización, llevaron a cabo algunas iniciativas puntuales relacionadas con la protección de los derechos humanos, especialmente respecto del asilo político, institución de larga tradición en América Latina, pero sin que ellas alcanzaran un carácter sistemático ni mucho menos llegaran a la creación de algún órgano de protección de tales derechos. La situación al respecto, por lo demás, era análoga a la del resto del mundo; en efecto, en el marco de la Sociedad de las Naciones, creada al término de la Primera Guerra Mundial, tampoco se estableció un sistema de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, cabe subrayar que junto con la creación de la OEA, en octubre de 1948, los Estados que habían concurrido para su establecimiento adoptaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Como se aprecia, estos acontecimientos tuvieron lugar el mismo año de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU); en rigor, la Declaración Americana precedió en dos meses al instrumento de derechos humanos de la ONU.

Los caminos paralelos de la OEA y la ONU en materia de derechos humanos, sin embargo, terminaron ahí, puesto que mientras que en esta última se continuó avanzando en los años que siguieron[1] —aunque de manera lenta— en el establecimiento de un entramado institucional para la protección y promoción de tales derechos, en la OEA no hubo seguimiento alguno en los once años siguientes para establecer mecanismos institucionales de protección. Al momento de la adopción de la Declaración Americana, los Estados de la OEA habían aprobado también una resolución en la que se reconocía la necesidad de contar con un órgano judicial encargado de la protección de los derechos hu-

[1] Señalo que se continuó avanzando, ya que el trabajo de la ONU en la materia se había iniciado desde antes de 1948.

manos, encomendándosele al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto que echara las bases de una Corte Interamericana.

El Comité, sin embargo, consideró prematuro preparar dicho estatuto, aduciendo que ello debía estar precedido por la suscripción de un tratado general sobre derechos humanos por la OEA. Esto último solo se alcanzaría a fines de los sesenta. En los cincuenta se aprobaron, no obstante, dos pactos sobre derechos de la mujer: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer. Pero al carecerse de mecanismos de protección, ello resulta insuficiente para señalar que por esa época existía un "Sistema Interamericano de Derechos Humanos" en estricto rigor.

También en esos primeros años fue incorporada a la OEA la Comisión Interamericana de Mujeres. Sin embargo, no se trata de un órgano de protección de los derechos humanos, sino básicamente de una entidad dedicada al estudio de esa temática y que ha trabajado en la preparación de algunos instrumentos, como los indicados en el párrafo precedente.[2]

Recién en 1959, y como reacción a la Revolución cubana y a la información que circulaba de que la dictadura de Trujillo en República Dominicana había intentado asesinar al presidente de Venezuela, se crea en la OEA la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o CIDH). Ello ocurrió en una Reunión de Consulta de Cancilleres celebrada en Santiago de Chile, lo cual pone de manifiesto la contingencia de la creación de la Comisión. Este órgano entró en funciones en

[2] La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) es en la actualidad un organismo especializado de la OEA, aunque su existencia es previa a esta, ya que fue creada en 1928, como resultado de la Sexta Conferencia Internacional Americana. La Novena Conferencia Internacional Americana aprobó el Estatuto Orgánico de la Comisión, el cual dispuso que la Comisión tendría carácter de entidad permanente. La Quinta Asamblea Extraordinaria de la Comisión Interamericana de Mujeres aprobó un nuevo Estatuto Orgánico de la Comisión, confirmando su carácter de entidad permanente y ratificando que la Secretaría de la misma funciona adscrita a la Secretaría General de la OEA.

1960, una vez aprobado su estatuto. Conforme a este, adoptado por los órganos políticos de la OEA, la Comisión recibió una serie de atribuciones. Entre ellas se encontraban la preparación de estudios e informes que considerara necesarios para el desempeño de sus funciones; la promoción de los derechos humanos; la formulación de recomendaciones a los gobiernos en estas materias; la solicitud de información a los Estados acerca de las medidas adoptadas a nivel interno, y el servir como órgano de consulta de la OEA en materia de derechos humanos. Según el estatuto, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sería el parámetro conforme al cual la Comisión evaluaría la situación interna de los Estados.

Otro aspecto interesante es que el estatuto facultaba a la Comisión para trasladarse al territorio de cualquier Estado de la OEA, previa autorización del mismo. Esta atribución contribuiría muy pronto, en la práctica, a darle visibilidad y reconocimiento a la Comisión a nivel de la población de los Estados, aumentando el impacto de sus actividades.

El estatuto, en cambio, no se refería a la posibilidad de que la Comisión tramitara y decidiera denuncias sobre casos específicos de violaciones cometidas por los Estados. Sin embargo, desde su primer periodo de sesiones la Comisión puso énfasis en la importancia de llegar a poseer dicha función y de esa forma se lo hizo saber a los órganos políticos de la OEA. Así, ya en su primer periodo de sesiones, la Comisión le hizo saber a los organismos políticos de la OEA que sus facultades "no le permitirían realizar la misión que los pueblos de América pueden esperar de ella en defensa de los derechos humanos, pues ha considerado que su deber no debe limitarse a la simple promoción del respeto de esos derechos, sino que está obligada a cuidar de que ellos no sean violados".[3]

Durante los años siguientes, la Comisión plantearía reiteradamente esta propuesta, hasta obtener su aprobación, según expondré enseguida. Cabe hacer notar que desde su creación en 1960, la Comisión comenzó a recibir tales denuncias, sin que las declarara inadmisibles; estas, en cambio, le servirían de base para

[3] OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 marzo 1961.

la elaboración de informes sobre países, requiriendo en una serie de oportunidades información de los Estados respectivos acerca de lo señalado en ellas. Así, la Comisión dejó constancia en el acta de su primer periodo de sesiones que "acordó declarar que no estaba facultada para tomar ninguna decisión individual respecto a las comunicaciones o reclamaciones suscritas que reciba, pero que las conocería con el objeto de utilizarlas en la aplicación de los incisos *b)* y *c)* del [artículo 9 del] Estatuto", así resolvió "[e]ncargar a su Secretaría que transmita las comunicaciones o reclamaciones recibidas a los gobiernos de los Estados respectivamente interesados, cuando así lo hubiere acordado la Comisión durante los periodos de sesiones, o su presidente durante los recesos de ellas".[4]

Un elemento clave para que desde un comienzo la Comisión desempeñara un papel activo por la protección de los derechos humanos lo constituyó el hecho de que los comisionados servirían sus cargos a título personal y no como representantes de sus respectivos Estados. A nivel de las Naciones Unidas la situación era muy distinta, con los Estados representados directamente en la Comisión de Derechos Humanos. Esta característica ha llevado a que las labores de la Comisión de la ONU —reemplazada en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, en el que también son los Estados los representados— estén atravesadas por una lógica diplomática, con el consiguiente cuestionamiento de su independencia y coherencia desde el punto de vista de los estándares que tiene por misión proteger. Recién con la creación de múltiples organismos —colectivos o unipersonales—, algunos dependientes de la Comisión y otros establecidos por tratados de derechos humanos, en los que sus miembros actúan a título individual, la ONU ha logrado compensar en alguna medida este déficit en las últimas décadas.

[4] *Idem*. Los mencionados incisos del Estatuto de la época establecían lo siguiente: *b)* Formular recomendaciones en caso de que lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros en general, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos; *c)* Preparar los estudios o informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones.

El hecho de que sus miembros operaran a título individual le dio a la Comisión Interamericana una agilidad y poder de decisión sin precedentes en la OEA, una organización que históricamente no se ha destacado precisamente por poseer esas características. Por ejemplo, en relación con la cuestión de las denuncias específicas, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU las declaró inadmisibles durante más de 15 años, y recién avanzada la década de los sesenta instituyó un mecanismo que permitiría conocer de algunas de ellas, aunque sin establecer propiamente una tramitación específica de cada denuncia.[5] Ello a diferencia del criterio más flexible mostrado desde sus inicios por la Comisión Interamericana, según hemos indicado más arriba. No debe pasarse por alto, sin embargo, que desde un principio la Comisión Interamericana estuvo integrada por personas que en su mayoría eran nacionales de Estados democráticos. Si bien ellas actuaban a título individual, el hecho de que sus candidaturas fueran presentadas por Estados con tales regímenes políticos podía verse como un factor positivo para elegir comisionados idóneos para su función.

Como contrapartida, al ser la Comisión Interamericana un órgano de carácter técnico, semijudicial, no estaba diseñada para transformarse en un foro de discusión público, a la manera en que sí lo constituyó la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y aspira a serlo el Consejo de Derechos Humanos. Por ello, la Comisión Interamericana debería descansar para tales efectos en los órganos políticos de la OEA, es decir, en el Consejo Permanente —que se reúne regularmente en Washington, D.C.— y en la Asamblea General de la organización, que con el correr del tiempo se efectuaría en forma anual. Ya veremos si estos órganos políticos han funcionado o no efectivamente como foros para discutir la situación de los derechos humanos en el hemisferio.

[5] Me refiero al procedimiento instituido, primero, bajo la resolución 1237 del ECOSOC y, luego, a la 1503 del mismo órgano. Conforme a este procedimiento, se investigan los hechos alegados solo en cuanto se inscriban dentro de un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas, pero sin que ello pueda conducir a una decisión específica sobre el caso, sino solo como un elemento que podría ser incorporado a una resolución general sobre el país de que se trate.

Durante casi 20 años, y hasta la entrada en operaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979, la Comisión operó como el único mecanismo de protección. Y lo hizo, como hemos señalado, en un contexto de numerosos gobiernos dictatoriales. En estas circunstancias, y dado que las dictaduras violaban los derechos humanos en gran escala y de manera sistemática, la Comisión utilizó como mecanismo principal para abordar tales violaciones la preparación y publicación de informes sobre países. En estos se revisaba la situación general de los derechos humanos en determinados países, con especial atención a los atentados contra el derecho a la vida, a la práctica de la tortura y la detención y prisión arbitraria de personas. Así, durante sus primeros años de funcionamiento, la Comisión elaboró informes sobre Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana.

En 1966, la Comisión adquirió también la función de tramitar y decidir casos sobre derechos humanos. La importancia de este mecanismo radica, por una parte y como es obvio, en la posibilidad de levantar públicamente una violación específica y procurar alcanzar una solución a ella; por otra parte, su presencia es central desde el punto de vista del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, ya que significa en la práctica y de manera concreta hacer efectivo el carácter de sujeto internacional que la persona humana posee conforme a dicha normativa.

No obstante, en el periodo 1960-1990 la publicación de informes sobre países continuó siendo la tarea principal de la Comisión. Había dos razones básicas para ello: en primer lugar, muchos de los Estados contra los cuales se interponían denuncias individuales no participaban en la tramitación de los casos, es decir, no contestaban las denuncias y no enviaban respuesta alguna a los requerimientos de la Comisión al respecto, o bien, solo lo hacían de manera sumaria, sin entrar al fondo de las alegaciones ni mucho menos presentar pruebas de descargo. En este contexto, la Comisión incluyó en su reglamento una disposición conforme a la cual se presumen verdaderas las alegaciones de los denunciantes, en tanto no aparezcan controvertidas por el Estado o por otras fuentes. Por esta vía, una gran cantidad de denuncias individuales fueron acogidas por la CIDH en el periodo indicado.

En segundo lugar, y dado que la Comisión lidiaba fundamentalmente con violaciones masivas y sistemáticas, esto es, que obedecían a un plan deliberado de ciertos Estados, la solución de casos individuales —fuera que el Estado hubiera participado o no en la tramitación ante la CIDH— resultaba notoriamente insuficiente. Si de lo que se trataba era de acometer cientos y hasta miles de violaciones cometidas en un corto tiempo por un mismo Estado, resultaba imposible que la resolución de casos específicos pudiera ser efectiva para transformar la situación. Tratándose de ciertos casos paradigmáticos, ello puede haber sido importante, pero de ningún modo suficiente.

En la elaboración de los informes sobre países, la Comisión ha recurrido desde un comienzo a las visitas *in loco,* es decir, visitas al lugar donde las presuntas violaciones habían ocurrido. Como observamos, el estatuto de la Comisión la facultaba para ello, siempre que contara con el consentimiento del Estado. Desde un principio, la Comisión ha sido activa en solicitarle a los Estados tales visitas, reiterando sus pedidos cuando ha sido necesario. Este mecanismo ha probado ser crucial para realzar el perfil de la Comisión y hacerla conocida en los diversos países americanos, puesto que es justamente durante tales visitas que alcanza su mayor cobertura de prensa, así como es en ese momento cuando atrae especialmente la atención de las autoridades estatales, de las víctimas y de otras personas e instituciones interesadas en las condiciones en materia de derechos humanos. De hecho, casi invariablemente la Comisión recibe nuevas denuncias con ocasión de estas visitas. Y aun en los casos en que la Comisión no es autorizada para visitar un país, el solo hecho de la falta de autorización tiende a producir interés en la opinión pública y coloca a las autoridades estatales en la necesidad de ofrecer explicaciones por su rechazo.

3. La adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Las intenciones originales de la OEA de adoptar un tratado general sobre derechos humanos se concretaron finalmente en 1969 con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Se siguió de esta manera el itinerario de la ONU, que tres años antes —y también después de cerca de dos décadas de promesas— había adoptado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Analizado el asunto décadas después de la suscripción de la Convención Americana, parece increíble que en un contexto de tantas dictaduras como era el de esa época en el continente, se haya adoptado un instrumento de tales características. Ello resalta especialmente si se considera que incluso en un contexto como el actual, con abrumador predominio de gobiernos civiles, las disposiciones de la Convención resultan en muchos aspectos incómodas para los Estados parte. En otras palabras, aun en las presentes circunstancias en que los regímenes políticos en América tienden a ser mucho más democráticos que los de la década de los sesenta, el grado de cumplimiento de las disposiciones de la Convención está lejos de ser satisfactorio. Entonces, uno se pregunta cómo es que los Estados en 1969 aprobaron la Convención.

Al respecto podrían formularse dos respuestas, necesariamente tentativas por la naturaleza del asunto. La primera, que algunos de los Estados no tenían la intención de ratificar la Convención (actualmente, nueve de los 34 Estados de la OEA —si no consideramos a Cuba, que fue suspendida de la organización desde 1962— se encuentran en esta situación, pero de ellos solo Estados Unidos la suscribió en 1969, ya que en el resto de los casos se trata de Estados del Caribe que no eran parte de la OEA en ese entonces y de Canadá, que entró a la organización en 1990).

La segunda respuesta posible es que al momento de suscribir la Convención en 1969, un número no despreciable de Estados pensaba acerca de sus disposiciones de la misma manera como han solido históricamente concebir las garantías consagradas en sus propias constituciones: como meras declaraciones de buenos propósitos, sin operatividad. Para otro conjunto de Estados, dando un paso más allá, tal vez las disposiciones de la Convención indicaban una dirección hacia la cual encaminarse más que estándares a los cuales se obligaban.

Esto se trasunta, entre otros aspectos, del hecho de que si bien en virtud de la Convención se establecía una Corte Inter-

americana de Derechos Humanos, la jurisdicción contenciosa de la misma quedaba sujeta a un reconocimiento explícito —de manera general o específica para un caso— adicional por parte de cada Estado. En el Sistema Europeo, en cambio, la Corte venía operando desde la década de los cincuenta.

En términos sustantivos, la Convención Americana se refiere de manera casi exclusiva a derechos civiles y políticos. Sus disposiciones en estas materias son, desde luego, más protectoras de tales derechos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado tres años antes, lo cual se aprecia del análisis de una serie de derechos, incluyendo el debido proceso y las garantías judiciales en general, la libertad de expresión, así como una serie de otros aspectos. Pero ello no es sorprendente tomando en cuenta la variedad de países signatarios del Pacto de la ONU, lo que obligó a la búsqueda de consensos. Lo que es más llamativo es que la Convención Americana supera también en el nivel de protección de algunos derechos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ocurre, por ejemplo, a propósito del tratamiento de la libertad de expresión.[6]

En cambio, la referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana es mínima. Solo se les menciona en dos disposiciones (arts. 26 y 42), sin que se contemple en forma expresa la posibilidad de iniciar casos específicos en relación con ellos (recién en los últimos años se han venido planteando casos sobre la base del art. 26). Únicamente se contempla como mecanismo el envío a la Comisión, por parte de los Estados, de copias de los informes que en materias relacionadas con estos derechos presenten ante otros órganos de la OEA. Pero esta situación no difiere del tratamiento dado a estos derechos económicos, sociales y culturales en el Convenio Eu-

[6] Es cierto que el Convenio Europeo había sido adoptado en 1950, es decir, casi 20 años antes que la Convención Americana, lo cual explica en parte esta situación —por el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos—, pero aun así, no puede pasarse por alto que el contexto de los países signatarios del Convenio Europeo en 1950 era uno mucho más democrático que el del continente americano en 1969. En otras palabras, los Estados americanos se ponían a sí mismos una vara más alta que los países europeos a pesar de que su realidad estaba más lejos de dichos estándares que la europea al momento de adoptar el Convenio.

ropeo, que virtualmente no hace referencia a ellos. No obstante, hay que tener presente que por la época de la adopción de la Convención Americana ya se había adoptado la Carta Social Europea, aunque este instrumento tampoco estableció un mecanismo de casos específicos. La Convención Americana aparece, en cambio, notoriamente desfasada respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en la ONU, —como se ha dicho, en 1966— y que, como su nombre lo indica, se refiere precisamente a estos derechos. Pero en este punto, no cabe duda de que el contexto de los Estados signatarios de uno y otro instrumento jugó un papel central, puesto que a nivel de las Naciones Unidas se planteó desde un comienzo —especialmente desde el bloque socialista— la necesidad de que disposiciones con rango de tratado reconocieran estos derechos. Más aún, los Estados socialistas hubieran deseado incorporar los distintos tipos de derechos en un solo tratado, lo que finalmente no consiguieron debido a la oposición de los países occidentales, que prefirieron diseñar dos tratados con distintos grados de control —mayor en el caso de los derechos civiles y políticos—.

En todo caso, el instrumento general de derechos humanos que precediera a la Convención Americana, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, reconocía estos derechos.[7] Pero de cualquier modo, es claro que en 1969 los Estados de la OEA no estaban en disposición, ni siquiera programática, de avanzar en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

En lo que concierne a los mecanismos de protección de los derechos humanos, la Convención fortalece el estatus de la Comisión Interamericana y establece una Corte Interamericana en la materia.

Respecto de la Comisión, el Pacto de San José de Costa Rica viene a ratificar —ahora a nivel convencional— las funciones que

[7] Asimismo lo hizo la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el mismo año que la Declaración Americana. Basándose en la Declaración Americana, la Comisión ha incursionado de manera creciente en los derechos económicos, sociales y culturales. A esto debe agregarse la posterior entrada en vigencia del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana, dedicado precisamente al tratamiento de estos derechos, lo que se analiza más adelante en este trabajo.

le habían sido encomendadas desde su establecimiento, así como la de conocer de casos específicos que, como hemos señalado, le fue reconocida mediante una reforma de su estatuto a mediados de la década de los sesenta. En otras palabras, la Comisión mantiene sus amplias competencias en lo referente a la protección y promoción de los derechos humanos, incluyendo los poderes de preparar informes sobre países, efectuar visitas *in loco*, realizar estudios temáticos y una variada gama adicional de funciones. Su mecanismo de tramitación de casos específicos se ve fortalecido al contemplarse la posibilidad —dependiente de una declaración adicional, como se revisará enseguida— de que la Comisión remita casos a la Corte.

En los aspectos orgánicos y procesales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Convención no incorporó modificaciones. De este modo, se mantuvo su composición por siete miembros elegidos en sus capacidades individuales, la fórmula de elección de los mismos, así como su sede en Washington. Igualmente, la Convención no introdujo cambios significativos en aspectos procesales, que permanecieron análogos a aquellos con los que venía operando la Comisión.

Además de fortalecerse el estatus de la Comisión al pasar esta a tener soporte en un tratado de derechos humanos, la conservación de sus rasgos orgánicos y procesales evitó los problemas que se hubieran producido de haberse establecido un régimen diferenciado, lo cual hubiera implicado que existiese una Comisión para los Estados que ratificaran la Convención y otra para aquellos que no lo hicieran.

La Convención Americana establece, además, una Corte en materia de derechos humanos. Cabe resaltar la relevancia de este paso, ya que hasta entonces no existía ningún tribunal internacional de derechos humanos con jurisdicción respecto de los países del continente americano, ya que en las Naciones Unidas no se había establecido ninguna Corte dedicada a la protección de tales derechos.[8] La Corte Interamericana de Derechos Humanos

[8] Incluso en la actualidad se carece de un tribunal de derechos humanos con carácter general en la ONU. La Corte Penal Internacional solo se refiere a algunas violaciones gravísimas a tales derechos. En cuanto a la Corte

se encuentra integrada por siete jueces y su sede fue establecida en San José de Costa Rica.

La Corte posee dos funciones básicas: una contenciosa y otra consultiva. Conforme a la primera, el Tribunal puede conocer de casos específicos en que se aleguen violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana —más adelante la Corte irá adquiriendo la competencia de juzgar violaciones a otros tratados que se irán adoptando en el ámbito interamericano—. No obstante, como anticipáramos, para que la Corte adquiera jurisdicción contenciosa respecto de un Estado determinado, es necesario que este así se la reconozca expresamente.

La Convención establece dos vías de acceso a la jurisdicción contenciosa: que la demanda sea presentada por la Comisión o que lo sea por un Estado. No prevé, en cambio, la posibilidad de un acceso directo de las presuntas víctimas a la Corte, aunque, en rigor, por la época de adopción de dicho tratado, esta posibilidad no se hallaba contemplada en ningún sistema internacional de protección de los derechos humanos.[9] El Pacto de San José señala de manera expresa que los Estados "se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (art. 68.1) y añade que "[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado" (art. 68.2).

En el ejercicio de su segunda función, la Corte Interamericana puede emitir opiniones consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana, así como de otros tratados pertinentes para la protección de los derechos humanos en los Estados de la OEA. Conforme a lo dispuesto en el artículo 64.1, tienen la facultad de formular este tipo de consultas tanto dichos

Internacional de Justicia, entre sus diversas competencias, puede conocer de situaciones que afecten tales derechos, pero no posee una competencia general en la materia ni pueden los comités de los Pactos de la ONU remitirle casos a la manera como hace la Comisión Interamericana con la Corte.

[9] El acceso directo de las presuntas víctimas a un órgano jurisdiccional internacional en materia de derechos humanos fue recién establecido por primera vez—y hasta ahora única— en el sistema europeo de protección de dichos derechos a fines de la década de los noventa.

Estados como una serie de órganos de la OEA —entre ellos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—. Además, los Estados miembros de la OEA pueden solicitarle opiniones a la Corte en relación con la compatibilidad entre sus leyes internas y los tratados antes mencionados (art. 64.2).

La Convención Americana contempla también la posibilidad de que la Corte adopte medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, cuando ello resulte necesario para evitar daños irreparables a las personas (art. 63.2). El Tribunal puede adoptar tales medidas tanto en el contexto de casos contenciosos de los que se encuentre conociendo como cuando la Comisión se lo solicite. Cabe agregar que la Comisión adopta medidas parecidas a las de la Corte, denominadas cautelares, pero no lo hace en virtud de una disposición expresa de la Convención Americana, sino basándose en una interpretación de sus propias —y amplias— funciones establecidas tanto en la Convención como en otras fuentes.

Lo que resulta evidente es que por medio de la adopción de la Convención Americana, el objetivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se amplió y salió fortalecido, alcanzando el mismo un campo de competencia mucho mayor que las violaciones masivas o sistemáticas o el mero control por parte de la Comisión de los abusos cometidos por las dictaduras. A partir de entonces —o más precisamente, desde la entrada en vigor de la Convención en 1978— no solo habría una Comisión, sino también una Corte, y ambas quedaban encargadas en virtud de un tratado de la supervisión de la conducta de los Estados en una amplia gama de materias. De manera que si bien en un inicio el detonante para el establecimiento de la Comisión había sido la situación de algunas dictaduras, y si bien la CIDH se había abocado en los años siguientes en lo fundamental a lidiar con ese tipo de regímenes, con la Convención Americana se hacía claridad meridiana respecto de que la Comisión y la Corte no solo tendrían por finalidad confrontar violaciones cometidas por regímenes dictatoriales, sino promover al establecimiento de sistemas democráticos, y que tales sistemas protegieran efectivamente los derechos de las personas.[10]

[10] En la década de los noventa serían los nuevos gobiernos elegidos en las urnas los que, disconformes con la continua supervisión de la Comisión, comenzarían a señalar que la finalidad de esta es lidiar con dictaduras.

4. La Comisión y la Corte luego de la adopción de la Convención Americana

En términos concretos, la adopción de la Convención Americana no trajo consigo por sí misma una transformación del trabajo de la Comisión, el cual, en proporción abrumadora, continuó focalizado en las violaciones masivas y sistemáticas hasta fines de la década de los ochenta. Lo que sucede es que si bien la presencia de regímenes dictatoriales en el continente americano ha sido la regla históricamente, los gobiernos de los sesenta, los setenta y comienzos de los ochenta llevaron a un nivel sin precedentes, por lo menos en el siglo xx, la magnitud y gravedad de las violaciones a los derechos humanos.

Tal es el caso, por ejemplo, de la práctica de desapariciones forzadas de personas, llevada a cabo a gran escala en Guatemala desde los sesenta y hasta el comienzo de los noventa; en Argentina y Chile en los setenta; en Perú en los ochenta y principios de los noventa y en otros Estados en varios momentos.

Otra característica que adquirieron las violaciones fue su perpetración de manera coordinada a escala internacional por una serie de Estados. La de mayor envergadura fue la denominada "Operación Cóndor", de la cual tomaron parte las policías políticas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Mediante esta red se intercambiaron prisioneros, cuyo rastro luego se perdió, pasando a engrosar la lista de detenidos desaparecidos;[11] se efectuaron actividades coordinadas de desinformación,[12] etcétera.

---

[11] Consúltese sobre la Operación Cóndor, Dinges, John, *Operación cóndor-Una década de terrorismo internacional en el Cono Sur,* Santiago, Ediciones B, 2004; Mariano, Nilson Cezar, *Operación cóndor-Terrorismo de Estado en el Cono Sur,* Buenos Aires, Lohlé-Lumen, 1998; y Boccia Paz, Alfredo; López, Miguel H.; Pecci, Antonio V. y Giménez Guanes, Gloria, *En los sótanos de los generales. Los documentos ocultos del operativo cóndor,* 3ª ed., Asunción, Servilibro, 2002.

[12] Un caso representativo fue el de la denominada "Lista de los 119". El mismo consistió en que la Dirección de inteligencia Nacional (DINA), la policía política chilena, hizo publicar en la prensa extranjera informaciones según las cuales 119 personas, cuya desaparición forzada se alegaba, habían sido en realidad víctimas de enfrentamientos entre facciones guerrilleras en Argentina. Una de estas informaciones fue publicada en el periódico

La forma en que la Comisión enfrentó la política de desapariciones forzadas, así como otras violaciones masivas y sistemáticas, la condujo a establecer métodos de trabajo orientados hacia ello y a ganar en legitimidad ante la opinión pública de distintos países, pero como contrapartida, de alguna manera esto acotó en la práctica el trabajo de la Comisión.[13]

Por ejemplo, aun después de la entrada en vigencia de la Convención Americana y hasta fines de los ochenta, en la tramitación de casos específicos la Comisión continuó utilizando con frecuencia la presunción de veracidad de los hechos a que antes hemos hecho mención —cuando los Estados no presentan descargos—. Por lo demás, lo usual era que los Estados que no participaban en la tramitación de los casos específicos fueran aquellos que no habían ratificado la Convención. O sea, todavía en la década de los ochenta la CIDH debía operar en una gran cantidad de casos sin poder recurrir a ese tratado.[14]

Además, acostumbrada a tramitar los casos sin intervención estatal, la Comisión adoptó una serie de prácticas muy discrecionales. En términos generales, estas se traducían en que, salvo los pasos de la tramitación a los que obligaba la Convención Americana —que son escasas—, la CIDH no seguía parámetros uniformes en los casos de los que conocía. De partida, la Comisión solía reservarse la apertura formal del caso. En la práctica, esto significaba que una vez recibida una denuncia podía no haber reacción

O Dia, de Curitiba, en Brasil, que se refería a 59 de esas personas. Años más tarde se descubrió que la operación había sido un montaje de la DINA, que incluso había "refundado" el mencionado diario —que había sido discontinuado algún tiempo antes— para el efecto de producir la desinformación. Véase CODEPU-DIT-T, *La gran mentira: el caso de las "Listas de los 119". Aproximaciones a la guerra psicológica de la dictadura chilena. 1973-1990,* serie Verdad y Justicia, vol. 4, 1994.

13 Esto tendría consecuencias una vez iniciados los procesos de transición a la democracia en América, en que la CIDH ha debido atravesar difíciles trances tanto para modificar sus metodologías de trabajo como para ganar en legitimidad en el tratamiento de problemas distintos a las violaciones masivas y sistemáticas.

14 Esta situación todavía subsiste respecto de algunos Estados —Canadá, Estados Unidos y algunos países del Caribe angloparlante—, pero el grueso del trabajo de la Comisión se basa actualmente en la Convención Americana.

alguna de la CIDH, especialmente si no la consideraba relevante, sin siquiera asignar un número o abrir un expediente formal del caso. Este tipo de situación a veces se dilataba durante años.

La Comisión también manejaba con mucha discrecionalidad los tiempos de la tramitación, impulsando los casos con una velocidad completamente variable.[15]

Igualmente, y sin perjuicio de que las denuncias tendieran a concentrarse en mucho mayor medida en algunos países que en otros, había Estados respecto de los cuales la CDIH prácticamente no impulsaba ningún caso o solo unos pocos.

Del mismo modo, la Comisión, casi invariablemente, dejaba las decisiones sobre admisibilidad para ser resueltas en conjunto con el fondo del asunto. No obstante que ello pudiera justificarse en un volumen importante de casos, lo cierto es que la CIDH rara vez justificaba dicho proceder, que se suponía, debía constituir una excepción y no la regla, conforme a la Convención Americana.

Otro ejemplo es el de la solución amistosa de casos. Se trata de un mecanismo establecido en la Convención, destinado a alcanzar un arreglo entre las partes, que puede derivar en distintas formas de compensación, tales como el pago de indemnizaciones, vías simbólicas, el establecimiento de mecanismos internos para subsanar la violación —como comisiones con participación gubernamental y de las víctimas—, la supervisión de mecanismos preestablecidos para subsanar la violación —como el redoblar los esfuerzos para hacer efectivas las investigaciones judiciales—, la modificación de la legislación interna, etc. —no existe un listado preestablecido al respecto—. Recién a partir de la década de los noventa la Comisión comienza a hacer un uso significativo de este mecanismo. En un contexto de violaciones masivas y sistemáticas, a menudo resultaba absolutamente imposible intentar dicha solución, puesto que los Estados ni siquiera comparecían durante la tramitación de los casos. Y aun cuando comparecieran, el mecanismo resultaba inoficioso, dado que la violación a

[15] Sobre esta materia, véase Dulitzky, Ariel, "La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 363-389.

que se refería el caso se inscribía en el marco de una política deliberada y más general.

Así lo reconoció también la Corte Interamericana en los ochenta, cuando, al hacerse cargo de una alegación de Honduras al respecto en el caso *Velásquez Rodríguez,* señaló que la Convención no obligaba a la CIDH a utilizar la solución amistosa en todos los casos, sino que le permitía a esta una cierta discrecionalidad, sin caer, no obstante, en el ámbito de lo arbitrario.[16] Pero a diferencia de la situación en Honduras, el problema es que aun respecto de aquellos Estados que habían ratificado la Convención y que habían cesado de cometer violaciones sistemáticas, la Comisión hizo un uso prácticamente nulo del mecanismo de solución amistosa hasta principios de los noventa. No obstante, hubo algunos casos aislados en que la Comisión sí hizo el intento de llegar a un acuerdo amistoso, como en el caso de los indios miskitos en Nicaragua.[17]

Tampoco resultó fácil en los ochenta echar a andar la presentación y tramitación de casos contenciosos ante la Corte, aunque en términos jurisprudenciales sustantivos los desarrollos fueron muy significativos. Así, por una parte, la Comisión tardó siete años desde la entrada en funcionamiento de la Corte para comenzar a enviarle casos.[18] La acción de la Comisión resultaba —y

[16] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1, pp. 19-21. Sobre la solución amistosa de casos en el Sistema Interamericano, véase Standaert, Patricia, "The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas", en *Duke Journal of Comparative and International Law,* vol. 9, núm. 2, primavera, 1999, pp. 519-542.

[17] Véase Hannum, Hurst, "The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System", en Harris, David y Livingstone, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights,* Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 329.

[18] Véase Buerguenthal, Thomas, "Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights", en *New York University Journal International Law & Politics,* vol. 37, núm. 2, 2005, pp. 259, 264 y ss. Buerguenthal, quien fue juez de la Corte desde su establecimiento hasta 1991, señala que "por una serie de razones, incluyendo sin duda la rivalidad institucional, la Comisión perdió muchas oportunidades de enviar casos a la Corte. Las discusiones informales entre la Comisión y la Corte, dirigidas a promover

continúa resultando— decisiva a este respecto, ya que históricamente los otros actores habilitados para presentar casos ante la Corte —los Estados— no lo han hecho.[19] Los primeros casos fueron enviados por la Comisión en 1986; se trataba de tres casos, el de Manfredo Velásquez Rodríguez, el de Saúl Godínez Cruz, y el de Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales, todos contra Honduras. Previo al envío de estos casos, la Corte había reclamado por la falta de remisión de casos por parte de la Comisión, lo que en la práctica, y atendido que los Estados tampoco tomaban la iniciativa en este asunto, significaba que la Corte se veía impedida a ejercer su jurisdicción contenciosa.[20] La Comisión argumentaba que en cierto modo resultaría discriminatorio el envío de casos en una etapa en que muy pocos Estados habían reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte, esto es, que

estrategias para el envío de casos probaron ser inútiles" (p. 269, la traducción es mía).

19 La única excepción en este sentido la constituye Costa Rica, que en 1981 presentó el caso contra Viviana Gallardo y otras, pero como en dicho caso la Comisión no había emitido un pronunciamiento previo, la Corte declinó la competencia sobre el mismo. Véase Corte IDH, Asunto de Viviana Gallardo y otras, G 101/81.

20 La Corte señaló que "[a]unque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por esta a la Corte. El *caso Schmidt* cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica". Enseguida añade que "[d]ado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte". Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrs. 25-26.

precisamente aquellos Estados que habían demostrado una mayor voluntad de participar en el Sistema serían los que se verían afectados.

Pero además, estos primeros casos presentados por la Comisión ante la Corte mostraron algunas de las incongruencias del Sistema. El Estado demandado, Honduras, escasamente había intervenido durante la tramitación de los casos ante la Comisión, y buena parte de su defensa se basó en su derecho a elevar argumentos que no había formulado ante la Comisión. Esta misma falta de participación suficiente de Honduras durante la tramitación en la Comisión, sumada al hecho de que la Convención no proporcionaba pautas exhaustivas en la materia, hizo que la Corte tuviera que construir algunos de sus estándares probatorios en un contexto anormal. Así, la Corte rechazó el argumento de la Comisión de dar por probados aquellos hechos no discutidos ante esta, lo que sentó las bases para el criterio de la Corte en la materia, por lo menos hasta el dictado del reglamento más reciente de la Corte en 2001, sin que todavía exista certeza al respecto, puesto que la norma respectiva es ambigua. Podría especularse que la Corte no podría haber llegado a una conclusión diferente en el caso *Velásquez Rodríguez,* validando la prueba rendida ante la Comisión en la medida en que ella no hubiera sido controvertida, si la tramitación en la Comisión se hubiera ajustado a los parámetros de la Convención con una intervención activa del Estado. Se aprecia entonces cómo un aspecto tan crucial como este, que continúa siendo polémico hasta la actualidad, se resolvió en un contexto poco propicio.

Estas incongruencias del Sistema y sus actores se manifestaron también en estos primeros casos en la ausencia en Honduras de un sistema judicial eficiente para lidiar con violaciones graves a los derechos humanos, así como en el hecho de que a pesar de que a la fecha de la tramitación de los casos ante la Corte había cesado en ese país la práctica sistemática de desapariciones —que era la materia de los casos—, todavía se vivía en un ambiente en el que resultaba muy difícil para los ciudadanos de ese país participar en el proceso ante la Corte, con un contexto de abierta hostilidad contra los testigos, al punto que se llegó al ase-

sinato de dos de ellos: Miguel Ángel Pavón y José Isaías Vilorio.[21] Esto demuestra las dificultades y limitaciones de la tramitación de casos individuales ante cualquiera de los dos órganos recién señalados en la época en análisis.

Como contrapartida, en lo que se refiere al fondo de las materias tratadas en estos casos, la Corte sentó las bases de importantes aspectos del Sistema Interamericano, tanto en lo referente a los alcances de las obligaciones de los Estados como a los crímenes de desapariciones forzadas de personas. En la primera de las sentencias de fondo recaídas en esos casos, que se refería a la desaparición forzada del ciudadano hondureño Manfredo Velásquez Rodríguez en el contexto de una práctica masiva y sistemática de desapariciones forzadas en ese país, la Corte sentó las bases para la jurisprudencia posterior en la más variada gama de materias, al interpretar la Convención Americana en relación con las obligaciones estatales de respetar y asegurar los derechos humanos, contempladas en el artículo 1.1 de dicho tratado.[22]

De acuerdo con el razonamiento de la Corte, el fundamento de la obligación de respetar los derechos humanos se encuentra en la noción de que "[e]l ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, son superiores al poder del Estado".[23]

Además, al interpretar la obligación de asegurar el ejercicio de los derechos humanos, la Corte enfatizó el rol activo —obliga-

---

21 Véase Méndez, Juan E. y Vivanco, José Miguel, "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience", en *Hamline Law Review,* vol. 13, núm. 3, verano, 1990, pp. 557-558.

22 El art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente:

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

23 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 165.

ciones positivas— que se exige al Estado en esta materia, incluso en situaciones en que sean derechos civiles y políticos los afectados. El Tribunal también se refirió explícitamente a la importancia del papel del poder judicial, como medio para hacer efectivas las normas sobre derechos humanos, sosteniendo que la obligación de asegurar un libre y pleno ejercicio de los derechos humanos "implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos".[24]

Asimismo, la Corte subrayó que el solo hecho de dictar una legislación apropiada, esto es, una legislación acorde con los estándares internacionales, no es suficiente para que un Estado dé cumplimiento a sus obligaciones internacionales, "sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos".[25]

En consecuencia, la obligación de respetar y asegurar los derechos humanos acarrea para el Estado el deber de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos".[26] La Corte agregó que el deber de investigar debe llevarse a cabo "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa". En caso de que la violación resultase impune y la víctima sin compensación, habría una violación del deber de asegurar el ejercicio de los derechos.[27]

Otro desarrollo interesante de constatar es cómo la Corte, a través de su facultad de emitir opiniones consultivas, influyó en los ochenta para detener algunas violaciones masivas, a pesar de que en principio podría pensarse que las opiniones consultivas

[24] *Ibidem*, párr. 166.

[25] *Ibidem*, párr. 167.

[26] *Ibidem*, párr. 166.

[27] *Ibidem*, párrs. 176-177.

están únicamente destinadas a resolver problemas de interpretación jurídica complejos y sofisticados sin consecuencias prácticas inmediatas.

Al respecto, resalta lo ocurrido con la opinión consultiva OC-3/8, que se pronunció sobre el problema de las reservas formuladas por los Estados a la Convención; ello se dio en un contexto en que Guatemala se encontraba ejecutando personas por la presunta comisión de delitos para los cuales no contemplaba la pena de muerte al momento de adoptar la Convención. La Corte declaró que una reserva como la formulada por Guatemala no justificaba dicha ampliación de los delitos. El Estado suspendió las ejecuciones y reformó su legislación a raíz del pronunciamiento de la Corte.[28] Algo similar ocurrió con Nicaragua, a propósito de la opinión consultiva que declaró que de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprendía que el *habeas corpus* no podía suspenderse ni aun en estados de excepción constitucional.[29] Cabe anotar que ninguna de estas opiniones consultivas estaba referida de manera explícita a un país determinado —no pueden estarlo conforme a la Convención—, pero aun así Guatemala y Nicaragua modificaron su legislación y sus prácticas.

Durante los ochenta, la Corte avanzó también en sus opiniones consultivas en la interpretación de una serie de otros asuntos, incluyendo la colegiatura obligatoria de periodistas,[30] el régimen de naturalización de personas,[31] la manera en que el Sistema Interamericano debía hacerse cargo de los tratados de derechos humanos emanados de otros sistemas,[32] etcétera.

---

28 Al respecto, véase Moyer, Charles y Padilla, David, "Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83: A Case Study", en *Human Rights Quarterly,* vol. 6, nov, 1984, pp. 507-520.

29 Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987.

30 Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra.*

31 Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

32 Corte IDH, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, opinión consultiva 0C-1/82, 24 de septiembre de 1982.

Por todos estos antecedentes, el núcleo del trabajo de la Comisión hasta fines de los ochenta continuó siendo la preparación y publicación de informes sobre países donde continuaban practicándose violaciones masivas y sistemáticas. Sin duda, era por esta vía que la Comisión adquiría presencia pública, especialmente cuando visitaba un país, entrevistaba a víctimas, se reunía con autoridades de gobierno y daba conferencias de prensa.

Un caso paradigmático al respecto fue el de la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, en el periodo 1979-1980. Este informe y los hechos que lo rodearon produjeron un impacto significativo no solo en la OEA, sino también a nivel de las Naciones Unidas y en la práctica misma de desapariciones forzadas en Argentina. La Comisión viajó a ese país en 1979, permaneciendo allí durante 17 días, lo cual de suyo era significativo. Estando en Argentina, recibió información acerca de que varias decenas de personas se encontraban en detención clandestina en un sector aislado de una cárcel que para todos los demás efectos —y presos— era pública. La CIDH recibió incluso información sobre los nombres de algunas de esas personas. Los miembros de la Comisión solicitaron a las autoridades una lista de las personas presas, constatando que las personas detenidas clandestinamente no se encontraban mencionadas. Una vez en la cárcel, y luego de insistir en que querían visitar todas las dependencias de la misma, comenzaron a escuchar gritos de "¡estamos aquí!, ¡estamos aquí!". Ante la evidencia, las autoridades del penal tuvieron que ceder y permitirle a la Comisión reunirse en privado con las personas detenidas clandestinamente y que, según todos los indicios, estaban destinadas a desaparecer.[33]

Todo esto ocurrió en un contexto en el cual el gobierno argentino había negado permanentemente la detención clandestina de personas, así como su responsabilidad en las desapariciones forzadas. Al poner estos antecedentes en conocimiento de la Asamblea General de la OEA se produjo un enorme revuelo,

[33] Para una descripción detallada del descubrimiento de estos presos clandestinos, véase Buergenthal, Thomas; Norris, Robert E., y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas,* 3ª ed. rev., Estrasburgo, International Institute of Human Rights, 1990, pp. 299-301 (Discovering disappeared persons: a staff member notes).

con Argentina amenazando con retirarse de la organización si se aprobaba una resolución en contra suya. Finalmente, la Asamblea adoptó una resolución en la que, abordándose el problema de las desapariciones forzadas, no se mencionaba expresamente a Argentina, pero de cualquier modo, el efecto de la visita de la CIDH ya había tenido lugar.

En la ONU había sido muy escasa la atención prestada a las denuncias sobre la situación de los derechos humanos bajo la dictadura argentina. El gobierno se veía favorecido en este sentido por su política de entendimiento económico con la Unión Soviética. Pero las evidencias de primera mano encontradas por la CIDH transformaron también la situación en la ONU, estableciéndose el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, que al inicio se abocó principalmente a las condiciones en Argentina sobre la materia.

Lo más importante de todo fue que la intervención de la Comisión salvó muchas vidas, tanto de las personas que encontró como de muchas otras potenciales víctimas, puesto que la práctica masiva de desapariciones en Argentina cesó casi de inmediato.[34]

Otra situación de gran impacto se produjo en relación con la caída de Anastasio Somoza en Nicaragua. La CIDH efectuó una visita *in loco* y emitió un informe que provocó gran revuelo. De hecho, el propio Somoza, en un libro escrito en el exilio, señaló que el informe de la Comisión había sido el desencadenante principal para su posterior renuncia al poder.[35]

---

[34] Cesaron en octubre de 1979, esto es, un mes después de la visita *in loco* de la Comisión; a partir de esa fecha, la Comisión no recibió más denuncias por desapariciones forzadas. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980, p. 135. Sobre el impacto de la visita de la Comisión a Argentina, revísese también Weissbrodt, David y Bartolomei, María Luisa, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983", en *Minnesota Law Review,* vol. 75, 1991, pp. 1009-1035; Guest, Iain, *Behind the Disappearances, Argentina Dirty War against Human Rights and the United Nations* (1990); véase también del presidente de la CIDH en la época de la visita *in loco*, Farer, Tom, "The OAS at the Crossroads: Human Rights", en *Iowa Law Review,* vol. 72, 1987, pp. 401-413.

[35] Anastasio Somoza (as told to J. Cox), *Nicaragua Betrayed,* pp. 192-95; cit. por Farer, Tom, "The OAS at the Croassroads: Human Rights", *...cit.,* p. 402.

Las recién descritas son situaciones en las que la Comisión produjo un efecto evidente de la manera más masiva, pero respecto de otros países viviendo bajo dictaduras, la Comisión se convirtió en un referente importante y a veces hasta crucial, con el cual había que lidiar, así fuera incluso que no se le autorizara para entrar al territorio del Estado. Incluso puede sostenerse que para la mayoría de los países bajo dictaduras en el continente, la Comisión jugó un papel más significativo que los órganos de las Naciones Unidas.[36]

Cerrando el análisis de los informes sobre países de la Comisión, es necesario hacer notar que en la década de los ochenta comienza a incorporar en ellos capítulos sobre derechos económicos, sociales y culturales, así como sobre pueblos indígenas. Esto va reflejando el comienzo de una paulatina expansión de la agenda temática de la CIDH. Sobre el tema indígena, la Comisión elaboró en los ochenta un informe sobre la situación de los miskitos en Nicaragua,[37] logrando en 1989 que la Asamblea General de la OEA le encomendara la preparación de un borrador de Convención en la materia. El propósito original de la Comisión era tener concluido todo el proceso de elaboración del tratado en 1992, en la conmemoración del aniversario número 500 de la llegada de Colón a América. Sin embargo, tras una serie de reuniones con organizaciones indígenas, la CIDH percibió que las complejidades envueltas eran mucho mayores que las previstas, por lo que consideró más práctico preparar un proyecto de Declaración en vez de un Tratado y elaboró un borrador de Declaración sobre Pueblos Indígenas, el cual sometió a consideración de los órganos políticos de la OEA. No obstante, el plazo no llegó a cumplirse, ya que avanzado el siglo xxi aún no se aprueba un texto definitivo.[38]

---

36 Una excepción clara es el tratamiento dado a Chile durante la dictadura, ya que la ONU reaccionó rápidamente ante la evidencia de violaciones masivas y sistemáticas, desarrollando incluso mecanismos nuevos (que después se volverían permanentes, como la institución de los relatores especiales asignados a un país determinado); no obstante, la CIDH también le dedicó mucho e importante trabajo a la situación chilena.

37 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, 16 de mayo 1984.

38 Para una descripción de la evolución del Sistema Interamericano en materia de derechos de los pueblos indígenas, véase Hannum, Hurst, *op. cit.*,

A finales de los ochenta se produce otro desarrollo relevante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como "Protocolo de San Salvador", por la ciudad donde fue suscrito. Ello ocurrió en 1988.

Como hemos señalado en este trabajo, las menciones de la Convención Americana a los DESC son muy escasas, sin que contenga un catálogo de tales derechos. El Protocolo, en cambio, sí contiene un listado al respecto, siguiendo de cerca en muchos de los contenidos de ellos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Cabe hacer notar que reflejando la creciente conciencia que se había venido produciendo, el Protocolo consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano (art. 11).

Sin embargo, al momento de establecer los medios de protección para los DESC, el Protocolo no avanza mucho. Por una parte, crea un mecanismo de informes. Cabe recordar que conforme a otros instrumentos de la OEA, los Estados ya se encuentran obligados a presentar informes en materias económicas y sociales —a los cuales hace referencia el art. 42 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, no obstante, aquí se trata de informes específicamente concernientes a los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo dispone sobre este punto que los Estados deberán presentar "informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos [en él consagrados]". (art. 19.1).

Los mencionados informes no son presentados directamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino al secretario general de la OEA, quien a su vez, los remitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura para su re-

---

Pasqualucci, Jo M., "The Inter-American Human Rights System, Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", en *Inter-American Law Review,* vol. 26, núm. 2, 1994-1995, pp. 329-335; Dulitzky, Ariel, "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Revista IIDH,* núm. 26, 1997, pp. 137 y ss.

visión. Además, le enviará copia de dichos informes a la CIDH. El Protocolo establece también que en sus informes anuales los dos consejos recién mencionados proporcionarán un resumen de los antecedentes acompañados por los Estados y formularán las recomendaciones que estimen pertinentes.

El Protocolo también reconoce expresamente la facultad de la CIDH de formular observaciones y recomendaciones acerca de estos derechos a los Estados parte del mismo. Cabe tener presente, sin embargo, que la Comisión ha considerado desde hace mucho tiempo que dicho poder se encuentra incorporado dentro de su amplia gama de funciones establecidas por la Carta de la OEA y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales ejerce en relación con todos los Estados miembros de dicha organización.

Por lo que se refiere a la posibilidad de presentar denuncias en casos específicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, basadas en la transgresión de algunos de los derechos consagrados en el Protocolo, este establece que ello solo será posible respecto del derecho de sindicación y del derecho a la educación. En rigor, el derecho de sindicación ha sido históricamente entendido por la CIDH como parte de un derecho que ya se hallaba reconocido en la Convención Americana —el derecho de asociación— por lo que el único avance real en este punto es el referido a la posibilidad de presentar denuncias respecto del derecho a la educación.

Más allá de sus limitaciones —varias de las más importantes de las cuales, por lo demás, son comunes al PIDESC de la ONU, que no estableció ningún sistema de denuncias específicas—, la adopción del Protocolo de San Salvador fue constancia de una creciente preocupación por el tema, así como por la necesidad de abordarlo en términos jurídicos.

Otro elemento relevante a considerar es el papel jugado por los órganos políticos de la OEA (el Consejo Permanente y la Asamblea General). A pesar de que un buen número de los gobiernos representados en ellos eran dictatoriales, los mencionados órganos usualmente se hacían cargo de los informes de la Comisión y debatían la situación de los derechos humanos de los Estados respectivos basados en dichos informes. Además, por

lo menos desde la segunda mitad de la década de los setenta, se estableció como una práctica que la Asamblea General emitiera una resolución refiriéndose de manera específica al país de que trataba el informe.[39] Este segundo aspecto de la práctica no se siguió, sin embargo, en relación con el informe sobre Argentina, a que se ha hecho referencia anteriormente, ante la amenaza de ese país de retirarse de la organización —emitiéndose solo una resolución más general—, pero por lo menos existió un debate a fondo sobre la situación de los derechos humanos en Argentina.

Esto no significa que no existiera controversia cuando se trataba de otros países, ya que incluso, como hemos dicho, algunos Estados prohibían el ingreso de la Comisión. Los gobiernos afectados esgrimían defensas duras, pero no por ello los órganos políticos eludían el debate, imperando en definitiva el apoyo de estos órganos a la CIDH.

Estos rasgos del trabajo de los órganos políticos por esa época se explican porque el Sistema Interamericano estaba atravesado por una dicotomía: por un lado, aquellos Estados con gobiernos inequívocamente dictatoriales que violaban los derechos humanos de manera masiva y sistemática; por otro, aquellos que no se encontraban en esa condición, y que aparecían en una situación comparada superior a la de los primeros, por poseer gobiernos civiles y no practicar los atentados contra el derecho a la vida de forma masiva.

En los hechos, la Comisión le prestaba escasa atención a la situación de los derechos humanos en este segundo grupo de Estados y, cuando lo hacía, no solía apuntar a problemas estructurales de la organización política. De ahí que cuando en 1990 la Comisión publicó una resolución sobre varios casos específicos acumulados en la que establecía que el sistema electoral de México violaba la Convención Americana, se encontró con una respuesta de proporciones, produciéndose un gran revuelo.[40] México había sido históricamente uno de los soportes más im-

[39] Véase Medina, Cecilia, "The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights", *...cit.,* pp. 115-131.

[40] CIDH, Informe Anual 1989-1990, informe 1/90, elaborado a partir de los casos 9768, 9780 y 9828 de México, pp. 101-128.

portantes del trabajo de la Comisión cuando esta lidiaba con dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas.[41] Pero como el grueso de las dictaduras ya había desaparecido, la Comisión comenzaba a prestar atención ahora a otras situaciones, de antigua data por lo demás, como el sistema electoral mexicano, largamente cuestionado a nivel interno de ese país.

Esta resolución sobre México constituye un hito en la evolución del Sistema, marcando la pauta de lo que sobrevendría en los noventa, especialmente en lo que se refiere a la nueva relación entre los Estados y la Comisión. En lo sucesivo, el trabajo de la Comisión se diversificaría en cierta medida y al terminarse la dicotomía gobiernos militares/gobiernos civiles se volvería mucho más compleja y volátil la actitud de los Estados hacia la Comisión. En 1990, las dos últimas dictaduras en Sudamérica habían terminado —Paraguay y Chile, en 1989 y 1990, respectivamente— y la guerra civil en Nicaragua había concluido, produciéndose también el fin del régimen sandinista. La caída del Muro de Berlín en noviembre del año anterior también había tenido impacto en el continente americano, reduciéndose los niveles de polarización. Los conflictos armados en El Salvador y Guatemala parecían decaer en intensidad y solo en Colombia y Perú la situación parecía deteriorarse. Con el fin de la Guerra Fría se produjo además la incorporación de Canadá a la OEA. Este país había sido históricamente renuente a ingresar a la organización por considerarla en lo fundamental una institución bajo una clara influencia de Estados Unidos, pero el nuevo contexto político lo llevó a replantearse el asunto.[42]

Así las cosas, por primera vez en la historia de la Organización de los Estados Americanos, todos los gobiernos eran de carácter civil y elegidos en las urnas (si no consideramos a Cuba, que si bien formalmente continúa siendo miembro de la OEA se

41 Así lo ha señalado, p. ej., Tom Farer, quien fuera miembro y presidente de la Comisión a fines de los setenta y comienzos de los ochenta, y que coloca a México junto a Venezuela como los Estados que le prestaban mayor apoyo a este organismo. Véase Farer, Tom, *op. cit.,* p. 405.

42 Véase Cooper, Andrew y Legler, Thomas, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas,* Nueva York, Palgrave McMillan, 2006, pp. 36 y ss.

halla suspendida de su derecho a participar). Por lo mismo, la organización política de los Estados miembros había llegado a ser, por lo menos en un principio, coherente con los objetivos de la organización.[43]

Esto conduciría a un replanteamiento del trabajo de la Comisión y también incidiría en las labores de la Corte.

5. La participación de la sociedad civil en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como se puede apreciar desde sus primeros documentos y resoluciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció rápidamente una relación de trabajo con las organizaciones de la sociedad civil (ONG) de los países miembros de la OEA, especialmente de aquellas que atravesaban por experiencias de violaciones masivas y sistemáticas.

Es interesante observar al respecto el contraste que se produjo entre el desarrollo de tal relación y la vinculación de la Comisión con los Estados miembros de la OEA. Mientras que respecto de las ONG dicha relación avanzó de manera expedita e informal —la Comisión consideró innecesario a mediados de la década de los sesenta establecer un mecanismo formal y abrió las puertas a la participación sin fijar requisitos—, al mismo tiempo hizo en sus primeros años de funcionamiento reiterados esfuerzos por establecer Comités de la CIDH en los diversos países —como una manera de obtener un mayor apoyo de los Estados en sus tareas y de dotar de mayor eficacia al trabajo de la Comisión—, sin que esto llegara a concretarse.

Así, en lo referido a su relación con las organizaciones de la sociedad civil, ya en su primer periodo de sesiones, la Comisión decidió "[s]olicitar o acoger la cooperación de organizaciones que existan en los diversos países americanos, que tengan inte-

[43] Para un estudio general sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos hasta fines de la década de los ochenta, véase Medina, Cecilia, "The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System", Dordrecht, Martinus Nijholf, 1988.

rés en la promoción o protección de los derechos humanos, para el mejor cumplimiento de sus funciones o atribuciones".[44] Y en 1964 la Comisión aprobó la siguiente resolución respecto a la solicitud de organismos no gubernamentales para acreditar observadores a las sesiones de la Comisión:

> CONSIDERANDO: Que en su resolución de 24 de octubre de 1960 solicitó la cooperación de organizaciones no gubernamentales que se interesen en la promoción de los derechos humanos; que numerosas organizaciones han expresado su deseo de colaborar con los trabajos de la Comisión y de acreditar observadores a las reuniones de la misma, y que dada la naturaleza de sus trabajos, las sesiones de la Comisión son generalmente privadas;
>
> RESUELVE:
>
> 1. No habrá condición especial de observador durante las sesiones de la Comisión.
> 2. Considerar las solicitudes de organizaciones interesadas en la promoción o protección de los derechos humanos que deseen exponer sus puntos de vista sobre cualquier asunto que se relacione con los trabajos de la Comisión.
> 3. Invitar a organizaciones idóneas o a personas de reconocida versación en materia de derechos humanos para que colaboren con la Comisión en el ejercicio de su mandato de promoción de los derechos humanos en los Estados americanos.[45]

En cuanto al segundo aspecto, que como recién se ha señalado, se frustró, la CIDH, en su primer periodo de sesiones resolvió "[r]ecomendar la constitución de Comités Nacionales de Derechos Humanos compuestos de personas representativas de sus respectivos países, dotadas de alta autoridad moral y espíritu de independencia, y que hayan demostrado su constante adhesión a la causa de los derechos de la persona humana". La idea era que dichos comités cooperaran con la Comisión "en la tarea de estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América valiéndose de todos los medios culturales y educativos de que dispongan, y podrán proponer a la Comisión sugestiones orientadas al perfeccionamiento de los derechos humanos

[44] OEA/Ser. L./V/II. 1, doc. 32, 14 marzo 1961.

[45] OEA/Ser.L/V/II, doc. 24, 10 de agosto 1964.

y de su más eficaz garantía y protección en la legislación de los Estados americanos".[46]

Las instituciones de la sociedad civil fueron las que atrajeron la atención de la Comisión respecto del alcance y características de tales vulneraciones, formulando requerimientos en casos específicos incluso desde la época en que la Comisión carecía de competencia para resolver tales casos. Más tarde, cuando la Comisión adquirió dicha función, fueron las ONG las que presentaron por lejos el mayor número de denuncias.

Asimismo, desde un comienzo del trabajo de la Comisión, las organizaciones de la sociedad civil desempeñaron un papel crucial en aportar información para la preparación de informes sobre países, rol que, como hemos descrito en este trabajo, fue el principal llevado a cabo por la CIDH durante sus primeros 30 años de labores. En este sentido, se trataba tanto de proporcionar antecedentes a la Comisión para que prestara especial cuidado a la situación de determinados países como, una vez conseguida dicha atención, documentar adecuadamente las violaciones.

Algo análogo cabe señalar acerca de otra función, complementaria a la de preparación de informes sobre países: la realización de visitas *in loco*. También respecto de estas, las instituciones de la sociedad civil jugaron un papel relevante en persuadir a la Comisión acerca de la necesidad de emprender tales visitas a determinados Estados, así como de colaborar con la CIDH para que en el curso de ellas se formara una impresión acabada de la realidad del país del que se tratara. Igualmente, una vez concluida la visita, y especialmente en el contexto de regímenes políticos que vulneraban deliberadamente los derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil desempeñaban un papel central en dar seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Comisión al Estado.

De esta forma, cabe hablar de una especie de proceso de retroalimentación entre la CIDH y las ONG, puesto que estas contribuyeron a dotar a la primera de una mayor visibilidad y cono-

[46] OEA/Ser. L./V/II. 1, doc. 32, 14 marzo 1961.

cimiento en la opinión pública de los países, y la Comisión, a su vez, fue fundamental para impedir que los Estados que practicaban políticas de represión acabaran con la existencia de dichos organismos —aunque sin poder evitar, por cierto, que continuaran teniendo lugar graves violaciones, incluyendo el asesinato y desapariciones forzadas de sus miembros en una serie de Estados—.

Hacia 1990, la relación de las ONG con la Comisión se hallaba bien asentada desde hacía muchos años, con mecanismos de participación regulares. Esto tendría un efecto cuando se produjeran los procesos de transición a la democracia, ya que las ONG serían uno de los actores relevantes que contribuirían a redefinir la agenda temática de la CIDH a través de una variada gama de casos, audiencias temáticas, etcétera.

En lo concerniente a la relación de la sociedad civil con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inicialmente ella se planteó en especial a través de su participación en la tramitación de opiniones consultivas, que, como hemos visto, constituyó en la práctica la función principal de la Corte durante su primera década de labores. Dado que las ONG no poseen la facultad de solicitar tales opiniones de la Corte, su participación se produjo a través de la figura del *amicus curiae,* institución de origen anglosajón que permite que terceros con experticia en el tema en análisis puedan plantear sus puntos de vista a un órgano jurisdiccional. En un principio, las ONG formularon sus apreciaciones por escrito,[47] pero ya a partir de 1985, en la tramitación de la opinión consultiva 5, la Corte les permitió hacerlo también oralmente en las audiencias respectivas.

Por lo que se refiere a la participación de la sociedad civil en materia contenciosa ante la Corte, hacia 1990 esta se hallaba todavía en una etapa muy inicial, ya que hasta esa fecha solo se habían litigado unos pocos casos. Aunque la Convención Americana no decía nada acerca de la intervención de la víctima o sus representantes en el litigio ante la Corte Interamericana, esta,

[47] De hecho, las publicaciones originales de las primeras opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenían, además del pronunciamiento del tribunal, los *amicus curiae* sometidos ante ella.

por vía interpretativa, estableció la misma práctica con que se había operado durante las primeras décadas de funcionamiento de la antigua Corte Europea de Derechos Humanos. Esta práctica consistía en que los abogados de la víctima podían participar como asesores de la Comisión durante la tramitación de casos ante la Corte.[48]

Si bien esto imponía una serie de limitaciones a los representantes de las víctimas, al tener que ajustar sus planteamientos y estrategias procesales a los de la Comisión, incluyendo la cuestión de las reparaciones, en los hechos la sociedad civil jugó un papel crucial en el impulso de los tres primeros casos enviados por la Comisión *(Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz* y *Fairén Garbi y Solís Corrales),* tanto en los aspectos jurídicos como en la obtención de recursos materiales para poder llevar adelante la litigación. No obstante, a mediados de la década de los noventa y a comienzos de la de dos mil se ampliarían las formas de participación de la sociedad civil en el litigio de casos contenciosos ante la Corte Interamericana.[49]

Por último, analizaremos la participación de las ONG ante los órganos políticos de la OEA en relación con derechos humanos durante el periodo cubierto por este trabajo. Como hemos señalado, a diferencia de lo que ocurre en las Naciones Unidas, donde la antigua Comisión de Derechos Humanos y su órgano reemplazante —el Consejo de Derechos Humanos— han desempeñado, entre otros rasgos, el de servir de foro de discusión, la Comisión

---

48 Para una descripción de cómo operaron las instituciones de la sociedad civil —hechas por los propios abogados participantes— en el *Caso Velásquez Rodríguez* y los otros dos casos presentados en 1986 por la Comisión ante la Corte, véase Méndez, Juan E. y Vivanco, José Miguel, "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience", *...cit.;* Grossman, Claudio, "Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation", en *The Hastings International and Comparative Law Review,* vol. 15, núm. 3, 1992, pp. 363-389.

49 Mediante sucesivos reglamentos, la Corte estableció en 1996 la autonomía de los representantes de las víctimas en la etapa de reparaciones durante la litigación de los casos y la extendió en 2001 a la tramitación de todo el proceso una vez que se hubiere presentado la demanda por la Comisión o un Estado.

Interamericana no posee tal característica. En este sentido, si hubiera algún órgano que debiera cumplir un papel equivalente en la OEA sería el Consejo Permanente de dicha organización. Además, el mismo Consejo Permanente cumple otras funciones que en la ONU están asignadas al Consejo, como la de elaborar los instrumentos internacionales de derechos humanos. En conjunto con la Asamblea General, el Consejo Permanente es además el organismo donde se elaboran, tramitan y aprueban las resoluciones en la materia. A ello cabe añadir que la Asamblea General es la encargada de elegir a los comisionados y a los jueces de la Corte Interamericana, así como de dar seguimiento al cumplimiento efectivo de los Estados de las sentencias de esta última.

Siendo este el contexto del Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA, parece resultar evidente su importancia en materia de derechos humanos, así como la necesidad de que exista una participación significativa de la sociedad civil en ellas. Sin embargo, en el periodo cubierto por este trabajo la situación no fue esta. En efecto, hasta avanzada la década de los noventa, el Consejo Permanente de la OEA trabajaba regularmente sin brindar acceso a la participación de las ONG. Solo muy excepcionalmente, y de manera puntual para una situación específica, las ONG adquirían tal acceso. En cuanto a la Asamblea General, existía la posibilidad de que las instituciones de la sociedad civil participaran mediante una invitación del secretario general de la OEA, la cual si bien normalmente era realizada cuando las ONG así lo solicitaban, tenía en rigor un carácter enteramente discrecional. En términos generales, puede afirmarse que durante el lapso que abarca este trabajo no existía ni una política ni una práctica de transparencia y participación en los órganos políticos de la OEA.

La situación recién descrita contrastaba con la experiencia de las Naciones Unidas, donde fue establecido un sistema de estatus consultivo para asegurar la participación de las organizaciones de la sociedad civil desde los comienzos de la Comisión de Derechos Humanos, en 1946. En los órganos políticos de la OEA, en cambio, recién se alcanzaría una regulación análoga en 1999.

Esta diferencia tiene varias explicaciones. Primeramente, en la ONU, las ONG desempeñaron un papel relevante incluso an-

tes de su establecimiento, efectuando labores de cabildeo *(lobby)* para que la Carta de las Naciones Unidas incorporara referencias a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Esto condujo a que se encontraran en buen pie para plantear la necesidad de que se les reconociera institucionalmente su derecho a participar en la ONU. En la OEA no se vivió un proceso similar, ya que las ONG recién comienzan a jugar un papel activo una vez creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1960.

Por otra parte, si bien los órganos políticos de la OEA tienen incidencia en materia de derechos humanos al punto de que se asemejan en una serie de aspectos a la antigua Comisión o el actual Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ello no significa que sean una mímesis de estos, ya que en realidad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos posee también una serie de poderes que en la ONU han tenido los dos órganos mencionados. Entre estos poderes se encuentran, por ejemplo, el de escoger los países a los cuales prestará especial atención a través de visitas *in loco* y de informes; el de designar a sus relatores temáticos; el de escoger a sus encargados de países; etc. Por lo mismo, al desarrollar las organizaciones de la sociedad civil una participación significativa —como históricamente han tenido— ante la Comisión Interamericana su presencia en el Sistema Interamericano de todos modos ha sido relevante a pesar de no haber ido acompañada hasta hace pocos años de una participación equivalente ante los órganos políticos de la OEA. Esto puede haber llevado también a que la mayoría de las ONG no pusieran énfasis en demandar mayores espacios de participación de los órganos políticos.

A lo anterior cabe añadir que puede haberse tratado de una suerte de círculo vicioso y de un problema de falta de masa crítica. Por una parte, el tradicional secretismo y falta de participación de la ciudadanía en el quehacer de los órganos políticos de la OEA puede haber llevado a muchas organizaciones de la sociedad civil a concluir que intentar transformar esas situaciones era una tarea inútil. Por otra parte, la carencia de una masa crítica suficiente de ONG dispuesta a intentar ese cambio puede haber contribuido aún más a reforzar el *statu quo*.

6. Conclusiones

Durante sus primeros 30 años de funcionamiento, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aun con todas las limitaciones antes anotadas, alcanzó un nivel de desarrollo que pocos hubieran podido anticipar.

Resalta en este sentido, en primer término, el rápido posicionamiento y decidida actitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para confrontar las violaciones masivas y sistemáticas que tenían lugar en una serie de países miembros de la OEA, interpretando de manera amplia las normas que consagraban sus funciones e impulsando, cuando así le pareció necesario, una ampliación de dichas funciones, como lo pone de manifiesto el acento e insistencia de la propia Comisión para que los órganos políticos de la OEA le asignaran el poder de conocer y resolver casos específicos.

Apartándose a menudo de las pautas diplomáticas tradicionales, la Comisión desde un principio requirió de manera insistente a los Estados información sobre la situación de los derechos humanos, así como les solicitó que le permitieran realizar visitas *in loco* para comprobar la situación en el terreno.

También resalta la disposición de la Comisión por adquirir visibilidad pública, para lo cual la búsqueda del acceso a los medios de comunicación —de manera especial pero no exclusiva en el contexto de la realización de visitas *in loco*— resultó decisiva. Esto en una época en que no resultaba en absoluto habitual que los órganos equivalentes de las Naciones Unidas asumieran una actitud similar.

El periodo en análisis en este trabajo también incluyó el desarrollo de los aspectos normativos del Sistema Interamericano. En especial destaca al respecto la adopción y posterior entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, hacia el final del lapso cubierto por el presente trabajo, la suscripción del Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adicional a la mencionada Convención. Si bien en contraste con la ONU se trata de una cantidad menor de instrumentos elaborados, lo cierto es que el hecho de que la Convención Americana incluyera el establecimiento de una Corte Interamericana

en la materia marcó la diferencia. Además, en términos sustantivos, el nivel de reconocimiento de los derechos civiles y políticos por el Pacto de San José de Costa Rica alcanzó cotas más altas que sus equivalentes en los otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En lo relativo a la Corte, en el periodo en análisis su trabajo todavía se vio sometido a serias limitaciones, en particular —como hemos visto— en lo concerniente al ejercicio de su función contenciosa. No obstante tales limitaciones, la Corte adoptó una actitud proactiva, impulsando el desarrollo de los estándares normativos interamericanos en una amplia gama temática a través de sus opiniones consultivas. Además, en los pocos casos contenciosos de los que la Corte conoció por esa época, desarrolló bases cruciales para el desarrollo posterior del Sistema Interamericano, como se constata desde la primera sentencia de fondo, dictada en el caso de Manfredo Velázquez Rodríguez, que además de fijar los parámetros para el tratamiento de las desapariciones forzadas de personas, interpretó el alcance de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos.

También es destacable el nivel de interacción que rápidamente adquirieron las organizaciones de la sociedad civil con la Comisión Interamericana, facilitando y fortaleciendo su tarea por la protección de los derechos humanos, contribuyendo al ejercicio de sus diversas funciones. En relación con la Corte Interamericana, en cambio, solo se alcanzó a avanzar de manera incipiente en la participación de la sociedad civil, lo cual se explica por el establecimiento más tardío de dicho Tribunal y la dilación —no atribuible a ella— en comenzar a hacer uso de su jurisdicción contenciosa.

En lo referido a los órganos políticos de la OEA y las funciones que estos cumplen en materia de derechos humanos, el balance es mixto. Por una parte, su tendencia predominante fue la de apoyar el trabajo de la Comisión y la Corte. En especial —y sin perjuicio de que siempre hubiera discusión al respecto entre los Estados— destaca el hecho de que en una serie de asambleas generales se endosaran los informes sobre países preparados por la Comisión, emitiéndose resoluciones que condenaban la práctica de violaciones masivas y sistemáticas en Estados específi-

cos. Además, estos órganos políticos resultaron decisivos para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos sobre el tema. Como contrapartida, durante el periodo cubierto por este trabajo, se mantuvo una política y una práctica de falta de transparencia del quehacer de los órganos políticos, así como una falta de participación casi completa de la sociedad civil en ellos.

En el balance general el saldo fue positivo, sobre todo si se considera que el surgimiento y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se produce en un contexto adverso, en el que existían numerosos regímenes dictatoriales en el continente americano. En definitiva, aquellos Estados que promovían el fortalecimiento de la labor de la OEA en la protección de tales derechos fueron capaces de hacer valer sus puntos de vista, en conjunto con la propia Comisión y la Corte, así como con el respaldo de los organismos no gubernamentales.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano*

1. Introducción

En este capítulo se analizan los principales elementos que han marcado el tratamiento del derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de un derecho que ha recibido una atención especial del mencionado sistema, estableciéndose a su respecto regulaciones en los instrumentos interamericanos que se apartan en algunos aspectos de relevancia de los instrumentos de los demás sistemas internacionales de protección. Además, si bien la jurisprudencia interamericana contiene abundantes referencias a la de otros sistemas en materia de libertad de expresión —especialmente a la jurisprudencia europea—, se encarga frecuentemente de enfatizar que el tipo de protección brindada es distinto.

Si bien las bases del tratamiento de la libertad de expresión por el Sistema Interamericano no han variado en el tiempo, lo que sí puede apreciarse como una tendencia evolutiva significativa es el desarrollo de numerosos aspectos específicos, que han ido surgiendo a lo largo de las más de cuatro décadas de funcionamiento del sistema, pero especialmente en los últimos 15 años.

---

* Artículo publicado anteriormente en *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Miguel Revenga Sánchez y Andrée Viana Garcés (eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

2. La libertad de expresión en las primeras décadas del Sistema Interamericano: desarrollo de estándares en un contexto autoritario

Aunque en términos declarativos la OEA ha sostenido desde su establecimiento en 1948 que uno de sus objetivos centrales es la protección de la democracia, en la práctica —y como hemos analizado en los capítulos anteriores—, hasta entrada la década de los ochenta, muchos de los Estados pertenecientes a ella poseían regímenes dictatoriales. No obstante, no se trataba de regímenes homogéneos y, a menudo, su presencia se alternaba en un mismo país con periodos en los cuales se establecían gobiernos civiles. Esto permitió que fuera surgiendo un cierto nivel de garantía de la libertad de expresión, por lo menos a nivel de la normativa interamericana.

El primer instrumento de la OEA que consagra la libertad de expresión es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Adoptada junto con la fundación de la OEA en octubre de 1948, es decir, dos meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana establece en la materia que "[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio" (art. IV).

Sin embargo, como antes hemos apuntado, durante más de 10 años la Declaración Americana careció de efectos prácticos significativos, puesto que no se estableció ningún órgano encargado de su supervisión. Solo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que recién ocurrió en 1959 —iniciando sus trabajos en 1960—, comienza a emplearse la Declaración Americana como parámetro para evaluar la conducta de los Estados en materia de derechos humanos, incluyendo lo referido a la libertad de expresión.

Durante sus tres primeras décadas de funcionamiento, casi la totalidad del trabajo de la Comisión sobre libertad de expresión estuvo referido a violaciones masivas y sistemáticas o a vulneraciones de gran envergadura. Se trata de lo mismo que ocurría, por lo demás, con la función de la Comisión en relación con el resto de los derechos. En un contexto en que abundaban las dictaduras,

la Comisión le prestaba atención de manera casi exclusiva a lo que en ellas sucedía. De este modo, el asesinato de periodistas, la detención de estos por orden administrativa, la persecución de políticos disidentes, de sindicalistas y de ciudadanos en general por sus expresiones críticas al gobierno, la censura administrativa y otras transgresiones evidentes a la normativa internacional acaparaban la atención de la Comisión.[1]

No obstante, la dedicación recién mencionada de la Comisión, desde sus primeros años de funcionamiento, se abocó a la elaboración de un Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, de Información e Investigación, el cual incluso fue sometido a la consideración de los órganos políticos de la OEA, recibiéndose comentarios de una serie de Estados. Si bien este instrumento nunca llegó a ser adoptado por la OEA, sus elementos centrales sirvieron de base para la regulación que contendría la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad de expresión.[2] Este Proyecto de Convención, por ejemplo, ya establecía la prohibición de la censura previa, así como la de diversas formas de censura indirecta.

Durante ese mismo periodo, y más precisamente en 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que vendría a constituirse en el instrumento jurídico central del

---

1 En este sentido, pueden consultarse, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Cuba, 20 de marzo de 1962; Informe sobre la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana, 15 de octubre de 1965; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 21 de mayo de 1969, entre otros.

2 Véanse Primer Informe sobre las medidas orientadas al perfeccionamiento y eficacia de los derechos a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento, OEA/Ser.L/V/II.2, doc. 15, 21 de abril de 1961; Segundo Informe sobre Libertad de Expresión, Información, e Investigación, OEA/Ser.L/V/II.4, doc. 4, 27 de marzo de 1962; Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, Información e Investigación, OEA/ Ser.L/V/II.8, doc. l5, 18 de octubre de 1963. El Proyecto fue reformulado por la Comisión a partir de las observaciones hechas por diversos Estados de la OEA. Dichos Estados, según deja constancia la propia Comisión, fueron Brasil, Chile, Ecuador, Estados Unidos y Venezuela; véase CIDH, Informe sobre la labor desarrollada durante su décimo periodo de sesiones, 12-26 de marzo de 1965, OEA/Ser.L/V/II.11 doc. 19 (español), 2 julio 1965.

Sistema Interamericano en la materia. A pesar de haberse aprobado en un contexto en que persistían muchas dictaduras, la Convención Americana consagró en términos muy protectores la libertad de expresión. La Convención Americana, en su artículo 13.1, comienza regulando este derecho en términos idénticos al artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aprobado en la ONU tres años antes—, al señalar que "[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa y artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

En el párrafo 2 del artículo 13, la Convención Americana menciona las mismas causales y usa los mismos términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para restringir la libertad de expresión: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas, estableciendo, al igual que el instrumento de la ONU, que dichas causales deben estar fijadas por ley y ser necesarias para asegurarlas.

Sin embargo, ya en el mismo párrafo 2 la Convención Americana se aparta de la regulación contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al prohibir la censura.

En los párrafos 3, 4 y 5, el artículo 13 de la Convención Americana introduce elementos a los que el Pacto de la ONU no hace referencia, como las diversas formas de censura indirecta, la situación de los menores y los espectáculos públicos y la propaganda o apología de la violencia por razones discriminatorias. La Convención reconoce además, en su artículo 14, el derecho de rectificación o respuesta.

La Convención Americana entró en vigor en 1978 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en virtud de dicho tratado, sentó las bases de la interpretación de la Convención por vía de una opinión consultiva,[3] a pesar de que, en principio

[3] Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 39 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

siendo importante, el tema puesto en su conocimiento no parecía poseer tanta centralidad en el contexto americano: la colegiación obligatoria de periodistas.

El asunto llegó a la Corte Interamericana por una vía *sui generis*. Un periodista estadounidense residente en Costa Rica, Stephen Schmidt, presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana contra Costa Rica, alegando que la condena a tres meses de prisión a la que había sido objeto por ejercicio ilegal de la profesión de periodista al efectuar dicha actividad sin formar parte del Colegio de Periodistas de ese país, requisito establecido por la legislación interna,[4] vulneraba su derecho a la libertad de expresión. La Comisión desestimó la denuncia por considerar que el referido requisito constituía una regulación razonable del ejercicio de dicha actividad. Se trataba, como lo hizo ver la Corte Interamericana, de una buena oportunidad para haber sometido el caso por parte de la Comisión a dicho Tribunal, dado que representaba un tema novedoso para el Sistema Interamericano y que hasta esa fecha la Corte no había podido desarrollar su función contenciosa.[5] Sin embargo, la Comisión no lo hizo.

---

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 17/84, caso 9178 (Costa Rica) OEA/Ser. L/V/II. 63, doc. 15, 2 de octubre de 1984.

5 La Corte señaló que "[a]unque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por esta a la Corte. El *caso Schmidt* cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica". Enseguida añade que "[d]ado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte". Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párrs. 25 y 26.

Costa Rica tampoco remitió el caso como tal a la Corte, pero en cambio sometió una solicitud de opinión consultiva sobre el mismo tema. La Corte se declaró competente para conocer de dicha solicitud y emitir una opinión al respecto.[6]

El argumento de la Corte no menciona explícitamente la libertad de asociación: de hecho, en su propio encabezado, la sentencia se refiere solo a los artículos 13 y 29, relativos a la libertad de expresión y a las normas de interpretación, respectivamente. Ello se explica porque el núcleo de la argumentación de la Corte gira en torno a la libertad de expresión: es precisamente la protección de esta la que, a juicio de la Corte, hace incompatible la colegiación obligatoria de periodistas con la Convención Americana, en cuanto dicha colegiación impida el acceso de cualquier persona a expresarse a través de los medios de comunicación.

Sin embargo, a pesar de no referirse explícitamente a la libertad de asociación, la Corte, en la mencionada opinión consultiva, distingue la colegiación obligatoria de periodistas de la de otros profesionales. La Corte, refiriéndose a estos últimos, señala que "la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención [Americana] sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas".[7]

Lo que hace la Corte Interamericana es invocar una limitación por razones de orden público, que justificaría la colegiación obligatoria de profesionales que no sean periodistas, siempre y cuando no se afecte la libertad de expresión:

> [...] si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran

[6] Esto podría levantar críticas en el sentido de que se trataba de un caso contencioso encubierto, es decir, de una solicitud de opinión consultiva revestida únicamente de la apariencia de tal, en circunstancias de que en realidad podría tratarse de que la Corte se pronunciara indirectamente sobre un caso específico. Sin embargo, como señala la Corte, se trataba de un caso que había sido ganado por Costa Rica en la Comisión, por lo que mal podría considerarse como un resquicio de parte de dicho Estado el solicitar una opinión consultiva que coincidía en algunos aspectos con los temas del caso.

[7] *Idídem,* párr. 68.

> el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.[8]

La Corte agregó que "las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo (...)".[9] En la opinión consultiva no se señala cuál es el derecho que se estaría limitando por razones de orden público, pero no cabe sino entender que se trata de la libertad de asociación.

Aunque la conclusión a la que arriba la Corte Interamericana es similar a la del Sistema Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia, el fundamento que se proporciona es diferente. En efecto, la antigua Comisión Europea definió la libertad de asociación como "la capacidad general de los ciudadanos de incorporarse, sin interferencia por parte del Estado, a asociaciones, a fin de alcanzar diversos objetivos",[10] definición de la que la propia Comisión Europea dedujo que la libertad de asociación —y la de no asociarse— se refiere a asociaciones privadas.[11]

Siguiendo esta lógica, tanto la antigua Comisión Europea como el Tribunal Europeo concluyeron que las organizaciones de carácter profesional quedan fuera de la esfera protegida por la libertad de asociación, puesto que no son, en rigor, asociaciones privadas, ya que poseen un componente público central.[12] La

---

8 *Idem*.

9 *Ibidem*, párr. 76.

10 CEDH (Comisión Europea de Derechos Humanos), Appl. 6094/73, *Association vs. Sweden*, D & R 9, 1978, p. 5 (7). La traducción es mía.

11 *Ibidem*, p. 8.

12 CEDH, *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere vs. Belgium*, informe de 14 de diciembre de 1979, p. 23; Corte EDH, decisión de 23 de junio de 1981, pp. 26-27. El caso se refería a la orden de los médicos. También se estableció que habría una violación de la libertad de asociación cuando la existencia de la colegiatura profesional obligatoria impidiese el que colegas de una misma profesión formasen asociaciones voluntarias en materias profesionales privadas.

Comisión caracterizaba como roles básicos de un colegio profesional "el mantenimiento de la ética y de la disciplina al interior de la profesión, así como la defensa de los intereses de sus miembros en disputas externas".[13]

El fundamento que desarrolla la Corte Interamericana acerca de las demás profesiones no recurre, sin embargo —y a diferencia de los órganos europeos—, a la distinción público/privado. La Corte no afirma —tampoco lo niega— que los colegios profesionales sean algo distinto de las "asociaciones", como sostuviera su equivalente europeo.

No obstante la importancia del tema recién descrito y que confronta la Corte Interamericana en la opinión consultiva en mención, lo cierto es que la relevancia de esta excede con mucho a la colegiación obligatoria de periodistas, ya que en verdad lo que hace la Corte es sentar las bases del tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. En este sentido, la Corte Interamericana asume expresamente en su opinión consultiva en análisis que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, observando que "[l]a comparación hecha entre el artículo 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas", añadiendo que "el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, solo sea porque este no prohíbe expresamente la censura previa".[14] En consecuencia, una diferencia fundamental de la Convención Americana respecto de los otros dos tratados internacionales recién mencionados es que aquella establece una prohibición de

[13] CEDH, *Association vs. Sweden, supra,* p. 8. La traducción es mía.

[14] Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párrs. 50 y 45.

la censura previa para tiempos de normalidad constitucional. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Convenio Europeo contienen una prohibición tan perentoria al respecto.

El Pacto Internacional establece en su artículo 19, luego de consagrar la garantía de la libertad de expresión, que su ejercicio "entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente —añade—, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: *a)* asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; *b)* la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas". Cabe observar que la redacción antedicha es idéntica a la de los literales *a* y *b* del inciso 2 del artículo 13 de la Convención Americana, que más arriba hemos citado. La diferencia radica en que esta última, adoptada tres años después que el Pacto Internacional, distingue expresamente entre censura previa y responsabilidades ulteriores, en la forma en que lo hemos descrito.

Por su parte, el Convenio Europeo —muy anterior, adoptado en 1950— también establece en su artículo 10 que el ejercicio de la libertad de expresión importa deberes y responsabilidades y que dicho derecho

> [...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Según se advierte, el Convenio Europeo no contiene una prohibición de la censura previa.

Siendo similares ciertos pasajes de la Convención Americana y el Pacto Internacional en lo relativo a la libertad de expresión y difiriendo significativamente en otros pasajes sobre la misma materia, es evidente que el énfasis de la Convención Americana en la cuestión de la censura no es secundario, y que todo condu-

ce a entender que ella prohíbe no solamente la censura administrativa sino también la judicial.[15]

La Convención Americana no se refiere de manera específica a la censura administrativa, sino que contempla una prohibición general de la censura previa. A este respecto, la Convención dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *a)* el respeto a los derechos de los demás, o *b)* la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". En su numeral 4, el mismo artículo añade que "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de los establecido en el inciso 2".

Internándose más allá de la censura administrativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva que venimos revisando, luego de calificar a la libertad de expresión como un pilar de una sociedad democrática, sostuvo que constituye censura previa cualquier forma de medida preventiva —esto es, no solo las de carácter administrativo— que impida el ejercicio de dicha libertad, señalando que "[e]l artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por este medio un abuso eventual

[15] El voto separado del juez Piza Escalante en la OC-5 así lo señala expresamente: "el art. 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de «ciertas restricciones» del primero, por la de «responsabilidades ulteriores», sustitución que no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo". Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párr. 8 del mencionado voto separado.

de la libertad de expresión. En esta materia *toda medida preventiva* significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención" (las cursivas son nuestras).[16] Estas ideas han sido posteriormente reiteradas por la Comisión y la Corte en una serie de ocasiones, que analizaremos más adelante.

En la opinión consultiva 5, la Corte revisa también el tema de las responsabilidades ulteriores. Se trata, a diferencia de la censura previa, de mecanismos legítimos conforme a la Convención Americana, siempre que cumplan ciertos requisitos. Al respecto, la Corte señaló que para su determinación es necesario "que se reúnan varios requisitos, a saber: *a)* la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; *b)* la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; *c)* la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y *d)* que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines".[17]

De esta manera, conforme al argumentado desarrollado por la Corte Interamericana en su opinión consultiva 5, la Convención establece un enfoque bipolar, según el cual se excluye la censura previa como instrumento legítimo para limitar la libertad de expresión y se autoriza la atribución de responsabilidades ulteriores sujetas a determinadas exigencias.

Por último, otro aspecto relevante al que se refiere la Corte en la mencionada opinión consultiva es el de la doble dimensión —individual y colectiva— de la libertad de expresión. Con esto, el Tribunal quiere apuntar a que, por una parte, mediante su dimensión individual, dicha libertad sirve de base para el ejercicio de la autonomía personal y que, por otra, posee un alcance colectivo o social también de gran importancia, que tiene que ver con la centralidad de la libertad de expresión para un adecuado funcionamiento de un régimen democrático de gobierno, abriendo las vías para un debate público vigoroso y para una participación informada de la ciudadanía, sometiendo a escrutinio a las autoridades. Todos estos elementos serán desarrollados posteriormente por la propia Corte y por la Comisión, a propósito de una serie de temas y casos específicos.

[16] *Ibidem*, párr. 38.

[17] *Ibidem*, párr. 39.

3. La libertad de expresión en el Sistema Interamericano en un contexto de transiciones a la democracia

Al comenzar la década de los noventa, casi la totalidad de los países latinoamericanos se encontraban en transición o habían transitado a regímenes democráticos. Así, de un contexto en el cual eran numerosos los regímenes autoritarios —algunos consistentes abiertamente en dictaduras y otros más o menos camuflados al respecto ante la comunidad internacional—, se pasó a gobiernos elegidos en las urnas. Sin embargo, en la medida en que estos nuevos regímenes eran en no pocos casos precariamente democráticos, comenzaron a surgir una serie de temas anteriormente no tratados en materia de libertad de expresión, de los cuales el Sistema Interamericano de Derechos Humanos empezó a hacerse cargo.

Esto no significa que las formas de violaciones más elementales a la libertad de expresión —como el homicidio de periodistas[18] o la censura administrativa[19] hayan desaparecido por completo, pero ellas se han visto acotadas a un escaso número de países. En la mayoría de los Estados, en cambio, comienza a prestarse atención a otros tipos de violaciones a este derecho, de los cuales el Sistema Interamericano se ha hecho cargo paulatinamente.

Respecto de estos otros tipos de problemas es que concentraremos nuestro análisis, revisando sucesivamente la censura judicial, las normas de desacato, otras formas de responsabilidades ulteriores y el acceso a la información pública.

---

18 Véase, por ejemplo, CIDH, caso 10.548, Hugo Bustíos Saavedra (Perú), informe 38/97; caso 11.739, Héctor Félix Miranda (México), informe 50/99; caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza (México), informe 130/99.

19 Véase CIDH, caso 10.325, Steve Clark (Granada), informe 2/96. El caso se refería a la incautación administrativa de cuatro cajas de libros en el aeropuerto Point Salines de Granada. Entre los libros incautados se hallaban *La lucha es mi vida,* de Nelson Mandela; *Maurice Bishop habla; La revolución de Granada 1979-1983; Nada puede detener el curso de la historia; Una entrevista con Fidel Castro,* por el congresista Mervyn Dymally y Jeffrey M. Elliott; *Un pueblo, un destino; El Caribe y Centroamérica hoy,* editados por Don Rojas; *Malcolm X habla,* y *Nuestro hombre en La Habana,* de Graham Greene.

4. Censura judicial

A partir de la década de los noventa, la Comisión y la Corte han decidido una serie de casos específicos de prohibiciones judiciales de diversas formas de expresión. En lo sustancial, se ha tratado de una aplicación de los estándares que la Corte había desarrollado a partir de la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana en su opinión consultiva 5, a la que recién nos hemos referido, en especial la consideración de que toda forma de medida preventiva de la emisión de expresiones constituye una forma de censura. Esto ha ocurrido, en lo que concierne a la Corte, en los casos de la película "La Última Tentación de Cristo"[20] y en el del libro *Ética y servicios de inteligencia* (caso de *Humberto Palamara Iribarne)*,[21] ambos seguidos contra Chile. La Comisión,

[20] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73. Durante los primeros años de la transición chilena el Consejo de Calificación Cinematográfica mantuvo su política de censurar determinadas obras. Más tarde la composición del Consejo fue modificada y, promediando los noventa, el Consejo levantó la prohibición que había impuesto en la época de la dictadura para exhibir la película "La Última Tentación de Cristo". Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, pronunciándose a propósito de un recurso de protección, resolvieron mantener la censura, por considerar la película lesiva para la honra de un grupo de católicos, de la Iglesia católica y del mismo Jesucristo, señalando, además, que el Consejo carecía de la facultad de levantar la prohibición de películas que hubiera sido dispuesta por los tribunales. En los años ochenta, la prohibición de "La Última Tentación de Cristo" había sido apelada ante los tribunales y estos habían confirmado la censura de esta película. El caso fue entonces presentado ante la Comisión Interamericana, la que estableció una violación de la Convención Americana, siendo posteriormente enviado a la Corte Interamericana, la que resolvió de igual manera en febrero de 2001. La Corte reafirmó lo sostenido en la opinión consultiva 5, en cuanto a que toda medida preventiva de emisión de expresiones constituye censura. Además, señaló que "la responsabilidad internacional del Estado [...] se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial" (párr. 72). Consecuentemente, el Tribunal dispuso que el Estado debía reformar la Constitución Política, lo que se hizo en el sentido anotado.

[21] Corte IDH. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135. Este caso lo describo más adelante.

además de decidir en la primera fase los dos casos mencionados, hizo lo propio en los de los periodistas Francisco Martorell[22] —a quien se le prohibió por los tribunales chilenos la circulación de su libro *Impunidad diplomática*— y Alejandra Matus[23] —quien se vio afectada por la misma medida por su obra *El libro negro de la justicia chilena)*. Dado que, como hemos señalado, en lo sustancial dichas decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana

[22] CIDH, caso 11.230, Francisco Martorell (Chile), informe 11/96. El libro se refería a supuestas orgías y conductas corruptas de una serie de personajes públicos, incluidos diplomáticos, empresarios y políticos. El libro fue prohibido primero por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego por la Corte Suprema en el contexto de un recurso de protección. Se sostuvo por los tribunales que dicha prohibición era imprescindible para proteger el derecho a la honra de los afectados, que dicho derecho es superior al derecho a la libertad de expresión —basándose, entre otros, en el curioso argumento de que en la Constitución chilena el numeral que consagra el derecho a la honra antecede a aquel que reconoce la libertad de expresión—, y que esta actuación judicial no representaba un acto de censura, ya que solo cabría hablar de esta cuando sea un órgano administrativo en un régimen autoritario el que adopta tal decisión. La resolución de la CIDH de 1996, como se ha dicho, no ha sido cumplida, permaneciendo el libro censurado hasta la fecha.

[23] CIDH, caso 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña (Chile), informe 90/05. *El libro negro de la justicia chilena,* que permaneció censurado entre 1999 y 2001. Esta obra describía la situación del sistema judicial chileno desde los años sesenta, formulando acusaciones de desidia en materia de protección de los derechos humanos —las que ya habían sido planteadas por la Comisión de Verdad y Reconciliación— y de corrupción. Un ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, a quien se aludía en el libro —y contra quien se había interpuesto una acusación constitucional por notable abandono de deberes—, interpuso una querella y pidió la prohibición, la que fue acogida. La censura de este libro produjo gran revuelo en la opinión pública y en la clase política, lo que no había ocurrido en casos anteriores durante la transición chilena. Este caso condujo a la reforma de la Ley de Seguridad del Estado (LSE) en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones. A raíz de esta reforma la censura de *El libro negro de la justicia chilena* fue levantada. Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la LSE, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el Tribunal se fundó en que se encontraba determinando acaso existirían otros delitos cometidos además del de la LSE por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el Tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la LSE.

se basan en lo ya analizado a propósito de la opinión consultiva 5, nos centraremos ahora en aquellos aspectos que sean complementarios al anterior.

En sus presentaciones ante la Comisión y la Corte en varios de los casos mencionados, el Estado de Chile ha planteado el problema de la censura previa de un modo diferente al desarrollado por la Corte en la opinión consultiva 5. Dicho argumento discurre en torno a una serie de disposiciones de la Convención Americana, intentando interpretar a la luz de ellos el artículo 13, que regula la libertad de expresión.

Una de las disposiciones invocadas en tal dirección es la del artículo 11 de la Convención, que consagra el derecho a la honra. En realidad, cuando el Estado chileno invocaba esta disposición, reproducía el debate que había tenido lugar previamente a nivel interno, puesto que fue precisamente sobre la base de una supuesta protección del derecho a la honra que los tribunales habían prohibido los dos libros mencionados —*Impunidad diplomática* y *El libro negro de la justicia chilena*— y la película "La Última Tentación de Cristo".

Otra disposición mencionada es la del artículo 32 de la Convención, que se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo que "[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" (num. 1) y agregando en su numeral 2 que "[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Fernando Toller, quien comparte los argumentos del Estado chileno,[24] también se adentra en otro ámbito, referido al derecho a la protección judicial, que la Convención reconoce en el artículo 25.1. Esta disposición establece que "[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando

[24] Toller, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Toller señala que "este artículo no puede ser entendido restrictivamente, confinándolo a la tutela reparatoria o retributiva. Por el contrario, la norma confiere también —y especialmente— el derecho a impetrar una tutela judicial preventiva ante una amenaza de violación a esos derechos —amenaza que es en sí misma, una forma de violación—, puesto que tal tutela en ciertos casos es el único modo de «amparar» al demandante".[25]

Lo cierto es que en la jurisprudencia del Sistema Interamericano el desarrollo de la garantía de la protección judicial ha jugado un papel sumamente relevante. Ella ha sido usada, sin ir más lejos, como uno de los parámetros para determinar la incompatibilidad de las normas internas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos con la Convención Americana.[26] De tal magnitud es su importancia, que la Corte Interamericana ha señalado desde sus primeras opiniones consultivas que la protección judicial se encuentra dentro de los derechos no suspendibles durante la vigencia de estados de excepción.[27]

Sin embargo, comparado con los tres aspectos mencionados anteriormente, esto es, la protección del derecho a la honra, la correlación entre derechos y deberes y la protección judicial, el artículo 13 de la Convención —referido, como hemos dicho, a la libertad de expresión— ofrece una regulación más específica. Nótese que la protección de la reputación no solo aparece en el artículo 11 ya aludido, sino que es reconocida expresamente en

25 Toller, Fernando M., *op. cit*., p. 545.

26 Véase la jurisprudencia desarrollada por la Comisión Interamericana a partir de los casos sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay: informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e informe 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 7 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992. Consúltense, asimismo, Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, y Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

27 Corte IDH, El *habeas corpus* bajo la suspensión de garantías, opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987; Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

el artículo 13 como un límite a la libertad de expresión. No obstante ello, el propio artículo 13 se encarga de señalar expresamente que la censura previa es un mecanismo prohibido, añadiendo que la vía de salvaguarda para la reputación debe ser otra, a saber, el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

Respecto a la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el artículo 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa, tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos —y los derechos ajenos le acarrean a uno deberes de respeto— consiste en ponderarlos adecuadamente. Como ha señalado la Corte Interamericana, el artículo 32.2 "[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado". La Corte añade que "[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas".[28] Pero en el caso de la libertad de expresión sí se indican estas restricciones por la Convención y además se establece que existe un mecanismo prohibido, que es la censura previa.

Para ilustrar el asunto podemos recurrir a otro derecho: argumentar del modo como lo ha hecho el Estado chileno sería análogo a señalar que, dado que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias contempla limitaciones expresas (la protección de "la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás", según dispone el art. 12.3 de la Convención), ello justificaría pasar por alto que existe disposición específica y expresa de que se trata de un derecho no suspendible bajo estados de excepción (art. 27.2 de la Convención). En otros términos, los potenciales conflictos de derechos, incluso cuando ellos aparecen explícitos en la Convención bajo la forma de limitaciones de unos a otros, no pueden resolverse a través de mecanismos expresamente prohibidos, como

[28] Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párr. 65.

serían la suspensión de derechos no suspendibles de acuerdo con la Convención, o el recurso a la censura previa, prohibida por ella para épocas de normalidad constitucional.

Lo propio cabe sostener en relación con el derecho a la protección judicial. Ya hemos señalado la importancia reconocida por el Sistema Interamericano a este derecho. También hemos observado la centralidad que posee el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no se trata en este punto de determinar cuál de estos derechos posee un mayor peso en el caso específico (ni menos de determinar *in abstracto* qué derecho posee una mayor jerarquía, como se han aventurado a hacer los tribunales chilenos,[29] apartándose de los desarrollos en la teoría del derecho y la jurisprudencia modernas).[30] Se trata de que la regulación de la libertad de expresión incluye un mecanismo prohibido, la censura previa.

En abono a la tesis sostenida por los órganos del Sistema Interamericano, es posible recurrir también a la distinción que realiza Dworkin entre principios y normas, observando que los primeros "tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno". En tanto —añade—, "[l]as normas no tienen esta dimensión [...] cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su

[29] Se trata de una aproximación a este tipo de problemas muy corriente en la jurisprudencia chilena, que fue llevada al extremo en el caso Martorell, donde la Corte Suprema construyó una "teoría numerológica" de la Constitución, conforme a la cual tendrían una jerarquía descendiente los derechos, según el numeral del artículo 19 en que se encuentren consagrados. La tesis más habitual, que no invoca la "teoría numerológica", pero que recurre a una jerarquía de derechos, apareció reiterada en materia de libertad de expresión en la sentencia de la Corte Suprema en el caso de la obra de teatro "Prat", en 2003, en la que se señala que el derecho a la honra es superior en jerarquía a aquella libertad.

[30] Véanse, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 89 y ss., con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, pp. 72 y ss. Cabe hacer notar que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tampoco ha intentado jerarquizar *in abstracto* los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones.

mayor peso".[31] Aplicado esto a la materia que nos ocupa, si bien la libertad de expresión en general sería —en la terminología de Dworkin— un principio, cuyo peso relativo correspondería ponderar con el de otros principios —como el de la protección de la honra—, en lo que se refiere a la prohibición de la censura previa estaríamos frente a una norma, que impone un deber específico, no susceptible de ser ponderado con otros estándares. En consecuencia, la ponderación entre libertad de expresión y honra a la que acabamos de aludir tendría lugar en el momento de establecer responsabilidades ulteriores, pero no se extendería a las etapas previas a ese momento.

Otro aspecto relevante es la determinación del momento en que deja de ser procedente hablar de censura previa. ¿Se trata solo de aquellas prohibiciones que recaen sobre expresiones aún no emitidas o difundidas? ¿O se extiende el concepto de censura previa hasta que se dicte una sentencia judicial firme que establezca las responsabilidades ulteriores? Para resolver esta cuestión, lo central será determinar desde qué momento cabe decir que se encuentran establecidas las responsabilidades ulteriores.

La propia Convención Americana plantea explícitamente una bipolaridad, conforme a la cual existen dos tipos de mecanismos restrictivos de la libertad de expresión. El primero, ilegítimo de acuerdo con la Convención, es la censura previa. El segundo, legítimo en la medida en que se ajuste a ciertos parámetros, el establecimiento de responsabilidades ulteriores. No hay, sobre este particular, una tercera alternativa.[32]

Como hemos dicho, en la opinión consultiva 5, la Corte Interamericana señaló que para la determinación de las responsabilidades ulteriores deben existir causales de responsabilidad previamente establecidas; hallarse tales causales definidas en forma expresa y taxativa por la ley; perseguirse fines legítimos al establecerlas, y ser ellas necesarias para asegurar dichos fines.

---

31 Dworkin, Ronald, *op. cit*., pp. 77-78.

32 Así lo ha señalado expresamente la Corte Interamericana en su opinión consultiva 5, *supra* y posteriormente, en el *Caso Herrera Ulloa;* véase Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

Ahora bien, cuando se plantea en sede judicial por vía de una medida cautelar la prohibición de difundir ciertas expresiones, ya sea a través de acciones de amparo o de medidas cautelares solicitadas en procesos penales, no se están satisfaciendo los requisitos recién reseñados. Más aún, tratándose de un recurso de protección —equivalente al amparo en el derecho comparado— no es solo la medida cautelar dictada al comienzo o durante la tramitación del mismo la que es contraria a la Convención Americana, sino que ni siquiera una sentencia firme recaída en un recurso de esa naturaleza pasaría el test de la Convención. Esto porque, por su carácter de cautelar, la sentencia pronunciada en dicho contexto no reúne los requisitos como para que pueda sostenerse que sea idónea para el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

En los casos de censura antes mencionados, decididos por el Sistema Interamericano, no hubo oportunidad de que la Comisión ni la Corte emitieran un pronunciamiento respecto de este tema. En cambio, el tratamiento dado por la Comisión Interamericana a la prohibición judicial del libro *Cecilia, la vida en llamas* es ilustrativo en este aspecto. El libro, una biografía no autorizada por la persona de la que trata —la cantante popular chilena Cecilia Pantoja— estuvo a la venta en librerías durante casi dos meses. Sin embargo, en diciembre de 2002, un tribunal del crimen ordenó la incautación de todos los ejemplares del libro cuando el proceso penal se encontraba en sus inicios. Lo hizo como una medida preventiva, para la protección de la honra de la presunta víctima y para asegurar los medios de comisión del supuesto delito —el caso se analiza con mayor detalle más adelante en este capítulo—. El autor del libro, además de impugnar a nivel judicial interno dicha incautación, presentó un pedido de medidas cautelares a la Comisión Interamericana, habida cuenta de la situación de censura previa, dado que se trataba de una incautación dispuesta sin que mediara una sentencia firme en el proceso judicial. La Comisión acogió el pedido y solicitó a Chile la adopción de medidas cautelares (de las establecidas en el reglamento de la Comisión en su art. 25) destinadas a levantar la prohibición del libro.[33]

[33] Nota dirigida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al gobierno de Chile en relación con medidas cautelares solicitadas respecto del

Con el mismo criterio ha venido operando la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión, que ha manifestado su preocupación por la afectación de tal libertad no solo cuando la prohibición ha tenido lugar antes de su difusión inicial, sino en general cuando esta ha ocurrido como resultado de una medida judicial adoptada una vez que la obra ya ha comenzado a ser difundida.[34]

Preguntándose por la razón de ser de las perentorias disposiciones de la Convención Americana respecto de la censura, Toller plantea la posibilidad de que ello obedezca a

> [...] que la norma, adoptada en un contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, so capa de proteger los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inciso 2 [del art. 13] como merecedores de tutela *a posteriori*, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política.[35]

Este argumento le sirve de base para interpretar la Convención de un modo tal que no prohibiría las restricciones judiciales a las expresiones.

Sin embargo, no se divisa por qué el peligro que se intentaba prevenir a través de la regulación de la libertad de expresión en

---

libro *Cecilia, la vida en llamas,* 7 de marzo de 2003. El art. 25 del Reglamento de la Comisión dispone que "[e]n caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas". En este sentido, la Comisión no ha establecido una distinción —porque, conforme a la Convención Americana no cabía hacerla— entre una situación como la de *El libro negro de la justicia chilena,* que —como apuntamos antes— fue prohibido e incautado por orden judicial en 1999 sin que hubiera alcanzado a ser difundido, y la de *Cecilia, la vida en llamas,* que estuvo en venta durante algún tiempo.

[34] Cabe anotar la dificultad que existe para emprender investigaciones sistemáticas acerca de las prohibiciones judiciales de manifestaciones de expresión, debido a que se trata en la gran mayoría de los casos de decisiones adoptadas en virtud de medidas cautelares, de las cuales normalmente no se deja registro en las bases de datos informáticas de los sistemas judiciales.

[35] Toller, Fernando M., *op. cit*., p. 542.

la mencionada Convención no se extendería también a las prohibiciones judiciales.

En efecto, si se observa de manera general la Convención Americana, se apreciará que a pesar de haber sido adoptada en un contexto en que muchos países del continente americano estaban dominados por regímenes autoritarios, muchas de sus disposiciones representaron en su momento avances significativos comparadas con las regulaciones internas de los Estados e, incluso, respecto de algunos puntos en relación con la normativa internacional de la época. Como señalara al analizar la gestación de la Convención, ello se inscribiría dentro de la tendencia latinoamericana a aprobar garantías que nunca llegaban a ser operativas (lo cual era —y continúa siendo, aunque en menor medida— típico en el caso de las establecidas a nivel constitucional); además, muchos de los gobiernos de la época se limitaron a aprobar la Convención sin ratificarla para que entrara en vigor respecto de ellos, lo que, en la mayoría de los casos, solo se realizó una vez que se emprendieron procesos de transición a la democracia.

En este sentido, la Convención Americana se mueve inequívocamente dentro de la lógica de un régimen democrático y, por lo mismo, mal pueden ser interpretadas sus disposiciones —a la manera como lo hace Toller— de un modo restrictivo, como si se tratase de meros paliativos a los excesos de regímenes autoritarios. Tanto las disposiciones sustantivas como las orgánicas y procesales —acerca de los roles de la Comisión y la Corte Interamericana— del Pacto de San José están dirigidas de manera principal a contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos en el contexto de sistemas democráticos. Los regímenes autoritarios, en cambio, corresponden a situaciones anómalas dentro de la lógica de la Convención, que deben ser superadas para que este instrumento internacional alcance plenos efectos.

Más bien, y en una nota sobre el contexto en abono de la interpretación que la Comisión y la Corte Interamericana han hecho del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, cabría apuntar que las limitaciones históricas, tanto políticas como culturales, impuestas al debate público en nuestros países, justifican de sobra una protección amplia de la libertad de expresión, a fin de fortalecer dicho debate y facilitar las condiciones para el desa-

rrollo de un escrutinio ciudadano vigoroso respecto del quehacer de las autoridades y de los actores públicos. En sociedades en que la transparencia del quehacer público no ha sido precisamente la nota predominante, en que la sociedad civil es débil y los mecanismos de participación son limitados, una protección significativa de la libertad de expresión resulta central.

Además, no solo en lo referido a la dimensión política de la libertad de expresión, sino a sus alcances en otras esferas, como la autonomía personal en materia religiosa y moral, así como en el ámbito de la creación artística, una protección fuerte de la libertad de expresión también es requerida en un contexto como el latinoamericano. Se trata, en efecto, de sociedades jerarquizadas, en las que históricamente se ha intentado imponer una homogeneidad cultural "desde arriba", lo cual ha afectado a disidentes religiosos, pueblos indígenas, minorías sexuales y grupos discriminados en general, así como a muchas iniciativas innovadoras en el terreno de las artes.

Que esta protección fuerte de la libertad de expresión incluya la prohibición de la censura judicial por parte del Sistema Interamericano no es extraño, si se considera que los sistemas judiciales de la región han contribuido tradicionalmente a perpetuar este estado de cosas en los ámbitos indicados en los dos párrafos anteriores,[36] brindando especial reconocimiento a las autoridades estatales y, en general, a los actores públicos, así como a las tendencias culturales hegemónicas. A tanto ha llegado el asunto que, como lo demuestra paradigmáticamente el tratamiento dado en Chile a la película "La Última Tentación de Cristo", en deter-

[36] En este sentido, Pedro Serna, que considera que las interdicciones judiciales de las expresiones —a las que no llama "censura judicial"— pueden justificarse en determinados contextos, señala que en el ámbito interamericano su prohibición posee lógica, teniendo "presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis —añade— tal vez sea ese dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión *a priori* de las interdicciones judiciales". Serna, Pedro, "La llamada «censura previa judicial» y el derecho constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Liber Amicorum*, *Héctor Fix-Zamudio,* San José de Costa Rica Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1998, vol. II, p. 1427.

minadas circunstancias han sido los propios tribunales los que le han enmendado la plana a órganos administrativos de censura, prohibiendo lo que estos permitían.

4.1. Censura y restricciones indirectas

El artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a diferentes formas de restricciones indebidas, que podrían llegar a constituir formas indirectas de censura. Así, el mencionado texto establece que "[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de los alcances de esta disposición en el caso *Ivcher Bronstein,* en el cual dictó sentencia en 2001. El señor Baruch Ivcher Bronstein, cuya nacionalidad originaria era la israelí, llegó a Perú en 1970. En noviembre de 1984 le es otorgada la nacionalidad peruana y renuncia a la que tenía hasta entonces. Cabe señalar que para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos en Perú, se requería gozar de la nacionalidad peruana. A partir de 1985 el señor Bronstein empieza a comprar acciones del Canal 2, llegando a poseer en la década siguiente 53.95% de las mismas, además de ejercer los cargos de director y presidente del Directorio de la compañía.

En 1997, el programa *Contrapunto* del Canal 2 difundió una serie de reportajes sobre supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, denunciando ingresos millonarios percibidos por Vladimiro Montesinos, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú. Como resultado de los reportajes, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias, llegando a quitársele la nacionalidad peruana. Dado que este último era un requisito para tener participación en la propiedad de medios de comunicación en Perú, y según da por probado la Corte Interamericana,

> [...] [un juez] ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario y presidente de la Compañía y se revocara su nombramiento como director de la misma, se convocara judicialmente a una Junta General Extraordinaria de Accionistas para elegir un nuevo Directorio y se prohibiera la transferencia de las acciones de aquel. Además, otorgó la administración provisional de la empresa a los accionistas minoritarios, hasta que se nombrase un nuevo Directorio, retirando así al señor Ivcher Bronstein del control del Canal 2.[37]

La Corte Interamericana añade que "ha constatado que, después de que los accionistas minoritarios de la Compañía asumieron la administración de esta, se prohibió el ingreso al Canal 2 de periodistas que laboraban en el programa *Contrapunto* y se modificó la línea informativa de dicho programa",[38] lo cual lleva a la Corte a concluir que "[e]n el contexto de los hechos señalados [...] la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa *Contrapunto* del Canal 2 de la televisión peruana".[39] Por ello, la Corte Interamericana determinó que se habían violado los numerales 1 y 3 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otra forma de restricciones indirectas deriva de la concentración de los medios de comunicación. Es este un problema recurrente a nivel internacional, más allá del solo Sistema Interamericano. Ya sea debido a interferencias deliberadas de los Estados o por razones de economías de escala en el sistema de mercado, en los hechos en muchos países existe una concentración muy significativa de los medios de comunicación en escasas manos.

Cuando se trata de circunstancias del primer tipo descrito, es decir, de interferencias estatales deliberadas, la respuesta del Sistema Internacional de Derechos Humanos es clara, como se ha manifestado en numerosos informes de la Comisión Intera-

---

37 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 160.

38 *Ibidem*, párr. 161.

39 *Ibidem*, párr. 162.

mericana acerca de regímenes dictatoriales o de la jurisprudencia de la Corte en el recién mencionado caso *Ivcher Bronstein*.

Sin embargo, en la segunda hipótesis, relativa al desarrollo de los mercados, existe escaso desarrollo internacional. De partida, al regular la protección de la libertad de expresión, los instrumentos internacionales de derechos humanos no se refieren de manera específica a la concentración de los medios de comunicación. En el marco de la Convención Americana puede sostenerse que ello es tratado implícitamente en el numeral 3 del artículo 13, al referirse a la prohibición de la restricción de dicha libertad por vías o medios indirectos "encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". No obstante, ha sido a partir de 2000, con la adopción de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión por la Comisión, que esta segunda hipótesis ha comenzado a ser enfocada más explícitamente por el Sistema Interamericano.

Así, el principio 12 de la mencionada Declaración establece que "[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos". No obstante, la complejidad del problema persiste, puesto que a menudo la determinación de lo que sea o no una concentración legítima será una cuestión de grado, para lo cual será necesario desarrollar criterios jurisprudenciales más precisos, lo cual aún no ha ocurrido, ya que el Sistema Interamericano prácticamente no ha conocido de casos de esta naturaleza.

Otro aspecto, complementario al anterior, a que se hace referencia en el principio 12, es que "[l]as asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos". Tal como el antes mencionado, se trata de un problema de envergadura significativa, consistente en determinar los alcances de una obligación positiva del Estado. En este aspecto, como en el anterior, es escaso el desarrollo a nivel de los órganos interamericanos, pudiendo resaltarse solo unos pocos ejemplos, como la atención que la Comisión le ha prestado en

años recientes a la cuestión de las radios comunitarias. Sobre este aspecto también se pronunció la Asamblea General de la OEA, al "[i]nstar a los Estados miembros a que consideren la importancia de incluir, en el marco de sus respectivos ordenamientos jurídicos, normativa sobre la creación de medios de comunicación alternativos o comunitarios que asegure el funcionamiento independiente de los mismos, como una manera de ampliar la difusión de información y opiniones, fortaleciendo así la libertad de expresión".[40]

En un fallo de la Corte Interamericana de 2008, en el caso *Kimel,* se efectúa un pronunciamiento en la materia.[41] Aunque el caso se refería de manera más directa a la cuestión de los alcances de la responsabilidad penal en materia de expresiones —por lo que lo analizaremos en el apartado respectivo—, cabe dejar constancia de que el Tribunal señaló que el Estado "no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo".[42]

5. Normas de desacato

Uno de los primeros temas de los que se hizo cargo el Sistema Interamericano con los procesos de transición fue el de las normas de desacato, a través de las cuales se confiere una protección especial —tanto mediante penas calificadas como por vías procesales— al honor de determinadas autoridades, bajo el supuesto de que con ello se protege el orden público. Como salta a la vista, se trata de un tema que apunta al núcleo central de procesos de transición de regímenes autoritarios a regímenes democráticos, puesto que en países con una larga tradición en el primer sentido

40 Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación, AG/RES. 2287 (XXXVII-O/07), OEA, 5 de junio de 2007, párr. 7.

41 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

42 *Ibidem*, párr. 57.

se veía como normal que persistieran ciertas características del primer tipo de regímenes.

En mayo de 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por el periodista Horacio Verbitsky, quien había sido condenado por el delito de desacato, al estimarse que había injuriado a Augusto César Belluscio, ministro de la Corte Suprema. Las autoridades argentinas consideraron que la publicación de un artículo en el cual el periodista se refería al señor Belluscio como "asqueroso" era delito de acuerdo con el Código Penal que establecía, en el artículo 244, el delito de desacato.

En el artículo del diario *Página 12*, titulado "Cicatrices de dos guerras", el periodista utilizó la expresión "asqueroso" al referirse al ministro de la Corte Suprema, haciendo referencia a una entrevista dada por el señor Belluscio en la cual manifestó que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos ministros adicionales le "dio asco". El reclamante alegó que con dicho término se refería al sentido de "que tiene asco", como señalaba el ministro en su entrevista.

Después de que se agotaran todos los recursos contemplados en la legislación argentina para reclamar por la decisión que condenó al señor Verbitsky por desacato, este recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación de, entre otros, el derecho a la libertad de expresión y la igualdad ante la ley, reconocidos en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, respectivamente.

En nota de 15 de septiembre de 1992, el Gobierno argentino envió a la Comisión Interamericana una copia del proyecto de ley por el que propiciaba la derogación de la figura de desacato junto con sus fundamentos y antecedentes, iniciativa que permitió llegar a un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado de Argentina se comprometía a obtener la derogación del artículo 244 del Código Penal. Dicho artículo que consagraba la figura del desacato fue eliminado definitivamente con la ley 24.198 de 1994.[43]

[43] Véase CIDH, Informe anual 1994, caso 11.102.

Sin embargo, dado que se alcanzó una solución amistosa en el caso, la Comisión Interamericana no emitió una resolución final al respecto, en la que pudiera haber desarrollado su propio parecer acerca de la cuestión planteada. Atendida la importancia del tema, la Comisión decidió, en cambio, elaborar un informe sobre el mismo, dedicado de manera general a analizar la cuestión de la compatibilidad o no de las normas de desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su informe,[44] la Comisión comienza definiendo las leyes de desacato como "una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales".[45]

La Comisión Interamericana reconoce que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero señala que sus restricciones deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática. También destaca el "derecho de los ciudadanos a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad". Añade que el debate político "generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos [...]".[46]

También enfatiza la Comisión que la información —sea que esta provenga de la prensa, de un particular o de un órgano estatal— es el más poderoso mecanismo de control, fiscalización y resguardo de la actuación del Estado. En este sentido, los órganos del Estado ejercitan una soberanía "delegada", es decir, tal como lo expresa nuestra Constitución en su artículo 5, "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece". Así, como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos, sino que lo hacen en nombre de las personas, sus actos de-

44 CIDH, "Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Informe anual 1994, pp. 209 y ss.

45 *Ibidem,* p. 211.

46 *Ibidem,* p. 218.

ben estar abiertos al control ciudadano. Es por ello que no parece legítimo que la propia autoridad genere mecanismos que veden la posibilidad de que se le controle.

Para asegurar una participación ciudadana eficaz, es crucial que la población se encuentre bien informada y que exista transparencia del quehacer público. Si es la propia autoridad la que niega o restringe severamente a los ciudadanos el derecho de crítica y control, no es posible resguardar adecuadamente una participación informada y que efectúe contribuciones relevantes.

Para realizar este control, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparada coincide en que no hay nada mejor que la más plena y abierta crítica al funcionario público. Así lo expresaba James Madison, citado por el juez Brennan, al que, a su vez, se remite la Comisión: "Si tomamos en cuenta la naturaleza del gobierno republicano, nos daremos cuenta que el poder de censura lo posee la gente sobre el gobierno y no el gobierno sobre las personas".[47]

La Comisión sostiene que el argumento constantemente utilizado por los Estados de que "las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno" no es un argumento legítimo.[48] Cabe añadir que existe una jurisprudencia arraigada en América Latina en el sentido de establecer una especie de conexión automática entre las conductas tipificadas en la legislación penal y la afectación del orden público. En otras palabras, los tribunales ni siquiera entran a analizar si este último —bajo el concepto que de él tienen— ha sido o no efectivamente afectado, omitiendo cualquier ponderación de razonabilidad y proporcionalidad.

En concepto de la Comisión Interamericana, este tipo de legislación no es necesaria para asegurar el orden público y, por tanto, no se encuentra dentro de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión. Las leyes de desacato contradicen el principio de que una democracia debidamente funcional constituye

47 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d.686, 1964.

48 CIDH, Informe anual 1994, p. 212.

la máxima garantía del orden público, añade la Comisión. En una línea de argumentación que encuentra antecedentes en el Sistema Europeo, la Comisión ha señalado que el término "necesario", en el contexto del artículo 13.2, debe considerarse como "algo más que útil, razonable o conveniente".[49] Para que una limitación sea "necesaria", debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Además, las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental propuesto. La "necesidad", según lo ha sostenido la Corte Interamericana, importa la existencia de una "necesidad social imperiosa", por lo que no puede invocarse cualquier argumento como medio para suprimir un "derecho garantizado por la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real".[50] Si esto ocurre, la restricción aplicada no es legítima, ya que no existe ni una necesidad imperiosa, ni proporción alguna entre el fin perseguido —la protección del honor o el orden público— y el derecho limitado.

Es por ello que la Comisión sostiene que la protección brindada por las leyes de desacato a los funcionarios públicos no es coherente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos —que actúan en carácter oficial— les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. "Esta distinción [observa la Comisión] invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo".[51]

Además, la Comisión, recogiendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, sostiene que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y colectiva. La Corte ha sostenido que si se restringe la libertad de expresión del indivi-

[49] *Ibidem*, p. 220.

[50] Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, *supra,* párr. 42.

[51] CIDH, Informe anual 1994, p. 218.

duo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. Hay, por tanto, dos dimensiones de la libertad de expresión que deben ser respetadas: por una parte, el no ser menoscabado e impedido de manifestar el propio pensamiento y, por otra, el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[52] Esta esfera pública de la libertad de expresión es especialmente importante cuando se trata de ejercer el derecho de todo ciudadano a fiscalizar a sus autoridades.

La Comisión establece que la protección que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público, concluyendo que las leyes de desacato no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática y que, por tanto, no resultan una restricción justificada a la libertad de expresión a luz del artículo 13 de la Convención Americana. Por esto, la amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público, inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, no puede utilizarse como método para suprimir a los adversarios políticos y la crítica al gobierno.

De acuerdo con lo señalado por la Comisión en su informe, la protección de la libre expresión carece de sentido si no se extiende a las opiniones que son generalmente aborrecidas. No hay contradicción alguna en reconocer la necesidad de una sociedad políticamente organizada, compuesta de órganos capaces de mantener el orden público y hacer cumplir las leyes, y una actitud vigilante respecto del Estado. La libertad de expresión no solo tiene una dimensión creativa, sino también un importante papel cautelar: debe comprendérsela como un instrumento indispensable para mantener los poderes del Estado bajo el escrutinio y crítica de sus ciudadanos. La Comisión subraya además que cuando la Convención Americana dispone en su artículo 13.2 que en materia de libertad de expresión podrán establecerse limitaciones bajo la forma de responsabilidades ulteriores, en la

[52] Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra,* párr. 30.

medida en que ello sea necesario para alcanzar fines tales como la seguridad nacional y el orden público, se entiende que lo hace en el contexto de un sistema democrático.

La Corte Interamericana tuvo ocasión en 2005 de pronunciarse en un caso contencioso en que se habían aplicado normas de desacato. Se trataba del caso ya citado de Humberto Palamara Iribarne. El caso se originó en 1993, a raíz de que al señor Palamara, oficial retirado de la Marina de Chile que en esos momentos se desempeñaba como empleado civil contratado por la misma, se le prohibió publicar su libro *Ética y servicios de inteligencia,* referido a la necesidad de adecuar las tareas de inteligencia a ciertos parámetros éticos. El intento de publicar el libro, así como declaraciones hechas a la prensa, condujeron al procesamiento del señor Palamara por los delitos de incumplimiento de deberes militares y desobediencia, así como por el delito de desacato.[53]

Por orden de un fiscal naval se incautaron los libros existentes en la imprenta, así como todos los archivos que contenían información sobre la publicación. Además, se incautaron los ejem-

[53] El delito de incumplimiento de deberes militares se habría configurado cuando el autor envió su libro a imprenta sin esperar una autorización de la Marina. A su vez, el delito de desobediencia se habría fundado en la negativa del señor Palamara de suspender la publicación una vez que fuera informado que ella había sido prohibida por estimarse por la Marina que su contenido atentaba contra la seguridad y defensa nacionales, así como por efectuar declaraciones a la prensa en circunstancias que se le había ordenado mantener reserva y no realizar comentarios críticos públicos respecto de los procesos judiciales que se seguían en su contra en relación con el libro. La sentencia respecto de estos delitos —incumplimiento de deberes militares y desobediencia— fue dictada en junio de 1994, condenándosele a penas privativas de libertad, las que fueron sustituidas en la misma sentencia por el beneficio de reclusión nocturna y penas accesorias. La sentencia de apelación, dictada en 1997, redujo las penas impuestas y reemplazó el beneficio de reclusión nocturna por el de remisión condicional de la pena, dejando al procesado sometido a control administrativo durante el lapso de un año. Además, revocó la sentencia de primera instancia en lo referido al delito de desobediencia fundado en las entrevistas de prensa hechas por Palamara, quien, a las alturas de 1997, ya había sido condenado en un proceso paralelo que se le siguiera por el delito de desacato, como se describe en el cuerpo principal de este trabajo. Posteriormente, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por el señor Palamara contra la sentencia de apelación.

plares que se encontraban en el domicilio del señor Palamara y se le obligó a borrar del disco duro de su computadora personal el texto del libro. Se ordenó su prisión preventiva, que se extendió por once días.

En lo que se refiere al delito de desacato, la Fiscalía Naval consideró que se había configurado mediante las declaraciones que realizó el señor Palamara a medios de comunicación, criticando el actuar de dicha Fiscalía en los procesos que se le seguían. La sentencia de primera instancia absolvió a Palamara, estimando que los antecedentes no habían sido idóneos ni suficientes para establecer el ilícito, ni se había probado un ánimo de ofender a persona alguna. Por su parte, la Corte Marcial de la Armada, conociendo en segunda instancia, revocó la sentencia en enero de 1995 y condenó a Palamara a 61 días de presidio menor y a penas accesorias. La Corte Suprema rechazó el recurso de queja presentado por la defensa y dejó la condena firme.

La Corte aplicó criterios previamente desarrollados por su propia jurisprudencia y la del Sistema Europeo, señalando que

> [e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales.[54]

En este sentido, era de esperar que se exigiera un mayor umbral de tolerancia a la Fiscalía Naval, no por la calidad del sujeto en particular, sino por las actuaciones que llevaba a cabo, que eran de interés público.

[54] Corte IDH. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*, *supra,* párr. 83. Los casos que cita la Corte son los de *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica* e *Ivcher Bronstein vs. Perú* —de los que conociera ella misma—, así como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los casos *Feldek vs. Eslovaquia,* 2001, *Sürek vs. Turquía,* 1999 y *Özdemir y otros vs. Turquía,* 2006.

En cuanto a la legalidad de la restricción, la Corte enfatizó la necesidad de que la limitación a un derecho sea proporcional al interés que la justifica, interfiriendo de la menor manera posible en el goce de la libertad de expresión.[55] En este sentido, la Corte estimó que "la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para [una sociedad democrática], restringiendo innecesariamente a la libertad de pensamiento y de expresión".[56]

La sentencia agrega que una adecuación de la normativa interna, como lo exige el artículo 2 de la Convención Americana, solo se satisface cuando la reforma se realiza y abarca todas las normas que impiden el ejercicio del respectivo derecho o libertad. Al respecto, observó que las reformas llevadas a cabo en Chile no habían incluido la normativa de desacato en la legislación militar, que era precisamente la que se le había aplicado al señor Palamara. Por otra parte, si bien la Corte valoró que durante la tramitación del proceso Chile hubiera realizado una modificación legal que derogó las normas de desacato en la ley penal ordinaria —Código Penal—, llamó la atención sobre el hecho de que se mantuviera vigente en ese ordenamiento la figura de amenaza a las mismas autoridades que previamente eran el sujeto pasivo del desacato, caracterizada por ser una figura ambigua y poco limitada en cuanto a su aplicación. Exigió, por tanto, una aclaración al Estado de Chile en cuanto al alcance de esta norma en caso de que decidiera mantenerla. Al hacer esto último, la Corte fue más lejos que la Comisión, que no había formulado reparos respecto de la reforma al Código Penal chileno.

Cabe subrayar, por último, que el principal órgano político de la OEA, la Asamblea General, llamó a los Estados en 2007 a seguir los parámetros de los órganos de derechos humanos, derogando las normativas de desacato, "[t]eniendo presentes los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Hu-

[55] Corte IDH. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*, *supra,* párr. 86.

[56] *Ibidem*, párr. 88.

manos (CIDH), de 2000, que se refiere a la despenalización del desacato".[57]

6. Otras formas de responsabilidades ulteriores

El tema revisado en el apartado anterior, es decir, el de las normas de desacato, corresponde a una de las formas más evidentes de afectar la libertad de expresión bajo los estándares interamericanos. Sin embargo, con ello solo se ha confrontado uno de los muchos aspectos referidos al alcance de las responsabilidades ulteriores, aunque uno muy importante. Otros temas conciernen a la cuestión de la relevancia del interés público para determinar la legitimidad de determinadas expresiones, los alcances legítimos del uso del derecho penal para sancionar expresiones y al uso del estándar de la "real malicia". A continuación revisaremos el tratamiento dado por el Sistema Interamericano a estos aspectos.

6.1. La relevancia del interés público

Las normas de desacato ya nos remitían a la relevancia del interés público en el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, lo hacían en su forma más extrema, al tratarse de normas que establecían *a priori* un tratamiento privilegiado para ciertas autoridades. Subsisten, no obstante, problemas adicionales. En efecto, incluso en un sistema jurídico en el que se hayan derogado las normas de desacato, las autoridades continuarán recibiendo un determinado nivel de protección a su honor y privacidad. Otra cuestión se refiere al tratamiento que corresponde darle a la protección del honor y la privacidad de particulares y cómo incide en ello el interés público envuelto.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos mencionados, es decir, el de la situación de las autoridades al margen de las normas de desacato, la Comisión y la Corte Interamericana han venido desarrollando de manera consistente la tesis de que

[57] AG/RES. 2287 (XXXVII-O/07), cit., preámbulo.

el mayor nivel de escrutinio a que se hacen merecedoras las autoridades en un sistema democrático vuelve crucial la presencia o no de un interés público en el caso específico para determinar si podríamos o no estar en una situación en la que, conforme a los estándares interamericanos, pudiera sancionarse al emisor de las expresiones respectivas.

Cuando los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano aluden al interés público no lo hacen refiriéndose a la acepción histórica del concepto, que lo asimilaba a interés estatal y que, consecuentemente, lo entendía como una limitación a los derechos humanos. Dichos órganos lo entienden, en cambio, como el interés de la ciudadanía por tomar parte en el quehacer de los asuntos públicos. Esto implica, entre otros aspectos, el fomento del debate público, de la transparencia en la actividad de los organismos del Estado, del control por parte de la ciudadanía respecto de tal actividad y, en general, de la participación ciudadana.

El punto es que la derogación de las normas de desacato por sí sola no asegura un estado de cosas adecuado a los estándares interamericanos. Resulta perfectamente posible que aun sin tales normas, las autoridades reciban un tratamiento que impida un adecuado escrutinio de la ciudadanía. La presencia de un interés público, entonces, implica que el alcance legítimo de las expresiones es mucho mayor que sin tal presencia. Un debate acalorado y unas expresiones que de otro modo podrían considerarse como atentatorias contra el honor o la privacidad, pueden no serlo si existe un interés público involucrado.

Aunque ha habido una serie de hitos en el tratamiento de este asunto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son dos sentencias de la Corte, ambas de 2004, las que han venido a marcar el terreno de manera sistemática al respecto. Se trata de los fallos recaídos en los casos *Ricardo Canese vs. Paraguay*[58] y *Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.[59] En ambos, la Corte Interamericana consideró que las sentencias penales condenatorias

[58] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111.

[59] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *supra*.

dictadas a nivel interno —que no aplicaban normas de desacato, sino normas penales comunes— infringían la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fundamentalmente considerando el interés público que envolvía las aseveraciones realizadas por los señores Canese y Herrera Ulloa.

El caso *Canese* trataba de un candidato presidencial que en el fragor de la campaña había acusado al por ese entonces presidente de la República —Juan Carlos Wasmosy— y candidato a la reelección, de actos de corrupción relacionados con la construcción de la represa de Itaipú, señalando que "Wasmosy [...] pasó desde el estado de quiebra a la más espectacular riqueza, gracias al apoyo que le brindó la familia del dictador, y que le permitió ser presidente de CONEMPA [Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas], el consorcio que gozó el monopolio por parte paraguaya, de las obras civiles principales de Itaipú". También señaló que "[e]n la práctica el Ing. Wasmosy fue el prestanombre de la familia Stroessner en CONEMPA, empresa que pasaba dividendos importantes al dictador".[60] Alfredo Stroessner era el dictador paraguayo en la época en que fue levantada la represa. Canese efectuó sus aseveraciones en circunstancias en que el Congreso Nacional paraguayo tramitaba un expediente denominado "Investigación sobre corrupción en Itaipú", en el cual se involucraba a Juan Carlos Wasmosy y a CONEMPA.[61]

El proceso se extendió en Paraguay durante casi una década, expidiéndose sentencias condenatorias en materia penal por los tribunales de primera y segunda instancia. Además, durante la tramitación del proceso, Canese se vio impedido a viajar fuera de Paraguay —como se lo requerían sus actividades laborales— en una serie de ocasiones. Cuando el caso se encontraba pendiente en la Corte Interamericana, la Suprema Corte de Justicia de Paraguay dictó sentencia absolviendo a Ricardo Canese.

La Corte Interamericana valoró este último hecho, no obstante lo cual estimó que correspondía continuar con el proceso, habida cuenta de las violaciones a las que se refería la demanda interpuesta ante ella. Al señalar que la condena penal y las

60 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese, supra,* párr. 69.7.

61 *Ibidem*, párr. 69.4.

restricciones impuestas al señor Canese resultaban infundadas a la luz de la Convención Americana, la Corte tuvo en especial consideración el que las declaraciones concernían a asuntos de interés público, que estaban siendo objeto de una investigación parlamentaria y que se referían a una figura pública.[62]

El caso *Herrera Ulloa* se refería a un periodista que había efectuado varios reportajes acerca de alegaciones de corrupción de un diplomático honorario de Costa Rica en Europa. En lo sustancial, los reportajes reproducían lo ya publicado en Europa por diversos medios de comunicación. Mauricio Herrera Ulloa intentó también obtener la versión del diplomático, sin que este accediera a darle una entrevista. El periodista fue condenado en sede criminal en Costa Rica por estos reportajes. La Corte Interamericana, declarando dicha condena incompatible con la Convención Americana, sostuvo que "[...] es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención [Americana], de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático".[63] Añade el Tribunal que "[...] este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público".[64]

Lo anterior también guarda relación con la posibilidad de que la ciudadanía se forme una opinión adecuada acerca de las personas que desempeñan funciones públicas. Ello resalta especialmente cuando se trata de cargos de elección popular. Como no

62 *Ibidem*, párrs. 92 y 94.

63 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa, supra,* párr. 128.

64 *Ibidem*, párr. 129.

nos hallamos en un terreno de fronteras rígidas, otro aspecto relevante es la forma en que los funcionarios públicos se presentan a sí mismos ante la opinión pública. Así, por ejemplo, si un funcionario público o un candidato a un cargo de elección popular presenta como un eje central de su perfil sus valores familiares, es razonable concluir que el nivel de exposición legítimo de su vida familiar será más amplio que si no fuera él mismo quien lo hubiera llevado a la arena pública.

La Corte Interamericana también ha precisado que la situación de personas particulares a las que se refieren determinadas expresiones se ve afectada por la presencia o no de un interés público. Al respecto, en el caso *Canese,* la Corte señaló que "la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático".[65]

6.2. El uso del derecho penal

Existe una situación en la cual la Convención Americana sobre Derechos Humanos resuelve de manera inequívoca la cuestión de si el derecho penal puede o no emplearse en relación con expresiones. Se trata de la hipótesis regulada en el artículo 13.5, referido a la incitación a la violencia o a la discriminación. Dicha disposición establece que "[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

La Convención ha dedicado un tratamiento especial a esta situación, habida cuenta de su gravedad. Algunos han argumentado que esta disposición autorizaría la censura previa de las expresiones a las que ella se refiere. En este sentido, Faúndez Ledesma ha apuntado que "[e]n una interpretación que no compartimos,

[65] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, *supra,* párr. 100.

la Comisión Interamericana ha llegado a sugerir que la prohibición de la propaganda de guerra, así como de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal, prevista en el artículo 13, número 5, de la Convención Americana, debe entenderse en armonía con el inciso 1 del mismo artículo, que rechaza de plano la censura y solo prescribe el establecimiento de responsabilidades ulteriores".[66]

Un análisis sistemático del tratamiento que la Convención Americana da a la libertad de expresión, sin embargo, conduce a una conclusión diferente: lo que hace el artículo 13.5 es señalar que los Estados deberán sancionar las referidas expresiones. El texto en inglés de la Convención es más claro en este sentido, al disponer que tales incitaciones *"shall be considered as offenses punishable by law"*. De cualquier modo, la cuestión central no es la literalidad del texto, sino el sistema de abordaje de la libertad de expresión y la censura previa en la Convención.

En efecto, el artículo 13.2 prohíbe la censura previa de las expresiones. En la única hipótesis en que la Convención autoriza la censura previa —para la protección de la infancia y la adolescencia, cosa que lleva a cabo el inciso 4 de la misma disposición—, no solo lo hace expresamente, sino que además señala que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2. Ninguna referencia o remisión de este tipo contiene el inciso 5 del artículo 13.

Aunque ni la Comisión ni la Corte Interamericana han decidido casos contenciosos en que hayan adoptado decisiones específicas sobre este tema, lo cierto es que de la manera en que la Corte ha tratado la cuestión de la censura previa desde la opinión consultiva 5 se desprende que ella no ha interpretado el inciso 5 referido como autorizando la censura previa. Es así como tanto en esa opinión consultiva como en el caso de "La Última Tentación de Cristo", la Corte ha señalado perentoriamente que, conforme a la Convención Americana, todas las medidas preventivas de las expresiones quedan prohibidas, indicando como única ex-

[66] Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004 (he omitido una referencia de pie de página contenida en el texto original).

cepción la protección de la infancia y la adolescencia. En consecuencia, no procede la censura previa para las incitaciones que menciona el artículo 5.[67]

Ahora bien, ¿cuál es la situación respecto de todas aquellas otras expresiones no cubiertas por el artículo 13.5 de la Convención Americana? Tanto la Comisión como la Corte consideran que el derecho penal es una herramienta sumamente gravosa, cuya aplicación puede acarrear efectos restrictivos de gran envergadura para el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, en el estado actual de la jurisprudencia interamericana, la Comisión y la Corte no extraen las mismas conclusiones a partir de dicha constatación. Así, mientras que la Comisión ha interpretado la Convención Americana en el sentido de que esta —salvo la hipótesis de incitación a la violencia o a la discriminación antes mencionada— excluye el uso del derecho penal en materia de expresiones referidas a funcionarios públicos o a particulares que de modo voluntario participen en cuestiones de interés público, la Corte la ha entendido como limitando significativamente su empleo, pero no excluyéndolo por completo.

La Comisión ha sostenido la tesis mencionada desde el Informe sobre Leyes de Desacato, antes citado, cuando planteó lo siguiente:

> En la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión e información es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad

[67] El hecho de que ni aun bajo las graves circunstancias caracterizadas en el inciso 5 de la Convención permita la censura previa refuerza, además, el argumento de que ella no es procedente respecto de otro tipo de afectaciones a derechos, como la honra o la intimidad de las personas, que han sido los más frecuentemente invocados para perseguir la censura de expresiones en algunos países de Latinoamérica en los últimos años. Si ni para cuestiones de tanta gravedad como las mencionadas incitaciones la Convención reconoce la legitimidad de la censura previa, mal podría entenderse que ella la autoriza para esas otras infracciones, que, pudiendo llegar también a ser graves, son usualmente de menor entidad que aquellas.

> de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibidor que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de la violencia anárquica.[68]

Posteriormente, la Comisión ha reafirmado esta idea en numerosas oportunidades. En especial, resalta su incorporación en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que la CIDH emitió en el 2000, donde se establece que "[...] la protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público" (principio 10).

Refiriéndose a esta materia, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión —creada por la CIDH en 1998—[69] ha sostenido que "la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático", enfatizando la necesidad de que "se quite de la esfera penal los delitos de calumnias e injurias cuando son utilizados para proteger el discurso crítico a la administración pública".[70]

La Corte Interamericana, por su parte, no ha formulado una interpretación tan concluyente de la Convención respecto de esta materia. Si bien la Corte ha acogido todas las demandas interpuestas por la Comisión referidas a personas sancionadas

---

68 CIDH, Informe sobre Leyes de Desacato, *cit.,* p. 222.

69 La Relatoría para la Protección de la Libertad de Expresión se inscribe dentro de una serie de relatorías temáticas especiales que la Comisión ha creado en la década de los noventa y en la actual. Se trata de la relatoría que ha desarrollado la labor más intensa, al ser la única cuyo relator no es un comisionado, sino un funcionario dedicado a tiempo completo a esta materia, así como la única que cuenta con un equipo profesional propio.

70 Las citas están tomadas de Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La libertad de expresión en las américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José de Costa Rica, 2003, pp. 102-103.

penalmente por expresiones emitidas respecto de funcionarios públicos y —como citáramos anteriormente a propósito de la sentencia recaída en el caso *Herrera Ulloa*— ha señalado que la protección del honor debe ser inferior cuando se trata de asuntos públicos en los que intervienen ya sean funcionarios o particulares; no ha establecido, en cambio, que la sanción penal deba excluirse en estas hipótesis. En otras palabras, en casos específicos, la Corte ha hallado una aplicación desproporcionada de la sanción penal, pero sin llegar a señalar que esta se encuentre excluida *per se* por la Convención Americana en relación con materias de interés público. Así ocurrió en los casos *Herrera Ulloa* y *Canese,* antes comentados, así como en el de *Humberto Palamara Iribarne* —posterior a los dos recién mencionados—, en el que la Corte reiteró que "el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita",[71] pero sin excluirlo del todo, indicando que en el caso específico "se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática".[72]

En la sentencia dictada en el caso *Kimel,* del que hemos hecho mención brevemente, el asunto volvió a plantearse, siendo objeto de un análisis especial en dos votos concurrentes, elaborados por los jueces Diego García Sayán y Sergio García Ramírez. El caso se refería a las expresiones de Eduardo Kimel en un libro de su autoría en relación con la investigación judicial del asesinato de cinco sacerdotes palotinos, perpetrado en Argentina durante la dictadura militar. El libro, titulado *La masacre de San Patricio* se publicó años después de concluida la dictadura. Kimel, que es historiador, periodista y escritor, señaló en dicha publicación que el juez a cargo del proceso

> realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victima-

[71] Corte IDH. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile, supra,* párr. 79.

[72] *Ibidem*, párr. 88.

> rios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el juez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto.[73]

Por tales dichos, Kimel fue condenado por los tribunales argentinos por el delito de calumnia.

Una vez presentado el caso ante la Corte Interamericana, el Estado efectuó un reconocimiento parcial de responsabilidad, incluyendo lo referido al artículo 13 de la Convención Americana sobre libertad de expresión. La Corte valoró positivamente dicho reconocimiento, pero consideró pertinente, no obstante, entrar al fondo del asunto a fin de establecer "los hechos y los elementos de fondo relevantes, así como las correspondientes consecuencias, toda vez que la emisión de la sentencia contribuye a la reparación del señor Kimel, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos".[74]

Al entrar al análisis de este caso, la Corte Interamericana señaló que

> [n]o estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. [...].[75]

---

73 Tomado de Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 42.

74 *Ibidem*, párr. 28.

75 *Ibidem*, párr. 78.

En cambio, la Corte se aboca a estudiar ciertas bases para determinar si la aplicación del derecho penal en el caso concreto, constituye o no una violación a la Convención Americana, apuntando que para tal efecto ella seguirá los siguientes pasos:

> [...] *i)* verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; *ii)* estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; *iii)* evaluará la necesidad de tal medida, y *iv)* analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión.[76]

La Corte consideró que la regulación penal argentina, tal como le fuera aplicada al señor Kimel no satisfacía los parámetros recién mencionados, por lo que estimó configurada la violación del artículo 13 de la Convención, entre otros derechos.

El voto concurrente del juez García Sayán concuerda con el parecer mayoritario de la Corte sobre la compatibilidad del uso del derecho penal con la Convención Americana en materia de libertad de expresión. Lo que hace dicho voto es explayarse más latamente al respecto, proporcionando fundamentos adicionales. Anota así que

> La dicotomía vía civil/vía penal como supuesto *divortium acquarum* del respeto o no de la libertad de expresión en el ejercicio de las "responsabilidades ulteriores" a que se refiere el artículo 13 de la Convención es rechazada por la Corte en esta sentencia. Si bien para el caso la Corte deja establecido que se abusó del poder punitivo del Estado, el Tribunal deja establecido que "el instrumento penal es idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo" (párr. 71). Es más [añade el juez García Sayán], la Corte

[76] *Ibidem*, párr. 58.

> enfatiza que el Estado tiene que dotar a la sociedad de los medios para "establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito" (párr. 75).[77]

Agrega el voto en comento que "[d]ada la necesidad de garantizar, simultáneamente, la libertad de expresión y el derecho a la honra, la Corte deja establecido que «...el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana» (párr. 77)",[78] concluyendo que "[e]n la medida en que se produzca lo que la Corte denomina «graves lesiones», correspondería el uso de la vía penal".

Este último comentario del voto en análisis, sin embargo, a mi parecer, no interpreta adecuadamente la sentencia de mayoría, puesto que lo que esta señala es que, reuniéndose determinadas exigencias, puede emplearse la herramienta penal, pero no que los Estados estén obligados a utilizarla en tales situaciones, como parece desprenderse del voto del juez García Sayán. En este sentido, no puede asimilarse lo sostenido por la Corte a la regulación del artículo 13.5 —al que antes hemos hecho mención—, que exige la prohibición de determinadas expresiones.

Por su parte, el voto concurrente del juez García Ramírez pone énfasis en el uso moderado del derecho penal. En primer lugar, lo hace en términos generales:

> [...] es preciso indagar la forma racional de prevenir y combatir la violación de los derechos. Con alguna frecuencia —cuyo crecimiento debiera ser motivo de alarma, y en ocasiones lo es de complacencia, con escasa memoria histórica y grave error de previsión— se acude a la vía penal para enfrentar conductas ilícitas. Y dentro de esa vía, se opta por las medidas más rigurosas, que pudieran ser

[77] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra,* voto concurrente del juez García Sayán, párr. 19.

[78] *Ibidem*, párr. 21.

> inmoderadas o excesivas en general y en particular y que a menudo resultan ineficaces y contraproducentes. En suma: desproporcionadas si se acepta que debe existir proporcionalidad —que es, en esencia, racionalidad— entre la restricción autorizada y la medida que se aplica al amparo de aquella. Por supuesto, el expediente penal se halla al alcance de la sociedad y del Estado para combatir las afectaciones más graves de los bienes públicos y privados, que no pueden ser protegidos con instrumentos y reacciones menos rigurosos. Pero el acceso a ese expediente del control social no significa, en modo alguno, que sea el único practicable, ni el primero en la escena, ni el más adecuado en todos los casos.[79]

Enseguida, refiriéndose a la materia del derecho a la libertad de expresión y el empleo del derecho penal a su respecto, aunque el juez García Ramírez no se pronuncia abiertamente por la incompatibilidad de su uso en lo relativo a injurias y calumnias —y por lo mismo, no se trata de un voto disidente, sino de uno concurrente—, deja planteado el problema —al que ya se había referido en el caso *Herrera Ulloa*—, observando que "antes de discurrir sobre la mejor o peor formulación de tipos penales con los que se pretende combatir los excesos en el ejercicio del derecho a la expresión por parte de periodistas —que fue el tema en *Herrera Ulloa*, y vuelve a serlo, en alguna medida, en *Kimel*—, es preciso resolver si la vía penal constituye el medio adecuado —por único, necesario o siquiera conveniente— para proveer la reacción jurídica que merece una conducta indebida en este ámbito",[80] apuntando que "la vía penal no es ese medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomó en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que se pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin, en forma que resulta: *a)* consecuente con el derecho del ofendido por el agravio, y *b)* suficiente para acreditar el reproche social, que constituye un cauce para la satisfacción del agraviado". Agrega el juez García Ramírez que "[s]i la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de «necesidad» que invoca el artículo 13.2, el imperativo de «interés

[79] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra,* voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 16.

[80] *Ibidem*, párr. 18.

general» que menciona el artículo 30 y las razones vinculadas a la «seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común» que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada".[81]

Por lo anterior —concluye el voto del juez García Ramírez—, será necesario determinar si es necesario recurrir a la solución penal o si será suficiente confrontar estas situaciones mediante el establecimiento de otros tipos de responsabilidades, a través del empleo de mecanismos de carácter civil o administrativo, como ya se hace a propósito de numerosos supuestos de conducta ilícita.[82]

En conclusión, la Comisión ha planteado la necesidad de derogar las sanciones penales cuando se trate de funcionarios públicos o de expresiones formuladas a propósito de asuntos de interés público. La Corte no ha llegado a plantearse en tales términos, aunque sí ha acotado significativamente las posibilidades de emplear legítimamente las sanciones penales en la materia, atendiendo especialmente a la cuestión del interés público que pueda hallarse envuelto en cada caso.

Cabe considerar, finalmente, que en la resolución de 2007 de la Asamblea General de la OEA sobre Libertad de Expresión, a la cual ya hemos hecho mención, aunque con un lenguaje diplomático, "se invita" a los Estados a seguir las recomendaciones de la Relatoría de la CIDH en la materia, en el sentido de regular injurias y calumnias "en el ámbito exclusivo del derecho civil".[83]

6.3. La doctrina de la real malicia

La Comisión Interamericana y su Relatoría para la Libertad de Expresión han planteado la necesidad de que se adopte la real malicia como estándar para aquellos casos en que los presuntamente afectados por expresiones son funcionarios públicos o figuras públicas. La Comisión ha planteado esto incluso en varias

81 Ambas citas son de *ibidem*, párr. 19.

82 *Ibidem,* párr. 20.

83 AG/RES. 2287 (XXXVII-O/07), *cit.,* párr. 12.

demandas interpuestas ante la Corte, pero esta no se ha pronunciado al respecto, basando sus decisiones en otros parámetros.

Conforme a la doctrina de la real malicia, una persona solo podría ser sancionada por expresiones emitidas respecto de funcionarios públicos o particulares que intervienen en asuntos públicos cuando haya actuado con despreocupación temeraria acerca de la veracidad o falsedad de sus dichos o haya emitido su expresión de manera deliberada a sabiendas de que lo señalado era falso. Esta doctrina, de origen estadounidense, formulada a partir del caso *New York Times vs. Sullivan,*[84] es claramente contraria a la que tradicionalmente impera en los países de América Latina, donde suele prevalecer la exigencia de que quien emite las expresiones pruebe la veracidad de las mismas, a través de la llamada *exceptio veritatis*. Conforme describe esta doctrina un exrelator sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, "se necesita más que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber suficiente evidencia de que, en el caso concreto, el enjuiciado tenía en consideración serias dudas sobre la veracidad de la información", añadiendo que, por ello, las "fallasen la investigación periodística, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer *reckless disregard* [despreocupación temeraria]".[85]

Ya desde su Informe sobre Leyes de Desacato, la Comisión indicó la inadecuación de la *exceptio veritatis* respecto de los estándares interamericanos, señalando que "[i]nclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga

[84] 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d.686, 1964. El *Caso Sullivan* se refería específicamente a los funcionarios públicos; la jurisprudencia posterior extendió la aplicación de esta doctrina a las figuras públicas envueltas en temas de interés general. Véase *Associated Press vs. Walker*, 18 L.Ed.2d. 1094, 1967 y *Curtis Publishing Co. vs. Butts*, 388 US., 130, 87 S. Ct., 1975.

[85] Eduardo A. Bertoni, *New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina", en Bertoni, Eduardo A.; Bovino, Alberto; Guariglia, Fabricio y Gullco, Hernán V., *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, p. 75.

de la prueba al que expresa sus opiniones".[86] Ello resulta especialmente gravoso cuando las expresiones se refieren a funcionarios públicos, puesto que estos suelen encontrarse en una posición superior a la de un particular que expresa opiniones respecto de esos.

Por lo demás, cuando se trata no de juicios de hecho sino de juicios de valor, la *exceptio veritatis* resulta completamente inoperante, por resultar imposible probar la veracidad de lo señalado. La Comisión ha notado a este respecto que "la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicios de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba".[87]

La Corte ha concordado en casos sometidos a su conocimiento que la *exceptio veritatis* resultaba inadecuada. Así, en la sentencia recaída en el caso *Herrera Ulloa,* estableció que el juez de la jurisdicción interna "sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque este no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que solo pudo demostrar que «el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa». Esto significa [añade la Corte Interamericana] que el juzgador no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; exigencia que entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión [...]".[88]

Sin embargo, hasta hace poco tiempo, la Comisión en general no se refería expresamente a la real malicia. En rigor, quien primero lo hizo de manera explícita fue el relator especial en la materia, cuando señalara que aunque en el informe de la Comisión sobre las leyes de desacato "no se hace mención expresa a la doctrina de la real malicia, es posible concluir que esta es aceptada por la Comisión, a partir del momento en que se reconoce el principio de mayor escrutinio de las figuras públicas y se afirma

86 CIDH, "Informe sobre Leyes de Desacato", *supra,* p. 223.

87 *Idem.*

88 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, supra,*párr. 132.

que la *exceptio veritatis* no es una defensa suficiente para garantizar adecuadamente la libertad de expresión".[89]

En su demanda ante la Corte en el caso *Canese,* la Comisión se refiere a la necesidad de emplear el estándar de la real malicia. Así, señala que

> [l]a no punibilidad debería establecerse en el caso de manifestaciones realizadas en el ámbito de cuestiones de interés público, como puede ser la contienda electoral. En estos casos se pueden aplicar acciones civiles siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia, es decir, se debe probar que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de dañar o tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas. La sanción penal como consecuencia de expresiones de interés público resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Convención. Existen otros medios menos restrictivos mediante los cuales las personas involucradas en asuntos de interés público pueden defender su reputación frente a ataques infundados.[90]

En la misma línea de invocar la aplicación de esta doctrina, en la demanda interpuesta por la Comisión en el caso *Herrera Ulloa,* se señaló que

> [l]as acciones judiciales por difamación, calumnias e injurias, interpuestas por funcionarios públicos o personas privadas involucradas voluntariamente en asuntos de interés público, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia, el cual revierte la carga de la prueba, de manera que el deber de demostrar que el comunicador tuvo intención de infligir daño o actuó con pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas recae en el supuesto afectado.[91]

Por su parte, los representantes de la víctima ante la Corte observaron que "las acciones por difamación, calumnias e inju-

89 Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, *supra,* p. 99.

90 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, supra,* párr. 72.h (mencionando lo citado como parte de los alegatos de la Comisión).

91 Corte IDH. *Caso Mauricio Herrera Ulloa, supra,* párr. 101.4.c, que cita a la Comisión.

rias, interpuestas por funcionarios públicos, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia",[92] agregando que "la difusión de información relacionada con las actividades de un funcionario público sobre temas de interés público solo podría acarrear responsabilidad civil, en caso de existir dolo manifiesto en aplicación de la mencionada doctrina de la real malicia".[93]

En el caso *Kimel,* que ya analizamos, la Corte establece como estándar que

> [e]n el marco de la libertad de información [...] existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.[94]

Según se aprecia, al fundamentar su decisión en el caso *Kimel,* la Corte Interamericana omite toda referencia a la real malicia, a la que tampoco ha aludido en forma expresa en otras oportunidades.

7. Un balance sobre censura previa y responsabilidades ulteriores

Conviene preguntarse ahora si la distinción entre censura previa y responsabilidades ulteriores resulta realmente significativa en el contexto del Sistema Interamericano o si ella es, en cambio, más bien superflua, en la medida en que una y otras se ciñen a parámetros estrictos dentro del mencionado sistema.

---

92 *Ibidem,* párr. 102.5.c, que hace referencia a la posición de dichos representantes.

93 *Ibidem,* párr. 102.5.e.

94 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina, supra,* párr. 79.

Un exrelator de Libertad de Expresión de la CIDH se lo ha planteado mediante la siguiente pregunta: ¿puede la aplicación de responsabilidades ulteriores equiparar en sus consecuencias a la censura previa?, observando que "si se considera beneficioso que el ordenamiento jurídico impida el control previo de una determinada expresión para así garantizar el libre flujo de ideas en el mercado o el descubrimiento de la «verdad», no se explican los motivos que, simultáneamente, se «amenace» con la persecución privada o estatal a quien se pronunció libremente, porque ello genera inhibiciones en las personas que posiblemente conducirían a que las ideas no fluyan libremente ni se llegue al conocimiento de la verdad".[95] Añade el autor que "[u]na posición intermedia que podría permitir salir de este laberinto parece encontrarse en fórmulas como las que prescribe el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: censura previa nunca, responsabilidades ulteriores solo en ciertos casos y bajo ciertas condiciones".[96]

Como hemos revisado en los parráfos precedentes, uno de los ejes de la discusión acerca de lo que constituye censura previa está dado por la delimitación de las responsabilidades ulteriores. Más aún, hemos sostenido que en el Sistema Interamericano rige una situación nítida de bipolaridad, de acuerdo con la cual no existe un tercer ámbito distinto de la censura previa y las responsabilidades ulteriores.

A veces se objeta, sin embargo, que este énfasis en la mencionada distinción oscurece el hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores también posee un efecto preventivo. En efecto, un sistema tal, especialmente si posee carácter penal, pero aun si solo es de naturaleza civil, persigue prevenir la comisión de determinadas conductas.

Esta objeción ya fue planteada por Roscoe Pound, cuando apuntara que la distinción entre las medidas de censura

> [y] la declaración de un tribunal de que una amenazada publicación envuelve una violación gruesa y palpable de derechos privados

[95] Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000, p. 31.

[96] *Idem*.

> para los cuales una acción de daños y perjuicios no sería solución, seguida por un proceso por *contempt* en caso de violación, no es muy sustancial. No puede negarse que para la mayoría esas limitaciones pueden reconciliarse con la doctrina de que está prohibida toda interferencia preventiva con la publicación. Pero esta doctrina hace que la garantía [de la libertad de expresión] sea meramente formal [...].[97]

Desde luego, desde el punto de vista del Sistema Universal de Derechos Humanos en general y del Sistema Interamericano en particular, no ha sido pasada por alto la relevancia de reglamentar adecuadamente la regulación de las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Como ya hemos visto, la propia Corte Interamericana ha acometido la tarea de precisar en qué consisten esas responsabilidades ulteriores. Además, en lo relativo a la Comisión Interamericana, ella se ha abocado a la revisión de diversas normativas referentes a dichas responsabilidades, especialmente las denominadas "normas de desacato", de las que ya se ha hecho mención. Asimismo, los referidos órganos interamericanos de derechos humanos han revisado otras normativas que establecen responsabilidades ulteriores en materia de expresión y opinión. De hecho, la Comisión ha planteado la necesidad de sacar estas materias del ámbito penal, por lo desmedida que resulta esta herramienta para lidiar con esos asuntos.

La única excepción que ha reconocido la Comisión se funda en el numeral 5 del artículo 13 de la Convención, que, como hemos señalado, establece la necesidad de prohibir la propaganda a favor de la guerra y ciertas incitaciones a la violencia basadas en consideraciones discriminatorias. Por otra parte, regulaciones civiles desproporcionadas que, por ejemplo, establezcan indemnizaciones multimillonarias y sin distinción para medios de comunicación grandes o pequeños financieramente pueden producir también un efecto muy gravoso sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

---

97 Pound, Roscoe, "Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality", en *Harvard Law Review,* vol. 29, núm. 6, abr, 1916, pp. 640-682; la referencia es de pp. 653-655; *cit*., por Toller, Fernado M., *op. cit*., p. 584.

Como se ha desarrollado latamente en la jurisprudencia de Estados Unidos, las responsabilidades ulteriores, cuando son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen un *chilling effect,* es decir, un efecto de "enfriamiento" de las expresiones y del debate público. Bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones, por temor a las sanciones que ello les acarrearía.

A ello cabe añadir que un sistema de responsabilidades ulteriores que comprenda normas vagas, por ejemplo, las que incluyan tipos penales en blanco —pero no solo ellas—, pueden resultar igualmente lesivas para la libertad de expresión, impidiendo en la práctica una libre formulación de las ideas. Tal ha sido el caso en Chile de muchas normas contenidas en la Ley de Seguridad del Estado.

Habidas las consideraciones recién expuestas, ¿no será ocioso, entonces, continuar poniendo énfasis en el problema de la censura previa y en su distinción con las responsabilidades ulteriores? ¿No se tratará, además, de un fenómeno marginal en la actualidad que, por lo mismo, no merece mayor atención?

Hay que tener en cuenta que lo que aquí se plantea no es poner énfasis en la cuestión de la censura previa *en desmedro* de la atención que se preste a la forma en que se halle regulado el sistema de responsabilidades ulteriores. No se trata, por cierto, de poner énfasis en la censura previa y al mismo tiempo entregar una suerte de "cheque en blanco" a los Estados en lo referido a dichas responsabilidades. Sin embargo, la distinción conceptual entre censura previa y responsabilidades ulteriores, así como la relevancia autónoma que la cuestión de la censura previa posee subsisten por las razones que paso a explicar.

El hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores tenga también un efecto disuasivo no significa que sea conceptualmente asimilable a la censura previa, cuyo núcleo, por definición, consiste en su carácter preventivo. Los sistemas jurídicos comprenden numerosos tipos de medidas cautelares que no son conceptualmente asimilables a las sanciones *a posteriori*. Como señala Bickel, "una restricción previa, por contraste [con las responsabilidades ulteriores] y por definición, da una sanción

inmediata e irreversible. Si puede decirse que una amenaza de sanciones penales o civiles después de la publicación «enfría» la expresión, una restricción previa la «congela», al menos por un tiempo".[98]

Además, en el caso de las responsabilidades ulteriores, la decisión última de ponerse o no en una posición de riesgo y emitir o no la expresión recae en el —potencial— emisor y no en un órgano estatal.

Aunque el efecto disuasivo que puede llegar a producir el sistema de responsabilidades ulteriores sea enorme, no puede disolverse en un todo común con la censura previa. Esto solo generaría confusión y desprotección para la libertad de expresión. En efecto, mientras que tratándose de la censura previa su prohibición en tiempos de normalidad constitucional es absoluta bajo el Sistema Interamericano, lo propio no acontece en relación con las responsabilidades ulteriores, respecto de las cuales lo que impone la normativa interamericana es ceñirlas a ciertos parámetros. Situar a estas últimas como parte de un *continuum* con la censura previa significaría restarle importancia y perentoriedad a la prohibición de esta última y haría desaparecer el parámetro más claro en la materia.

Pero además, desechar esta distinción tendría efectos perjudiciales para el propio sistema de responsabilidades ulteriores. Dejar de lado la prohibición perentoria de la censura muy probablemente conduciría también a una relajación del escrutinio y revisión crítica de las sanciones *a posteriori*. Eliminado el parámetro más elemental, la fuerza de los demás parámetros tendería a diluirse.

8. Acceso a la información pública

La fuente del derecho de acceso a la información pública en el Sistema Interamericano se encuentra, según lo ha desarrollado su propia jurisprudencia, en el artículo 13.1 de la Convención

[98] Bickel, Alexander, *The Morality of Consent*, Yale University Press, 1975, p. 61; *cit*. por Toller, Fernando M., *op. cit.,* p. 585.

Americana, que señala que "[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Como hemos señalado, se trata de una disposición idéntica a la contenida en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin que en el contexto de este último instrumento, sin embargo, se haya arribado a una interpretación tan concluyente como la alcanzada en la jurisprudencia del Sistema Interamericano.

En efecto, durante mucho tiempo la interpretación predominante de estas y otras disposiciones análogas por los órganos internacionales de derechos humanos —incluidos los del Sistema Interamericano— ha consistido en sostener que ella prohíbe al Estado interferir en la libre circulación de ideas y otras formas de expresión, pero sin que de ellos se dedujera que se imponía al Estado una obligación positiva de poner a disposición de la ciudadanía la información que obra en su poder. A título ilustrativo, algunas maneras de hacer efectivas disposiciones de esta índole consistirían en el libre acceso de los periodistas a potenciales fuentes de información, así como la libertad de investigación académica.

Aunque la opinión consultiva 5 de la Corte Interamericana no se refería propiamente —como ya hemos visto— al derecho de acceso a la información pública, sino a la colegiación obligatoria de periodistas, ella ha constituido también en lo relativo a ese derecho una base importante para la argumentación posterior desarrollada por la jurisprudencia. Así, la OC-5 enfatiza en diversos pasajes la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión: una individual, referida al desarrollo de la autonomía personal, y otra social, concerniente al papel central que la libertad de expresión desempeña en un sistema democrático de gobierno. En esta segunda dimensión es que se sitúa —entre otros alcances— el acceso a la información pública, de la manera en que lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia ulterior del Sistema Interamericano (la OC-5 no se refiere explícitamente a ella).

La ampliación de la interpretación de la norma relativa a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas comenzó —tanto a nivel interno de los Estados como a nivel del Sistema Interamericano— con la institución del *habeas data*. Esta institución —garantizada en una serie de constituciones políticas americanas— permite acceder a información en poder del Estado que afecte al individuo reclamante. A través de este mecanismo incluso se ha podido obtener información en América Latina sobre archivos secretos de las antiguas dictaduras.[99]

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un paso significativo en la consideración del derecho de acceso a la información pública, en el caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile*.[100] En dicho fallo, el mencionado Tribunal interpreta el artículo 13.1 de la Convención Americana en términos de incluir ese derecho.

El caso se originó a raíz de la negativa del Estado de brindar a tres personas la información que solicitaban del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, que se refería a un proyecto de deforestación en el sur de Chile. La Corte resalta la gran discusión pública que el proyecto produjo en Chile, debido al impacto ambiental que podía tener.

De acuerdo con lo señalado en el juicio ante la Corte Interamericana por una abogada del Comité de Inversiones Extranjeras, dicho organismo "consideró de carácter reservado toda aquella información referida a terceros cuya entrega pudiera constituir un atentado a la privacidad de sus titulares, arriesgando de ma-

[99] Esto sucedió, por ejemplo, en Paraguay, donde a raíz de un *habeas data* interpuesto ante los tribunales locales por una víctima de torturas de la dictadura de Stroessner, se abrió la puerta para el descubrimiento de una serie de archivos de dicho régimen. Ello permitió comprobar que un gran número de personas desaparecidas había estado en poder de la policía paraguaya antes de su desaparición. También consta allí la entrega de personas por parte de la policía paraguaya a organismos de inteligencia argentinos y chilenos, personas que posteriormente desaparecieron. Véase International Human Rights Law Group y Comité de Iglesias, *Tortura en Paraguay: pasado y presente*, Asunción, Ediciones del Comité de Iglesias, 1993.

[100] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

nera irresponsable el resultado de las actividades de los inversionistas en [Chile]".[101] La Corte también deja constancia de que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita en la cual fundamentara la negativa de entregar la información solicitada respecto de varios puntos. Ya en el proceso seguido en la Corte Interamericana, la persona que se había desempeñado como vicepresidente ejecutivo del mencionado Comité por la época en que se pidieron los archivos señaló que "[...] «la entrega de aquellos antecedentes iba contra el interés colectivo», el cual era «el desarrollo del país»", añadiendo que "[e]l Comité y el vicepresidente definían qué era de interés colectivo"[102] y que hasta 2002 el Comité de Inversiones Extranjeras "mantuvo el criterio de entregar solo información de la cual era titular".[103]

El núcleo de la tesis de la Corte Interamericana se despliega en el párrafo 77 de la sentencia, cuando establece el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública, a partir de la interpretación que realiza del artículo 13 de la Convención Americana. Así, la Corte señala:

> En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.

La Corte añade que

> [D]icha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal,

101 *Ibidem*, párr. 48.b.4 (declaración de Liliana Macchiavello Martini).

102 *Ibidem*, párr. 57.20.a.

103 *Ibidem*, párr. 57.21.

> salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.[104]

Estas dos dimensiones ya habían sido mencionadas por la Corte Interamericana en numerosas ocasiones a partir de la opinión consultiva 5, pero no había tenido oportunidad de pronunciarse anteriormente al caso *Claude* acerca de las implicaciones que ello pudiera tener para el acceso a la información pública.

Para fundamentar su interpretación, la Corte recoge una serie de antecedentes de *soft law*, a nivel de los distintos sistemas internacionales, así como elementos estrechamente relacionados con el acceso a la información pública tanto de fuentes internacionales como de sistemas jurídicos internos, como una manera de dar sustento a su innovadora tesis. De este modo, la Corte hace referencia a una serie de resoluciones de la Asamblea General de la OEA, a la Carta Democrática Interamericana —que no se refiere expresamente al derecho de acceso a la información, sino a los principios de transparencia y probidad de la gestión pública—, y a la Convención de la ONU en materia de corrupción, entre otros antecedentes. También se refiere el fallo a algunas resoluciones de la Asamblea Parlamentaria en Europa y a los avances en el reconocimiento de este derecho a nivel interno de algunos Estados.

En el terreno argumentativo, la sentencia destaca la centralidad de la democracia representativa en el Sistema Interamericano, la estrecha conexión entre dicho sistema político y la libertad de expresión, y el papel que desempeñan los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, para detenerse enseguida en el control de las autoridades públicas por parte de la ciudadanía. Todo ello lleva a la Corte a concluir que la regulación de la libertad de expresión por parte del Sistema Interamericano

[104] *Idem*.

y en particular la libertad de buscar informaciones consagrada en el artículo 13.1 de la Convención Americana incluyen el derecho de acceder a la información de que dispone el Estado, con independencia de si esa información se refiere a quien pretende obtenerla.

Posteriormente, el fallo señala que "en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones",[105] añadiendo más adelante que "el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales [...], crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo".[106] En este sentido, el fallo sigue con respecto del derecho de acceso a la información pública la misma lógica que la regulación de las restricciones en relación con la libertad de expresión en general, debiendo estas hallarse establecidas por ley y ser necesarias en una sociedad democrática. Dado que por la época en que ocurrieron los hechos del caso no existía ley en la materia en Chile, la Corte entiende que se procedió sin base justificada al respecto, por lo que establece que Chile vulneró la libertad de expresión de los reclamantes. La sentencia se refiere además a otras alegadas violaciones de derechos, que no revisaremos aquí.

La sentencia se convierte así en un hito, no solo a nivel interamericano sino mundial, al sostener de manera inequívoca el carácter de derecho fundamental atribuido al derecho de acceso a la información pública. Las legislaciones de algunos países de América han incorporado de manera paulatina este derecho en los últimos años, pero se trata todavía de un proceso en su etapa inicial. La sentencia comentada, por lo mismo, probablemente

[105] *Ibidem*, párr. 92.

[106] *Ibidem*, párr. 98.

contribuya al fortalecimiento y expansión de estas iniciativas legislativas a nivel interno de los Estados.

Sobre esta materia, también los órganos políticos de la OEA han llamado la atención acerca de la necesidad de establecer mecanismos internos que aseguren debidamente tal derecho.[107]

9. Conclusiones

Desde sus inicios, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha prestado una atención especial a la protección del derecho a la libertad de expresión. En la época en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos era el único órgano del Sistema, ello se produjo tanto a través de la confrontación de las transgresiones que se producían a este derecho en el contexto de regímenes autoritarios, como en la labor desarrollada por la Comisión a fin de establecer las bases normativas en la materia. Como hemos dicho, en sus primeros años de labores, la Comisión elaboró un Proyecto de Convención en la materia, que a la postre serviría de base para la regulación de este derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual resultaría ser más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU e incluso que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Una vez establecida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta continuaría fortaleciendo el trabajo en la materia. Así, su opinión consultiva 5, de mediados de la década de los ochenta, fijaría las bases interpretativas de la Convención Americana sobre este tema, y lo hizo de una manera que fortaleció aún más los alcances de este derecho.

Posteriormente, al producirse los procesos de tránsito a la democracia en prácticamente la totalidad de los países de la región, la Comisión y la Corte aplicarían a una serie de problemas espe-

[107] AG/RES. 2252 (XXXV-O/06) y AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), ambas tituladas "Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia".

cíficos los criterios interpretativos generales que habían venido desarrollando. Entre estos se cuentan los alcances de la censura judicial de diversas formas de expresión, las normas de desacato y, en general, las diversas modalidades del establecimiento de responsabilidades ulteriores en la materia y, más recientemente, el derecho de acceso a la información pública. Estos desarrollos han dado lugar a un tratamiento sistemático de la libertad de expresión por parte de los dos órganos mencionados.

Lo anterior no implica, sin embargo, que las legislaciones internas de los Estados de la OEA sean un reflejo de los estándares interamericanos. Es cierto que en materias tales como la censura administrativa, las normas de desacato y el acceso a la información pública han producido transformaciones al nivel interno de los países, pero se trata de procesos de adecuación dispares, con algunos países mucho más cerca que otros de los parámetros contenidos en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana basada en ella.

La Relatoría de la Comisión en la materia ha intentado dar un seguimiento más global al asunto, revisando los ordenamientos internos en la materia y su grado de adecuación a los estándares interamericanos, así como interactuando con los poderes ejecutivo y legislativo en una serie de países procurando alcanzar reformas. Esta ha sido también una contribución de importancia.

No obstante, la distancia entre las regulaciones locales y las interamericanas continúa siendo grande en no pocos Estados, por lo que buena parte de la tarea de protección efectiva del derecho a la libertad de expresión en América está todavía pendiente de ser llevada a cabo.

La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el Sistema Interamericano*

1. Introducción

El tránsito desde regímenes dictatoriales a sistemas democráticos y el fin de las guerras civiles en una serie de países ha puesto a muchos países latinoamericanos frente a nuevos dilemas. Uno de los más importantes es el de qué corresponde hacer respecto a las violaciones graves —cometidas de manera sistemática y a gran escala— por los gobiernos que les precedieron. Nos referimos a violaciones tales como el genocidio, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura.

Lo nuevo de este dilema en América Latina deriva del hecho de que si bien históricamente ha habido numerosas dictaduras en esa región, ellas usualmente no cometieron abusos de la magnitud de los de décadas recientes, ni tampoco vivieron anteriormente procesos simultáneos de transiciones a la democracia. Además, ello se ha producido en un contexto en el cual la Guerra Fría se debilitaba y luego quedaba atrás, lo cual también favorecía procesos de esta naturaleza. También debe tenerse en cuenta que en algunos países latinoamericanos —como Argentina y Chile— las víctimas y sus familiares habían alcanzado un grado de orga-

* Artículo publicado originalmente como capítulo del libro Justicia Transicional en Iberoamérica (Jessica Almqvist y Carlos Esposito eds.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

nización y presencia pública muy significativos, que los ponía en un lugar relevante como grupos de presión en la materia.

De hecho, se trata de una materia de preocupación para muchos gobiernos democráticos actuales, así como para los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto ha generado también un interesante debate conceptual, en el que se ha discutido la relación de esta materia con el surgimiento de un sistema democrático, el papel de los jueces y el alcance de los derechos fundamentales, entre muchos otros. En este apartado revisaremos los más importantes de ellos.

2. La evolución de esta materia en el Sistema Interamericano

En la década de los ochenta, antes de que se produjera el proceso masivo de transiciones a la democracia en Latinoamérica, es decir, mientras subsistía una serie de dictaduras y tenían lugar varias guerras civiles, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió algunos pronunciamientos acerca de las normas de amnistía que pretendían dejar sin sanción violaciones graves a los derechos humanos. La Comisión adoptó un enfoque que conducía a una conclusión distinta, según el tipo de régimen político que promulgara la amnistía.

Así, en los casos en que se trataba de autoamnistías que se otorgaban regímenes autoritarios, la Comisión consideró contrarias al derecho internacional dichas normas, por corresponder a situaciones en las cuales los propios perpetradores de los abusos intentaban dejar estos en la impunidad, señalando que "no pueden tener validez jurídica las amnistías decretadas [...] por los propios responsables de las violaciones".[1]

En cambio, la Comisión emitió un pronunciamiento diferente —y de carácter general, no a propósito de un Estado o de un

[1] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe anual 1985-1986, p. 205.

caso específico— respecto de normas de amnistía —o sus equivalentes— adoptadas por regímenes democráticos que hubieran reemplazado a las antiguas dictaduras. La Comisión reconoció a este respecto que los gobiernos democráticos poseían una legítima discreción para decidir al respecto, en el entendido de que lo hacían para pacificar el país o garantizar la estabilidad de la naciente democracia. De este modo, a mediados de la década de los ochenta, dicho organismo señalaba:

> Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que esta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella —así como cualquier otro órgano internacional— puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia.

Y añadía la CIDH que:

> [...] solo los órganos democráticos apropiados —usualmente el Parlamento— tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de esta.[2]

[2] Ambas citas son de la CIDH, Informe anual 1985-86, p. 205. La Comisión agregó que "[i]ndependientemente del problema de las eventuales responsabilidades —las que, en todo caso, deberán ser siempre individuales y establecidas después de un debido proceso por un tribunal preexistente que utilice para la sanción la ley existente al momento de la comisión del delito— uno de los pocos asuntos que la Comisión no desea inhibirse de opinar en esta materia, es el de la necesidad de esclarecer las violaciones a los derechos humanos perpetradas con anterioridad al establecimiento del régimen democrático", concluyendo al respecto que "[t]oda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que —claro está— deberá ejercerse responsablemente; la

Sin embargo, hacia fines de los ochenta, en dos casos que no se referían a amnistías pero sí a violaciones graves a los derechos humanos —desapariciones forzadas de personas—, los de Manfredo Velázquez Rodríguez y Saúl Godínez Cruz —ambos contra Honduras—,[3] fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que se refirió a los alcances de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar tales derechos. Esto serviría de base para la evolución posterior de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en relación con las amnistías.

En estos casos, la Corte Interamericana sostuvo que el fundamento de la obligación de respetar los derechos humanos se encuentra en la noción de que "[e]l ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, son superiores al poder del Estado".[4]

Además, al interpretar la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, la Corte enfatizó el rol activo —obligaciones positivas— que se exige al Estado en esta materia, incluso en situaciones en que sean derechos civiles y políticos los afectados. El Tribunal también se refirió explícitamente a la importancia del papel del poder judicial, como medio para hacer efectivas las normas sobre derechos humanos, sosteniendo que la obligación de asegurar un libre y pleno ejercicio de los derechos humanos "implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos".[5]

---

formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio poder judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias".

3 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4; y Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, núm. 5.

4 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra,* párr. 165.

5 *Ibidem,* párr. 166.

Asimismo, la Corte subrayó que el solo hecho de dictar una legislación apropiada, esto es, una legislación acorde con los estándares internacionales, no es suficiente para que un Estado dé cumplimiento a sus obligaciones internacionales, "sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos".[6]

En consecuencia, las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos acarrean para el Estado el deber de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos".[7] La Corte agregó que el deber de investigar debe ser llevado a cabo "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa". En el caso de que la violación resultase impune y la víctima sin compensación, habría una violación del deber de garantizar el ejercicio de los derechos.[8] La Corte añadió que la de investigar es una obligación de medio a fin y no una obligación de resultado, siendo lo exigible lo antes señalado, esto es, que se trate de una investigación conducida con seriedad.

A principios de los noventa, la Comisión se vio enfrentada por vía del mecanismo de casos a las normas de amnistía dictadas por los gobiernos democráticos de Argentina y Uruguay, que impedían la persecución de las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos acaecidas en esos países durante las dictaduras militares de los setenta y comienzos de los ochenta. Los casos se referían a víctimas de abusos graves o familiares de ellas a quienes se les había impedido litigar a nivel interno debido a las normas de amnistía.

Presentando similitudes como la descrita —en el sentido de que las amnistías argentina y uruguaya eran el producto de gobiernos democráticos sobrevinientes—, había también diferen-

6 *Ibidem,* párr. 167.

7 *Ibidem,* párr. 166.

8 *Ibidem,* párrs. 176-177.

cias en los procesos sociales que habían llevado a su dictado. En Argentina, la derrota en la Guerra de las Malvinas, que había iniciado la dictadura militar en 1982, condujo al advenimiento de la transición a la democracia. El nuevo gobierno, encabezado por Raúl Alfonsín, se vio entonces en una situación aparentemente propicia para ajustar cuentas con el pasado. En primer término, en una medida prácticamente sin precedentes a nivel mundial hasta esa fecha (1983), el gobierno democrático estableció una Comisión de Verdad. Esta se encargó de investigar los diversos tipos de abusos cometidos, publicando un informe con sus hallazgos.[9] Además de lo anterior, el Parlamento anuló el decreto de ley de amnistía que había dictado la Junta Militar y se iniciaron procesos judiciales por las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, una vez que arreciaron las presiones militares, se adoptaron sucesivas normativas destinadas a cerrar las investigaciones, a través de las llamadas "Ley de Obediencia Debida" y "Ley de Punto Final", que, para los efectos que nos interesan, vienen a ser los equivalentes a normas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos.

La experiencia argentina llevó también a una discusión doctrinaria acerca de la confrontación de las violaciones del pasado. Dado que algunos filósofos del derecho como Carlos Nino y Jaime Malamud-Goti habían sido asesores del gobierno de Raúl Alfonsín en esta materia, les cupo un papel central en este debate.[10] Sin embargo, como a esas alturas —fines de los ochenta y principios de los noventa— ya había otros países latinoamericanos que se hallaban atravesando sus propias experiencias al respecto, el debate alcanzó dimensiones más generales. Sobre este debate nos referiremos en otro apartado más adelante.

---

9 Véase Pasqualucci, Jo M., "The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System", en *Boston University International Law Journal,* vol. 12, 1994, pp. 336 y ss. Véase también Elster, Jon, R*endición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica,* Buenos Aires, Katz Editores, 2006, pp. 81-83.

10 Véase Malamud-Goti, Jaime, "State Terror and Memory of What?", en *University of Arkansas Review,* vol. 21, núm. 1, 1998, pp. 107-118; Nino, Carlos, "The Duty to Prosecute Past Abuses of Human Rights Put into Context", en *Yale Law Journal,* vol. 100, 1991, pp. 2619-2640.

En Uruguay, la dictadura, a diferencia de Argentina, no había sufrido una derrota militar. De hecho, a fines de 1980 había sufrido una derrota, pero de otra naturaleza: electoral. El régimen militar pretendía la aprobación por medio de un plebiscito de una transición tutelada, orientada hacia el establecimiento de un sistema político que conservaría fuertes rasgos autoritarios, asegurando un rol significativo para las Fuerzas Armadas. Los militares, como se ha dicho, perdieron en el plebiscito. Sin embargo, dado que no existía una salida alternativa para el caso de una derrota electoral, los militares se mantuvieron *de facto* en el poder durante cuatro años adicionales. Finalmente, una vez que hubieron asegurado que no se llevarían adelante juicios, los militares dieron paso a la transición a la democracia. El contexto inicial de la transición, como se advierte, resultaba ser mucho más restrictivo que el argentino. La única medida adoptada fue la creación de una Comisión sobre Desaparecidos, lo cual resultaba ser claramente insuficiente, considerando que los detenidos desaparecidos uruguayos sumaban un total de 164, de los cuales aproximadamente 80% fueron víctimas de la dictadura argentina mientras se hallaban en el exilio en dicho país, comparada con las miles de personas que habían sido víctimas de tortura.[11]

Sin embargo, al margen de los acuerdos alcanzados entre los partidos políticos dominantes y los militares, los afectados comenzaron a interponer masivamente denuncias ante los tribunales. Esto llevó a que se aprobara la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, mediante la cual se impedía la investigación de los crímenes ocurridos. La Constitución uruguaya contemplaba, no obstante, un mecanismo de referéndum para derogar leyes. Para ello era necesario reunir 25% de firmas de los ciudadanos. Dicho porcentaje fue alcanzado y el referéndum tuvo lugar. En él, la mayoría aprobó la mencionada ley (equivalente, como hemos visto, a una amnistía).

Una vez en trámite los casos ante la Comisión Interamericana, para afirmar que no había vulnerado la Convención Ame-

[11] Zalaquett, José, "Procesos de Transición a la Democracia y Derechos Humanos en América Latina", disponible en *www.publicaciones.cdh.uchile.cl/articulos/zalaquett/IIDH_paper_final.pdf,* p. 10. Véase también Elster, Jon, *op. cit.*, p. 85.

ricana sobre Derechos Humanos, Argentina argumentó que su propósito original había sido perseguir a los responsables pero que circunstancias extremas —de presión militar— la habían llevado a dictar las normas de amnistía. Uruguay, en tanto, sostuvo que una medida de esta naturaleza estaba dentro de su discreción y que la Ley de Caducidad había sido legitimada por la voluntad popular.[12]

La Comisión señaló que los Estados no podían autoeximirse de sus obligaciones internacionales y que las normas de amnistía habían transgredido la Convención Americana, al contravenir los artículos 1.1, 8 y 25 de dicho Tratado. La Comisión vinculó la obligación de respetar y asegurar los derechos humanos (art. 1.1) con el derecho de protección judicial (art. 8) y el derecho a un recurso judicial eficaz (art. 25). La argumentación de la Comisión señaló que este tipo de amnistías privan al Estado y a las víctimas de una investigación judicial exhaustiva, con lo cual vulneran tanto el derecho a la protección judicial como el derecho a un recurso judicial efectivo y, consecuentemente, hacen imposible el respeto y garantía de los derechos humanos.[13]

Los gobiernos de estos dos países pusieron en tela de juicio el actuar de la Comisión, siendo Uruguay el que reaccionó de manera más fuerte, llegando a descalificarla por ello, criticando especialmente el hecho de que la Comisión no se hubiera hecho cargo del argumento de que la amnistía uruguaya había sido ratificada por un procedimiento democrático —el referéndum—.[14] Estas re-

[12] Véase Observaciones del Gobierno del Uruguay al informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G/CP/doc.2376/93, 18 de mayo 1993.

[13] Informe 34/91, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, Sobre los efectos de las leyes 23.492 y 23.521 y decreto 1002/89 (corresponden, respectivamente, a las leyes conocidas como de "Punto final", "Obediencia debida" y al indulto presidencial). Informe 35/91, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, Sobre los Efectos de la ley N1. 15.848 (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado).

[14] Carta de la Misión Permanente del Uruguay ante la Organización de Estados Americanos dirigida al presidente del Consejo Permanente [de dicha organización], 7 de mayo de 1993 (copia del documento en poder del

acciones produjeron una paralización en la Comisión, que mantuvo los informes sobre Uruguay y Argentina sin ser publicados por cerca de un año después de formulados los descargos de los gobiernos, un hecho sin precedentes en la práctica de este organismo.[15]

En rigor, la CIDH sí menciona el referéndum uruguayo en el informe respectivo, aunque solo lo hace de manera sumaria y sin realizar explícitamente un balanceamiento de los bienes en juego —este aspecto se analiza al final de este trabajo—, señalando que

> [c]on respecto a la legitimidad interna y la "aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular", cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados en la Convención o la Declaración Americana.[16]

El mismo año en que la Comisión hizo públicos sus pronunciamientos sobre las normas de amnistía de Argentina y Uruguay, hizo lo mismo respecto de una dictada en El Salvador, en el caso *Masacre de Las Hojas*. Se trataba de la ejecución extrajudicial de 74 personas cometida por las Fuerzas Armadas de dicho país, respecto de las cuales se promulgó tal amnistía.

---

autor). En un pasaje, la carta señala que "[n]o menor insensibilidad evidenciase cuando la Comisión hace abstracción de la aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular en ejemplar expresión de democracia directa del pueblo uruguayo, al que la Comisión debe, al menos, consideración y respeto", p. 21.

15 Los informes definitivos, conteniendo los descargos de los gobiernos y la refutación de los mismos por parte de la Comisión, fueron publicados en octubre de 1992. Véase informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e informe 29/92 (Uruguay), casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, 2 de octubre de 1992.

16 CIDH, informe 29/92, *supra,* párr. 31.

Al respecto, la CIDH señaló que

> [...] el Decreto Nº 805, aprobado por la Asamblea Legislativa el 27 de octubre de 1987, en la parte pertinente al presente caso, estipula en su artículo 1: "Concédese amnistía absoluta y de pleno derecho a favor de todas las personas, sean estas nacionales o extranjeras, que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices, en la comisión de delitos políticos o comunes conexos con los políticos o delitos comunes cuando en su ejecución hubieren intervenido un número de personas que no baje de veinte, cometidos hasta el veintidós de octubre del corriente año"; y que, por lo tanto, la aprobación del Decreto de Amnistía, incluso después de haberse dictado una orden de arresto a oficiales de las Fuerzas Armadas, eliminó legalmente la posibilidad de una investigación efectiva y el procesamiento de los responsables, así como una adecuada compensación para las víctimas y sus familiares, derivada de la responsabilidad civil por el ilícito cometido.[17]

Lo anterior, de acuerdo con lo resuelto por la Comisión, resulta en contravención con el derecho internacional, considerando que "el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe que un Estado invoque unilateralmente la ley nacional como justificación para no cumplir con las obligaciones legales impuestas por un tratado".[18]

Si bien las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tuvieron un impacto inmediato en términos prácticos en los dos países a que ellas se referían, sí lo tuvieron a nivel internacional. De hecho, es posible apreciar cómo en los años siguientes a dichas decisiones, los órganos de derechos humanos de la ONU comienzan a evolucionar en esta materia en la misma dirección, reformulando su interpretación de las normas respectivas. En especial, ello se evidenció de la evolución que fue experimentando el tratamiento de este tema por el experto independiente nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Louis Joinet. A lo largo de los noventa, Joinet hizo público primero un estudio provisional al respecto

[17] CIDH, informe 26/92, caso 10.287 (El Salvador), 24 de septiembre de 1992, párr. 11.

[18] *Ibidem*, párr. 12.

—elaborado en conjunto con El Hadji Guissé—,[19] concluyendo mediante uno final en 1997, que recoge en lo sustancial los criterios de la Comisión Interamericana, señalando que son obligaciones de los Estados en relación con las violaciones graves del pasado el establecimiento de responsabilidad penales, la publicidad de las actuaciones judiciales, la reparación a las víctimas y la formulación de garantías de no repetición de los crímenes.[20]

También en la década de los noventa, la Comisión se pronunció acerca del Decreto Ley de Amnistía de Chile, en tres informes de fondo, en los que se acumularon una serie de casos. La Comisión estableció la incompatibilidad de las normas de amnistía chilenas con la Convención Americana. En las tres ocasiones, la CIDH emitió el mismo *dictum*, observando que

> El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de esta, el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.[21]

---

19 Véase Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, preparado por el señor Guissé y el señor Joinet, en cumplimiento de la resolución 1992/23 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993.

20 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe final, elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 1, 2 octubre de 1997.

21 CIDH, informe de fondo 34/96, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párr. 77 (se ha eliminado una referencia contenida en el texto original). Dicho texto se reproduce en términos idénticos en el informe de fondo 36/96, caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párr. 77 y en el informe de fondo 25/98, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, 7 de abril de 1998, párr. 70.

Además, en los tres pronunciamientos mencionados se agrega que

> Al sancionar el Decreto-Ley 2191 *de facto* sobre autoamnistía, el Estado de Chile dejó de cumplir plenamente con la obligación estipulada en el artículo 1.1 de la Convención y violó, en perjuicio de los reclamantes, los derechos humanos que reconoce la Convención Americana.[22]

Posteriormente, la Comisión Interamericana abordó en otro caso la amnistía promulgada en El Salvador luego de concluida la Guerra Civil en ese país. El informe de fondo al respecto lo emitió la CIDH en 1999. La Comisión ya había emitido un pronunciamiento sobre otra amnistía salvadoreña en el caso *Las Hojas,* al que antes nos hemos referido. Sin embargo, la diferencia principal radicaba en que en el caso *Las Hojas* se trataba de una amnistía dictada durante la guerra y en el otro con posterioridad a ella. De hecho, fue promulgada inmediatamente después de que finalizara sus labores la Comisión de Verdad, creada por Naciones Unidas para ese país, que había formulado una serie de recomendaciones en relación con las graves violaciones los derechos humanos que habían tenido lugar en El Salvador.[23]

Así, la Comisión de Verdad emitió su informe el 15 de marzo de 1993 y tres días después el poder ejecutivo propuso un cuerpo legal que establecía la amnistía, que según el presidente de la República de la época, Alfredo Cristiani, perseguía "borrar, eliminar y olvidar la totalidad del pasado", reiterando "el llamado a todas las fuerzas del país, a que se debe apoyar una amnistía general y absoluta, para pasar de esa página dolorosa de nuestra historia y buscar ese mejor futuro para nuestro país".[24] La amnistía fue aprobada de manera acelerada dos días después de haber sido propuesta, el 20 de marzo de 1993.

---

22 *Ibidem,* párr. 77 del primer y segundo informes de fondo señalados y párr. 71 del tercero de dichos informes.

23 Véase Brody, Reed, "The United Nations and Human Rights in El Salvador: «Negotiated Revolution»", en *Harvard Human Rights Journal,* vol. 8, pp. 165 y ss.

24 Ambas referencias están tomadas de CIDH, informe de fondo 1/99, caso 10.480 (El Salvador), 27 de enero de 1999, párr. 5.

De acuerdo con lo señalado por la Comisión Interamericana en su informe de fondo en análisis, la ley de amnistía salvadoreña "dejó sin efecto alguno las recomendaciones de la Comisión de la Verdad en relación con los crímenes investigados, extinguió la posibilidad de sanción penal de las personas implicadas en la perpetración de los hechos de violencia descritos en su informe y extinguió la responsabilidad civil correspondiente. En definitiva, dejó en la impunidad todos los crímenes cometidos por los agentes del Estado entre 1980 y 1992".[25]

La Comisión añade que el efecto de la mencionada amnistía cubre, entre otros, delitos de ejecuciones sumarias, torturas y desapariciones forzadas de personas llevadas a cabo por agentes del Estado. La CIDH se refiere también a una serie de instrumentos que demuestran la gravedad de dichos delitos, los que incluyen medidas específicas para que aquellos no queden en la impunidad, entre las que se encuentran la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad. En este sentido, la Comisión Interamericana menciona la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establecen la jurisdicción universal de los delitos a que ellas se refieren. También invoca la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratamientos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que dispone que las acciones penales y las penas impuestas judicialmente a los perpetradores no estarán sujetas a prescripción. Por todo lo anterior, la CIDH concluyó que la referida amnistía salvadoreña resultaba incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta tuvo finalmente ocasión de pronunciarse acerca de la cuestión de las amnistías de violaciones graves en el caso *Barrios Altos vs. Perú,* en 2001[26] y, más recientemente, en el caso *Almonacid vs.*

[25] *Ibidem,* párr. 6.

[26] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

Chile en 2006.[27] La Corte empleó en ambos casos el razonamiento de la Comisión. En el segundo de ellos elaboró además una sistematización del derecho internacional en la materia. Además, en otros dos casos (*Goiburú y otros vs. Paraguay* en 2006 y *Masacre de La Rochela vs. Colombia* en 2007) en que, aunque no se había dictado una amnistía, ocurría o podía ocurrir una situación análoga, la Corte emitió pronunciamientos relevantes para la materia que nos ocupa.

El caso *Barrios Altos* se refería a dos amnistías dictadas por el gobierno autoritario encabezado por Alberto Fujimori en Perú, destinadas a dejar sin sanción la ejecución extrajudicial de 15 personas y las lesiones graves de otras cuatro producidas por agentes del Estado.[28] Una vez que determinó la responsabilidad del Estado peruano y este no siguió sus recomendaciones, la Comisión presentó una demanda ante la Corte Interamericana. Perú procedió entonces a retirar el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de dicho Tribunal, lo cual fue considerado improcedente por esta, que continuó adelante con el procedimiento.[29] Mientras el asunto se encontraba pendiente en la Corte se produjo la caída del gobierno de Fujimori y su reemplazo por otro de transición a la democracia, encabezado por Valentín Paniagua. Este segundo gobierno restituyó el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana y se allanó a la demanda en el caso *Barrios Altos*. No obstante el mencionado allanamiento, debido a la importancia del tema, el Tribunal hizo saber su propio saber respecto de ello y proporcionó una fundamentación —aunque somera— acerca de la responsabilidad del Estado peruano.

---

27 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

28 La primera de dichas amnistías se refería a las ejecuciones propiamente dichas. La segunda, dictada una vez que una jueza que investigaba el caso declaró la primera amnistía inconstitucional, dispuso expresamente que la primera amnistía no era revisable en sede judicial.

29 La Corte señaló que solo procedía la denuncia como un todo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conforme al art. 78), pero no el desasimiento del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa.

Así, la Corte señaló 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 a 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".[30]

La Corte añadió que al impedir las mencionadas amnistías peruanas que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes pudieran ser oídas por un juez, violaron los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, transgrediendo además el artículo 1.1 del mismo instrumento, que consagra la obligación de respetar y garantizar los derechos, y el artículo 2, que reconoce la obligación de adecuar el derecho interno a dicha Convención.

Más genéricamente, estableció el Tribunal que "[l]as leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana", agregando que como consecuencia de dicha incompatibilidad "las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acaecidos en el Perú".[31]

Por último, en el único aspecto en que la sentencia de la Corte difiere de la demanda de la Comisión es en lo relativo al derecho a la verdad. La Comisión consideraba que la vulneración de dicho derecho había producido por parte de Perú una infracción adicional de la Convención Americana: al artículo 13.1, que consagra el derecho de buscar y recibir información, el cual en el caso específico implicaba una obligación de carácter positivo para el Estado, en términos de garantizar la información

[30] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú, supra,* párr. 41.

[31] *Ibidem,* párrs. 43-44.

esencial para asegurar los derechos de las víctimas, así como, igualmente, la transparencia del quehacer estatal al respecto y la protección de los derechos humanos. La Corte, en cambio, sostuvo que siendo

> [...] incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos.
>
> [...] en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado, el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.[32]

La Corte, como se aprecia, no trata de manera separada el derecho a la verdad, siguiendo su propia jurisprudencia anterior en la materia.[33]

Posteriormente, la Corte volvió sobre esta materia en otros casos. Ello tuvo lugar primeramente en dos sentencias casi simultáneas, ambas de septiembre de 2006, recaídas, como señaláramos, en un caso paraguayo y otro chileno y al año siguiente en un caso colombiano.

En el primero de ellos, el caso de *Agustín Goiburú y otros,* si bien no se había dictado una amnistía en el Estado respectivo —Paraguay—, sino que había existido una falta de investigaciones judiciales a fondo en una serie de casos, el Tribunal consideró necesario formular algunas precisiones acerca de las obligaciones bajo la Convención Americana en relación con las desapariciones forzadas. Al respecto, señaló que "tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada [sobre desapariciones forzadas], ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter

[32] *Ibidem,* párrs. 47-48.

[33] Véase el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.

de *jus cogens*".[34] El Tribunal, explayándose más sobre el punto, añadió que

> [...] las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas [...] son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.[35]

Concluye al respecto la Corte señalando que:

> Una vez establecido el amplio alcance de las obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables.[36]

El segundo de los casos en que recayó sentencia en la materia en septiembre de 2006 fue el caso *Almonacid,* y es aquel en que el Tribunal Interamericano ha efectuado la mayor fundamentación hasta la fecha al tratar de las amnistías. El asunto se refería a la ejecución extrajudicial del señor Almonacid, llevada a cabo por agentes del Estado durante los primeros meses de la dictadura militar chilena en 1973. La sentencia analiza sucesivamente los

---

[34] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153, párr. 84. (Se ha eliminado una referencia a pie de página contenida en la sentencia).

[35] *Ibidem,* párr. 128.

[36] *Ibidem,* párr. 129.

siguientes aspectos: si la ejecución extrajudicial del señor Almonacid constituyó o no un crimen contra la humanidad; en el supuesto de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, si dicho crimen podía o no ser amnistiado; si el decreto ley de amnistía chileno —promulgado por la propia dictadura— incluía o no a dicho crimen y, de ser así, si violaba la Convención Americana; y, finalmente, si la aplicación de tal decreto ley por los jueces chilenos representa o no una transgresión de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Para abordar la primera de las cuestiones anteriores, esto es, si la ejecución extrajudicial del señor Almonacid constituyó o no un crimen contra la humanidad, la Corte Interamericana, basándose en los estatutos de los tribunales militares de Núremberg y Tokio, así como en desarrollos posteriores —incluyendo diversos antecedentes en Naciones Unidas—, señala que "los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil".[37] Basada en tales consideraciones, la Corte establece que ya para 1973 existía la norma anotada con carácter de imperativa a nivel del derecho internacional. Se trata, dice la Corte, de que la "prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens,* y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general".[38] Además, el Tribunal observa que para 1998 —cuando se aplicó el decreto ley de amnistía por los tribunales chilenos en el presente caso— ya habían sido adoptados los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, que reafirman lo antes señalado.

Enseguida de lo anterior, la Corte se pronuncia en relación con si es o no posible amnistiar crímenes de lesa humanidad, concluyendo que no lo es, indicando que "[s]egún el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda".[39] Además de volver sobre los estatutos de los

[37] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile, supra,* párr. 96.

[38] *Ibidem,* párr. 99.

[39] *Ibidem,* párr. 105.

tribunales de la ex-Yugoslavia y Ruanda, la sentencia se remite a una serie de resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la ONU. El fallo señala finalmente sobre este particular que "los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna".[40]

Por lo que se refiere a los alcances del decreto ley de amnistía chileno, la sentencia establece que ello resulta inequívoco, como se desprende del propio cuerpo legal referido y de su aplicación por los tribunales internos, incluyendo el presente caso. Dicho decreto ley dispone una amnistía de carácter general, que no solo no excluye delitos tales como las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas, sino cuyo objetivo principal fue el de amnistiar los delitos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar. A partir de esa constatación, la sentencia establece que el decreto ley de amnistía carece de efectos jurídicos y no puede continuar siendo un obstáculo para la investigación y sanción del presente caso ni de otros similares.

En cuanto a la cuarta y última cuestión que nos interesa, la Corte Interamericana señala que "la descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del poder judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular". Añade la Corte que —como en el caso chileno— "cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella".[41]

Finalmente, en el caso *Masacre de La Rochela* (Colombia), la Corte Interamericana observó que

> [p]ara que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el dere-

[40] *Ibidem,* párr. 114.

[41] *Ibidem,* párr. 123.

> cho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia.[42]

El Tribunal Interamericano también señaló que

> [l]os Estados tienen el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones. Para asegurar este fin es necesario, *inter alia*, que exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares. Además, es preciso que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones. En tal sentido, son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones.[43]

Por último, en lo concerniente al principio de proporcionalidad de la pena, la Corte sostuvo que "la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos".[44]

La evolución recién descrita en el Sistema Interamericano desempeñó una influencia central en el desarrollo del derecho internacional acerca del tratamiento de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.[45] En especial, las

---

42 Corte IDH. *Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163, párr. 193.

43 *Ibidem,* párr. 194. Se han eliminado las referencias a pie de página contenidas en el fallo.

44 *Ibidem,* párr. 196.

45 En este sentido, véase Cassel, Douglass, "Lessons from the Americas: Guidelines for International Responses to Amnesties for Atrocities", en *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, núm. 4, 1996, pp. 197-230.

bases sentadas en el sistema regional americano contribuyeron al desarrollo de estándares similares a nivel de las Naciones Unidas.

Sin embargo, al nivel interno de los Estados americanos, el efecto de la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana ha sido variable. Como ya señaláramos, en Argentina y Uruguay el mismo se produjo años después de las resoluciones de la Comisión y con un alcance mayor en el primero que en el segundo de tales países. El cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos* se vio facilitado por el hecho de que el propio Estado peruano se allanó a la demanda interpuesta ante dicho Tribunal. No obstante, ha habido una serie de debates jurídicos en Perú respecto de los efectos de la sentencia en relación con otros casos (a los que —como vimos— también apuntaba la Corte Interamericana). En lo concerniente a la sentencia en el caso *Almonacid,* el gobierno chileno ha manifestado públicamente —por medio de la presidenta de la República— su disposición de cumplir el fallo, pero ello todavía se encuentra en proceso de ocurrir.

El impacto, en todo caso, debe medirse no solo respecto de la reacción de los Estados a los que se referían las resoluciones de la Comisión y la Corte, sino más allá de ellos. En otras palabras, es relevante determinar también en qué medida esta jurisprudencia ha modificado el actuar de otros Estados americanos. Aunque hacer tal determinación con precisión requeriría de un estudio empírico que escapa a los alcances de este trabajo, lo que sí es claro es que la jurisprudencia mencionada —y sus correlatos en las Naciones Unidas— han puesto el asunto de la confrontación de las violaciones masivas y sistemáticas, y la cuestión de las amnistías respecto de ellas en una posición principal. Así, en cada proceso de transición a la democracia o de pacificación acaecido en América Latina en los últimos años este tema ha estado en el centro de la agenda y la discusión públicas. No siempre se ha seguido la jurisprudencia mencionada, pero el tratamiento de la cuestión ya no es entendido como algo meramente discrecional para los Estados. Incluso allí donde no se ha seguido esta jurisprudencia, se ha intentado proporcionar justificaciones acerca de por qué se sigue un camino distinto.

3. El alcance de los derechos fundamentales involucrados

Como se aprecia de lo expuesto anteriormente, la evolución que ha tenido lugar a nivel del Sistema Interamericano acerca de la confrontación de las violaciones graves cometidas por gobiernos previos se ha desarrollado en ausencia de parámetros jurídicos específicos explícitos. Así, con unas mismas normas internacionales, por vía interpretativa, se ha ido consolidando una tendencia a sostener que ellas exigen de los Estados que emprendan iniciativas en pos de dicha confrontación.

En términos jurídicos, el eje ha radicado en el alcance que —a través de esa vía interpretativa— se les ha venido reconociendo a determinados derechos fundamentales. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos —que, como hemos señalado, es el que ha desarrollado un *corpus iuris* pionero al respecto— dos han sido los derechos fundamentales en los que se ha focalizado la jurisprudencia: el concerniente a las garantías judiciales y el referido a la protección judicial, ambos en relación con los derechos humanos. Ellos han sido analizados por los órganos del Sistema Interamericano en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, relativo a los obligaciones generales de los Estados en relación con los derechos humanos.

El derecho a las garantías judiciales aparece consagrado en el artículo 8.1 del mencionado instrumento internacional. Se encuentra mencionado expresamente entre los derechos no susceptibles de ser suspendidos bajo estados de excepción constitucional, cuando dichas garantías sean indispensables para la protección de los demás derechos no susceptibles de suspensión.[46] La Corte Interamericana, en una de sus primeras opiniones consultivas, en los años ochenta, se refirió específicamente a esta

[46] La expresión "suspensión de derechos" no es la más afortunada, ya que induce a pensar que en ciertas circunstancias algunos derechos pueden ser dejados sin efecto, cuando en realidad de lo que se trata es de limitaciones temporales y acotadas a tales derechos, adicionales a las que pueden tener lugar en contextos de normalidad constitucional. La empleamos aquí solo por ser la utilizada en los instrumentos internacionales, a fin de evitar confusiones.

materia. Como la Convención Americana no indica en forma explícita cuáles son las garantías judiciales indispensables, el Tribunal, mediante una interpretación sistemática de varias disposiciones de dicho instrumento, concluyó que "son aquellas a las que esta [la Convención] se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías".[47]

El artículo 8.1 establece que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". La Corte ha señalado que el título del artículo 8 (Garantías judiciales) "puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto [añade el Tribunal], el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención".[48] La Corte agrega que lo que hace la mencionada disposición es consagrar el derecho a un debido proceso legal, que es aplicable a todas las garantías judiciales, incluso bajo estados de excepción.[49]

---

47 Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, párr. 38. Revísese también Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia (vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial),* Santiago, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, pp. 380 y ss.

48 Corte IDH, opinión consultiva OC-9/87, *supra,* párr. 27.

49 *Ibidem,* párr. 28: "Esta conclusión se confirma —observa la Corte— con el sentido que el artículo 46.2.*a* da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando «no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados»".

Una primera lectura de esta disposición podría conducir a la conclusión de que, sin perjuicio de que su alcance sea amplio en lo referido a asuntos más allá de la materia penal, en lo que a esta concierne lo que se garantiza es únicamente un conjunto de garantías al imputado. De hecho, en no pocas legislaciones internas el Estado posee el monopolio de la acción penal para la mayoría de los delitos. El problema se planteó al momento de conocer la Comisión Interamericana la ley de amnistía uruguaya. No es casualidad que ella se denominara —como hemos apuntado antes en este trabajo— "Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado", ya que en dicho país el Estado posee el monopolio de la acción penal. El Gobierno de Uruguay argumentó que en su sistema procesal no se contempla el derecho de presentar una demanda criminal, ya que la acción penal es pública y solo en circunstancias excepcionales se permite intervenir a los particulares, y que, por lo mismo, lo único que se hizo por medio de la ley de caducidad fue que el Estado renunció al ejercicio de la acción penal pública.

Pero la Comisión se centró en las consecuencias para las causas judiciales por graves violaciones a los derechos humanos, resaltando que al prohibirse por ley que el Estado las llevara adelante, lo que se estaba haciendo era impedir cualquier clase de investigación, ya que los particulares no podían —conforme a la legislación interna— tomar la iniciativa por sí mismos para tal efecto.

Sin embargo, el alcance de las garantías judiciales ha venido entendiéndose de manera extensiva, en el sentido de incluir las de los querellantes o denunciantes en materia penal. En los casos de las violaciones graves a los derechos humanos, serán las víctimas de tales delitos o sus familiares. Una manera de arribar a este resultado en el marco de la Convención Americana consiste en referirse a la parte final de la disposición que venimos analizando, cuando señala que dichas garantías serán reconocidas también para la determinación de los derechos u obligaciones de cualquier otro carácter de una persona.

Cabe consignar que en el derecho procesal penal contemporáneo se acepta que el Estado posea el monopolio de la acción penal para la mayoría de los delitos y que goce de un cierto margen

de discreción para adoptar la decisión de acaso o no perseguirlos. Lo que señalan la Comisión y la Corte Interamericana es que ello no podría afectar la investigación de los crímenes en materia de derechos humanos. En los casos uruguayos, la Comisión precisó que ella

> no discute la publicidad u oficialidad de la acción penal. Sin embargo, en Uruguay la víctima o damnificado tiene derecho a participar en el proceso penal, más allá de la formulación de la denuncia. El Código del Proceso Penal uruguayo faculta al damnificado a solicitar durante el sumario "todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables" (art. 80). En consecuencia, en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal.[50]

Por lo que se refiere al derecho a la protección judicial, este aparece regulado en la Convención Americana en su artículo 25, consistiendo en el derecho "a un recurso sencillo o rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]". Por lo mismo, en consecuencia, la referencia debe entenderse hecha a recursos tales como el *habeas corpus* o el amparo, sin perjuicio de que la parte final de la disposición recién citada se extienda también a otros recursos posibles. En la jurisprudencia interamericana, a propósito de las normas de amnistía, a veces se ha tratado de lo primero —como cuando tales recursos sencillos o rápidos se volvían inoperantes— y a veces de lo segundo, cuando es la posibilidad de accionar judicialmente —por vía penal, civil u otra— la que se ha visto impedida por tales normas.

La conexión desarrollada en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de los mencionados derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial con el alcance de las obligaciones de los Estados consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana es asimismo relevante.

[50] CIDH, informe 29/92, *supra,* párr. 41.

Como expusiera al describir la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez,* dicho Tribunal estableció que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos incluyen la prevención, investigación y sanción de las violaciones que se cometan. Señaló también la Corte que la obligación de investigar requiere seriedad al respecto, a fin de evitar la mera formalidad o apariencia de investigación.

Pero la misma Corte se encarga de precisar que la obligación de investigar no implica que deba alcanzarse un resultado satisfactorio en todos los casos. ¿Podría ser esto entendido como abriendo espacio para normas de amnistía? El propio Tribunal se ha encargado de negar esa posibilidad. Una cosa es que en un caso específico, por circunstancias que escapen al Estado, se haga imposible alcanzar un resultado satisfactorio (por ejemplo, porque las pruebas del mismo hayan desaparecido sin que el Estado haya tenido participación directa ni indirecta —vía tolerancia o aquiescencia— en dicha desaparición); otra diferente es que, por medio de normas de amnistía, se impida *a priori* que los tribunales internos lleven a cabo una investigación completa.[51]

Un último aspecto relevante concierne a que ni la Comisión ni la Corte han incorporado explícitamente un balanceamiento de bienes en su argumentación en los casos sobre amnistías de violaciones graves. Al respecto cabe consignar que el artículo 32 de la Convención Americana se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo, en lo que nos interesa, en su numeral 2 que "[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". Precisamente, era la subsistencia de una sociedad democrática la que invocaron los gobiernos de Argentina y Uruguay en defensa de sus normas de amnistía dictadas bajo regímenes democráticos.

Respecto de la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el artículo 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa, tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos consiste en

[51] Véase sobre este punto, Méndez, Juan, "Accountability for Past Abuses", en *Human Rights Quarterly,* vol. 19, 1997, pp. 264 y ss.

ponderarlos adecuadamente, como se ha desarrollado latamente en la moderna teoría del derecho.[52]

Cabe resaltar que a propósito de otros derechos, pero en una aseveración de carácter general, la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 32.2 "[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado". La Corte añade que "[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas".[53] Esta última es justamente la situación de los derechos fundamentales en juego en los casos de las normas de amnistía, ya que ni el artículo 8 al referirse a las garantías judiciales ni el artículo 25 al consagrar el derecho de protección judicial, establecen limitaciones expresas a tales derechos.

La jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, incluidas la Comisión y la Corte Interamericana, ha sostenido consistentemente que no corresponde jerarquizar *in abstracto* y de manera absoluta los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones. En otras palabras, el catálogo de derechos no contiene un orden conforme al cual unos queden subordinados a otros.[54] En este punto, los referidos órganos siguen las tendencias modernas, que señalan idéntica cosa. Así, Alexy anota que "[e]sta relación de tensión [de principios] no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de

---

52 Véanse, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993, pp. 89 y ss., con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel Derecho, 1999, pp. 72 y ss.

53 Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, (arts. 13 y 39 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra,* párr. 65.

54 Consúltese a este respecto Medina, Cecilia, "Derecho internacional de los derechos humanos", en Medina, Cecilia y Mera, Jorge (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales núm. 6, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1996, pp. 27 y ss.

estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería «prioridad sin más». Más bien, el «conflicto» debería ser solucionado «a través de una ponderación de los intereses opuestos». En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, *abstractamente del mismo rango*, posee mayor peso en el caso concreto [...]".[55] Dworkin también enfatiza la dimensión del peso o importancia de los principios en los casos concretos y que, al no haber una mediación exacta, "el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia".[56] En consecuencia, no habiendo una jerarquía absoluta entre derechos, corresponde efectuar un balanceamiento de ellos.

La pregunta es si en los casos de amnistías generales estamos o no frente a un conflicto de principios en sentido estricto. A mi juicio, Dworkin respondería negativamente, puesto que para él los principios deben ser factibles de ser reconducidos a derechos individuales y tendríamos que reconocer el carácter de "derechos concurrentes" —para emplear una expresión suya—, es decir, de derechos que entran en conflicto, "solo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos", afirmación que Dworkin ejemplifica señalando que "no se puede pensar que las leyes que aseguran cierto nivel de tranquilidad en los lugares públicos o que autorizan o financian una guerra extranjera se apoyen en los derechos individuales".[57] Estos tipos de bienes colectivos parecieran ser análogos a los invocados por Argentina y Uruguay en su defensa de las normas de amnistía ante el Sistema Interamericano.

Alexy discrepa en este aspecto de Dworkin, rescatando la posibilidad de que los bienes colectivos operen como limitaciones a los derechos y que, consecuentemente, puedan ser balanceados, anotando que "[s]in duda, la diferencia entre derechos individuales y bienes colectivos es importante. Pero, no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de dere-

55 Alexy, Robert, *op. cit.,* p. 90. He eliminado las referencias a una sentencia de un tribunal alemán que realiza el autor.

56 Dworkin, Ronald, *op. cit.,* pp. 77-78.

57 *Ibidem,* las citas son de pp. 289 y 290.

cho individual".[58] Menciona también una serie de bienes colectivos que podrían operar como principios y entrar en colisión con determinados derechos individuales, entre ellos —en un listado meramente ejemplar— la salud pública, la seguridad de la República y —lo más importante para el tema que nos ocupa— la protección del orden democrático.

Por otra parte, como hemos señalado, la propia Convención Americana en su artículo 32 se encarga de referirse a la ponderación de bienes, incluyendo algunos de carácter colectivo, como por lo demás lo hace al regular una serie de derechos específicos. Lo que sucede es que respecto de este asunto ni los sistemas jurídicos internos basados en la idea de un Estado de derecho ni el sistema internacional de derechos humanos operan de la manera que Dworkin plantea. Tanto las constituciones políticas como los instrumentos internacionales recurren al uso de cláusulas generales limitativas de derechos.

Los desarrollos llevados a cabo en la teoría del derecho en la segunda mitad del siglo xx contribuyeron a proporcionar mayor claridad acerca de la función de las cláusulas generales en un sistema jurídico. Por cláusula general, ha entendido Engisch "una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y les señala su correspondiente tratamiento jurídico".[59] Los embates al fragor de las disputas entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo hasta bien entrado el siglo xx habían conducido a opacar, desde la perspectiva positivista, el papel desempeñado por las cláusulas generales en el derecho. Así, los positivistas las habían relegado a un rol muy secundario. La postura de Kelsen es ilustrativa a este respecto, al hablar acerca de una suerte de inevitabilidad de tener que recurrir a las cláusulas generales y a los principios jurídicos —que colocaba a la par que las primeras—, ya que de alguna manera introducirían un elemento perturbador en la pureza de su concepción del sistema jurídico. Para el mismo Kelsen, quedaba entregado al arbitrio de los jueces y funciona-

[58] Alexy, Robert, *op. cit.,* p. 111.

[59] Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico,* Madrid, Guadarrama, 1967, nota 57, p. 153.

rios administrativos el llenar de contenido aquellos principios y cláusulas.[60]

También resultaba perturbador, como se denota en autores como Neumann,[61] el uso dado por regímenes totalitarios a las cláusulas generales, como cuando en la parte general del Código Penal nazi se estableciera que "[s]erá sancionado quien realice un hecho penado por la ley o que merezca sanción de acuerdo con los fundamentos de una ley y con el sano sentimiento popular. De no encontrarse una ley penal determinada que sea inmediatamente aplicable al caso, este será castigado de acuerdo con la ley cuyo fundamento le sea más exactamente aplicable".[62] Pero como observa Kaufmann, en realidad lo que ocurre en el ejemplo de la legislación nazi es que hay un uso de una cláusula general que resulta incompatible con un Estado de derecho, que pasa por sobre la teoría de los tipos penales y que en vez de tender a solucionar un problema de falta de precisión legal aparece propiciándolo, pero no una característica propia de toda cláusula general. La formulación de cláusulas generales se le aparece a Kaufmann como una etapa insoslayable en el proceso de realización del derecho.[63]

Lo que sucede, en cambio, con la cláusula general del tipo "protección del sistema democrático" es que se produce una aparente paradoja, puesto que se presenta como una limitación a derechos específicos de las personas, al tiempo que su objetivo es asegurar la estabilidad para el ejercicio adecuado de tales derechos.

El punto es que, sin perjuicio de que exista un entramado indisoluble entre sistema democrático y derechos humanos,[64]

60 Kelsen, Hans, *op. cit.,* nota 58.

61 Neumann, Franz, *El Estado democrático y el Estado autoritario,* Buenos Aires, Paidós, 1968, pp. 36 y ss.

62 Una situación análoga se vivió en América Latina a la salida de los regímenes dictatoriales, cuando algunos plantearon la necesidad de eliminar los estados de excepción constitucional, por los abusos a los que ellos se han prestado históricamente en dicha región.

63 Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa,* Santiago, Editorial Jurídica, 1976, pp. 42 y ss.

64 Véase al respecto Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez,* 4ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

cuando aquel opera como cláusula general limitativa de uno o más derechos en el marco de un Estado de derecho y de la normativa internacional de derechos humanos, procede interpretarlo restrictivamente. En efecto, si bien el sistema democrático está destinado a proteger los derechos de las personas, el mismo está regulado a la vez como una limitación a tales derechos en los instrumentos internacionales, las constituciones políticas y los códigos nacionales. Por lo mismo, es necesario distinguir entre el tipo de tensión que se produce entre una cláusula general limitativa de derechos y determinados derechos humanos de aquella otra que se produce cuando son dos derechos humanos específicos los que entran en colisión.

Cuando se trata de dos derechos humanos que entran en tensión entre sí, como ya hemos anotado, no es posible construir una jerarquía absoluta de tales derechos, ya que ellos se limitan recíprocamente, debiendo ponderárselos en el caso concreto. En cambio, la tensión entre una cláusula general limitativa de derechos y determinados derechos humanos no consiste ya en una tensión en un plano de igualdad, sino en una situación en que dicha cláusula queda subordinada a los derechos humanos.

En el ámbito internacional se encuentra suficientemente esclarecido que, en cuanto limitaciones a los derechos humanos, las cláusulas generales que no se refieran a la consagración de derechos específicos deben ser interpretadas de manera restrictiva y a la luz de esos derechos. Esto ha sido reiteradamente sostenido por los órganos de los distintos sistemas internacionales de protección. Ilustrativos resultan a este respecto los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación o Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, invocados por abundante jurisprudencia internacional, en que se establece que "[t]odas las cláusulas de limitación serán interpretadas estrictamente y en favor de los derechos en cuestión" (principio 3) y que "La carga de justificar una limitación a un derecho [...] incumbe al Estado" (principio 12).[65]

[65] Véase "Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", en *La Revista* núm. 36, Comisión Internacional de Juristas, junio 1986. Estos principios fueron adoptados en una reunión convocada a tales efectos por

Pero en los casos de amnistías del tipo que venimos analizando en este trabajo, el asunto posee todavía a lo menos tres aristas adicionales: una primera referida a lo genuino o no de la invocación de la protección de un sistema democrático —cuestión de hecho—; una segunda referida al carácter general de tales amnistías, y una tercera concerniente al tipo de violaciones.

A la primera de estas cuestiones solo nos referiremos brevemente, por tratarse precisamente de un asunto de hecho. El punto central al respecto es que, como ha quedado en evidencia en una serie de países, a menudo más que una genuina protección del sistema democrático, lo que existe son presiones antidemocráticas de los perpetradores de las violaciones que conservan cierto grado de poder —fáctico— y que producen distorsiones justamente en el momento en que se están sentando las bases de un nuevo sistema político.

Respecto de la segunda cuestión, por tratarse de amnistías de carácter general, su afectación a los derechos humanos es masiva, hasta el punto de desfigurar tales derechos. Y ello en circunstancias especialmente graves por la clase de violaciones a la que dichas amnistías se refieren. Este pareciera ser un aspecto clave para que los órganos internacionales de derechos humanos no hagan explícita en su argumentación un balanceamiento de bienes, ya que no se trata, como en los balanceamientos que efectúan habitualmente los órganos con jurisdicción constitucional, de una situación referida únicamente a un caso específico, sino a una enorme lista de casos, que quedarían marginados de toda posibilidad de acción judicial a su respecto si se confiriera validez jurídica a la amnistía. Una expresión que se usa comúnmente en inglés para referirse a estas normas —*blanket amnesties*— es elocuente, en el sentido de que ellas arrojan un manto sobre un gran volumen de violaciones a los derechos humanos —usualmente miles o decenas de miles de ellas—, las cuales quedan ocultas y en la impunidad.

la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Urban Morgan Institute for Human Rights y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales.

En cuanto a la tercera y última cuestión que aquí hemos planteado —la referida a los tipos de violaciones—, si bien, como antes hemos visto, los órganos internacionales han negado la posibilidad de construir una jerarquía absoluta de derechos, en rigor algunos tipos de violaciones han sido de antiguo considerados más graves que otros. Así ha quedado reflejado también en las resoluciones de tales órganos sobre amnistías citadas en este trabajo, en donde, por ejemplo, la Corte Interamericana ha señalado perentoriamente la prohibición de amnistiar violaciones de derechos no suspendibles (caso *Barrios Altos* en 2001) o crímenes contra la humanidad (caso *Almonacid* y caso *Goiburú* en 2006; caso *Masacre de La Rochela* en 2007). Por lo demás, lo que ha sucedido es que en los últimos años han ido "cristalizando" como crímenes contra la humanidad algunas violaciones cuyo carácter al respecto antes se discutía, como la tortura, de modo que hoy los conceptos de "violaciones graves" y "crímenes contra la humanidad" se asemejan cada vez más. Esto se ha visto reflejado en los fallos más recientes de la Corte Interamericana, en los que se establece el carácter de *ius cogens* de la norma que obliga a investigar y sancionar a los perpetradores de crímenes contra la humanidad. Este tercer aspecto es también crucial para comprender por qué los órganos internacionales han omitido efectuar un balance de bienes en relación con las amnistías que se refieren a estas violaciones.

4. Conclusiones

El tratamiento de las violaciones graves a los derechos humanos ha experimentado una significativa evolución en los últimos 15 años a nivel de los órganos internacionales especializados en la protección de tales derechos. Los mecanismos del Sistema Interamericano jugaron un papel decisivo en ello. Esta evolución ha ido en la dirección de establecer de manera perentoria una serie de obligaciones de los Estados en relación con dichos tipos de abusos, en oposición al criterio que prevalecía anteriormente, según el cual los Estados democráticos poseían una amplia discreción en esta materia.

Lo anterior no implica que los estándares internacionales en la materia estén siendo recepcionados de manera homogénea

por los Estados. Algunos han avanzado mucho más que otros en este terreno. Sin embargo, un aspecto común, derivado precisamente de la creciente atención prestada por los órganos internacionales de derechos humanos, es que en prácticamente todos los Estados que en la actualidad salen de periodos de violaciones de tales derechos a gran escala, la cuestión de su confrontación se sitúa en el centro del debate público, sin que sea una alternativa el hacerlas simplemente a un lado, como ocurría hasta hace algunos años.

Con las limitaciones del caso, todo ello redunda en que en la construcción de nuevos sistemas democráticos se refuerce el lugar a desempeñar por el reconocimiento y protección de los derechos humanos, a fin de prevenir la comisión de violaciones graves a su respecto y procurar asegurar que los ciudadanos operen en el sistema democrático en un pie de igualdad.

Los derechos de las mujeres migrantes: una perspectiva desde el Sistema Interamericano*

1. Consideraciones generales

Abordaré el tema comenzando con una breve descripción acerca del contexto de la migración en el continente americano para luego referirme al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a los diferentes mecanismos utilizados para proteger y garantizar los derechos de las mujeres migrantes, así como a algunos de los desafíos que aún tenemos por delante para que podamos hablar de una protección efectiva de estas personas.

Para 2010, a nivel mundial había cerca de 214 millones de migrantes internacionales; de ese total, en las Américas contábamos con 57 522 675 migrantes internacionales. De ellos, cerca de 50 millones se encontraban en Norteamérica, principalmente en Estados Unidos, y 7.5 millones en el resto de Latinoamérica. Dicha cifra representa 27% de los migrantes de todo el mundo.[1]

---

* Trabajo publicado originalmente en Pérez González, Carmen (ed.), *Protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

[1] De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), para el año 2000 había 150 millones de migrantes. Actualmente, los migrantes suman 214 millones, y esa cifra podría alcanzar los 405 millones en 2050, a raíz de las crecientes disparidades demográficas, los efectos del cambio ambiental, la nueva dinámica política y económica mundial, las revoluciones tecnológicas y las redes sociales. Véase OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010,* p. 3. Para más información, también puede consultarse: UN DESA, Population Division (2009), *Trends in Internatio-*

Estas cifras son una clara muestra de la magnitud que tiene la migración internacional a nivel de las Américas.

Entre 2000 y 2010, los flujos de emigración en países latinoamericanos sobrepasaron los flujos de inmigración en 11 millones de personas. La diferencia entre los flujos de emigrantes e inmigrantes es más amplia en países de Centroamérica (6.8 millones), seguida por Sudamérica (3 millones) y el Caribe (1.2 millones).[2]

Tal como demuestran las cifras, la migración internacional en las Américas tiene un gran impacto en los países de la región, además de la migración interna, que también tiene un gran impacto en dichos países, en particular en Colombia, que es el segundo país con más desplazados internos a nivel mundial, con cerca de 3.4 millones, de acuerdo con las cifras manejadas por el Estado, y 4.9 millones de acuerdo con la información que manejan organizaciones no gubernamentales como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES).[3] O el caso de México, en donde en 2010, debido al contexto de violencia, cerca de 115 mil personas se desplazaron de los lugares en los que habitualmente vivían.[4]

Para citar solo algunos ejemplos del impacto que tiene la migración internacional en las Américas, podemos mencionar que en 2010, Estados Unidos contaba con cerca de 42.8 millones de migrantes, lo cual hace que siga siendo el principal país de des-

---

nal Migrant Stock: The 2008 Revision, Naciones Unidas, database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008.

2 *Idem*.

3 Internal Displacement Monitoring Centre y Norwegian Refugee Council, *Internal Displacement: Global Overview of Trends and Developments in 2010*, marzo, 2011, p. 72.

4 De acuerdo con el Internal Displacement Monitoring Centre: "In 2010, most IDPs [internally displaced people] originated from the states most affected by violence, Chihuahua and Tamaulipas. Surveys conducted by a research centre in Ciudad Juarez in Chihuahua estimated that around 230 000 people had fled their homes. According to the survey's findings, roughly half of them had crossed the border into the United States, with an estimated 115 000 people left internally displaced, predominantly in the states of Chihuahua, Durango, Coahuila and Veracruz". Para más información véase, *ibidem,* p. 73.

tino a nivel mundial, recibiendo a cerca de 20% del total de migrantes internacionales.

Por otra parte, México es considerado el principal corredor migratorio a nivel mundial. El Estado estima que cerca de 150 mil migrantes indocumentados transitan cada año a través de México con el objeto de llegar a Estados Unidos, la mayoría de estas personas provienen de Centroamérica y Sudamérica, pero también, y cada vez en mayor cantidad, de África y Asia. Por su parte, organizaciones de la sociedad civil señalan que esta cifra asciende a 400 mil personas al año.

Para el caso de Canadá, se estima que para 2010 albergaba 7.2 millones de migrantes, lo cual significa cerca de 21% del total de su población. La mayor parte de estos migrantes provienen de fuera de las Américas.[5]

Para 2010, alrededor de 26.6 millones de latinoamericanos vivían fuera de sus países de nacimiento. Estas cifras no hacen más que demostrar que Latinoamérica se ha convertido en una región de emigración, la cual aporta cerca de 15% del total de los migrantes a nivel mundial.[6]

Estas cifras son solo un reflejo de la magnitud que tiene la migración internacional en las Américas, a lo que cabe añadir las diversas esferas en las que las personas migrantes son expuestas a situaciones de vulnerabilidad con respecto a los nacionales, situaciones que se agravan de manera exponencial para el caso de los migrantes indocumentados. Cuando a la condición de migrante se suma el hecho de ser mujer, la situación se complica aún más, ya que se juntan dos factores de vulnerabilidad respecto de los cuales existen patrones estructurales de discriminación en muchos países, no solo de las Américas sino a nivel mundial.

Hace ya más de 10 años que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos viene poniendo énfasis en el impacto que está teniendo la migración de las mujeres. En este sentido, la Comisión ha resaltado que "un elemento que ha contribuido de modo notable al crecimiento de la migración ha sido el aumento

5 OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010.*

6 *Idem.*

del número de mujeres migrantes. De manera creciente, muchas mujeres han comenzado a migrar siguiendo a sus maridos y familias. De forma gradual, sin embargo, muchas otras han empezado a migrar por su cuenta".[7] Es importante consignar que históricamente las mujeres representaban un porcentaje menor del número total de migrantes, pero hoy en día representan casi la mitad del total de migrantes en el mundo y se estima que en 2010 hubo más migrantes mujeres que hombres. El hecho de que millones de mujeres hayan engrosado las filas migratorias no solo ha incrementado el número total de personas que migran, sino que también ha transformado de forma radical este fenómeno social.

Hay muchos temas relacionados con la migración internacional desde los cuales se podría abordar la situación de vulnerabilidad de las mujeres migrantes; sin embargo, la trata de personas con fines de explotación sexual es quizás el más preocupante en la actualidad. El tráfico sexual en Latinoamérica genera alrededor de 16 billones de dólares anualmente. La trata con fines de explotación se ha vuelto uno de los principales negocios en la región. De acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, anualmente cerca de tres millones de latinoamericanos son traficados ilegalmente a través de una frontera. El 90% de los migrantes indocumentados que llegan a Estados Unidos desde México lo hacen contratando a un traficante en algún punto de su trayecto migratorio. Este trayecto es especialmente peligroso para el caso de mujeres y menores no acompañados.[8] Incluso, muchas de estas mujeres determinan el momento en el que van a emprender su tránsito hacia Estados Unidos teniendo en consideración su periodo menstrual, por temor a que además de ser violadas también puedan quedar embarazadas.

Otra de las áreas en las que se evidencia la situación de extrema vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres migrantes es la relativa al mercado laboral, de acuerdo con la

[7] CIDH, Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, 2000, párr. 43.

[8] Amnistía Internacional, Informe víctimas invisibles: migrantes en movimiento en México, 2010.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).[9]

En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha utilizado diversas herramientas que ha tenido a su alcance para abordar de forma específica el tema de la protección internacional de las mujeres migrantes. Sin embargo, es necesario señalar que es un tema en el que el Sistema Interamericano aún tiene mucho trabajo por desarrollar.

2. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos forma parte de la Organización de Estados Americanos (OEA). Esta organización se encuentra compuesta por los 35 Estados de las Américas. El Sistema Interamericano se encuentra compuesto por dos órganos. El primero de estos es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual es uno de los órganos principales establecidos en la Carta de la OEA. El objetivo principal de la Comisión es velar por la protección y promoción de los derechos humanos en los 35 Estados parte de la OEA. El otro órgano que conforma el Sistema es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual fue creada a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; su jurisdicción contenciosa se limita a aquellos Estados que así la hayan reconocido expresamente.

Desde su creación en 1959, la Comisión ha puesto en marcha una amplia serie de mecanismos en la protección y promoción de los derechos humanos en las Américas, incluyendo el elaborar estudios e informes temáticos y de países; servir como un organismo consultivo para los países de la región en asuntos concernientes a temas de derechos humanos; trabajar en los procesos de elaboración y redacción de instrumentos de derechos humanos; llevar a cabo visitas *in loco* a los países de la región; decidir casos y medidas cautelares, etcétera.

[9] OCDE, *Latin American Economic Outlook 2010*.

En 1997, la CIDH creó una Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, en respuesta a un pedido específico de la Asamblea General de la OEA. La creación de la Relatoría refleja el interés de los Estados miembros de la OEA por brindar especial atención a un grupo caracterizado por su vulnerabilidad, lo que lo expone en mayor medida a violaciones de derechos humanos.

En cumplimiento de su mandato, la Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias cumple los siguientes objetivos:[10]

a) Generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias.
b) Presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor.
c) Elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general.
d) Actuar con prontitud respecto de peticiones o comunicaciones en las que se aleguen violaciones de derechos humanos en perjuicio de trabajadores migratorios y sus familias en algún Estado miembro de la OEA.

En 1978, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, inicia sus labores la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El mandato de la Corte Interamericana es garantizar el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados parte de la Convención Americana. La Corte tiene dos diferentes clases de jurisdicción: una contenciosa y otra consultiva. En el desarrollo de su jurisdicción contenciosa, la Corte puede ordenar reparaciones a la parte lesionada si determina que ha habido una violación a alguno de los derechos de la

[10] ***N. del E.:*** "En 2012 , la CIDH decidió modificar el mandato de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familias (ahora Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes)", véase www.oas.org/es/cidh/migrantes/

Convención Americana. De 1979 a la fecha, la Corte ha resuelto más de 100 casos, en la gran mayoría de los cuales ha determinado violaciones a los derechos humanos y ha ordenado reparaciones. La Corte también puede adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable. Por otra parte, como órgano consultivo, la Corte puede ser requerida por cualquier Estado parte de la OEA acerca de la interpretación de la Convención Americana o sobre otros tratados de derechos humanos aplicables en las Américas. También puede ser consultada acerca de la compatibilidad de leyes nacionales con los instrumentos mencionados anteriormente. Hasta la fecha, la Corte ha emitido más de 20 opiniones consultivas, de las cuales tres se refieren a los migrantes: una sobre su derecho de asistencia consular; otra sobre los derechos de los migrantes indocumentados, y una más sobre niñez migrante.

3. Los derechos de las mujeres migrantes en el Sistema Interamericano

Dentro del marco del Sistema Interamericano, con relación a la protección de los derechos humanos de la mujer, sin lugar a dudas el principal avance en el plano normativo fue la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como "Convención de Belém do Pará", la cual fue aprobada en el marco de la OEA en 1994 y cuyo objeto es abordar todas las implicaciones que tiene la violencia contra la mujer, la cual fue considerada como una ofensa contra la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. El artículo 1 de esta Convención establece un amplio ámbito de aplicación para la misma, al definir a la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Asimismo, la Convención de Belém do Pará establece que los Estados parte tienen el deber de condenar todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Luego, establece una

serie de obligaciones específicas a cargo de los Estados,[11] las cuales son justiciables ante los órganos del Sistema Interamericano (art. 12).

De particular importancia respecto a la protección de las mujeres migrantes es el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, ya que establece que

> [p]ara la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

[11] Las obligaciones establecidas a cargo de los Estados parte a la Convención de Belém do Pará en su artículo 7 son las siguientes:

a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Es decir, desde la adopción de la Convención de Belém do Pará se reconoció que una de las causas que podría agravar la situación de vulnerabilidad de las mujeres es precisamente su condición de migrante, refugiada o desplazada.

Con relación a la situación de las mujeres migrantes, la Comisión ha señalado que dentro de la definición de violencia contra la mujer de la Convención Belém do Pará se establece que también se entenderá como una forma de violencia contra la mujer aquella violencia física, sexual y psicológica que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.[12] Al referirse al alcance de la violencia sexual contra las mujeres, la Corte Interamericana ha reconocido el amplio alcance que tiene la misma. Acorde con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y siguiendo la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana reconoció que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual cometidas contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano, pero también incluyen actos que no involucren penetración o contacto físico alguno.[13]

Además, la Comisión ha manifestado su preocupación respecto a la mujeres migrantes, colectivo al cual ha reconocido como un grupo en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos, a formas de discriminación y a la violencia sexual. En este sentido, la Comisión ha señalado que la situación de violencia y discriminación que enfrentan las mujeres migrantes por lo general se encuentra invisibilizada en la agenda pública y en los sistemas judiciales de los países de Mesoamérica.[14]

---

12 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", artículo 2.*c*.

13 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160, párr. 305, citando ICTR, *Case of Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*. Juicio de 2 septiembre de 1998, caso ICTR-96-4-T, párr. 688.

14 CIDH, Informe sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. doc. 63 (2011), párr. 307, consulta 20 sep 2012, disponible en *http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf*

En lo que respecta a la práctica de los órganos del Sistema Interamericano, es necesario señalar que si bien existe un mayor número de peticiones y casos relativos a la protección de los derechos de la mujer que en el pasado, a la fecha prácticamente no hemos tenido oportunidad de referirnos a casos en los que las violaciones hayan ocurrido por tratarse de víctimas en las que concurren las condiciones de mujer y migrante.

En este sentido, una consideración que hay que tener en cuenta es que los migrantes indocumentados son quienes se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad de ser víctimas de violaciones a sus derechos humanos, pero precisamente el hecho de que se encuentran residiendo de forma irregular o indocumentada en un país que no es el suyo, conlleva a una mayor invisibilización respecto a las violaciones de las que son víctimas, ya que lo último que desean es que el Estado en el que se encuentran tenga conocimiento de las mismas por los riesgos que esto les podría acarrear. Lo anterior ha conllevado que a la fecha la Comisión prácticamente no haya recibido casos en los que se alegan violaciones en contra de mujeres migrantes.

Con relación a esta situación de extrema vulnerabilidad, la Comisión ha señalado que

> [e]s preciso recalcar que inmigrantes y trabajadores migratorios se encuentran en una condición muy vulnerable. Estas personas muchas veces ignoran las leyes y el idioma del país receptor y en varias ocasiones deben enfrentar abierta hostilidad por parte de la población, incluso de las autoridades. La situación es particularmente grave en el caso de los migrantes indocumentados, cuya situación inmigratoria los expone aún más a abusos. De hecho, dada la situación particular de los migrantes se sostiene que estas personas enfrentan una condición de vulnerabilidad estructural. A raíz de ella, los migrantes están expuestos a una serie de atropellos. Entre ellos se pueden mencionar arrestos arbitrarios y la ausencia de debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención infrahumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Estas situaciones afectan de forma

> particular a las mujeres y niños migrantes, quienes están además expuestos a excesos como acoso sexual, golpizas y condiciones de trabajo deficiente".[15]

En el Sexto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, al referirse a los trabajadores migratorios agrícolas en las Américas, la Relatoría señaló que

> [l]os trabajadores migratorios y sus familias habitualmente son víctimas de numerosas violaciones a sus derechos fundamentales. Entre estos se pueden mencionar: arrestos arbitrarios y violaciones al debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención infrahumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Las situaciones anteriormente descritas afectan de manera particularmente grave a las mujeres y niños migrantes, quienes están además expuestos a otras violaciones de sus derechos, como abusos o apremios de tipo sexual y discriminación.[16]

Al analizar en detalle esta situación de los derechos laborales de los trabajadores migratorios agrícolas, la Relatoría señaló que

> [l]a alta vulnerabilidad de los trabajadores migratorios agrícolas se ve acrecentada en el caso de mujeres, niños y personas indígenas. A lo largo de las Américas, menores de edad se desempeñan en labores agrícolas como trabajadores migratorios. Al igual que los niños, las mujeres también sufren serias violaciones a sus derechos fundamentales. Es preciso recalcar que los Estados tienen la obligación de proteger a niños y menores de edad de la explotación económica, el desempeño de trabajo peligroso o bien de prevenir condiciones que conspiren en contra de su desarrollo físico e intelec-

---

15 CIDH, Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio, 2000, párrs. 64-65.

16 CIDH, Sexto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias al periodo entre enero y diciembre de 2004, párr. 95.

> tual. Además de las difíciles condiciones anteriormente descritas, mujeres y menores de edad muchas veces son víctimas de acoso y violencia sexual así como de violaciones a sus derechos reproductivos. Lo mismo sucede con los indígenas cuya condición —falta de conocimiento de las leyes, idioma y costumbres de las sociedades de recepción— acrecienta su vulnerabilidad a la discriminación y el abuso.[17]

También en el Cuarto informe de progreso de la Relatoría se desarrolla el tema de las condiciones de discriminación y extrema vulnerabilidad a las que se ven expuestos los trabajadores migratorios, en particular las mujeres, en el trabajo. Al referirse a este tema, la Relatoría sostuvo que

> [e]mpleadores inescrupulosos en los países de origen muchas veces sacan provecho de la condición de vulnerabilidad de los trabajadores migratorios. Para los empleadores la existencia de trabajadores dispuestos a aceptar las condiciones antes descritas les brinda la posibilidad de abaratar costos, y por tanto, de incrementar la competitividad de sus productos o servicios en el mercado. Conscientes de la desesperación de estas personas y de la indefensión en la que normalmente viven, sobre todo en materia legal, muchas veces los empleadores ofrecen trabajo en condiciones muy deficientes de seguridad y salubridad y con remuneraciones muy bajas, normalmente inferiores al mínimo legal. Asimismo, les niegan beneficios laborales como seguros de salud o por accidentes de trabajo y restringen su libertad de asociación. Situaciones de explotación en las que el empleador obliga a trabajadores migratorios a trabajar horarios extenuantes y sin descanso o en las que sencillamente desiste de pagarles por su trabajo, también son comunes. Acusaciones sobre maltrato físico y amenazas —como reportar la presencia de personas indocumentadas a las autoridades— para evitar denuncias ante maltratos también son denunciadas (párr. 67). Algunos migrantes son sometidos a condiciones aún peores que las anteriormente descritas. Estas personas son víctimas del delito de tráfico de personas —denominado también trata de personas—. Este delito tiene lugar cuando una persona u organización mediante coerción o engaño facilita el ingreso irregular de otra a un Estado del cual no es nacional y una vez allí la obliga a desarrollar una actividad económica como contraprestación por haber colaborado en su viaje al país de desti-

[17] *Ibidem*, párr. 103.

> no. Las víctimas de tráfico de personas generalmente son obligadas a desempeñar trabajos en condiciones particularmente difíciles y son objeto de toda clase de abusos. Algunas de estas personas son sometidas incluso a condiciones de semi-esclavitud, ya que a través de amenazas o coerción física se les restringe su libertad e impide que abandonen su lugar de trabajo y residencia, y tampoco se les paga una remuneración por su trabajo. Las víctimas de tráfico también pueden sufrir agresiones físicas y sexuales (párr. 68).[18]

Aquí nuevamente se destaca que son las mujeres, así como las niñas y los niños, quienes se ven particularmente afectados por el tráfico y la trata de personas.

Tal como señalé anteriormente, la trata de personas es uno de los temas que más atención requieren en la protección de las mujeres migrantes. Este tema ha sido abordado en varios de los informes de progreso de la Relatoría, por ejemplo, en el Quinto informe de progreso la Relatoría destacó el grave impacto que tiene el problema del tráfico y trata de personas a nivel de las Américas. En este sentido, señaló que

> [s]e estima que alrededor de 50 000 mujeres y niños extranjeros son ayudados a ingresar a Estados Unidos para laborar como trabajadores sexuales, domésticos o en maquilas. Se calcula que en la Unión Europa (UE), el número de personas traficadas es de 120 000 cada año. Las autoridades estadounidenses y mexicanas intensificaron su lucha en contra de bandas de contrabandistas y traficantes de personas, sobre todo en la zona fronteriza. En Estados Unidos, la oficina de investigación de la Dirección de Seguridad Fronteriza y Transporte asumió la responsabilidad de investigar delitos relacionados con el contrabando y la trata de personas. En Marzo de 2003, Estados Unidos anunció que 36 personas habían sido condenadas por casos de tráfico sexual durante los años 2002 y 2003 y que habían sido otorgadas 23 visas T para víctimas de este delito.

Asimismo, se señala que "[l]as autoridades colombianas dieron a conocer que se estima que entre 45-50 mil mujeres de ese país han sido traficadas a diversos países por organizaciones dedicadas a la prostitución. Los destinos para esta actividad in-

[18] CIDH, Cuarto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio, párrs. 67 y 68.

cluyen Japón, España, Francia, Alemania, Venezuela, Nicaragua, México, Costa Rica y Estados Unidos".[19]

Una aproximación adecuada al trabajo que realice la Comisión Interamericana no puede dejar de lado el mecanismo de las medidas cautelares. Las medidas cautelares son solicitudes urgentes a los Estados miembros de la OEA para que adopten medidas para proteger a personas o grupos de personas.[20]

En este sentido, vale la pena mencionar las medidas cautelares otorgadas hace algunos años a la señora Ikbal Iskander y su hija Gina Aziez. La Comisión otorgó medidas cautelares con el fin de suspender la deportación de Ikbal Iskander, ciudadana de Sudán y de Egipto y de su hija canadiense, Gina Aziez. La señora Iskander procuró refugio en Canadá y sostuvo que huyó de la persecución religiosa y de género, y también de los abusos perpetrados por su cónyuge en Egipto. Al respecto, la señora Iskander señaló que su marido era musulmán y ella se convirtió del islam al cristianismo, y afirma que si fuera deportada a Egipto sería considerada apóstata, razón por la cual temía sufrir daños físicos. Su solicitud de que se le concediera la calidad de refugiada fue rechazada, al igual que su solicitud de salida y de revisión judicial del caso. La Comisión tomó nota de que la señora Iskander aún disponía de recursos legales no agotados y que de ser deportada no podría interponerlos. Por todo lo anterior, la Comisión solicitó al gobierno que suspendiera la deportación y le presentara, dentro de un plazo de diez días, informaciones sobre las medidas adoptadas a esos efectos. Expirados los diez días no se había presentado información alguna con respecto a las medidas cautelares, pero el 30 de julio de 2002, la Comisión recibió del Estado información que indicaba que la señora Iskander no había sido deportada. Posteriormente, la Comisión recibió información extraoficial adicional en el sentido de que el 21 de febrero de 2002,

[19] CIDH, Quinto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, 2003, párrs. 128 y 130. También puede verse el Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, 2000, párrs. 61 y 64-65.

[20] CIDH, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 25. Aprobado por la Comisión en su 137 periodo de sesiones, 28 de octubre a 13 de noviembre de 2009.

la Corte Federal de Canadá dispuso la suspensión de la medida de deportación de la señora Iskander.

En 2011, la Comisión Interamericana publicó un Informe sobre las condiciones de detención y el debido proceso de los y las migrantes en Estados Unidos. Para tales efectos, la Comisión efectuó una serie de visitas a Centros de Detención en Texas y Arizona y tuvo en cuenta también la información recibida durante audiencias temáticas celebradas durante sus sesiones; las consultas a expertos en inmigración en Estados Unidos, organizaciones internacionales, abogados y defensores y defensoras de los derechos de las personas migrantes. Adicionalmente, la CIDH entrevistó a exdetenidos y a sus familias, así como a autoridades federales y de las entidades federativas.

Una de las principales preocupaciones manifestadas por la Comisión Interamericana en el informe es el creciente uso de la detención, la cual se halla sumamente extendida, cuando debería ser la excepción. La CIDH explica en el informe que en muchos casos, si no en la mayoría de ellos, la detención constituye una medida desproporcionada y los programas de alternativas a la detención configurarían una opción más equilibrada, a fin de dar cumplimiento al interés legítimo del Estado de asegurar el cumplimiento de la normativa migratoria. Asimismo, la Comisión Interamericana considera preocupante la rápida expansión de las asociaciones con agencias locales y de las entidades federativas para la aplicación de leyes migratorias civiles y señala que no se ha desarrollado un sistema de supervisión y rendición de cuentas apropiado para garantizar que estas asociaciones locales no apliquen las disposiciones migratorias de manera discriminatoria, recurriendo al uso de perfiles raciales, ni que sus prácticas utilicen la supuesta investigación de delitos como pretexto para perseguir y detener inmigrantes indocumentados.

Para aquellos casos en que la detención sea estrictamente necesaria, la Comisión Interamericana considera preocupante que el sistema de detención no sea auténticamente civil y que, por tanto, no reúna las condiciones generales compatibles con la dignidad y el trato humano, así como aquellas condiciones especiales propias de una detención no punitiva. Asimismo, en el informe la CIDH observa que se recurre con frecuencia a contra-

tistas privados para la administración y el cuidado personal de las personas migrantes detenidas, sin información suficiente sobre los mecanismos de supervisión.

El informe de la CIDH observa el impacto negativo de la detención sobre el goce efectivo del derecho al debido proceso de las personas migrantes en Estados Unidos, principalmente en el derecho a acceder a un abogado y, por tanto, en la posibilidad de ser liberadas. Asimismo, la Comisión Interamericana observa con preocupación la falta de representación legal suministrada o facilitada de oficio por el Estado para casos de niñas y niños no acompañados, inmigrantes con enfermedades mentales y otras personas incapaces de representarse a sí mismas. El informe se refiere asimismo al impacto desproporcionado que estas prácticas violatorias de los derechos humanos tienen en las mujeres, tanto adultas como niñas.

El informe de la CIDH contiene una serie de recomendaciones dirigidas a Estados Unidos, a fin de tener presente el enfoque de las obligaciones internacionales de derechos humanos en el proceso de reformas migratorias ya iniciadas en dicho país. Igualmente, la definición de algunos parámetros en dicho informe será relevante para otros Estados miembros de la OEA que se enfrentan a situaciones jurídicas similares, a pesar de que el contexto social y político pueda ser distinto.[21]

A su vez, en materia de derechos laborales de los migrantes, la Corte IDH establece que

> [...] el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

[21] [i]CIDH, Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detención y debido proceso, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78, 30 diciembre de 2010, Original: Inglés.

También establece el Tribunal Interamericano que

> [...] los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.[22]

La Corte Interamericana cita en su argumentación una resolución de la Asamblea General de la ONU que se refiere de manera expresa a la situación de las mujeres migrantes, enfatizando su preocupación por "las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo". La Corte cita también dicha resolución cuando esta llama la atención sobre "la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección".

[22] Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, de 17 de sep de 2003.

El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

1. Introducción

A partir de 2011 se produjo un intenso debate acerca de potenciales reformas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con especial referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión, CIDH), incluyendo la revisión de sus principales funciones y de los alcances y regulación de estas, al punto de que algunas de las propuestas significarían un replanteamiento completo del papel de la CIDH. El debate surgió desde los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), extendiéndose posteriormente a la propia Comisión, a la sociedad civil y al interior de los Estados. El procedimiento a seguir para nombrar a un nuevo secretario ejecutivo de la CIDH, así como las medidas cautelares adoptadas por esta con relación a la represa de Bello Monte (Brasil) y de los periodistas del diario *El Universo* (Ecuador), fueron elementos determinantes en el origen y características del debate.[1]

---

* Este artículo fue publicado anteriormente en la *Revista IIDH,* núm. 59, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2014.

[1] Entre los documentos más relevantes al respecto se cuentan los siguientes: Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente, adoptado por el Grupo de Trabajo en su reunión, 13 de diciembre de 2011, GT/SIDH 13/11, rev. 2; Grupo de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de De-

En realidad, la discusión sobre reformas al SIDH no es nueva, aunque su intensidad y el protagonismo desempeñado en ella por los órganos políticos de la OEA poseen escasos precedentes. No es nueva porque ella ha sido recurrente a lo largo de la historia del Sistema. Se trata de un Sistema que ha estado en permanentes transformaciones desde sus inicios, pero en las cuales la propia Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han desempeñado un papel central.

No obstante lo antes expuesto, también ha habido otros momentos en que en los órganos políticos se han hecho propuestas de una reformulación completa del rol de la CIDH, la más reciente de ellas en los años noventa del siglo pasado, cuando, encabezados por Perú —entonces bajo la presidencia de Alberto

rechos Humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Estatuto, con miras a lograr el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, informe de 25 de enero de 2012, CP/doc.4675/12; Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, 8 de abril 2012; Seguimiento de las Recomendaciones del Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos, 5 de junio de 2012, AG/RES. 2761 (XLII-O/12); Respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos respecto de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 23 de octubre 2012; Propuesta de Proyecto de Resolución para el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General y anexo: Medidas para la aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CP/doc.4813/12.rev., 16 de enero 2013; CIDH, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas, resolución 1/2013, 18 de marzo de 2013; Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13), corr.1, 24 marzo 2013. Las presentaciones realizadas por los Estados y las organizaciones de la sociedad civil ante el Consejo Permanente y su Grupo de Trabajo, consultadas en septiembre de 2014, disponibles en <*http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp*>

Fujimori—, un conjunto de Estados respaldó esos planteamientos. Sin embargo, tales iniciativas no llegaron a concretarse y fue la propia Comisión la que llevó a cabo un conjunto de reformas mediante la adopción de un nuevo reglamento en 2000, que entró en vigor en 2001.

Como nunca antes, en el proceso de reformas reciente hubo reiterados intentos de parte de algunos Estados por llevar a cabo ellos mismos las transformaciones, ya fuera a través de la reforma del estatuto de la Comisión o incluso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana, CADH). Finalmente, esas iniciativas no llegaron a ser emprendidas y fue la propia Comisión la que en marzo de 2013, luego de un amplio diálogo con los Estados y la sociedad civil, adoptó un conjunto de reformas a su reglamento, así como oficializó una serie de transformaciones en sus políticas y de prácticas.[2] La Asamblea General Extraordinaria de la OEA, que se efectuó en Washington D.C. el 22 de marzo de 2013, tomó nota de las modificaciones llevadas a cabo por la CIDH, le solicitó que continúe en su implementación y no llevó a cabo ninguna reforma por sí misma.[3]

2. Caracterización general del Sistema Interamericano con especial referencia a la Comisión

El SIDH está compuesto por dos órganos: la Corte IDH y la CIDH. La Corte IDH posee funciones más acotadas que la Comisión, consistentes en el conocimiento y decisión de casos contenciosos y de medidas provisionales urgentes en sede judicial y en la emisión de opiniones consultivas. La Comisión, por su parte, dispone de un amplio abanico de funciones, caracterizadas en los artículos 41 y siguientes de la CADH. Estas incluyen el conocimiento y decisión de denuncias en casos específicos en carác-

[2] CIDH, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas, resolución 1/2013, 18 de marzo de 2013.

[3] CIDH, Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 de marzo de 2013.

ter de órganos semijudiciales, la adopción de medidas cautelares urgentes, la realización de visitas a los países, el monitoreo de la situación de derechos humanos en los Estados de la OEA, el trabajo temático —en especial mediante relatorías y unidades— y las labores de promoción. Ambos órganos se encuentran compuestos por personas que desempeñan sus cargos en sus capacidades individuales, sin representar a los países de los cuales son nacionales.

A su vez, los órganos políticos de la OEA son el Consejo Permanente y la Asamblea General. Es importante anotar que estos organismos retienen para sí ciertas atribuciones en materia de derechos humanos que en otros sistemas desempeñan instituciones especializadas en la materia —como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU o la antigua Comisión de Derechos Humanos de dicha organización—. Así, son los órganos políticos de la OEA los que preparan y adoptan tratados y declaraciones sobre derechos humanos, eligen a los comisionados y jueces, deciden acerca del presupuesto de la Corte IDH y la CIDH y poseen funciones de seguimiento respecto de la implementación de las sentencias de la Corte IDH, entre otras funciones. El que retengan estas funciones se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en la CIDH los Estados no poseen representación, por lo que procuran ejercer una serie de poderes a través del Consejo Permanente y la Asamblea general de la OEA.

Una anomalía importante del SIDH la constituye el que los Estados de la OEA posean muy distintos grados de compromiso jurídico con el mismo. Es lo que se ha denominado la falta de "universalidad" del Sistema Interamericano. Los mencionados grados van desde aquellos Estados que no han ratificado la CADH ni otros tratados de derechos humanos del Sistema, hasta aquellos otros que han ratificado todos o muchos de ellos y han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. De cualquier modo, la Comisión posee competencia en todas las hipótesis, ya que cuando un Estado no ha ratificado la Convención Americana, la CIDH tiene no obstante competencia conforme a la Carta de la OEA —utilizando la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre como estándar—. La situación, en cambio, difiere notablemente en lo que se refiere a la Corte

IDH, ya que para que esta pueda ejercer su función contenciosa, se requiere de un reconocimiento explícito de parte de cada Estado. Como expondremos, parte de las tensiones producidas durante el actual proceso de discusión de reformas al SIDH ha tenido que ver con esa asimetría en cuanto al nivel de obligaciones de los diferentes Estados de la OEA.

Tal como sucede en los demás sistemas internacionales de protección y promoción de los derechos humanos, en el SIDH, sus instrumentos —respecto de la Comisión, la Carta de la OEA y la Convención Americana, y este último tratado en lo que se refiere a la Corte IDH— solo regulan de manera general el funcionamiento de los órganos especializados que lo componen. Esto implica que son los reglamentos que se dan la propia Corte IDH y la Comisión los que detallan de manera más exhaustiva su quehacer. Lo propio ha sucedido en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Una vez adoptados los principales instrumentos de derechos humanos de la OEA, la evolución del Sistema en la materia ha tenido lugar fundamentalmente a través de las transformaciones en las prácticas, así como en las sucesivas reformas reglamentarias emprendidas por la Corte IDH y la Comisión.

3. Descripción general del debate y propuestas

Como comentábamos en el apartado anterior, han sido los propios órganos especializados en derechos humanos del SIDH los que históricamente han implementado las sucesivas reformas que han tenido lugar en él. Por ello, el hecho de que en el reciente proceso de debate sobre las reformas algunos Estados hayan puesto tanto énfasis en ser ellos mismos quienes lleven a cabo las reformas implica un enfoque diferente al histórico. En este sentido, algunos de ellos plantearon la necesidad de reformar el Estatuto de la Comisión, e incluso la CADH. Con ello se corría el riesgo de que las reformas se adoptasen sobre la base de criterios políticos o de conveniencia para ciertos Estados. Precisamente para evitar esto es que históricamente han sido la Corte IDH y la Comisión las que han adoptado las reformas.

Es importante enfatizar que previo al reciente debate sobre reformas, la situación del SIDH y de la Comisión, en particular, no

eran en absoluto de inercia o de falta de iniciativas de transformaciones. Como hemos mencionado, la CIDH se había dado un nuevo reglamento a fines de 2009 y la Corte IDH había hecho lo mismo a principios de 2010. Luego de ello, durante el 2010, la Comisión elaboró un Plan Estratégico[4] para el periodo 2011-2015, que fue publicado y sometido a un análisis con los Estados en una reunión especial sostenida a tal efecto en Ottawa, en marzo de 2011.

En el Plan Estratégico, la Comisión revisa sus principales funciones, resaltando la importancia de obtener recursos financieros significativamente superiores a efecto de poder cumplirlas a cabalidad. Al presentar el Plan, la CIDH destacó la necesidad de que en lo sucesivo, las contribuciones financieras fueran de carácter institucional —precisamente para el financiamiento de sus funciones— y solo excepcionalmente dirigidas a proyectos específicos. El Plan desarrolla de manera detallada las formas de fortalecer el trabajo de la Comisión en una serie de ámbitos, poniéndose en diversos escenarios de efectividad del mismo dependiendo del nivel de financiamiento que se obtuviese.

Si bien el Plan Estratégico ha servido en alguna medida para que los aportes de recursos financieros a la CIDH hayan ido adquiriendo un carácter institucional, sus efectos han sido limitados, ya que a poco andar el debate en la OEA sobre la Comisión, se embarcó por otros derroteros.

A continuación se revisan los principales temas del debate sobre las reformas.

4. Monitoreo de países

Uno de los temas que ha sido objeto de mayor debate es la función de monitoreo, por parte de la Comisión, de la situación de los derechos humanos de los países que componen la OEA. Se plantea en este sentido, que la CIDH continúa desarrollando esta labor a la manera como lo hiciera en la época de las dictaduras, que su enfoque es discriminatorio y que existen serios déficits en los criterios y metodología empleados.

[4] CIDH, Plan Estratégico 2011-2015, Washington, D.C., 2011.

La Comisión ha preparado y publicado informes sobre países desde que iniciara sus actividades hace más de 50 años. De hecho, puede afirmarse que durante sus tres primeras décadas de funcionamiento esta fue la principal labor llevada a cabo por dicho organismo. En un contexto en el que abundaban las violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos y en el que los Estados escasamente participaban en el litigio de casos —lo usual era que simplemente evitaran responder las denuncias que les transmitía la CIDH—, el panorama de conjunto que proporcionaban los informes sobre países resultaba insustituible. Los casos representaban situaciones acotadas, no podían —salvo contadas excepciones a partir de los años ochenta— ser llevados a la Corte IDH y, en general, carecían de un impacto de importancia, sin llegar a constituirse como casos testigo o de carácter paradigmático. En ese contexto, y sobre la base de visitas *in loco* —cuando los Estados las permitían—, la Comisión elaboró numerosos informes sobre países, muchos de los cuales tuvieron un impacto relevante. A ello contribuyó tanto la rápida visibilidad pública que adquirió el trabajo de la CIDH como, más tarde —especialmente en los años ochenta—, el respaldo de los órganos políticos de la OEA a tales informes.

Durante algo más de quince años, la Comisión publicó los informes sobre países únicamente como volúmenes especiales y no como parte de su informe anual. A partir de 1977, sin perjuicio de continuar con la práctica de publicar volúmenes especiales, comienza a incorporar informes más breves en su informe anual. De esta manera, le era posible dar un seguimiento más constante a la situación de los derechos humanos en los países que así lo ameritaban. La Comisión no señalaba el o los criterios conforme a los cuales determinaba la inclusión de un informe de país en el informe anual, pero se entendía que se trataba de Estados que presentaban cuadros de violaciones graves, masivas y sistemáticas. Al cabo de unos años se establece la práctica de que sea el capítulo IV del informe anual el que contenga los mencionados informes.

Junto con los procesos de transición a la democracia en numerosos Estados de la OEA, en los años noventa cobraron fuerza ante los órganos políticos las críticas a los informes sobre países de la Comisión. Se señalaba que los informes eran propios de

la época de las dictaduras, que la CIDH debía descontinuarlos y que en el nuevo contexto esta debía dar prioridad a las labores de promoción. Hay que anotar que siempre hubo críticas de los Estados que eran objeto de informes, pero a diferencia de lo que ocurría en el pasado, ya no había un conjunto de países que defendiera con vigor esta función de la CIDH, sino que la mayoría comenzó a adoptar una actitud pasiva frente a las críticas.

Aunque hubo intentos de parte de algunos Estados por adoptar ellos mismos la decisión de dar por concluida o limitar seriamente esta función de la Comisión, fue esta misma la que emprendió algunas reformas. En particular, a partir de 1997 ella explicita los criterios conforme a los cuales decide incluir a un Estado en el capítulo IV de su informe anual. Además, la CIDH estableció como una práctica constante —antes solo lo había hecho ocasionalmente— el dar traslado al Estado respectivo de un borrador completo del informe, para luego hacerse cargo de las principales observaciones en la versión definitiva del informe. Esta práctica fue posteriormente recogida en el reglamento de la Comisión.

En 2012, y ya en el contexto del debate sobre las reformas del SIDH, la Comisión restableció una práctica que en el pasado había utilizado de manera intermitente y que abandonó por completo en los años noventa: la de no incluir en el capítulo IV de su informe anual a aquellos Estados respecto de los cuales hubiera efectuado un informe especial, es decir, publicado como un volumen separado, con la condición de que el Estado respectivo hubiese permitido una visita *in loco* —esto es, del conjunto de la Comisión— a su territorio para la elaboración del informe. Colombia hizo uso de esta práctica; la CIDH efectuó una visita *in loco* a fines de 2012 y el informe especial sobre la situación de los derechos humanos en dicho país implicó su no inclusión en el capítulo IV. Esta práctica fue recogida en las reformas reglamentarias de marzo de 2013.[5]

La reforma al reglamento modifica el capítulo IV del informe anual, el cual tendrá en lo sucesivo dos secciones: una primera que proveerá una visión de conjunto de la situación de los derechos humanos en los Estados de la OEA y una segunda en que se

[5] Art. 59.8 del Reglamento reformado de la CIDH.

mantienen los informes sobre países específicos. De este modo se satisface un doble objetivo: proporcionar un análisis general y resaltar la situación de los Estados cuyas condiciones en la materia son las más graves.

Respecto de la primera de dichas secciones, la reforma introducida al reglamento señala que se destacarán "las principales tendencias, problemas, desafíos, avances y buenas prácticas respecto tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales".[6]

El reglamento también recoge una modificación de los criterios para incluir a un Estado en el capítulo IV. Si bien los criterios se asemejan a los antiguos, ellos pretenden ser más concretos. Así, conforme a la reforma reglamentaria se establece que ellos serán los siguientes:

a) Una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana, que son medios esenciales para la realización de los derechos humanos, entre ellos:

  i) si hubiera acceso discriminatorio o un ejercicio abusivo del poder que socave o contraríe el Estado de derecho, tales como la infracción sistemática de la independencia del poder judicial o la falta de subordinación de las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida;
  ii) si se hubiera producido una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático, o
  iii) cuando un gobierno democráticamente constituido fuera derrocado por la fuerza o el gobierno actual haya llegado al poder por otros medios distintos a las elecciones libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas y los principios recogidos en la Carta Democrática Interamericana.

b) La suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la Declaración Americana o la Convención Americana, en razón de la imposición de medidas excepcionales tales como la declaratoria de un estado de

[6] Art. 59.2.*e, i* reformado (en lo sucesivo, cuando se haga referencia a disposiciones reformadas se entenderá que se trata del Reglamento de la CIDH).

emergencia, de un estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales, o medidas excepcionales de seguridad.

c) La comisión, por parte de un Estado, de violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos garantizados en la Declaración Americana, la Convención Americana, o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables.

d) La presencia de otras situaciones estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Americana, la Convención Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables. Entre otros factores a ponderar, estarán los siguientes:

i) graves crisis institucionales que infrinjan el disfrute de derechos humanos;

ii) incumplimiento sistemático del Estado con su obligación de combatir la impunidad, atribuible a una falta de voluntad manifiesta;

iii) omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales o para cumplir las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana, y

iv) violaciones sistemáticas de derechos humanos atribuibles al Estado en el marco de un conflicto armado interno.[7]

Además, las reformas al reglamento incluyeron una serie de elementos metodológicos para la elaboración de los informes sobre países. Anteriormente, el reglamento de la Comisión no abordaba tales aspectos. La reforma reglamentaria regula esta materia en los siguientes términos:

La Comisión utilizará información confiable y convincente obtenida de las siguientes fuentes:

a) actos oficiales del Estado, en todos los niveles y en cualquiera de sus ramas, incluyendo enmiendas constitucionales, legislación, decretos, decisiones judiciales, pronunciamientos de política, comunicaciones oficiales a la Comisión y a otros órganos de derechos humanos, así como cualquier otro pronunciamiento o acción atribuible al Estado;

b) información disponible en los casos, peticiones y medidas cautelares y provisionales en el Sistema Interamericano, así como

[7] Art. 59.5 reformado.

información sobre el cumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones de la Comisión y sentencias de la Corte Interamericana;

c) información obtenida en visitas *in loco* de la Comisión Interamericana, sus relatores, y sus funcionarios;

d) información obtenida mediante audiencias públicas celebradas por la Comisión Interamericana durante sus sesiones;

e) conclusiones de otros órganos internacionales de derechos humanos, incluyendo los órganos de tratados, relatores, grupos de trabajo, el Consejo de Derechos Humanos y otros órganos y agencias especializadas de la Organización de las Naciones Unidas;

f) informes de derechos humanos de gobiernos y de órganos regionales;

g) informes de organizaciones de la sociedad civil e información presentada por estas y por particulares, e

h) información pública ampliamente diseminada en los medios de comunicación.[8]

La mantención del capítulo IV por parte de la Comisión y en general la publicación de informes sobre países, obedece a que esta le asigna un rol significativo, independientemente de que ellos se encuentren o no regidos por regímenes dictatoriales. Cuando se está frente a cuadros de graves violaciones, el sistema de casos por sí solo resulta insuficiente. En este sentido, el perfeccionamiento de los criterios para incluir a un país debiera contribuir a proporcionar mayor fortaleza a las labores de monitoreo de la CIDH. Aunque la inclusión o no de un Estado en el capítulo IV incluya necesariamente un elemento de ponderación, cabe resaltar el que sea un órgano compuesto por personas que actúan en sus capacidades individuales el que adopte tal decisión, y no un organismo integrado por Estados.

5. Medidas cautelares

Como ya señalamos, dos medidas cautelares adoptadas por la Comisión fueron relevantes en el origen y desarrollo del debate sobre las reformas al interior de los órganos políticos de la

[8] Art. 59.5 reformado.

OEA: la de Bello Monte (Brasil) y la de los periodistas del diario *El Universo* (Ecuador). Curiosamente, ninguno de los dos países se encontraba entre aquellos respecto de los cuales se ha adoptado medidas cautelares con mayor frecuencia, sin perjuicio de que en lo concerniente a Brasil se hubiera adoptado una serie de medidas cautelares —y también de medidas provisionales por la Corte IDH— en materia carcelaria. No obstante, ellas no habían generado conflictos entre los órganos del SIDH y las autoridades estatales.

Es relevante apuntar lo anterior, ya que el mecanismo de medidas cautelares había venido consolidándose, tanto en la práctica como a través de una regulación mucho más detallada mediante el reglamento de la Comisión de 2009. Así, la facultad de la Comisión para adoptarlas parecía fuera de toda discusión, ya que la propia Asamblea General de la OEA, a través de una serie de resoluciones aprobadas desde 2005, hacía llamados a los Estados a acatar dichas medidas. Por otra parte, el grado de cumplimiento de las medidas cautelares se había incrementado, al punto de llegar a ser superior al de los informes de fondo de la Comisión bajo el sistema de casos. Contribuía a ello la creciente visibilidad pública al interior de los países de tales medidas, así como el hecho de que la casi totalidad de aquellos Estados respecto de los cuales se emitían medidas cautelares, con mayor frecuencia hubiesen creado mecanismos especiales para la implementación de las mismas.

Las reformas incorporadas por la Comisión en materia de medidas cautelares en su reglamento de 2009 recogieron una serie de recomendaciones formuladas por los Estados en el debate que las precedió, así como hizo lo mismo con otras propuestas, planteadas por la sociedad civil. Es importante tener este punto en consideración, a fin de formarse una impresión de conjunto sobre la materia, en especial sobre el hecho de que las medidas cautelares se hallan en evolución desde antes del actual proceso de reformas. Por ejemplo, en 2009 se estableció que para su otorgamiento, la CIDH tendrá en cuenta, entre otros aspectos, si se ha denunciado previamente la situación de riesgo ante las autoridades o, en su caso, por qué no se ha hecho; se indicó que, como regla general, la Comisión pedirá al Estado información relevante previo a su pronunciamiento; se señaló que la Comisión revisará

periódicamente la mantención o no de la vigencia de las medidas; se estableció que el Estado podrá presentar en cualquier momento una solicitud para que la Comisión deje sin efecto las medidas, etcétera.

El debate sobre las actuales reformas en los órganos políticos de la OEA estuvo marcado, en un principio, por algunos cuestionamientos acerca de la competencia de la Comisión para adoptar medidas cautelares, así como acerca de la obligatoriedad o no de ellas, aspectos que parecían superados en la discusión en la OEA. Referente a la competencia de la CIDH al respecto, aunque tales medidas no aparecen consagradas en forma expresa en la Convención Americana —lo fueron más tarde en la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas—, lo cierto es que ellas se derivan de los amplios poderes conferidos a la Comisión por la CADH y otros instrumentos. Se trata, por lo demás, de una competencia que numerosos organismos equivalentes de otros sistemas internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y otros órganos de la ONU, entre muchos otros, han asumido también como parte de sus competencias, a pesar de que no hubiese consagración a nivel de un tratado.[9]

Las reformas reglamentarias de 2013 incluyen una serie de modificaciones en materia de medidas cautelares. Varias de ellas se centran en proporcionar una mayor claridad acerca de los fundamentos para las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares. Así, se establece explícitamente que, en lo sucesivo, dichas decisiones deberán ser fundadas, y se incluirán, entre otros aspectos, "las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de urgencia, gravedad e irreparabilidad".[10]

Complementariamente, y recogiendo la práctica de la Comisión, el reglamento reformado define ahora en qué consisten esos tres elementos. Por urgencia de la situación —planteada en

[9] Véase González Morales, Felipe, "Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano", en *SUR Revista Internacional de Derechos* Humanos, vol. 7, núm. 13, diciembre 2010, pp. 50-73.

[10] Art. 25.7 reformado.

la solicitud de medida cautelar— se entiende que "el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar"; el daño irreparable implica "la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización", y por gravedad de la situación se entiende "el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano".[11]

6. Sistema de casos

Respecto del sistema de casos en la Comisión, uno de los énfasis en el debate sobre las reformas ha estado centrado en las soluciones amistosas. Se trata de una herramienta contemplada en la CADH que ofrece importantes ventajas desde el punto de vista de la economía procesal y de su eficacia. Si bien el mecanismo de la solución amistosa ha sido empleado de manera regular en los últimos 20 años, lo cierto es que su alcance continúa siendo limitado. En proporción al volumen de casos ante la Comisión, el porcentaje de ellos en los que se arriba a un acuerdo amistoso es muy bajo. En ello incide la práctica de los Estados —incluyendo en ocasiones su legislación interna, que establece importantes limitaciones a la decisión del poder ejecutivo al respecto— y de los peticionarios, así como el nivel de dedicación de la Comisión. En el Plan Estratégico de la CIDH para el periodo 2011-2015 se subrayaba la necesidad de ser dotada de mayores recursos para fortalecer este mecanismo.

En uno de los apartados sobre prácticas institucionales de la resolución 1/2013 de la Comisión, se contempla la puesta a disposición de la misma para los efectos de buscar una solución amistosa al inicio del trámite de cada petición. Aunque el Pacto de San José de Costa Rica (CADH) se refiere para este efecto a la etapa de fondo, resulta adecuado para facilitarla el abrir formalmente tal posibilidad desde un comienzo. Esta práctica en rea-

[11] Art. 25.2 reformado.

lidad se viene implementando desde mayo de 2012 y se recoge ahora oficialmente en el mencionado documento.

Además, en el documento en referencia se recoge y fortalece la práctica —hasta ahora habitual, pero no oficializada ni aplicada siempre— de que "las visitas de trabajo incluyan reuniones con representantes de los Estados y peticionarios/as, en aquellos casos en que las partes hayan manifestado interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa".[12]

Otro aspecto referido al sistema de casos expone el tratamiento de aquellas situaciones en las que se fusionan las decisiones sobre admisibilidad y fondo en un solo informe. La Comisión ha establecido desde hace más de quince años, como regla general, la separación de ambas etapas, pero ha mantenido la posibilidad de unirlas en determinadas circunstancias. En la reforma reglamentaria de 2013 se establece que en tales situaciones, la resolución de la CIDH deberá ser fundada.[13]

En las modificaciones reglamentarias se incluyen asimismo, varias referidas a la etapa de cumplimiento del informe de fondo de la Comisión. Desde los años noventa, la CIDH adoptó como práctica —refrendada por la Corte IDH— conceder prórrogas a los Estados para implementar sus recomendaciones contenidas en tales informes, sujetas a la condición de que el Estado renuncie expresamente a interponer una excepción preliminar de caducidad del plazo —establecido en la Convención Americana— para presentar el caso ante el Tribunal. Esta práctica se recogió en el reglamento de 2009 y es regulada con mayor detalle en las reformas recientes.[14]

Sobre este particular, se señala que la existencia de normas internas que establezcan un mecanismo de cumplimiento de las recomendaciones será un factor a considerar para la concesión de prórrogas, a fin de estimular su promulgación por los Estados, contribuyendo a la eficacia de las resoluciones de órganos inter-

12 CIDH, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas... VI, resolución 1/2013.

13 Art. 36.3 reformado.

14 Art. 46 reformado.

nacionales. También se establecen entre los factores a tener en cuenta "la complejidad del asunto y de las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones de la Comisión, en particular cuando impliquen el involucramiento de diferentes ramas del poder público, o la coordinación entre gobiernos centrales y regionales", "las medidas adoptadas por el Estado para el cumplimiento de las recomendaciones con anterioridad a la solicitud de extensión del plazo" y el punto de vista del peticionario.[15]

7. Universalización

Uno de los tópicos recurrentes en los últimos años en el debate sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA ha sido la cuestión de la falta de "universalidad" del SIDH, esto es, el hecho de que un conjunto de Estados de la OEA no han ratificado ninguno o casi ninguno de sus tratados en la materia. Se trata de Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países del CARICOM (Caribe angloparlante).

A pesar de que por el solo hecho de ingresar a la OEA se aplica a un Estado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la CIDH, es evidente que se alcanza un estatus pleno solo una vez que se ratifica la Convención Americana. De ahí que en el contexto del SIDH se hable de una falta de universalidad del mismo para referirse a la mencionada carencia. Se trata de una carencia que ha sido reconocida en todos los niveles de la OEA.

En el caso de Canadá, su incorporación a la OEA se produjo en 1990. Desde entonces, este país ha desempeñado un papel importante en lo que se refiere al fortalecimiento, contribuyendo a generar una discusión más abierta y transparente, a favorecer la participación de la sociedad civil y, en general, a apoyar la labor que llevan a cabo los órganos de derechos humanos de la OEA.[16] Sin embargo, el hecho de haber transcurrido más de 20

[15] Art. 46.2 reformado.

[16] Véase Cooper, Andrew y Legler, Thomas, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, Nueva York, Palgrave McMillan, 2006, pp. 9 y 36-37.

años desde su ingreso a dicha organización sin haber ratificado la Convención Americana representa una limitación al impacto que Canadá pueda producir en este ámbito. Cabe mencionar que desde la Comisión se han llevado a cabo algunas iniciativas para promover la ratificación canadiense, sin que ellas hayan dado resultados hasta la fecha. Por ejemplo, en abril de 2008, con miras a este objetivo, una delegación integrada por el entonces presidente del Consejo Permanente de la OEA, el comisionado relator sobre Canadá de la CIDH y el secretario ejecutivo de esta visitó Canadá.

Respecto de Estados Unidos, la ratificación de la Convención Americana se encuentra pendiente en el Senado desde 1977, sin visos de cambio por el momento. Cabe señalar que cuando dicho país se ve enfrentado a denuncias ante la CIDH bajo la Declaración Americana, participa en el litigio del caso, pero en el caso de obtener una decisión negativa no la acata, indicando que la mencionada Declaración no crea obligaciones jurídicas. Algo similar ocurre acerca de las solicitudes de medidas cautelares. En algunas situaciones —en particular en materia de derechos de los migrantes—, sin embargo, se ha observado una reacción de parte del Estado, pero sin que al hacerlo se haya reconocido expresamente que ello se originara en una resolución de la Comisión.

En lo que se refiere a aquellos países caribeños angloparlantes que no han ratificado la Convención Americana, ello se inscribe dentro de un proceso histórico según el cual la relación recíproca de dichos Estados con la OEA en general, y con el SIDH en particular, no ha sido significativa. Como apunta un autor, la OEA, a diferencia de la ONU, no desempeñó un papel relevante en el proceso de descolonización hemisférico y, por consiguiente, una vez que los Estados caribeños angloparlantes obtuvieron su independencia —lo cual ocurrió entre 1962 y 1983, dependiendo de los países—, la OEA no asumió tampoco ese rol.[17] De hecho, el grueso de la atención de la CIDH respecto de dichos Estados ha

[17] Véase Fraser, Auro, "From Forgotten through Friction to the Future: the Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights", en *Revista IIDH,* núm. 43, ene-jun, 2006, p. 211.

estado centrada en la aplicación de la pena de muerte,[18] además de algunas situaciones específicas, como la invasión de Granada en la década de los ochenta, que llevó a la CIDH a preparar un informe sobre dicho país. Más recientemente, la CIDH efectuó una visita *in loco* a Jamaica y publicó un informe sobre dicho país.[19] En los últimos años, la atención en los Estados caribeños angloparlantes en términos de transformaciones jurídicas de alcance internacional se ha focalizado en la creación de una Corte Caribeña de Justicia —establecida recientemente—, con miras a reemplazar al *Privy Council* británico como última instancia judicial.[20]

La falta de universalidad del SIDH produce efectos negativos sobre este. Por una parte, respecto de los Estados que no se han adherido en plenitud a dicho Sistema, este se ve limitado en el impacto susceptible de alcanzar en tales países. Por otra parte, aquellos Estados que sí son parte de la Convención Americana y de otros instrumentos interamericanos suelen referirse a la situación discriminatoria que ello representa, a veces como un pretexto para su propio incumplimiento.

Sobre esta materia, la resolución sobre reformas adoptada por la CIDH en marzo de 2013 establece que se incluirá en el Plan Estratégico "la promoción de la universalidad de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos como prioridad institucional y desarrollar un plan de acción".[21] Esto comprenderá la elaboración de un estudio sobre universalidad, la realización de actividades durante visitas de trabajo y la celebración de una sesión con el Consejo Permanente respecto de este tema.

---

18 Véase Tittemore, Brian, "The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: an Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections", en *William & Mary Bill of Rights Journal,* vol. 13, 2004, pp. 445-520.

19 CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos en Jamaica, 2012.

20 *Ibidem,* p. 209.

21 CIDH, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas... I, resolución 1/2013.

No obstante, se trata de una materia que difícilmente la CIDH pueda abordar por sí sola y existe, desde luego, un rol muy importante para los órganos políticos de la OEA en tal sentido.

8. Relatorías temáticas

Desde los años noventa del siglo pasado, la CIDH ha venido estableciendo un conjunto de relatorías temáticas que efectúan tanto labores de protección como de promoción de los derechos humanos. En la actualidad existen ocho relatorías, además de dos unidades de más reciente creación, también de naturaleza temática. Las relatorías versan sobre libertad de expresión, mujeres, personas privadas de libertad, migrantes, niñez, pueblos indígenas, afrodescendientes y defensores de derechos humanos. Las unidades se refieren a personas LGTBI y a derechos económicos, sociales y culturales. Todas las relatorías y unidades están encabezadas por un comisionado, salvo la de libertad de expresión, que la dirige una persona del *staff* de la CIDH. Esto tiene su origen en el alto perfil del mandato que recibiera la CIDH al respecto, ya que fue dado por la Cumbre de las Américas de 1998. Igualmente, es relevante el hecho de que se trata de un derecho que posee un carácter transversal, es decir, que se relaciona y afecta a los demás derechos humanos.

Los planteamientos de los Estados durante el debate en los órganos políticos se concentraron en un comienzo en la Relatoría para la Libertad de Expresión. Posteriormente, y dada la reacción de otro conjunto de Estados en defensa de dicha Relatoría, las propuestas se reformularon, quedando con un carácter más general. Sin embargo, en la práctica dichas propuestas tenían un impacto mayor en la Relatoría sobre Libertad de Expresión, al ser la única que no está dirigida por un comisionado. En efecto, las propuestas de varios Estados tenían relación en lo sustancial con mecanismos de control acerca de las relatorías, en específico en la creación de un código de conducta de las mismas. Cabe subrayar que, en lo que se refiere a las relatorías a cargo de comisionados, ya existe una serie de normas sobre imparcialidad, incompatibilidades y otras materias que regulan su labor, por lo que en la práctica, los cambios que se han planteado afectarían

de manera significativa únicamente a la Relatoría para la Libertad de Expresión. En rigor, desde hace años existen protocolos que regulan el quehacer de la Relatoría para la Libertad de Expresión, incluyendo su relación con la Comisión y con el resto de la Secretaría Ejecutiva.

Además, se formuló la necesidad de dar un trato equivalente a todas las relatorías. Sin embargo, esta propuesta recibió fuertes críticas, ya que en ningún momento fue acompañada de iniciativas para fortalecer la provisión de recursos financieros, por lo que ella solo podría conducir a un nivelamiento hacia abajo. Como ha hecho ver la CIDH, el problema es más complejo de lo que parece a simple vista, ya que el acceso a los fondos no es intercambiable, por lo que la disparidad no podría solucionarse mediante la sola reasignación de ellos entre las relatorías. En este sentido, también se quiso prohibir que la CIDH recibiera aportes externos a la OEA con destinación específica, lo cual, en la práctica, haría imposible el trabajo de las relatorías temáticas por falta de recursos financieros.

A los aspectos anteriores cabe agregar que se planteó y fue recogido por la Comisión el que su informe anual le diera un tratamiento equivalente a las diferentes relatorías temáticas. Hasta ese momento, dicho informe realizaba una descripción del trabajo de cada una de ellas e incluía un informe completo de la Relatoría para la Libertad de Expresión. De acuerdo con la reforma adoptada, además de mantenerse lo anterior, en lo sucesivo todos los informes publicados por las relatorías temáticas a lo largo del año serán incorporados también al informe anual.[22]

9. Promoción y protección

Tal como fue la tónica en el periodo de transiciones a la democracia en los años noventa, en el debate reciente se ha puesto énfasis en la necesidad de que la Comisión fortalezca sus labores de promoción de los derechos humanos, por lo que se señala que debería cambiar sus prioridades históricas al respecto, atendido el nuevo contexto político de los países de la OEA.

[22] Art. 59.3 reformado.

Sobre este tema hay que mencionar inicialmente que la dicotomía que en ocasiones se pretende presentar entre promoción y protección de los derechos humanos no es tal en la realidad. Las labores de protección tienen un efecto promocional muy importante, como lo demuestran los numerosos casos paradigmáticos resueltos por el SIDH, cuyo impacto ha alcanzado mucho más allá del Estado específico al que el asunto se refería. Esto ha permitido, por ejemplo, que a través del sistema de casos se hayan posicionado a nivel de muchos Estados de la OEA temas como la confrontación de violaciones masivas y sistemáticas, la violencia contra la mujer o los derechos de los pueblos indígenas, entre muchos otros. Asimismo, las visitas de la Comisión a los países —usualmente referidas en principio a funciones de monitoreo de la situación— le dan visibilidad y difusión al Sistema Interamericano. Lo propio ocurre con los informes temáticos y de países que publica la Comisión. Por lo demás, ya hemos mencionado cómo el trabajo de las relatorías temáticas tiene componentes de protección y de promoción.

El problema se presenta cuando se pretende que la Comisión realice tareas intensivas de educación en derechos humanos, especialmente cuando se le llama a ello sin asignársele recursos financieros adicionales. En el contexto actual, esto solo podría llevarse a cabo en desmedro de las labores de protección.

En rigor, el panorama en materia de educación en derechos humanos es uno muy distinto —y mucho más positivo— que el que existía hasta hace algunos años: numerosas universidades de la región imparten cursos de grado y posgrado en la materia e incluso, se ha incorporado en la enseñanza escolar en muchos países. Por cierto, la CIDH tiene contribuciones que efectuar al respecto, pero ello no puede ser en menoscabo de su labor única como órgano interamericano de derechos humanos de acceso directo para las víctimas.

10. Otros temas

Los temas hasta aquí analizados son aquellos en los cuales se ha puesto mayor énfasis en el debate reciente sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA. Existen, sin embargo, otros im-

portantes aspectos que, si bien han sido mencionados en el debate en la OEA, han sido implementados solo por algunos Estados o —como ocurre con el tema del financiamiento— solo fueron enfatizados de manera significativa con escasa anticipación a la Asamblea General Extraordinaria. A continuación, revisamos brevemente algunos de esos temas adicionales, que los propios órganos de derechos humanos del SIDH han resaltado.

10.1. Financiamiento

Aunque la Comisión y la Corte IDH pueden continuar mejorando su gestión, para poder dar un salto cualitativo en su trabajo —a la altura de lo que se espera de estos organismos— resulta indispensable fortalecer sustancialmente su dotación de recursos financieros. En efecto, la labor del SIDH se ve afectada de manera muy importante por la crónica falta de recursos de sus órganos, la cual hace imposible que ellos cumplan a cabalidad los mandatos que les han sido asignados.

Ello tiene un impacto especialmente grave en lo concerniente al sistema de casos en la Comisión, ya que la imposibilitan de hacerse cargo de manera expedita del enorme volumen de denuncias que recibe cada año. Incluso en los periodos de mayor apoyo al trabajo de la Comisión y la Corte IDH en las intervenciones de los Estados en los órganos políticos de la OEA, ello no se ha traducido en un incremento relevante de sus contribuciones financieras a dichos órganos.

Como mencionamos, en el transcurso de 2011 la Comisión sometió a consideración de los Estados miembros de la OEA un Plan Estratégico para los cinco años siguientes, en el cual se precisa de qué formas y en qué grados se fortalecería el cumplimiento de sus distintos mandatos dependiendo del nivel de recursos financieros de que disponga. Sin embargo, dicho Plan Estratégico no ha ocupado un lugar relevante en los debates sobre la reforma al interior del Consejo Permanente.

La Asamblea General Extraordinaria de la OEA se pronunció sobre la cuestión del financiamiento, resolviendo:

> Reafirmar su compromiso de lograr el pleno financiamiento del SIDH a través del Fondo Regular de la Organización de los Estados Americanos, sin que ello vaya en detrimento del financiamiento para los otros mandatos de la Organización. Mientras se alcanza ese compromiso, invitar a los Estados miembros, a los Estados observadores y a otras instituciones a que continúen realizando contribuciones voluntarias en el marco de los Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2015 y del Plan Estratégico de la CIDH 2011-2015, preferentemente sin fines específicos.[23]

Asimismo, en la mencionada Asamblea se dispuso "solicitar al secretario general que presente al Consejo Permanente a la brevedad posible un análisis detallado y actualizado de los costos del pleno funcionamiento de los órganos del SIDH conforme a la información proporcionada por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[24]

10.2. Implementación

Uno de los principales problemas pendientes se refiere a la insuficiente implementación de las decisiones e informes de los órganos de derechos humanos del SIDH. Aunque el nivel de implementación ha aumentado en el contexto de los procesos de democratización en los Estados de la OEA, este continúa presentando serias limitaciones. El aspecto más positivo es que, de manera creciente, los Estados van dando cumplimiento a aquellas resoluciones que establecen indemnizaciones para las víctimas, así como diversas formas de reparación simbólica. Mucho menos frecuente resulta, en cambio, que se implementen otras medidas, tales como reformas legislativas o de otro carácter. Señalábamos que, como tendencia, dichas reformas se han incrementado; sin embargo, ellas suelen tomar mucho tiempo y a menudo no dicen relación con un caso concreto. Por último, el mayor grado de

---

23 CIDH, Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 marzo 2013, núm. 5.

24 *Ibidem,* núm. 6.

implementación suele hallarse en lo referido a la investigación a fondo y sanción de los perpetradores de violaciones a los derechos humanos. Esto queda de manifiesto al revisar el alto porcentaje de casos a los que la CIDH continúa dando seguimiento mucho después de haber decidido sobre los mismos, así como del importante volumen de casos que la Corte IDH mantiene abiertos después de emitir sentencia.

Un factor relevante al respecto lo constituye la falta de acción de los órganos políticos de la OEA como garantes colectivos del SIDH. Aunque en los últimos años la Asamblea General ha venido aprobando resoluciones en las que llama a los Estados a acatar las resoluciones de la Comisión y la Corte IDH, en los hechos los órganos políticos de la OEA no suelen ir más allá de eso. En este sentido, los órganos políticos de la OEA no se hacen cargo de dar seguimiento a casos específicos o a la situación de incumplimiento reiterado en que un Estado pueda encontrarse frente a la Comisión o a la Corte IDH.

10.3. Autonomía de la CIDH

A diferencia de la Corte IDH, la Comisión no posee una consagración plena de su autonomía, y ha sido a través de la práctica que ha ido adquiriéndola a lo largo de los años. Las regulaciones al respecto son de carácter híbrido, puesto que, por una parte, los comisionados son elegidos en sus capacidades individuales y, por otra, el personal de la Comisión depende administrativamente de la Secretaría General de la OEA.

En los últimos 20 años se ha producido un notorio avance al respecto, al haberse desarrollado la práctica de que el secretario general de la OEA ratifica a las personas seleccionadas por la Comisión —para lo cual esta emplea habitualmente el mecanismo del concurso público—. Esto ha traído consigo un claro fortalecimiento de la experticia del personal de la Comisión. Sin embargo, se trata únicamente de una práctica que, en la medida en que no sea consagrada jurídicamente, se corre el riesgo de que pueda ser revertida. De hecho, como mencionamos, el origen de la fuerte discusión sobre reformas tuvo como una de sus causas principales el nombramiento del secretario ejecutivo de la CIDH.

11. Conclusiones

El SIDH ha experimentado una constante evolución a través de su historia, adaptándose a los diferentes contextos en los que ha operado. Una vez establecidos sus instrumentos básicos, han sido los propios organismos de derechos humanos —la Comisión y la Corte IDH— los que han emprendido las reformas a través de sucesivas modificaciones de sus reglamentos y prácticas. Ello se ha dado en los procesos que han tenido lugar desde hace más de una década, con una amplia participación de los Estados y de la sociedad civil.

El proceso de reformas reciente estuvo marcado por tensiones muy fuertes y en algunos momentos, pareció que serían los propios Estados los que llevarían a cabo las transformaciones. Sin embargo, ello en definitiva no sucedió y fue la Comisión la que, por la vía de reformas a su reglamento, políticas institucionales y prácticas, abordó una serie de planteamientos de importancia formulados por los Estados y la sociedad civil, manteniéndose así una tradición que ha contribuido al fortalecimiento del Sistema Interamericano.

Para concluir, es importante resaltar que aunque las reformas adoptadas implican una serie de avances, ellas difícilmente acarrearán un salto cualitativo en el funcionamiento del SIDH si no van acompañadas de una provisión de recursos adecuados para que la Comisión y la Corte IDH desarrollen sus tareas.

Sistema Interamericano: balance y perspectivas en escenarios cambiantes*

1. Introducción

A lo largo de su historia, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) —que forma parte de la Organización de Estados Americanos (OEA)— ha experimentado notorias e importantes transformaciones. No podría ser de otro modo, teniendo en cuenta los cambios significativos que han tenido lugar en muchos Estados de la OEA. En especial, resalta el paso desde una presencia muy extendida de regímenes dictatoriales que cometían violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos a procesos de democratización en la mayoría de los países, sin perjuicio de que hayan tenido lugar retrocesos en algunos de ellos.[1]

No obstante lo anterior, llama la atención el hecho de que transcurridas más de dos décadas desde que se produjera la mayoría de las transiciones a la democracia —y más de tres décadas en algunos casos— se perpetúen las iniciativas de reformas estructurales de amplio alcance, en un ambiente de cierta volatilidad e incertidumbre al respecto. El más reciente de dichos pro-

---

* Este trabajo fue publicado originalmente en Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio; Saiz Arnaiz, Alejandro y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos: un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano,* European Inklings (EUi), núm. 6, Heidelberg, Max Planck Institut, 2015.

[1] Para una revisión pormenorizada de las diferentes etapas por las que ha pasado dicho sistema, véase González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

cesos tuvo lugar desde principios de 2011 a principios de 2013, el cual concluyó con una Asamblea General Extraordinaria de la OEA y un conjunto de reformas adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Si bien el debate sobre las reformas no quedó completamente cerrado en los órganos políticos de la OEA —Asamblea General y Consejo Permanente—, parecía que se marcaba una pausa, al menos a la espera de cómo se llevará a cabo la implementación de las modificaciones emprendidas. Sin embargo, recientemente el debate a nivel de los órganos políticos se ha reabierto, como quedó de manifiesto en la Asamblea General Ordinaria de la OEA realizada en Asunción —Paraguay— en junio de 2014.

En contextos cambiantes como el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el balance es siempre provisorio, sin perjuicio de que se puedan relevar tendencias marcadas que han perdurado en el tiempo. Asimismo, el análisis de las perspectivas futuras de dicho Sistema está sujeto a las contingencias antes señaladas, aunque, como veremos, en algunos aspectos se halla más consolidado que en otros.

En este apartado procuraremos hacer un balance del Sistema Interamericano, así como una revisión de sus principales perspectivas. Para ello, incluiremos la consideración de las reformas más relevantes que han ocurrido —en especial las que han tenido lugar en los últimos años— y nos detendremos también en un aspecto crucial: el referido a quienes deben llevar a cabo esas reformas con miras a una mejor protección y promoción de los derechos humanos.

2. El desarrollo institucional y de estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el contexto de sucesivos escenarios

2.1. Periodo de presencia significativa de dictaduras

La construcción institucional del SIDH fue paulatina y no obedeció a un plan trazado de antemano. Aunque junto con la creación de la OEA, en 1948, se adoptó la Declaración Americana

de Derechos y Deberes del Hombre,[2] no se estableció ninguna institución encargada de la supervisión de los Estados en materia de derechos humanos. A poco andar comenzó a debatirse la posibilidad de crear un tribunal interamericano, aunque dicha iniciativa se postergó a la espera de que se adoptara un tratado general en la materia.

Entretanto, la OEA creó en 1959 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicha decisión, sin embargo, fue circunstancial, en el contexto de la Revolución cubana y de la dictadura de Trujillo en República Dominicana. La Comisión fue establecida con un estatus jurídico muy precario, por una Reunión de Cancilleres. Sus atribuciones eran limitadas, ya que carecía de la facultad de conocer y decidir sobre casos específicos. No obstante, un hecho que cabe resaltar es que desde un principio se determinó que la CIDH estaría compuesta no por Estados —como sucedía en la entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas—, sino por miembros que la integrarían a título personal. Esto probó ser determinante con el correr del tiempo, especialmente en contextos políticos adversos, en que muchos Estados estaban regidos por gobiernos dictatoriales.

A pesar de la ventaja que representaba —y continúa representando— el que los comisionados actuasen a título personal y no como representantes de Estados, ello imponía el desafío adicional de que la institución tuviera que adquirir peso político. La CIDH consiguió esto rápidamente a través de las visitas *in loco* y los informes sobre países, que constituyeron por varias décadas su principal tarea y que le permitió alcanzar visibilidad pública en los países de la OEA, especialmente los de América Latina.

También fue importante el papel desarrollado por la sociedad civil y la actitud de la CIDH respecto de ella. En efecto, a poco de comenzar a operar la Comisión, las organizaciones de la sociedad civil le plantearon que estableciera un sistema de estatus consultivo, siguiendo de este modo la práctica de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La CIDH, sin embargo, les respondió que ello resultaba innecesario, ya que cualquier

[2] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948.

persona o institución podía relacionarse con ella. Esto resultaba particularmente relevante en un contexto en el cual las dictaduras ponían serios obstáculos para el reconocimiento de la personalidad jurídica de los organismos no gubernamentales de derechos humanos.

El estatus jurídico y las atribuciones de la CIDH fueron fortalecidos durante su primera década de operaciones, al asignársele la función de conocer y decidir casos específicos (lo cual le fue reconocido por los órganos políticos de la OEA luego de una serie de requerimientos al respecto de la propia Comisión, que lo planteó desde su primer periodo de sesiones), así como por medio de su reconocimiento como órgano principal de la OEA en la carta de dicha organización.

En 1969 se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos[3] (CADH o Pacto de San José de Costa Rica), que reforzaría el estatus y atribuciones de la Comisión y crearía una Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención entró en vigor en 1978. Esta regula los derechos civiles y políticos en términos más pormenorizados que la Declaración Americana, aunque en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) su referencia es solo general, sin contener un catálogo de ellos.

En la década siguiente a su entrada en vigor, la Convención sería complementada mediante dos protocolos adicionales: uno sobre DESC (Protocolo de San Salvador)[4] y otro sobre pena de muerte.[5] También durante la década de los ochenta se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.[6] Cabe añadir que, en lo que sería también la tendencia posterior, estos nuevos instrumentos no crearían nuevas instituciones —salvo en un aspecto del Protocolo sobre DESC—, sino que agregarían funciones a las que ya poseían los órganos preexistentes del Sistema Interamericano —la Comisión y la

[3] Adoptada en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

[4] Adoptado el 17 de noviembre de 1988.

[5] Adoptado el 8 de junio de 1990.

[6] Adoptada el 9 de diciembre de 1985.

Corte—. Ello a diferencia, por ejemplo, de la evolución en Naciones Unidas, donde casi invariablemente, con la adopción de nuevos tratados se han creado nuevos organismos de derechos humanos.

Durante sus primeros años de funcionamiento, la Corte Interamericana no conoció de casos, ya que ni la Comisión ni los Estados —las únicas instituciones con la facultad de enviárselos— se los mandaban.[7] La Corte, no obstante, en el ejercicio de su función consultiva, emitió durante la década de los ochenta una serie de opiniones consultivas que marcaron importantes parámetros para el desarrollo de la jurisprudencia interamericana, en materias tales como la vigencia de los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos durante estados de excepción,[8] libertad de expresión,[9] el papel de los instrumentos de otros sistemas internacionales de protección en el contexto del Sistema Interamericano, etcétera.

---

7 Hasta la fecha ningún Estado ha enviado un caso a la Corte para su conocimiento. En cuanto a la Comisión, el hecho de que no remitiera casos a la Corte durante los primeros años de funcionamiento de esta, ha sido analizado por Thomas Buerguenthal, quien fue juez de dicho tribunal desde su establecimiento hasta 1991, en los siguientes términos: "por una serie de razones, incluyendo sin duda la rivalidad institucional, la Comisión perdió muchas oportunidades de enviar casos a la Corte. Las discusiones informales entre la Comisión y la Corte, dirigidas a promover estrategias para el envío de casos probaron ser inútiles", Buerguenthal, Thomas, "New Upload: Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights", en *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 37, núm. 2, 2005, p. 269, traducción del autor. Por su parte, Tom Farer, quien fuera comisionado entre 1976 y 1983, apunta como factor principal para ello el énfasis que la Comisión ponía en los informes sobre países, lo que le impedía darle una tramitación exhaustiva a la mayoría de los casos a través de audiencias y otros medios. También apunta —como un factor secundario— el temor de la Comisión de que los Estados pudieran restarle importancia a dicho órgano y tornar más ineficaz su trabajo. Véase Farer, Tom, "The Rise of the Inter-American System: No longer a Unicorn, Not Yet an Ox", en *Human Rights Quarterly,* núm. 19, 1997, p. 544.

8 Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987; y Garantías judiciales en estados de emergencia, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

9 Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.

Mientras tanto, en la medida en que subsistían las violaciones masivas y sistemáticas en regímenes dictatoriales en una serie de países, la Comisión continuó concentrada principalmente en ellas, manteniendo las visitas *in loco* y los informes de países como sus principales funciones, en desmedro del desarrollo de su sistema de casos.[10] De hecho, los primeros casos que la CIDH remitió a la Corte se referían precisamente a ese tipo de violaciones, concretamente a desapariciones forzadas de personas cometidas como parte de una práctica deliberada por algunos Estados.

Debe subrayarse también el papel que por esa época desempeñaban los órganos políticos de la OEA. Como ya hemos señalado, fueron ellos los que crearon la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fortalecieron su estatus y adoptaron el Pacto de San José de Costa Rica —que crea la Corte Interamericana—, así como otros instrumentos. Además, de manera creciente, y en especial cuando la mayoría de los Estados habían dejado atrás sus regímenes dictatoriales, los órganos políticos dieron cada vez mayor consideración a los informes de la Comisión, abriéndose debates sobre la situación de los derechos humanos bajo una serie de dictaduras e incluso emitiéndose resoluciones condenatorias basadas en informes de la CIDH.

En esos años se aprecia, de manera todavía incipiente, cómo la Comisión Interamericana comienza a diversificar su tratamiento temático, lo cual se refleja en pocos casos y especialmente en la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales y en la cobertura de la situación de algunos colectivos vulnerables —indígenas y mujeres—.

[10] Tom Farer, quien, como hemos dicho, fue comisionado en el periodo de las dictaduras, señala al respecto que "la resolución de casos individuales era, en comparación con un informe comprensivo sobre la situación de los derechos humanos en un país, una vía profundamente ineficiente de convocar a las múltiples audiencias de la Comisión [...] una impresión vívida acerca de lo que estaba ocurriendo al interior de estados de terror"; Farer, Tom, "The Future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure", en Méndez, Juan y Cox, Francisco, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 522 (traducción del autor).

2.2. Las transiciones a la democracia y su impacto en el Sistema Interamericano

Puede afirmarse que a principios de los noventa se produce un *tourning point* en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese momento había terminado prácticamente la totalidad de las dictaduras en el continente —con la sola excepción de Cuba— y se estaba, dependiendo de los países, en diversas etapas de las transiciones a la democracia. Ello trajo consigo un replanteamiento del trabajo de la Comisión Interamericana, en el cual el impulso desde la sociedad civil y los Estados jugó un papel de importancia. Este cambio se reflejó especialmente en el potenciamiento del sistema de casos. Hasta entonces, la CIDH había mantenido el tratamiento de casos en un segundo plano, fundamentalmente dirigido a fortalecer sus informes sobre países.

Así, la mayoría de las denuncias no desembocaban en una decisión específica sobre el caso alegado, sino que eran analizadas en informes de países. Por ejemplo, cuando la CIDH recibió miles de denuncias de desapariciones forzadas en su vista *in loco* a Argentina en 1979, en vez de pronunciarse particularmente sobre cada una de ellas, las recogió en su informe de país. Era relevante también para este tratamiento el hecho de que usualmente los Estados no respondieran a los requerimientos de la Comisión de dar respuesta a las denuncias o hacerlo sin entrar a analizarlas, limitándose a cuestionar a la Comisión.

Posiblemente fue la decisión de la CIDH sobre varios casos acumulados contra México, referidos a problemas estructurales de su sistema electoral a principios de la década de los noventa, la que mejor refleja este cambio de tendencia. México había sido hasta entonces uno de los apoyos más fuertes de la Comisión en los órganos políticos de la OEA, para que esta monitoreara la situación de los derechos humanos en las dictaduras. Sin embargo, cuando estas concluyen, la CIDH comienza a extender su preocupación hacia otros países, como México, que hasta entonces no habían sido objeto de mayor atención por parte suya. No se trataba, además, de cualquier caso, sino de unos que apuntaban al núcleo de las limitaciones democráticas en ese país.

De ahí en adelante se aprecia una mayor institucionalización en el tratamiento de casos por parte de la Comisión, un creciente

uso del mecanismo de solución amistosa —que a pesar de estar consagrado en la Convención Americana, hasta entonces en la práctica no había operado— y a un aumento paulatino, pero también creciente, del envío de casos por la Comisión a la Corte.

La tendencia hacia una mayor institucionalización surgió a raíz de críticas desde la sociedad civil y los Estados acerca de la excesiva falta de formalidad del sistema de casos en la Comisión. Si bien esta no es un tribunal, sino un órgano cuasijudicial, se consideraba que aun así se hacía necesario que se ajustase a reglas procesales más precisas. Además de implementar una serie de prácticas y de normas reglamentarias en esa dirección, es a partir de esos años que la CIDH refuerza o incorpora tres aspectos: el agotamiento de los recursos internos, la distinción como regla general entre etapas de admisibilidad y fondo —que ha sido objeto de constantes críticas desde la sociedad civil al entender que solo contribuye a ralentizar el procedimiento y desde muchos Estados señalando que no debiese ser una regla de carácter general sino absoluta, aplicable a todos los casos— y la doctrina de la "cuarta instancia" —que si bien no es en propiedad una regla procesal, tiene implicaciones directas al respecto—. Estos tres pasos reflejan una Comisión con mayor atención a desempeñar un papel subsidiario o complementario al de los Estados.

Dicho brevemente, la CIDH desde entonces comienza a hacer operativa la regla del agotamiento de los recursos internos —establecida en el Pacto de San José de Costa Rica—, que hasta entonces, en el contexto de sistemas judiciales carentes de independencia e imparcialidad en el marco de dictaduras, rara vez era exigida —aplicándose las excepciones a dicha regla—. Asimismo, la Comisión modifica su práctica anterior de acumular admisibilidad y fondo, distinguiendo entre ambas etapas, con informes separados —sin perjuicio de que en determinadas circunstancias puedan fusionarse—. En cuanto a la denominada "cuarta instancia", doctrina consistente en que los órganos internacionales de derechos humanos no constituyen una nueva instancia a la cual cualquier persona, por el solo hecho de sentirse agraviada por una decisión interna, pueda acudir, la CIDH, que hasta entonces la había empleado excepcionalmente, comienza a realizar un uso habitual de ella, declarando en consecuencia muchas denuncias inadmisibles bajo esta doctrina.

A ello se añadió una diversificación temática de manera incremental, que se reflejó tanto en las decisiones sobre casos de la propia Comisión como en los casos que enviaba a la Corte. Todo ello en un contexto en el cual los Estados comenzaron a involucrarse activamente en el litigio de casos ante el Sistema Interamericano y en el que las ONG de derechos humanos ampliaron los temas a cubrir, pasando de estar concentrados de manera casi exclusiva en violaciones masivas y sistemáticas al derecho a la vida y la integridad personal a abarcar la situación de discriminación que afecta a los colectivos vulnerables, así como otras materias, como libertad de expresión, debido proceso y derechos económicos, sociales y culturales.[11] Los factores mencionados condujeron a que el sistema de casos pasara a constituirse en la principal función de la Comisión.

La creciente diversidad en los temas a tratar se refleja también a partir de los años noventa con la creación de relatorías temáticas por parte de la CIDH. La sucesión de relatorías establecidas a partir de esa década no obedeció a un plan diseñado de antemano, sino que su creación fue siendo decidida una por una. En los noventa se crearon relatorías temáticas sobre pueblos indígenas, mujeres, personas privadas de libertad, migrantes, niñez y libertad de expresión, esta última con el carácter de Relatoría Especial, lo cual implicó que, a diferencia de las demás relatorías, no quedara a cargo de un comisionado, sino de una persona seleccionada por concurso y de dedicación a tiempo completo.

En lo referido a la Corte Interamericana, además de la diversificación temática incipiente a la que antes hacíamos mención, ella va reconociendo paulatinamente un papel de más importancia a la sociedad civil. En los años ochenta esto se había manifestado al permitir su participación por medios escritos —*amicus curiae*— y orales en sus audiencias sobre opiniones consultivas —como en estas no hay partes, no había problema para que la sociedad civil tuviera *standing*—. En cuanto a la participación de la sociedad civil —abogados de las alegadas víctimas— en el liti-

[11] Sobre la evolución temática, véase Abramovich, Víctor, "De las violaciones masivas a los enfoques estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano", en *Revista SUR,* vol. 6, núm. 11, dic, 2009, pp. 7-39.

gio de casos ante la Corte, ella se fue ampliando. En un principio, los abogados de las víctimas comparecían ante el Tribunal como parte de la delegación de la Comisión —bajo la figura de asesores de esta—, es decir, carecían de autonomía procesal. A partir de 1997, la Corte les reconoció autonomía en la etapa de reparaciones, la cual se extendería a todo el proceso a partir del reglamento de la Corte de 2001; esto es, aunque, dados los términos de la Convención Americana, las víctimas no pueden presentar un caso a la Corte, una vez que la Comisión o el Estado lo han remitido, poseen plena autonomía para hacer sus alegaciones y presentar su evidencia probatoria, en el marco fáctico presentado por el informe de fondo de la Comisión sobre el caso.

En el curso de esos años se adoptaron varios tratados en materia de derechos humanos: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,[12] la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará")[13] y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.[14] En estos instrumentos se continuó con la tendencia de dotar de competencias a la Comisión y a la Corte Interamericana, sin establecer nuevos organismos de supervisión. No obstante, este proceso de adopción de nuevos instrumentos puso de manifiesto las asimetrías de los compromisos de los Estados de la OEA, ya que mientras los Estados latinoamericanos han ratificado la mayoría de los tratados, solo unos pocos del CARICOM han ratificado la Convención Americana y los demás instrumentos —salvo la Convención de Belém do Pará, ratificada por todos ellos— y Canadá y Estados Unidos no han ratificado ninguno. De ahí que se hayan vuelto cada vez más frecuentes los llamados a conseguir la "universalización" del Sistema Interamericano, en el sentido de que los Estados asuman compromisos similares.

A pesar de estas transformaciones, que en la mayoría de los casos pueden valorarse como avances, el papel de los órganos

12 Adoptada el 9 de junio de 1994.

13 *Idem*.

14 Adoptada el 7 de junio de 1999.

políticos de la OEA en relación con los órganos de derechos humanos no se vio fortalecido y en rigor puede hablarse de un retroceso al respecto. Cuando se iniciaba la década de los noventa parecía que con el tránsito de dictaduras a democracias esa relación se reforzaría y sin embargo ello no ocurrió. Los órganos políticos no avanzaron en contribuir hacia el apoyo a la implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte, no obstante los reiterados llamados en ese sentido. Además, durante varios años, y especialmente a raíz de la iniciativa del gobierno de Alberto Fujimori en Perú, se puso en tela de juicio las atribuciones de la CIDH, llamándose por varios Estados a una reformulación de las mismas, que privilegiara las labores de promoción por sobre la de protección de los derechos humanos. En particular, generaba muchas molestias en esos Estados que la Comisión siguiera adelante con la publicación de informes sobre países. Cabe señalar que dos países intentaron desasirse del compromiso adquirido con la Corte, sin que en ninguno de los dos casos hubiera un pronunciamiento de los órganos políticos de la OEA al respecto. Primero Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana y luego Perú, que sin denunciar dicho tratado, declaró que dejaba sin efecto su reconocimiento a la jurisdicción contenciosa de la Corte, declaración que el Tribunal determinó improcedente, pero que en la práctica significó que hasta la conclusión del gobierno fujimorista Perú no litigó los casos ante ella.

2.3. Los escenarios en el siglo XXI

Durante la primera década y media del siglo XXI han ocurrido transformaciones de distinto signo en los Estados de la OEA. En la mayoría de ellos se han producido procesos de consolidación democrática, al punto que resulta muy difícil, por lo menos en el corto y mediano plazo, pensar que puedan producirse regresiones autoritarias en esos países. Ello es sin perjuicio de que en muchos de esos Estados subsistan serios problemas estructurales de discriminación y violencia —América Latina es la región del mundo con la tasa más alta de muertes violentas—. En algunos países, sin embargo, se han producido retrocesos en términos de la vigencia de las reglas propias de un Estado de derecho,

especialmente en lo que se refiere a graves afectaciones de la independencia judicial y a la libertad de expresión y al debate público.

Respecto de la relación de los Estados de la OEA con los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano se ha producido un fenómeno hasta cierto punto curioso, puesto que, en términos generales, ella no ha cambiado significativamente a nivel de los órganos políticos, pero se ha visto fortalecida en los vínculos directos de la mayoría de los países con la Comisión y la Corte, lo cual se refleja especialmente en la creciente recepción de los estándares del Sistema Interamericano en los ordenamientos jurídicos y las resoluciones judiciales a nivel interno.

En efecto, a nivel de los órganos políticos de la OEA no ha habido cambios de importancia. Tal como en la década de los noventa, primero tuvo lugar un periodo de relativa tranquilidad —sin que ello redundara en un apoyo significativo a los órganos de derechos humanos— y después sobrevino una etapa en que los propios órganos políticos parecían decididos a reformar el Sistema Interamericano por sí mismos, lo cual finalmente no se concretó. Así, el papel de los órganos políticos respecto de la implementación de las decisiones de los órganos de derechos humanos continuó siendo pasivo, debiendo la propia Comisión y la Corte proseguir dando seguimiento a sus informes de fondo, medidas cautelares y provisionales y sentencias. Ello sin perjuicio de que la Asamblea General hiciera algunos llamados genéricos —es decir, sin nombrar a ningún país en particular— a implementar las decisiones de los órganos de derechos humanos.[15] De todos

[15] Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), 5 de junio de 2007; Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008; Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009; Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2601 (XL-O/10), 8 de junio de 2010. Véase también Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07), 5 de junio de 2007, en cuyo num. 3 se resuelve "[r]eiterar que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables

modos, ello posee importancia respecto de las decisiones de la Comisión, ya que se va configurando una práctica de los Estados que da origen a *soft law*. Por otra parte, tampoco se produjeron avances en los órganos políticos en términos de fortalecer la dotación de recursos de la Comisión y la Corte.

Durante esa primera década, los órganos de derechos humanos continuaron llevando a cabo procesos de reforma. Además de una serie de modificaciones puntuales a lo largo de ese periodo, tanto la Comisión como la Corte adoptaron nuevos reglamentos al principio y al final de la década. Cabe resaltar que los procesos de reforma se volvieron cada vez más participativos, tanto desde el punto de vista de los Estados como de la sociedad civil. Además, la adopción de nuevos reglamentos por la Comisión y la Corte al final de la década estuvo precedida por un extenso diálogo entre ambos órganos, lo que no había ocurrido durante la preparación de otros reglamentos. El eje central de las reformas radicó, en lo concerniente a la Corte, en la ampliación de la autonomía de las víctimas (reglamento de 2001) y en la redefinición de los roles de la Comisión, el Estado y las víctimas durante el proceso. En cuanto a las reformas de la Comisión, el establecimiento del envío de casos a la Corte como regla general en caso de no cumplimiento satisfactorio resalta en el reglamento de 2001 y una regulación más pormenorizada de las medidas cautelares y del sistema de casos en el reglamento de 2009.

Como contrapartida, respecto de muchos países el vínculo bilateral con la Comisión y la Corte se fortaleció. A diferencia de la presencia de los Estados en los órganos políticos —que se canaliza a través de la misión respectiva, es decir, como una extensión del Ministerio de Relaciones Exteriores—, la vinculación a nivel bilateral se ha vuelto mucho más plural, en la medida en que los Estados democráticos son heterogéneos en su interior, incluyendo la existencia de un número creciente de organismos estatales autónomos encargados de velar por la protección de los derechos humanos, la presencia de jueces que van teniendo cada vez más sintonía con los desarrollos del Sistema Interamericano y otros factores.

---

y que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte".

Este fortalecimiento se ha manifestado de diversas maneras. De partida, un número importante de Estados han establecido una "política de puertas abiertas" hacia la Comisión, de manera que esta efectúe visitas a los países concertadas con poca anticipación. Algunos Estados han formalizado esa política por escrito y otros lo han hecho saber públicamente en presentaciones en el Consejo Permanente.[16] La CIDH ha incrementado sus visitas y ha modificado su práctica al respecto. Así, a diferencia de lo que ocurría hasta la década de los noventa, en que la mayoría de las visitas que realizaba la Comisión era de su Pleno —visitas *in loco*—, en la actualidad se privilegian las visitas del comisionado relator de país o relator temático. Dada la buena disposición de la mayoría de los Estados y la menor cantidad de recursos que ellas suponen, estas visitas —denominadas "visitas de trabajo" se han multiplicado. Asimismo, la Corte ha recibido y concretado numerosas invitaciones para sesionar en diversos países. Por cierto que la presencia en un país de la Comisión y de la Corte tiene características muy diferentes, pero su expansión respecto de ambos órganos de derechos humanos demuestra la creciente interacción con los Estados.

Respecto de la implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte se pueden apreciar progresos, aunque todavía insuficientes. Sin perjuicio de que son las medidas urgentes y las decisiones sobre casos no cumplidas las que suelen alcanzar mayor difusión pública, en los hechos los Estados implementan la mayor parte de las medidas cautelares y provisionales y —en relación con los informes de fondo y las sentencias— han mejorado en términos del pago de indemnizaciones compensatorias y en menor medida en formas de reparación simbólica y de no repetición. No obstante, el cumplimiento de dichas reparaciones suele tardar. Por otra parte, el nivel de cumplimiento en relación con reformas legislativas es bajo, y aun menor el de reparaciones consistentes en emprender investigaciones a fondo y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

[16] Los Estados que han manifestado esta disposición formalmente por escrito son Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

En 2010, es decir, hacia el final de la década en análisis, la Comisión elaboró un Plan Estratégico[17] para el periodo 2011-2015, que fue publicado y sometido para un análisis con los Estados en una reunión especial sostenida para tal efecto, en Ottawa, en marzo de 2011. En dicho Plan, la Comisión revisa sus principales funciones, resaltando la importancia de obtener recursos financieros significativamente superiores a fin de poder cumplirlas a cabalidad. Al presentar el Plan, la CIDH destacó la necesidad de que en lo sucesivo las contribuciones financieras fueran de carácter institucional —precisamente para el financiamiento de sus funciones— y solo excepcionalmente dirigidas a proyectos específicos. El Plan desarrolla de manera detallada las formas de fortalecer el trabajo de la Comisión en una serie de ámbitos, poniéndose en diversos escenarios de efectividad del mismo dependiendo del nivel de financiamiento que se obtuviese. Si bien el Plan Estratégico ha servido en alguna medida para que los aportes de recursos financieros a la CIDH hayan ido adquiriendo un carácter institucional, sus efectos han sido limitados, ya que a poco andar el debate en la OEA sobre la Comisión, se embarcó por otros derroteros.

En efecto, el cambio de escenario se produce de manera abrupta en la primavera del hemisferio norte de 2011. El procedimiento a seguir para nombrar a un nuevo secretario ejecutivo de la Comisión, así como las medidas cautelares adoptadas por esta, en relación con la represa de Bello Monte (Brasil) y —unos meses más tarde— de los periodistas del diario *El Universo* (Ecuador) fueron elementos determinantes en el origen y características del debate. Así, se produjo un intenso debate acerca de potenciales reformas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con especial referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo la revisión de sus principales funciones y de los alcances y regulación de estas, al punto de que algunas de las propuestas hubieran implicado un replanteamiento completo del papel de la Comisión. El debate surgió desde los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos, extendiéndose posteriormente a la propia Comisión, a la socie-

[17] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Plan Estratégico 2011-2015, Washington, D.C., 2011.

dad civil y al interior de los Estados. Con una intensidad que ni siquiera se había alcanzado en los años más álgidos de la década de los noventa, en el proceso de reformas que se inició en 2011 hubo reiterados intentos de parte de algunos Estados por llevar a cabo ellos mismos las transformaciones, ya fuera a través de la reforma del Estatuto de la Comisión o incluso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, esas iniciativas no llegaron a ser emprendidas y fue la propia Comisión la que en marzo de 2013, luego de un amplio diálogo con los Estados y la sociedad civil, adoptó un conjunto de reformas a su reglamento, así como oficializó una serie de transformaciones en sus políticas y prácticas. Una Asamblea General Extraordinaria de la OEA efectuada en Washington unos días después de que la CIDH adoptara sus propias reformas tomó nota de ellas, le solicitó que continuara en su implementación y no llevó a cabo ninguna reforma por sí misma.[18]

[18] Los siguientes son los documentos oficiales más relevantes al respecto: Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente (adoptado por el Grupo de Trabajo en su reunión de 13 de diciembre de 2011) GT/SIDH 13/11 rev. 2; Grupo de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Estatuto, con miras a lograr el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, informe de 25 de enero de 2012, CP/doc.4675/12; CIDH, Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, 8 de abril 2012; Seguimiento de las recomendaciones del informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, AG/RES. 2761 (XLII-O/12), 5 de junio de 2012; Respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos respecto de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 23 de octubre 2012; Propuesta de Proyecto de Resolución para el Periodo Extraordinario de sesiones de la Asamblea General y Anexo: Medidas para la aplicación de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para

Las reformas adoptadas por la Comisión se refieren a una diversidad de aspectos. Entre ellas cabe subrayar lo referido a medidas cautelares —en especial tramitación y fundamentación de las mismas—, sistema de casos (soluciones amistosas —incluyendo la creación de un Grupo de Trabajo permanente en la materia—, regulación de las prórrogas para cumplir con los informes de fondo, etc.) e informes sobre países (mediante una mayor pormenorización de los criterios para incluir a un Estado en el capítulo IV del Informe anual y de la explicitación de la metodología de dicho capítulo), sin perjuicio de otros elementos. La Comisión, además de modificar su reglamento, dio a conocer públicamente las transformaciones de una serie de prácticas —las cuales no requerían de reforma reglamentaria—, así como otras iniciativas, en temas tales como la "universalización" del Sistema Interamericano.

Las reformas al reglamento de la CIDH entraron en vigor en agosto de 2013 y las otras modificaciones se están llevando a cabo. Cabe agregar, como otro elemento importante de cambio, el anuncio por la Comisión en abril de 2014 de la creación de una Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De esta manera, la CIDH contará con dos relatorías

---

el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CP/doc.4813/12.rev., 16 de enero 2013; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas, resolución 1/2013, 18 de marzo de 2013; OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 marzo 2013, Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las presentaciones realizadas por los Estados y las organizaciones de la sociedad civil ante el Consejo Permanente y su Grupo de Trabajo pueden consultarse en *http://www.oas.org/ consejo/sp/grupostrabajo/ Reflexion%20sobre%20 Fortalecimiento.asp*

Pueden consultarse los siguientes dos documentos que presentan una evaluación general del proceso de reformas recientes y sus resultados: CEJIL, *Apuntes sobre las reformas al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: cambios derivados del proceso de reflexión 2011-2013*, Documento de Coyuntura, núm. 8, 2013; Lovatón Palacios, David, *Último proceso de reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011-2013): Reflexiones y perspectivas*, Cuaderno de Trabajo, núm. 22, Departamento Académico de Derecho, Pontifica Universidad Católica del Perú, 2013.

especiales, de carácter transversal: la recién mencionada y la de libertad de expresión. A ellas se añade una serie de relatorías sobre diferentes colectivos vulnerables.

No obstante estas transformaciones, en mayo de 2014, en vísperas de la Asamblea General de la OEA, resurgieron iniciativas de reformas estructurales en el marco de una Conferencia de Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[19] Esta Conferencia fue la cuarta que ha tenido lugar. Se trata de un mecanismo que no forma parte de la OEA, pero que dado que todos los Estados participantes pertenecen a dicha organización, ejerce influencia sobre ella. De hecho, Ecuador, el principal impulsor de dichas conferencias, intentó que la Asamblea General plasmara los acuerdos de la Declaración de Haití en una resolución, especialmente en lo relativo al cambio de sede de la CIDH, a una revisión completa de sus relatorías temáticas y a crear un fondo único de financiamiento para la Comisión a cargo

[19] Disponible en: *http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/Declaración-Haití.pdf* Entre otros acuerdos, se incluyeron los siguientes: "4. Saludar con beneplácito el ofrecimiento realizado por el presidente Martelly para que Haití pueda acoger la sede de la CIDH, e invitan *(sic)* a los demás países a su consideración. En ese sentido, resaltan su voluntad de seguir profundizando los esfuerzos realizados en el análisis político, económico y jurídico de un eventual cambio de sede de la CIDH [...]; 5. Proponer durante la Asamblea General de la OEA de Paraguay 2014, la determinación de los Estados parte de la CADH, que acogerán los periodos de sesiones de la CIDH, durante los próximos dos años. En este contexto, agradecen el ofrecimiento de Uruguay para realizar una de las referidas sesiones; 6. Establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta coordinado por Bolivia con la finalidad de iniciar el proceso de revisión del mandato de las Relatorías de la CIDH y su nueva estructura, atendiendo a los principios de igualdad e indivisibilidad de los derechos humanos, a ser formalizado por la Asamblea General de la OEA del 2015. A tal efecto, solicitar en la Asamblea General de 2014 a realizarse en Asunción que las relatorías presenten a más tardar en septiembre de 2014 los planes de trabajo detallados y una clara rendición de cuentas sobre los fondos específicos recibidos; [...] 8. Profundizar el análisis con el objetivo de que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sea financiado exclusivamente por los Estados miembros de la OEA. Mientras este objetivo se logra, se creará un fondo único para la recepción de contribuciones extrapresupuestarias, que deberían ser asignadas de acuerdo a un programa de trabajo previamente aprobado por los Estados".

de los Estados, sin conseguirlo. Las organizaciones de la sociedad civil han criticado estas conferencias por no estar abiertas a su participación, así como por algunas de sus pretensiones, que debilitarían la independencia y autonomía de la Comisión Interamericana.[20]

3. Balance y perspectivas

3.1. Sistema de casos

El mecanismo de casos del Sistema Interamericano presenta luces y sombras. Por el lado de las luces, dicho sistema ha sido capaz de desarrollar una jurisprudencia paradigmática, a través de un conjunto de casos "testigo", que a estas alturas cubren la mayor parte del espectro de materias de derechos humanos. Las sombras consisten en el serio retardo en la tramitación de las denuncias, que lleva a que en la Comisión exista una enorme cantidad de ellas pendientes de resolución.[21]

En cuanto al primer aspecto, aunque mirado como porcentaje del total de denuncias que se presenta, el volumen de casos que llega a ser decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es bajo, sus sentencias alcanzan una gran difusión en los Estados. En rigor, aun cuando se ha avanzado en la implementación de las sentencias por los Estados, ella posee importantes limitaciones, ya que si bien las medidas de reparación consistentes en el pago de indemnizaciones compensatorias, en medidas de carácter simbólico y en medidas de prevención suelen ser

[20] *Organizaciones del Continente se pronuncian sobre la Declaración de Haití en relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Asunción, 3 de junio de 2014; *http://cejil.org/comunicados/organizaciones-del-continente-se-pronuncian-sobre-la-declaracion-de-haiti-en-relacion-co*

[21] Véase al respecto, Human Rights Clinic University of Texas School of Law, *Maximizando la Justicia, Minimizando la demora: Acelerando los procedimientos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* diciembre 2011. Consúltese asimismo, Dulitzky, Ariel, "Too Little, too late: the Pace of Adjudication of the Inter-American Commission on Human Rights", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* vol. 35, núm. 2, 2013, pp. 131 y ss.

cumplidas —aunque a veces ello tome tiempo—, existe un serio déficit en la implementación de las reformas legales que ordena la Corte como en la investigación y sanción de las violaciones.

El asunto, no obstante, debe ser analizado más allá del cumplimiento de cada sentencia por el Estado respectivo. Ello porque a menudo la jurisprudencia del Sistema Interamericano produce efectos más allá del Estado concernido, conduciendo a posicionar temas en la agenda y debate públicos en otros países y eventualmente a reformas legales, diseño de nuevas políticas públicas y cambios en la jurisprudencia interna. Respecto de este último punto, los jueces de muchos Estados de la OEA —especialmente los latinoamericanos— poseen un creciente conocimiento de la jurisprudencia interamericana y de manera incremental —y dispar según los países— los han ido aplicando. A este proceso han contribuido tanto la difusión de las decisiones de la Comisión y la Corte por los medios de comunicación como las numerosas iniciativas de capacitación y diálogo que se han emprendido. A estas alturas, por lo demás, puede señalarse que se trata de un proceso "de ida y vuelta", en el que los órganos del Sistema Interamericano recogen también decisiones internas en su propias resoluciones.[22]

Ello en alguna medida sirve como paliativo al retraso en la decisión de los casos. Sin embargo, no es en modo alguno suficiente, ya que en muchas ocasiones, por más paradigmáticas que sean las sentencias, no alcanzan a todos los ámbitos ni a todas las personas. El Sistema Interamericano tiene, en este sentido, una importante deuda con los habitantes de los países de la OEA, con quienes tiene un compromiso de universalidad del acceso a la justicia, que no se cumple a cabalidad.

En otros continentes, en especial en el europeo, a veces llama la atención el amplio alcance de las reparaciones que ordena

[22] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párrs. 215 y ss. Alexandra Huneeus ha observado la tendencia creciente a la recepción judicial interna de la jurisprudencia interamericana, contrastándola con la falta de implementación por los jueces de las decisiones interamericanas que les afectan directamente. Véase Huneeus, Alexandra, "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", en *Cornell International Law Journal,* vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 510-511.

la Corte Interamericana. Sin embargo, a lo menos dos factores las justifican plenamente. El primero, la naturaleza de las violaciones en los Estados de la OEA, que usualmente corresponden a problemas estructurales que requieren de un acometimiento sistemático. El segundo factor guarda relación con lo que señalábamos en el párrafo anterior: dadas las serias limitaciones del Sistema Interamericano para hacer justicia en todos los casos, las reparaciones de amplio alcance producen un efecto compensatorio —aunque insuficiente—, al ir más allá del solo caso específico de que se trate.

A las consideraciones precedentes cabe añadir que la actitud de la mayoría de los Estados de la OEA, respecto de las decisiones de la Corte y la Comisión en materia de casos, parece revelar que no existe una "normalización" en la recepción de tales resoluciones. Por normalización me refiero a que se considere una decisión de la Comisión o de la Corte Interamericana como algo habitual y esperable. Prácticamente no existen en los Estados de la OEA mecanismos internos de rango legal para implementar los informes de fondo de la CIDH o las sentencias de la Corte, lo cual de suyo representa un problema.[23] Esto conduce a que a nivel interno, además de la necesidad de confrontar los aspectos sustantivos de derechos humanos involucrados, se deba comenzar cada vez casi de cero con los mecanismos para implementar la decisión. Es cierto que cuando un alto tribunal interno emite una sentencia que disgusta a los poderes políticos, suele ser objeto de críticas; sin embargo, no es habitual que ello conduzca a formulaciones de replantearse los roles y funciones de ese tribunal. En cambio, respecto de las decisiones del Sistema Interamericano, dada esa falta de "normalización" esos llamados a replanteamientos ocurren con bastante frecuencia.

Aunque ello pueda parecer paradójico, a mi juicio el hecho de que la Comisión y la Corte solo estén en condiciones de pronun-

[23] Salvo el caso de Colombia, que posee un mecanismo establecido en virtud de una ley (la ley 288/96), en los demás Estados a lo sumo existe un mecanismo en la esfera del poder ejecutivo, a menudo con poderes muy limitados, que dificulta la implementación, especialmente cuando esta requiere el concurso de otros poderes del Estado.

ciarse en pocos casos contribuye a lo anterior.[24] Si la Comisión y la Corte estuvieran en condiciones de expedir resoluciones sobre casos con mucha mayor frecuencia, solo algunas de esas decisiones convocarían una atención pública significativa. Esto es precisamente lo que ocurre en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

La Comisión y la Corte han introducido una serie de modificaciones en la gestión de los casos, a fin de acelerar su tramitación. Sin embargo, por más que pueda continuar avanzándose en materia de gestión, con la grave —y crónica— insuficiencia de recursos financieros parece ilusorio pensar en que puedan dar un salto cualitativo al respecto. En el Plan Estratégico de la CIDH para el periodo 2011-2015 se presentaba una serie de escenarios financieros y se mostraba en términos numéricos cuáles podían ser los progresos a alcanzar en la decisión de casos dependiendo del volumen de recursos con los que se contara. Ello, sin embargo, no produjo un incremento de las contribuciones de los Estados al sistema de casos.

3.2. Medidas cautelares y provisionales

Como hemos señalado, el mecanismo de medidas cautelares había venido consolidándose, tanto en la práctica como a través de una regulación mucho más detallada mediante el reglamento de la Comisión de 2009. Las reformas incorporadas por la Comisión en materia de medidas cautelares en su reglamento de 2009 recogieron una serie de recomendaciones formuladas por los Estados en el debate que las precedió, así como hizo lo mismo con otras propuestas, planteadas por la sociedad civil. Es importante tener este punto en consideración para formarse una impresión de conjunto sobre la materia, en especial sobre el hecho de que las medidas cautelares se hallan en evolución desde antes del actual proceso de reformas. Por ejemplo, en 2009 se estableció que para su otorgamiento la CIDH tendrá en cuenta, entre otros

[24] En este mismo sentido Alexandra Huneeus señala que "el pequeño tamaño de la cartera de casos de la Corte le da mayor visibilidad a cada caso". Huneeus, Alexandra, *op. cit.,* p. 506.

aspectos, si se ha denunciado previamente la situación de riesgo ante las autoridades o, en su caso, por qué no se ha hecho; se indicó que como regla general, la Comisión pedirá al Estado información relevante previo a su pronunciamiento; se señaló que la Comisión revisará periódicamente la mantención o no de la vigencia de las medidas; se estableció que el Estado podrá presentar en cualquier momento una solicitud para que la Comisión deje sin efecto las medidas, etcétera.

El debate reciente sobre las actuales reformas en los órganos políticos de la OEA estuvo marcado en un principio por algunos cuestionamientos acerca de la competencia de la Comisión para adoptar medidas cautelares, así como acerca de la obligatoriedad o no de ellas, aspectos que parecían superados en la discusión en la OEA.[25]

Las reformas reglamentarias de 2013 incluyeron una serie de modificaciones en materia de medidas cautelares. Varias de ellas se centran en proporcionar una mayor claridad acerca de los fundamentos para las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares. Así, se establece explícitamente que dichas decisiones deberán ser fundadas, fundamento que incluirá, entre otros aspectos, "las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de urgencia, gravedad e irreparabilidad".[26]

Complementariamente, y recogiendo la práctica de la Comisión, el reglamento reformado define ahora en qué consisten esos tres elementos. Por urgencia de la situación —planteada en la solicitud de medida cautelar— se entiende que "el riesgo o la

[25] Respecto de la competencia de la CIDH al respecto, aunque tales medidas no aparecen consagradas en forma expresa en la Convención Americana —lo fueron más tarde en la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas—, lo cierto es que ellas se derivan de los amplios poderes conferidos a la Comisión por la CADH y otros instrumentos. Se trata, por lo demás, de una competencia que numerosos organismos equivalentes de otros sistemas internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y demás órganos de la ONU, entre muchos otros, han asumido también como parte de sus competencias a pesar de que no hubiese consagración a nivel de un tratado.

[26] Artículo 25.7 reformado.

amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar"; el daño irreparable implica "la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización"; y por gravedad de la situación se entiende "el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano".[27]

En cuanto a las medidas provisionales, estas se encuentran expresamente previstas en la Convención Americana y solo se aplican a los Estados parte de dicho instrumento. De acuerdo con lo establecido en la Convención, tales medidas proceden "[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas".[28] Su consagración en el tratado no deja ningún margen de duda acerca del carácter obligatorio de las medidas provisionales.[29] Cabe subrayar que respecto del primero de los requisitos, es más alto que para la concesión de una medida cautelar, ya que en las provisionales la situación debe ser de extrema gravedad y en la cautelar de gravedad.

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".

Aplicando la lógica de la autonomía creciente de las víctimas una vez iniciado un caso contencioso ante la Corte, una modificación introducida a su reglamento en 2004 dispuso que aquellas 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".[30]

---

27 Artículo 25.2 reformado.

28 Artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

29 Véase Cançado Trindade, Antonio, "The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)", en *Human Rights Law Journal,* vol. 24, núms. 5-8, 2003, p. 164.

30 Artículo 25.3 del Reglamento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según hemos apuntado, el grado de cumplimiento de las medidas cautelares por los Estados es superior al de su implementación de informes de fondo de la CIDH. Esto es especialmente aplicable en lo que se refiere a las medidas cautelares para la protección de la vida o la integridad personal, que representan más de 90% de las mismas. En cambio, es más bajo en las cautelares referidas a otras materias. De ahí que la cantidad de medidas provisionales solicitadas y dictadas sea considerablemente inferior al de las cautelares. Solo en circunstancias sumamente calificadas, tales como situaciones en 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 las cautelares en forma previa. 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.

3.3. Monitoreo de países

En los debates de los órganos políticos sobre posibles reformas al Sistema Interamericano, un tema recurrente ha sido el de las labores de monitoreo de la Comisión Interamericana. En los dos momentos más álgidos de tales debates —a mediados de los noventa y a comienzos de la presente década— ello fue uno de los aspectos centrales. El argumento esgrimido por los Estados que han impulsado las críticas ha sido que los informes sobre países eran una función apropiada para tiempos de dictaduras, pero no para épocas democráticas.

A pesar de tales intentos, la CIDH ha logrado mantener sus labores de monitoreo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en los años ochenta, sus informes sobre países rara vez encuentran eco en los órganos políticos de la OEA. Esto, por cierto, no implica que dichos informes no tengan impacto, ya que lo producen por otros cauces —fundamentalmente a través de órganos estatales autónomos en materia de derechos humanos y de las

iniciativas de la sociedad civil—. Pero sin duda, su impacto se vería incrementado si los órganos políticos de la OEA tomaran cartas en el asunto. Esto último ha ocurrido excepcionalmente en los últimos años, primero a raíz del golpe de Estado en 2009 y más recientemente a raíz de los procesos de privación de nacionalidad de dominicanos de origen haitiano en República Dominicana. En ambas situaciones la CIDH recibió un respaldo explícito del Consejo Permanente de la OEA para efectuar visitas *in loco* y recibió presentaciones e informes sobre los resultados de la visita.

Al disminuir de manera importante el número de países en los que se llevan a cabo prácticas masivas y sistemáticas a los derechos humanos, la herramienta históricamente utilizada por la Comisión, consistente en realizar visitas de la totalidad —o por lo menos de la mayoría— de sus integrantes, ha dejado de ser imprescindible de ser efectuada de forma tan habitual como ocurría en el pasado. Aunque una visita del conjunto de la Comisión generalmente obtendrá una mayor cobertura que una en que participe solo un comisionado, en un contexto en el que se respete el derecho a la libertad de expresión, en el que se encuentra reconocida la legitimidad de ser opositor al gobierno en turno y en el que la participación de la sociedad civil se desarrolle con normalidad, una visita de trabajo regularmente tendrá asimismo una cobertura significativa. A ello cabe añadir que en la actualidad, a veces se realizan numerosas visitas de trabajo a un mismo país, lo cual sería imposible —desde luego en términos presupuestarios y eventualmente por las dilaciones en la anuencia del Estado— si toda la Comisión debiera viajar.

Una de las diferencias más importantes entre las visitas de trabajo y las visitas *in loco* —del conjunto de la Comisión— es que aquellas generalmente no conducen a la preparación de un informe de país. De hecho, resultaría imposible para la CIDH preparar tantos informes como visitas de trabajo realiza. Sin perjuicio de ello, las visitas de trabajo que se llevan a cabo actualmente cumplen en realidad muchas de las funciones antes desempeñadas por las visitas del conjunto de la Comisión. El comisionado se reúne con autoridades de los distintos poderes del Estado, con la sociedad civil, con colectivos vulnerables, etc. Puede visitar, según el contexto de que se trate, establecimientos carcelarios, co-

munidades indígenas o de afrodescendientes en los lugares que ellos habitan. Lleva a cabo reuniones para procurar alcanzar soluciones amistosas en casos pendientes en la CIDH. Da seguimiento a las decisiones de la Comisión referidas al Estado respectivo para conducir a su cumplimiento, así como a medidas cautelares adoptadas. Puede recibir nuevas denuncias. Además, la visita de trabajo puede concluir con una conferencia y un comunicado de prensa, aunque sobre este particular, existe una diferencia con las visitas del conjunto de la Comisión, que invariablemente incluyen tales actividades, lo cual en el caso de las visitas de trabajo puede o no ocurrir.

Las visitas de trabajo son asumidas por la gran mayoría de los países como algo normal. Por cierto, a raíz de una visita de trabajo pueden tener lugar situaciones de tensión entre la Comisión y el Estado en el que es realizada, pero usualmente esas tensiones son canalizadas adecuadamente, en un contexto de un mayor pluralismo al interior de los Estados.

La alta frecuencia y la importante cantidad de países que cubren las visitas de trabajo permiten en la actualidad a la Comisión realizar labores de monitoreo de mayores alcances que en el pasado, cuando las visitas *in loco* se concentraban en aquellos Estados con situaciones más extremas. Hoy en día, la realización de las visitas de trabajo legitima a la CIDH con los diversos actores internos a un punto al que no era posible llegar antiguamente. Su presencia frecuente produce también a menudo efectos de adaptación de las normativas internas a los estándares internacionales, lo cual, además de implicar la conformidad con los instrumentos interamericanos, permite que una cantidad importante de situaciones sean resueltas internamente, evitando recargar con aún más casos a los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano.

3.4. Relatorías temáticas

Según hemos descrito, desde los años noventa del siglo pasado, la CIDH ha venido estableciendo un conjunto de relatorías temáticas, que efectúan tanto labores de protección como de promoción de los derechos humanos. En la actualidad existen diez

relatorías, referidas a mujeres, personas privadas de libertad, migrantes, niñez, pueblos indígenas, afrodescendientes, defensores de derechos humanos, personas LGTBI, libertad de expresión y derechos económicos, sociales y culturales.

Todas las relatorías y unidades están encabezadas por un Comisionado, salvo la de libertad de expresión, que la dirige una persona del *staff* de la CIDH. Según lo anunciara públicamente la Comisión en abril de 2014,[31] la Relatoría de DESC también tendrá el carácter de Relatoría Especial y está encabezada por una persona del *staff* desde 2015. Durante el periodo de transición se llevaron a cabo labores de búsquedas de fondos y se convocó a un concurso para seleccionar a la persona que quedó a su cargo. De este modo, las dos relatorías temáticas de naturaleza transversal tendrán el carácter de especiales, coordinándose con el resto de las relatorías —referidas a colectivos vulnerables—, que se mantendrán bajo la dirección de un comisionado.

Durante el proceso de reformas reciente, los planteamientos de los Estados durante el debate en los órganos políticos acerca de las relatorías temáticas en un comienzo se concentraron de manera explícita en la Relatoría para la Libertad de Expresión. Posteriormente, y dada la reacción de otro conjunto de Estados en defensa de dicha relatoría, las propuestas se reformularon, quedando con un carácter más general. Sin embargo, en la práctica dichas propuestas tenían un impacto mayor en la Relatoría para la Libertad de Expresión, al ser la única que no era dirigida por un comisionado. En efecto, las propuestas de varios Estados guardaban relación en lo sustancial con mecanismos de control acerca de las relatorías, en específico con la creación de un código de conducta de las mismas. Cabe subrayar que en lo que se refiere a las relatorías a cargo de comisionados, ya existe una serie de normas sobre imparcialidad, incompatibilidades y otras materias que regulan su labor, por lo que, en la práctica, los cambios que se han planteado afectarían de manera significativa únicamente a la Relatoría para la Libertad de Expresión. En rigor, desde hace años existen protocolos que regulan el quehacer de la

[31] CIDH, *Decide crear Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, comunicado de prensa 34/14, Washington, D.C., 3 de abril de 2014.

Relatoría para la Libertad de Expresión, incluyendo su relación con la Comisión y con el resto de la Secretaría Ejecutiva.

Además, se planteó por algunos Estados la necesidad de dar un trato equivalente a todas las relatorías. Sin embargo, esta propuesta recibió fuertes críticas, ya que en ningún momento ella fue acompañada de iniciativas para fortalecer la provisión de recursos financieros, por lo que ella solo podría conducir a un nivelamiento hacia abajo. Como ha hecho ver la CIDH, el problema es más complejo de lo que parece a simple vista, ya que el acceso a los fondos no es intercambiable, por lo que la disparidad no podría solucionarse mediante la sola reasignación de ellos entre las relatorías. En este sentido, también se quiso prohibir que la CIDH recibiera aportes externos a la OEA con destinación específica, lo cual, en la práctica, haría imposible el trabajo de las relatorías temáticas por falta de recursos financieros.

A los aspectos anteriores cabe agregar que se planteó y fue recogido por la Comisión el que su informe anual le diera un tratamiento equivalente a las diferentes relatorías temáticas. Hasta ahora dicho informe realizaba una descripción del trabajo de cada una de ellas e incluía un informe completo de la Relatoría de Libertad de Expresión. De acuerdo con la reforma adoptada, además de mantenerse lo anterior, todos los informes publicados por las relatorías temáticas a lo largo del año serán incorporados también al informe anual,[32] lo cual ya fue implementado en el informe anual de 2013.

3.5. Universalización

Uno de los tópicos recurrentes en los últimos años en el debate sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA ha sido la cuestión de la falta de "universalidad" del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esto es, el hecho de que un conjunto de Estados de la OEA no han ratificado ninguno o casi ninguno de sus tratados en la materia. Como hemos señalado, se trata de

[32] Artículo 59.3 reformado.

Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países del CARICOM (Caribe angloparlante).

A pesar de que por el solo hecho de ingresar a la OEA se aplica a un Estado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es evidente que se alcanza un estatus pleno solo una vez que se ratifica la Convención Americana y se reconoce la jurisdicción de la Corte Interamericana. De ahí que en el contexto del Sistema Interamericano se hable de una falta de universalidad del mismo para referirse a la mencionada carencia. Se trata de una carencia que ha sido reconocida en todos los niveles de la OEA.

La falta de universalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos produce efectos negativos en este. Por una parte, respecto de los Estados que no se han adherido en plenitud a dicho Sistema, este se ve limitado en el impacto susceptible de alcanzar en tales países. Por otra parte, aquellos Estados que sí son parte de la Convención Americana y de otros instrumentos interamericanos suelen referirse a la situación discriminatoria que ello representa, a veces como un pretexto para su propio incumplimiento.

Sobre esta materia, la resolución sobre reformas adoptada por la CIDH, en marzo de 2013, establece que se incluirá en el Plan Estratégico "la promoción de la universalidad de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos como prioridad institucional y desarrollar un plan de acción".[33] Esto comprenderá la elaboración de un estudio sobre universalidad, la realización de actividades durante visitas de trabajo y la celebración de una sesión con el Consejo Permanente respecto de este tema.

La CIDH ha reforzado a partir de 2013 las iniciativas al respecto. No obstante, se trata de una materia que difícilmente la CIDH pueda abordar por sí sola y existe, desde luego, un rol muy importante para los órganos políticos de la OEA en tal sentido.

[33] CIDH, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas, *supra,* I, resolución 1/2013.

3.6. Financiamiento

Aunque la Comisión y la Corte pueden continuar mejorando su gestión, para poder dar un salto cualitativo en su trabajo —a la altura de los mandatos de la importancia que se les ha encomendado— resulta indispensable fortalecer sustancialmente su dotación de recursos financieros. En efecto, la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ve afectada de manera muy relevante por la crónica falta de recursos de sus órganos, la cual hace imposible que ellos cumplan a cabalidad los mandatos que les han sido asignados. Ello tiene un impacto especialmente grave en lo concerniente al sistema de casos en la Comisión, ya que la imposibilitan para hacerse cargo de manera expedita del enorme volumen de denuncias que recibe cada año.

Incluso en los periodos de mayor apoyo al trabajo de la Comisión y la Corte por parte de los órganos políticos de la OEA, ello no se ha traducido en un incremento relevante de sus contribuciones financieras a dichos órganos. Como mencionamos, en el transcurso de 2011 la Comisión sometió a consideración de los Estados miembros de la OEA un Plan Estratégico para los cinco años siguientes, en el cual se precisa de qué formas y en qué grados se fortalecería el cumplimiento de sus distintos mandatos, dependiendo del nivel de recursos financieros de que disponga. Sin embargo, dicho Plan Estratégico no ocupó un lugar relevante en los debates sobre la reforma al interior del Consejo Permanente.

La Asamblea General Extraordinaria de la OEA de marzo de 2013 se pronunció sobre la cuestión del financiamiento, resolviendo:

> Reafirmar su compromiso de lograr el pleno financiamiento del SIDH a través del Fondo Regular de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sin que ello vaya en detrimento del financiamiento para los otros mandatos de la Organización. Mientras se alcanza ese compromiso, invitar a los Estados miembros, a los Estados observadores y a otras instituciones a que continúen realizando contribuciones voluntarias en el marco de los Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2015 y del

Plan Estratégico de la CIDH 2011-2015, preferentemente sin fines específicos.[34]

Asimismo, en la mencionada Asamblea se dispuso "solicitar al secretario general que presente al Consejo Permanente a la brevedad posible un análisis detallado y actualizado de los costos del pleno funcionamiento de los órganos del SIDH conforme a la información proporcionada por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[35]

3.7. Autonomía de la CIDH

A diferencia de la Corte, la Comisión no posee una consagración plena de su autonomía, y ha sido a través de la práctica que ha ido adquiriéndola a lo largo de los años. Las regulaciones al respecto son de carácter híbrido, puesto que, por una parte, los comisionados son elegidos en sus capacidades individuales y, por otra, el personal de la Comisión depende administrativamente de la Secretaría General de la OEA.

En los últimos 20 años se ha producido un notorio avance al respecto, al haberse desarrollado la práctica de que el secretario general de la OEA ratifica a las personas seleccionadas por la Comisión —para lo cual esta emplea habitualmente el mecanismo del concurso público—. Esto ha traído consigo un claro fortalecimiento de la experticia del personal de la Comisión. Sin embargo, se trata únicamente de una práctica que, en la medida en que no sea consagrada jurídicamente, se corre el riesgo de que pueda ser revertida. De hecho, como mencionamos, el origen de la fuerte discusión sobre las reformas recientes tuvo como una de sus causas principales el nombramiento del secretario ejecutivo de la CIDH.

[34] Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 marzo 2013, num. 5.

[35] *Ibidem,* num. 6.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta, 2002.

——, "De las violaciones masivas a los enfoques estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano", en *Revista SUR,* vol. 6, núm. 11, dic 2009.

——, "La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público: materiales para una agenda temática", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa jurídica del interés público, Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 9, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1999.

Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 1997.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993.

Atria, Fernando, *Los peligros de la Constitución,* Cuadernos de Análisis Jurídico, núm. 36, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1997.

Barrientos G., Javier, "El derecho a la información y las personas sordas", en González, Felipe (ed.), *Litigio y políticas públicas en derechos humanos,* Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales, núm. 14, Santiago, 2002.

——, "La enseñanza del derecho en Chile: del Ius Commune a la Codificación", trabajo presentado durante las II Jornadas *Ius Commune-Ius Proprium* en las Indias, 2000.

Bascuñán Valdés, Antonio; Sierra, Lucas y Varas, Juan Andrés, *Judicatura de primera instancia: algunas indagaciones,* Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.

Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: estado de una reforma en marcha,* Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2003.

Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo,* Madrid, Alianza Universidad, 1977.

Benadava, Santiago, "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* t. LIX, núms. 1 y 2, ene-abr, 1962.

Beozzo, José Oscar "Inculturaçao, evangelizaçao e libertaçao em Santo Domingo", en A Igreja do Brasil. De João XXIII a João Paulo II. De Medellín a Santo Domingo, Petrópolis, Vozes, 1993.

Bernhardt, Rudolf, "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol No 11", en *The American Journal of International Law,* vol. 89, núm. 1, ene, 1995.

Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

——, *"New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina",* en Bertoni, Eduardo A.; Bovino, Alberto; Guariglia, Fabricio y Gullco, Hernán V., *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997.

Bickel, Alexander, *The Morality of Consent,* Yale University Press, 1975.

Blumenberg, Hans, *Die Legitimität der Neuzeit,* Frankfurt, Suhrkamp, 1966.

Boccia Paz, Alfredo; López, Miguel H.; Pecci, Antonio V. y Giménez Guanes, Gloria, *En los sótanos de los generales. Los documentos ocultos del operativo cóndor,* 3ª ed., Asunción, Servilibro, 2002.

Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía,* Barcelona, Gedisa, 1999.

Boyle, Kevin, "The Council of Europe, the CSCE and the European Community", en Hannum, Hurst (ed.), *Guide to International Human Rights Practice,* 2ª ed., 1992.

Brems, Eva, "Enemies or Allies?: Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse", en *Human Rights Quarterly,* vol. 19, núm. 1, feb, 1997.

Brody, Reed y González, Felipe, "Human Rights Development at OAS General Assembly", en *The Review of the International Commission of Jurists,* núm. 48, 1992.

——, "The United Nations and Human Rights in El Salvador: «Negotiated Revolution»", en *Harvard Human Rights Journal,* vol. 8, 1995.

—— y González, Felipe, "Nunca más: An Analysis of International Instruments on Forced Disappearances", en *Human Rights Quarterly,* vol. 19, núm. 2, mayo 1997.

——; Sullivan, Donna y Guest, Iain, The 1993 *World Conference on Human Rights,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 1993.

Brunner, José Joaquín, *Un espejo trizado. Ensayos sobre cultura y políticas culturales,* Santiago, Flacso, 1988.

Buergenthal, Thomas, "To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations", en Henkin, Louis (ed.), *The International Bill of Rights,* Nueva York, Columbia University Press, 1981.

——, "Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights", en *New York University Journal Internatiol Law & Politics,* vol. 37, núm. 2, 2005.

——; Norris, Robert E. y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas,* 3ª ed. rev., Estrasburgo, International Institute of Human Rights, 1990.

Cançado Trindade, Antonio, "The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)", en *Human Rights Law Journal,* vol. 24, núms. 5-8, 2003.

Cardozo, Jorge, "La solución amistosa ante la Corte"; en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, IIDH, 1998.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "El mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿ha fracasado el Protocolo de enmienda número 11?", en *Revista Española de Derecho Europeo,* núm. 4, oct-dic, 2002.

Cassel, Douglass, "Lessons from the Americas: Guidelines for International Responses to Amnesties for Atrocities", en *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, núm. 4, 1996.

Cerda, Carlos (ed.), *Razonamiento judicial,* Cuaderno de Análisis Jurídico, serie Publicaciones Especial, núm. 5, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1995.

CODEPU-DIT-T, *La gran mentira: el caso de las "Listas de los 119". Aproximaciones a la guerra psicológica de la dictadura chilena. 1973-1990,* serie Verdad y Justicia, vol. 4, 1994.

Cooper, Andrew y Legler, Thomas, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas,* Nueva York, Palgrave McMillan, 2006.

Correa G., Rodrigo y Bascuñán R., Antonio, "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia,* núm. 1, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2002.

Cox, Francisco, "*Class Action* e interés público", en González, Felipe (ed.), *Derechos humanos e interés público, Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 11, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

Cox, Harvey, *La religión en la ciudad secular: hacia una teología posmoderna,* Santander, Sal Terrae, 1985.

——, *The Secular City,* Nueva York, MacMillan, 1965.

——, *The Silencing of Leonardo Boff: The Vatican and the Future of World Christianity,* Meyer Stone & Co, 1988.

Cumplido, Francisco, "Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos", en *Nuevas di-*

mensiones en la protección del individuo, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1991.

Cúneo Macchiavello, Andrés y Figueroa Yáñez, Gonzalo, "Las reformas operadas en la enseñanza del derecho en Chile", en *Conferencia sobre la enseñanza del derecho y el desarrollo,* Editorial Andrés Bello, 1973.

Denzinger, Enrique, *El magisterio de la Iglesia,* Barcelona, Herder, 1963.

Detzner, John A., *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos,* ed. de la Comisión Chilena de Derechos Humanos-Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, 1988.

Díaz Albónico, Rodrigo, "La reforma al artículo 5º de la Constitución Política", en *Nuevas dimensiones en la protección del individuo,* Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1991.

Dinges, John, *Operación cóndor-Una década de terrorismo internacional en el Cono Sur,* Santiago, Ediciones B, 2004.

Donnelly, Jack, "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights", en *American Political Science Review,* 1986.

——, "International Human Rights: A Regime Analysis", en *International Organizations,* vol. 40, núm. 3, 1986.

—— y Howard, Rhoda E., "Cultural Relativism and Universal Human Rights", en *Human Rights Quarterly,* vol. 6, núm. 4, 1984.

Drzemczewski, Andrew, "The European Human Rights Convention: Protocol No. 11, Entry into force and first year of application", en *Human Rights Law Journal,* vol. 21, núms. 1-3, sep, 2000.

Dulitzky, Ariel, "La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, IIDH, 1998.

——, "Los pueblos indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Revista IIDH,* núm. 26, 1997.

——, "Too little, too late: the Pace of adjudication of the Inter-American Commission on Human Rights", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* vol. 35, núm. 2, 2013.
——, *El retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de Perú,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 1999.
—— y González, Felipe, *Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos 1999-2000,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 2000.

Dundes Renteln, Alison, "The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights", en *Human Rights Quarterly,* año 4, vol. 7, 1985.

Dworkin, Ronald, "¿Es el derecho un sistema de normas?", en Dworkin Ronald (compl.), *Filosofía del derecho,* México, FCE, 1980.
——, "¿Es el derecho un sistema de normas?", en Dworkin, Ronald (comp.), *Filosofía del derecho,* FCE, 1980, México.
——, *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel Derecho, 1999.

Elster, Jon, R*endición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica,* Buenos Aires, Katz Editores, 2006.

Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico,* Madrid, Guadarrama, 1967.

Farer, Tom J., "Collectively Defending Democracy in a World of Sovereign States: The Western Hemisphere's Prospect", en *Human Rights Quarterly,* vol. 15, núm. 4, 1993.
——, "Reinforcing Democracy in Latin America: Notes Toward an Appropiate Legal Framework", en *Human Rights Quarterly,* vol. 11, núm. 3, 1989.
——, "The future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion *versus* Exposure", en Cox, Francisco y Méndez, Juan (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* San José de Costa Rica, IDH, 1998.
——, "The OAS at the Crossroads: Human Rights", en *Iowa Law Review,* vol. 72, 1987.
——, "The Rise of the Inter.-American System: No longer a Unicorn, Not Yet an Ox", en *Human Rights Quarterly,* núm. 19, 1997.

Farnsworth, Allan, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos,* Buenos Aires, Zavalia, 1990.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales,* San José de Costa Rica, IIDH, 1996.

——, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004.

Fernández, Miguel Ángel, "La reforma al artículo 5 de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho,* Universidad Católica de Chile, vol. 16, núm. 3, 1989.

Fiss, Owen, "El derecho según Yale", en Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía,* Barcelona, Gedisa, 1999.

Fortín, Waldo y Medina, Cecilia, "El Sistema Europeo para la Protección de los Derechos Humanos", en Medina, Cecilia (ed.), *Derecho internacional de los derechos humanos: Manual de enseñanza,* Santiago, Sociedad Impresora La Unión, 1990.

Frank, Jerome, "Why Not a Clinical Lawyer School?", en *University of Pensilvania Law Review,* vol. 81, núm. 8, jun, 1933.

Fraser, Auro, "From Forgotten through Friction to the Future: the Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights", en *Revista IIDH,* núm. 43, ene-jun, 2006.

Frederic Siordet, *Inter Arma Caritas,* Ginebra, ICRC, 1947.

Frühling, Hugo, "Poder judicial y política en Chile", en AA.VV., *La administración de justicia en América Latina,* Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984 y en *Revista El Ferrocarril,* núm. 7, Santiago, 1986.

Gardner, James, *Legal Imperialism: American lawyers and Foreign Aidn Latin America,* The University of Wisconsin Press, 1980.

Gehlen, Arnold, Ensayos de antropología filosófica, Santiago, Editorial Universitaria, 1973.

Goldman, Robert K., "Amnesty Laws, International Law and the American Convention on Human Rights", en *The Law Group Docket,* vol. 6, núm. 1, 1987.

——, "La decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la compatibilidad de la ley uruguaya de caducidad con el Pacto de San José (Convención Americana)", versión escrita de ponencia, 1992.
——, "Algunas Reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y Conflictos Armados Internos", ponencia presentada en el Segundo Seminario de la Comisión Andina de Juristas, seccional colombiana, Bogotá, 1990.

Gómez, Gastón, "Constitución, derechos esenciales y tratados", en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico,* núm. 27, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1993.

Góngora, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de estado en Chile en los siglos xix y xx,* Santiago, Ediciones La Ciudad, 1981.

Gonzales, Gorki, "Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción", en *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público,* Santiago, Fundación Ford, Oficina para la Región Andina y El Cono Sur, 2000.

González Morales, Felipe, *Los derechos humanos como fundamento crítico del orden jurídico interno,* Cuaderno de Trabajo núm. 10, Programa de Derechos Humanos, Santiago, 1989.
——, "Asamblea General de la organización de Estados Americanos celebrada en Nicaragua 1993", en *The Review of the International Commission of Jurists,* núm. 51, 1993.
——, "Política Exterior en Derechos Humanos", El *Mercurio,* Santiago de Chile, 26 dic 1996.
——, "El control internacional de las organizaciones no-gubernamentales", en R*evista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* núm. 25, ene-jun, 1997.
—— (ed.), "Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú", en *Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 7, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1997.
—— (ed.), "Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público", en *Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 7, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1997.

——, "Informes sobre países, protección y promoción", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, IIDH, 1998.
——, "Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa jurídica del interés público,* Cuaderno de Análisis Jurídico, serie Publicaciones Especiales, núm. 9, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1999.
——, "Leyes de desacato y libertad de expresión", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público,* Cuaderno de Análisis Jurídico, serie Publicaciones Especiales, núm. 10, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, oct, 2000.
—— (ed.), *Derechos humanos e interés público,* Cuadernos de Análisis Jurídico, serie Publicaciones Especiales, núm. 11, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2001.
——, "La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas", en González, Felipe (ed.), *Derechos humanos e interés público, Cuadernos de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 11, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2001.
—— (ed.), *Libertad de expresión en Chile,* Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.
——, "Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano", en *SUR Revista Internacional de Derechos* Humanos, vol. 7, núm. 13, diciembre 2010.
——, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
——; Mera, Jorge y Vargas, Juan Enrique, *Protección Democrática de la Seguridad Interior: estados de excepción y derecho penal político,* 1991.
——; Rodríguez, Diego y Salazar, Katya, "Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos 1995-1996", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* núm. 56, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1996.
—— y Maldonado, Antonio, *La Organización de Estados Americanos y su mandato en el campo de la democracia y los derechos*

humanos, Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 1995.
—— y Picolotti, Romina, *Derechos Humanos en la Organización de Estados Americanos 1996-1997,* Washington, D.C., International Human Rights Law Group, 1997.
—— y Rodríguez, Diego, "Consejo Permanente y Asamblea General de la OEA 1994", en *The Review of the International Commission of Jurists.*

Grossman, Claudio, "Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation", en *The Hasting International and Comparative Law Review,* vol. 15, núm. 3, 1992.
——, "Strengthening the Inter-American Human Rights System: the current debate", en *American Society of International Law Proceedings,* 1998.

Guest, Iain, *Behind the Disappearances, Argentina Dirty War against Human Rights and the United Nations,* 1990.

Habermas, Jürgen, "El criticismo neoconservador de la cultura en los Estados Unidos y en Alemania Occidental: un movimiento intelectual en dos culturas políticas", en AA.VV., *Habermas y la modernidad,* Madrid, Ediciones Cátedra, 1991.
——, *El discurso filosófico de la modernidad,* Buenos Aires, Taurus, 1989.
——, *Facticidad y validez,* 4ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
—— y Michnik, Adam, "«More Humility, Fewer Illusions»: a talk between Adam Michnik and Jürgen Habermas", en *The New York Review of Books,* vol. XLI, núm. 6, 1994.

Hannum, Hurst, "The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System", en Harris, David y Livingstone, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights,* Nueva York, Oxford University Press, 1998.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* Buenos Aires, EUDEBA, 1986.

Henkin, Louis, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights,* Columbia University Press, 1981.

Hershkoff, Helen y Hollander, David, "Los derechos en acción: Litigios de interés público en los Estados Unidos", en Fundación Ford, *Caminando a la Justicia: el trabajo en el área del derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo,* 2001.

Howard, Rhoda E., "Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community", en *Human Rights Quarterly,* vol. 15, núm. 2, 1993.

Huneeus, Alexandra, "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", en *Cornell International Law Journal,* vol. 44, núm. 3, 2011.

Jaspers, Karl, *Iniciación al método filosófico,* Madrid, Espasa-Calpe, 1977.

Jocelyn-Holt, Alfredo, *La Independencia de Chile: Tradición, modernización y mito,* Madrid, MAPFRE, 1992.

Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa,* Santiago, Editorial Jurídica, 1976.

Kronman, Anthony, "Vivir en el derecho", en Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía,* Barcelona, Gedisa, 1999.

Krsticevic, Viviana, "Mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos de las mujeres", en P*rotección internacional de los derechos humanos de las mujeres, primer curso taller,* San José de Costa Rica, IIDH-Cladem, 1996.

Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas,* México, FCE, 1986.

Lechner, Norbert, *Los patios interiores de la democracia,* Santiago, FLACSO, 1988.

León XIII, *Encíclica Graves de Communi,* Santiago, Splendor, 1938.

Lovatón Palacios, David, *Último proceso de reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011-2013): Reflexiones y perspectivas*, Cuaderno de Trabajo, núm. 22, Departamento Académico de Derecho, Pontifica Universidad Católica del Perú, 2013.

Lyotard, Jean François, *La condición posmoderna,* Buenos Aires, Rei, 1987.

Lysaght, Charles, "The scope of Protocol II and its relation to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other Human Rights instruments", en *American University Law Review,* núm. 33.

Magendzo, Abraham, "La educación en derechos humanos desde la modernidad y la posmodernidad", en Ciudadanías, núm. 1, 1992.

Malamud-Goti, Jaime, "State Terror and Memory of What?", en *University of Arkansas Review,* vol. 21, núm. 1, 1998.

Mariano, Nilson Cezar, *Operación cóndor-Terrorismo de Estado en el Cono Sur,* Buenos Aires, Lohlé-Lumen, 1998.

Maza Gazmuri, Íñigo de la, "Los abogados en Chile: desde el Estado al mercado", en *Informe de Investigación,* año 4, núm. 10, ene, 2000, Santiago, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales.

Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia (vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial),* Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

——, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System,* Dordrecht, Martinus Nijholf, 1988.

——, "Derecho internacional de los derechos humanos", en Medina, Cecilia y Mera, Jorge (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico,* núm. 6, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1996.

——, "The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence", en Castermans-Holleman, Monique; Hoof, Fried van y Smith, Jacqueline (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy,* La Haya, Kluwer Law International, 1998.

——, "The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights", en Harris, David y Livingstone, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights,* Nueva York, Oxford University Press, 1998.

——, "Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas", en *Transnational Law & Contemporary Problems,* vol. 8, 1998.

Méndez, Juan E. y Vivanco, José Miguel, "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience", en *Hamline Law Review,* vol. 13, núm. 3, 1990.

——, "Una aproximación crítica a la interpretación vigente de los artículos 50 y 51 de la Convención", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, IIDH, 1998.

——, "Accountability for Past Abuses", en *Human Rights Quarterly,* vol. 19, 1997.

Mera, Jorge; González, Felipe y Vargas, Juan Enrique, "Función judicial, seguridad interior del Estado y orden público: El caso de la «Ley de Defensa de la Democracia»", en *Cuaderno de Trabajo Programa de Derechos Humanos,* núm. 5, Academia de Humanismo Cristiano, 1987.

Meron, Theodor, "On the Inadequate Reach of Humanitarian Law and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", en *The American Journal of International Law,* vol. 77, 1983.

Milton, Cynthia, "Joining the Americas: Canada and the OAS", tesis para obtener el grado de Master en Ciencias Políticas en la Universidad de Stanford, 1994.

Monsiváis, Carlos, "Penetración cultural y nacionalismo", en González, Pablo (coord.), *No intervención, autodeterminación y democracia en América Latina,* México, Siglo XXI Editores, 1983.

Morandé, Pedro, *Cultura y modernización en América Latina: ensayo sociológico acerca de la crisis del desarrollismo y de su superación,* Santiago, Cuadernos del Instituto de Sociología Pontificia, Universidad Católica de Chile, 1984.

Moyer, Charles y Padilla, David, "Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83: A Case Study", en *Human Rights Quarterly,* vol. 6, nov, 1984.

Nelson, Benjamin, "Los comienzos de la moderna revolución científica y filosófica: ficcionalismo, probabilismo, fideísmo

y «profetismo» católico", en Hanson, N. R.; Nelson, B. y Feyerabend, P. K., *Filosofía de la ciencia y religión,* Salamanca, Sígueme, 1976.

Neumann, Franz, *El Estado democrático y el Estado autoritario,* Buenos Aires, Paidós, 1968.

Nikken, Pedro, "Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin reformar el Pacto de San José", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, IIDH, 1998.

Nino, Carlos, "The Duty to Prosecute Past Abuses of Human Rights Put into Context", en *Yale Law Journal,* vol. 100, 1991.

Nogueira, Humberto, "Constitución y derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho,* Universidad Católica de Chile, t. II, vol. 20, núms. 2 y 3, 1993.

Olave, Daniel y parra, Marco Antonio de la, *Pantalla prohibida: La censura cinematográfica en Chile,* Grijalbo, 2001.

Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial,* Madrid, CEC, 1989.

Ortiz Caballero, René, *Universidad y modernización en el Perú del siglo XX,* Lima, PUCP, 1998.

Otto, Dianne, "Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of the International Civil Society", en *Human Rights Quarterly,* vol. 18, núm. 1, 1996.

Panikaar, Raimundo, "Is the notion of human rights a Western concept?", en *Diógenes,* núm. 120, 1982.

Pasqualucci, Jo M., "The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System", en *Boston University International Law Journal,* vol. 12, 1994.

——, "Preliminary Objections before the Inter-American Court of Human Rights: Legitimate Issues and Illegitimate Tactics", en V*irginia Journal of International Law,* vol. 40, 1999.

——, "The Inter-American Human Rights System, Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", en *Inter-American Law Review,* vol. 26, núm. 2, 1994-1995.

Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad,* México, FCE, 1972, 1989.
——, *Los hijos del limo,* Barcelona, Seix Barral, 1990.

Peña, Carlos, "Alfredo Jocelyn-Holt, la Independencia de Chile: tradición, modernización y mito", en *Estudios Públicos,* núm. 53, Centro de Estudios Públicos (CEP), Santiago, 1994.
——, "Hacia una caracterización del *ethos* legal: de nuevo sobre la cultura jurídica", en *Evolución de la cultura jurídica chilena,* Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.
——, "Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: antecedentes dogmáticos y conceptuales", en *Cuaderno de Análisis Jurídico,* serie Publicaciones Especiales, núm. 7, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1997.

Pérez González, Carmen (ed.), *Protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

Piza Escalante, Rodolfo E., "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos: el ejemplo de Costa Rica", en Liber Amicorum y Fix-Zamudio, Héctor, *Corte Interamericana de Derechos humanos-Unión Europea,* 1998, vol. II.

Pollis, Adamantia y Schwab, Peter, "Human Rights: a Western construct with limited application", en Pollis, Adamantia y Schwab, Peter (eds.), *Human Rights I,* 1979.

Popper, Karl, "Rumo a una teoria racional da tradiçao", en *Conjecturas e Refutaçoes,* Brasilia, Editora Universidade, 1972.

Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence,* Harvard University Press, 1990.

Pound, Roscoe, "Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality", en *Harvard Law Review,* vol. 29, núm. 6, abr, 1916.

Quigley, John, "David *v.* Goliath: Humanitarian Law and Human Rights Law in light of the Palestinian right of self-determination and right to recapture territory taken by force", en *Journal of International Law and Politics,* vol. 21, núm. 2, 1989.

——, "The Relation between Human Rights and the Law of Belligerent Occupation. Does an Occupied Population Have a Right to Freedom of Assembly and Expression?", en *Boston College International & Comparative Law Review,* vol. 12, núm. 1, 1989.

Rekosh, Edwin; Buchko, Kyra A. y Terzieva, Vessela (eds.), *Pursuing the Public Interest: A Handbook for Legal Professionals and Activists,* Columbia Law School, 2001.

Rojas Ossio, Vladimir, *Estudio de seguimiento de los egresados del programa de formación,* Santiago, Academia Judicial, 1998.

Rorty, Richard, *Philosophy and the mirror of nature,* Pricenton University Presss, 1979.

Schnably, Stephen J., "The Santiago Comittment as a call to democracy in the United States: evaluating the OAS role in Haití, Perú and Guatemala", en I*nter-American Law Review,* vol. 25, núm. 3, 1994.

Serna, Pedro, "La llamada «censura previa judicial» y el derecho constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio,* Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, San José de Costa Rica, 1998, vol. II.

Squella, Agustín (ed.), *La cultura jurídica chilena,* Santiago, CPU, 1988.

Standaert, Patricia, "The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas", en *Duke Journal of Comparative and International Law,* vol. 9, núm. 2, 1999.

Stavenhagen, Rodolfo y Iturralde, Diego (comps.), *Entre la ley y la costumbre: El derecho consuetudinario indígena en América Latina,* México, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

Stuart Mill, John, *Sobre la libertad,* Madrid, Alianza Editorial, 1979.

Tesón, Fernando R., "International Human Rights and Cultural Relativism", en *Virginia Journal of International Law,* vol. 25, núm. 4, 1985.

Tittemore, Brian, "The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: an Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections", en *William & Mary Bill of Rights Journal,* vol. 13, 2004.

Toller, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones,* Buenos Aires, La Ley, 1999.

Tomuschat, Christian, "Human Rights in a World-Wide Framework-Some Current Issues", en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht un Völkrrecht,* vol. 45, núm. 3, 1985.

Trazegnies, Fernando de; Avendaño, Jorge y Zolezzi, Lorenzo, "La reforma de la enseñanza del derecho en la Universidad Católica del Perú", en *Conferencia sobre la enseñanza del derecho y el desarrollo,* Editorial Andrés Bello, 1973.

Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 20, núms. 2-3, 1993.

Tunkin, G. I., *Theory of International Law,* Harvard University Press, 1974.

Varas, Augusto, "Democracia, ciudadanía e interés público", en *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público,* Santiago, Fundación Ford, 2000.

Vargas, Juan Enrique; Peña, Carlos y Correa, Jorge, *El rol del Estado y el mercado en la justicia,* Cuadernos de Análisis Jurídicos, núm. 42, Santiago, Universidad Diego Portales, 2001.

Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad: nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna,* Barcelona, Gedisa, 1986.

——, *Ética de la interpretación,* Barcelona, Paidós, 1991.

Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo,* Madrid, Sarpe, 1984.

Weissbrodt, David S., "The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in situations of Armed Conflict", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* vol. 21, 1988.

Weissbrodt, David y Bartolomei, María Luisa, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983", en *Minnesota Law Review,* vol. 75, 1991.

—— y Bartolomei, María Luisa, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983", en *Minnesota Law Review,* vol. 75, 1991.

Weston, Burns H.; Lukes, Robin A. y Hnatt, Kelly M., "Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal", *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* vol. 20, núm. 4, 1987.

Wilson, Richard, "The development of three Law School Clinics in Chile: 1970-2000: innovation, resistance and conformity in the Global South", en *Clinical Law Review,* vol. 8, núm. 2, 2002.

——, "Three Law Schools Clinics in Chile, 1970-2000: innovation, resistance and conformity in the Global South", en *Clinical Law Review,* vol. 8, núm. 2, 2002.

Zalaquett, José, Procesos de Transición a la Democracia y Derechos Humanos en América Latina, disponible en *www.publicaciones.cdh.uchile.cl/articulos/zalaquett/IIDH_paper_final.pdf*

Zúñiga Fajuri, Alejandra, "El interés público del derecho a la vida", en González, Felipe (ed.), *Litigio y políticas públicas en derechos humanos,* Cuadernos de Análisis Jurídico, serie de Publicaciones Especiales, núm. 14, Santiago, 2002.

Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

——. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.
——. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.
——. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, núm. 17.
——. *Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.
——. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.
——. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.
——. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55.
——. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C, núm. 19.
——. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, núm. 26, en relación con Argentina.
——. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.
——. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30.
——. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, núm. 5.
——. *Caso Godínez Cruz*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C, núm. 10.
——. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153.
——. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.
——. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

——. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú,* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54.
——. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74.
——. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.
——. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.
——. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C, núm. 25.
——. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163.
——. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111.
——. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1.
——. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. núm. 4.
——. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C, núm. 9.

ICTR, *Case of Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*. Judgment of September 2, 1998. Case ICTR-96-4-T.

Poder Judicial de la Nación [Argentina], Causa 31.777/96, *"Viceconte, María Cecilia c/Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social"*— s/Amparo Ley 16.986, 2 de junio de 1998.

TEDH, *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*. Sentencia de 22 de octubre de 1981.
——, Sentencias recaídas en los casos *Feldek vs. Eslovaquia,* 2001, *Sürek vs. Turquía,* 1999 y *Özdemir y otros vs. Turquía,* 2006.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia Nº 145/1988, de 12 de julio de 1988.

Documentos de organismos internacionales

Amnistía Internacional, *Informe víctimas invisibles: migrantes en movimiento en México*, 2010.

Asamblea General de la OEA, Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, 8 de abril 2012; Seguimiento de las Recomendaciones del Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, AG/RES. 2761 (XLII-O/12), 5 de junio de 2012.

——, Observaciones y recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), 5 de junio de 2007.

——, Observaciones y recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.

——, Observaciones y recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009.

——, Observaciones y recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, AG/RES. 2601 (XL-O/10), 8 de junio de 2010.

CEJIL, Apuntes sobre las reformas al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: cambios derivados del proceso de reflexión 2011-2013, Documento de Coyuntura, núm. 8, 2013.

CIDH, "Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Informe anual 1994, pp. 209 y ss.

——, caso 10.325, Steve Clark (Granada), informe 2/96; caso 10.548, Hernán Bustíos Saavedra (Perú), informe 38/97; caso 11.739, Héctor Félix Miranda (México), informe 50/99; caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza (México), informe 130/99; caso 11.230, Francisco Martorell (Chile), informe

11/96; caso 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña (Chile), informe 90/05.
——, Cuarto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias.
——, informe 11/96, caso 11.230 (Chile), 3 de mayo de 1996; informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992; informe 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 7 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992. Informe 34/91, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina); informe 35/91, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay); informe 36/93, Caso 10.975, Guatemala, 6 de octubre de 1993.
——, Informe Anual 1985-1986.
——, Informe Anual 1989-1990, informe 1/90, elaborado a partir de los casos 9768, 9780 y 9828 de México.
——, Informe Anual 1992-93, informe 1/93, sobre solución amistosa respecto de los casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496 10.631 y 10.771.
——, Informe Anual 1994, informe 22/94, caso 11.102.
——, Informe Anual 1996, *Caso Santiago Marzioni* (Argentina), informe 39/96, caso 11.673.
——, Informe Anual de la 2002, vol. 1.
——, Informe de fondo 34/96, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996; informe de fondo 36/96, caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996; informe de fondo 25/98, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, 7 de abril de 1998.
——, Informe sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. doc. 63 (2011), consulta 20 sep 2012, disponible en *http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf*
——, Informe sobre la labor desarrollada durante su Primer Periodo de Sesiones, 3-28 octubre, 1960. OEA/Ser. L/V/II.1 doc. 32, 14 marzo 1961.
——, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *www.cidh.org/annualrep/94spa/chap.5.htm*

——, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica, 2012.
——, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, 16 de mayo de 1984.
——, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980.
——, Observaciones del Gobierno del Uruguay al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G/CP/doc.2376/93, 18 de mayo 1993.
——, Plan Estratégico 2011-2015, Washington, D.C., 2011.
——, Quinto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, 2003.
——, *Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas*, resolución 1/2013, 18 de marzo de 2013.
——, Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 marzo 2013.
——, Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, 2000.
——, Seminario sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 2 al 4 de diciembre de 1996: Conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y minutas de las exposiciones realizadas por los participantes., OEA/Ser/L/V/II.95, doc. 28, 11 de marzo 1997.
——, Sexto informe de progreso de la relatoría especial sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias correspondiente al periodo entre enero y diciembre del 2004.

Corte IDH, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, opinión consultiva OC 1-82, 24 de septiembre de 1982.
——, Asunto de Viviana Gallardo y otras, G 101/81.
——, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993, Serie A, núm. 13.

——, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8.

——, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11.

——, Garantías judiciales en estados de emergencia, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9.

——, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-15/97, 14 de noviembre de 1997, Serie A, núm. 15.

——, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

——, Medidas provisionales (Compendio), 1987-1996, Serie E, núm. 1, pp. 1-11.

——, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Perú), resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 1990.

——, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, *Caso Chunimá,* resolución de 1 de agosto de 1991.

——, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4.

——, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3.

Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, 8 de abril 2012.

Grupo de Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Estatuto, con miras a lograr el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, informe de 25 de enero de 2012 CP/doc.4675/12.

Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente (adoptado por el Grupo de Trabajo en su reunión de 13 de diciembre de 2011) GT/SIDH 13/11 rev. 2.

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

Internal Displacement Monitoring Centre y Norwegian Refugee Council, *Internal Displacement: Global Overview of Trends and Developments in 2010*, marzo, 2011.

OCDE, *Latin American Economic Outlook 2010*.

OEA, "Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.G/CP/doc.2828/96, 26 de noviembre de 1996, pp. 20-21.

——, Décimo Periodo de Sesiones, 12-26 de marzo de 1965, OEA/Ser.L/V/II.11 doc. 19 (Español), 2 julio 1965.

——, Informe del Consejo Permanente sobre la evaluación del funcionamiento y el perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos AG/RES. 1404 (XXVI-O/96), OEA/Ser.P, AG/doc.3481/97, 22 de mayo de 1997.

——, Nota de la Misión Permanente de Nicaragua solicitando la inclusión de un tema relativo a la enmienda de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el Proyecto de Temario del Vigésimo Tercer Periodo de Sesiones de la Asamblea General, OEA/Ser.P/AG/CP/doc. 539/93, 20 de abril de 1993.

——, Observaciones del Gobierno del Uruguay al informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G/CP/doc.2376/93, 18 de mayo 1993.

——, Observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.P/AG/doc.3202/95 add.1 rev.2, 4 de junio de 1995.

——, Primer Informe sobre las medidas orientadas al perfeccionamiento y eficacia de los derechos a la libertad de investiga-

ción, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento, OEA/Ser.L/V/II.2, doc. 15, 21 de abril de 1961.

——, Propuesta de enmienda al artículo 34 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.P/AG/doc.2988/93, 8 junio 1993.

——, Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, Información e Investigación, OEA/ Ser.L/V/II.8, doc. l5, 18 de octubre de 1963.

——, Segundo Informe sobre Libertad de Expresión, Información, e Investigación, OEA/Ser.L/V/II.4, doc. 4, 27 de marzo de 1962.

OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*.

ONU, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, preparado por el señor Guissé y el señor Joinet, en cumplimiento de la resolución 1992/23 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993.

Propuesta de Proyecto de Resolución para el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General y anexo: Medidas para la Aplicación de las Recomendaciones contenidas en el informe del Grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CP/doc.4813/12.rev., 16 de enero 2013.

Report of the United Nations Commission on the Racial Situation in the Union of South Africa, 3 oct 1953.

Respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos respecto de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 23 de octubre 2012.

Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13), corr.1, 24 marzo 2013.

Seguimiento de las Recomendaciones del Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos, 5 de junio de 2012, AG/RES. 2761 (XLII-O/12).

UN DESA, Population Division (2009), *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision*, Naciones Unidas, database, POP/DB/MIG/Stock/Rev. 2008.

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos
de Felipe González Morales
se terminó de imprimir en julio de 2018,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de
500 ejemplares.

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución
Francisco Javier Díaz Revorio

Entre la libertad y la igualdad
Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez
Jorge Cerdio,
Pablo de Larrañaga
Pedro Salazar (coords.)
(En coedición con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Inclusión, Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA*
en la jurisprudencia interamericana
El caso Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales
Antoniazzi y Rogelio Flores Pantoja (coords.)

Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema
interamericano de protección de los derechos humanos
Karla Quintana
Rogelio Flores (coords.)

Individuo y política en El príncipe *de Maquiavelo.*
Naturaleza, formas y sujetos del poder
Antonio Hermosa Andújar

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos
Juan Antonio Cruz Parcero

Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano
Modelos para (des)armar
Ariel Dulitzky

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En términos normativos, resulta evidente que en los últimos 20 años se han producido avances de importancia en el derecho internacional de los derechos humanos. Se han adoptado una serie de nuevos instrumentos, incluyendo tratados, protocolos adicionales que refuerzan tratados previos, declaraciones y resoluciones. Son también relevantes las transformaciones a nivel institucional, entre las que resalta la creación del Alto Comisionado de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional, el acceso directo para las víctimas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como la creación de algunos mecanismos producto de los nuevos tratados, especialmente en la Organización de las Naciones Unidas. A nivel regional este fortalecimiento también ha tenido lugar, destacando particularmente al respecto el desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la jurisprudencia de la Corte y la Comisión Interamericana.

Si bien los problemas en materia de eficacia de los estándares internacionales de derechos humanos se han vuelto más patentes, esto no quiere decir que la eficacia sea menor que en el pasado, sino que el fortalecimiento de los estándares internacionales y la difusión de los mismos no han ido de la mano con un mejoramiento de la misma magnitud en su implementación. Ello representa un problema de importancia distinto al que se vivía en el pasado, pero serio sin lugar a dudas, al crearse expectativas en la ciudadanía de los países que no son satisfechas adecuadamente.

Tomando como base la situación actual, el libro que se presenta destaca la relevancia de mantener en alto la concepción de los derechos humanos, de reforzar su consagración a nivel internacional e interno y de fortalecer su eficacia a través de mecanismos operativos. Este es el gran desafío para las organizaciones internacionales, para los Estados y para la sociedad civil.

ISBN 978-607-7822-41-7

9 786077 822417

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO