

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



37

Enero - Junio 2003

 **Asdi**
ASOCIACIÓN
DE ORGANIZACIONES
DE LA AMÉRICA LATINA
Y EL CARIBE

REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2004, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 30,00. El precio del número suelto es de US\$ 15,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Índice

Presentación	7
---------------------------	---

Roberto Cuéllar

Desarrollos relativos al acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos

Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección los derechos humanos	13
--	----

Antônio A. Cançado Trindade

El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.....	53
--	----

Antônio A. Cançado Trindade

Doctrina

Obligaciones del estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	87
--	----

Rolando E. Gialdino

Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos peruanos.....	135
---	-----

Ana Salado Osuna

Temas en derechos humanos

The Institution of the Ombudsman. The Latin American experience.....	219
<i>Lorena González Volio</i>	
“Centros de Justicia” guatemaltecos: la piedra angular para avanzar en la transparencia, eficiencia, debido proceso y acceso a la justicia	249
<i>Steven E. Hendrix</i>	
Censura y derechos humanos. Reflexión histórico-jurídica sobre el derecho a la comunicación en Guatemala.....	299
<i>Sergio Fernando Morales Alvarado</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 37 de su Revista IIDH, con el que retoma su formato acostumbrado luego de la publicación de varios números monográficos, relativos a los derechos de énfasis de la labor institucional y ejes temáticos de la misma en el año correspondiente. Este ejemplar marca, además, el inicio de una nueva tradición de la revista emblemática del IIDH: a partir de ahora el número correspondiente al primer semestre de cada año incluirá temas de doctrina sobre el derecho internacional de los derechos humanos, a la par de una sección con temas especializados en derechos humanos, vistos desde una perspectiva interdisciplinaria. El número correspondiente al segundo semestre de cada año recogerá las ponencias de algunos de los docentes, así como trabajos de investigación de varias personas participantes en el curso académico anual de mayor relevancia para el IIDH: el Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.

A través de sus dieciocho años de publicación continua, la Revista IIDH se ha ido modificando a modo de incorporar los cambios en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, así como los socio-políticos y económicos. Muy al contrario de lo que ocurriera en el momento de la creación del IIDH -hace más de dos décadas- hoy se cuenta con un sistema interamericano de protección de derechos humanos plenamente desarrollado, basado en un amplio conjunto de instrumentos jurídicos derivados de la Convención Interamericana, la jurisprudencia de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. Hacen parte de este sistema la mayoría de los países de la región, los cuales cuentan hoy con regímenes políticos democráticos y constituciones que reconocen explícitamente los derechos humanos. Hay una creciente institucionalidad estatal en materia de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; las organiza-

ciones de la sociedad civil han consolidado su experiencia en el tema; y la comunidad internacional de derechos humanos ha crecido y está activa en múltiples frentes.

Este nuevo número de la Revista IIDH refleja el interés de fomentar la discusión de los temas de relevancia para esa comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los nuevos retos, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y de éstas en el mundo globalizado.

El No. 37 de la Revista IIDH está dividido en tres partes. La primera es específica de este número y responde a la relevancia cada vez mayor del tema de la financiación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y su consecuente influencia sobre el acceso a la justicia internacional en las Américas. En esta parte se incluyen dos artículos de Antônio A. Cançado Trindade, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); se trata de dos ponencias que hiciera ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en abril y octubre de 2002, respectivamente, en su función de Presidente de la Corte IDH. En ellos proporciona un análisis detallado y rico sobre la evolución de la labor de la Corte IDH y su reglamento, los desafíos que enfrenta y enfrentará en el futuro próximo y las condiciones para seguir adelante con el fortalecimiento y desarrollo de la misma y, por ende, del sistema en general.

En la segunda parte -doctrina-, Rolando Gialdino, Secretario de Investigación en Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, nos ofrece un detallado análisis del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) desde la perspectiva de las obligaciones del Estado. En ese sentido, “desmenuza” el artículo 2.1 del PIDESC, a modo de establecer claramente el compromiso asumido por los Estados Partes del mismo. Le sigue el artículo de Ana Salado Osuna, abogada y profesora de la Universidad de Sevilla, en el que analiza las sentencias de fondo de la Corte IDH relativas a los casos peruanos. Como es de conocimiento general en el medio, el Perú es el Estado contra el cual se han presentado más casos en la Corte IDH; esto le da interés adicional a este trabajo que, más allá de centrarse en los casos contra un

determinado Estado, mira la labor de la Corte IDH a través de esos casos.

La tercera parte -temas en derechos humanos- incluye tres artículos. En el primero Lorena González, abogada y oficial de programas del IIDH, describe la experiencia latinoamericana en cuanto a la figura del defensor del pueblo u ombudsman. Steven E. Hendrix, Coordinador Regional del Estado de Derecho de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos de América (USAID), toca el tema del debido proceso y el acceso a la justicia mediante la creación y desarrollo de los *Centros de justicia* en Guatemala. Finalmente, del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, Sergio Fernando Morales Alvarado, publicamos un ensayo en el que intenta caracterizar la relación de la censura y los derechos humanos en este país, desde una perspectiva histórico-jurídica. El ensayo es rico en datos y fuentes de información, que resultarán del interés de quienes estudian estos temas.

Agradecemos a los autores y autoras por sus interesantes aportes y perspectivas, dejando abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, con cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH es posible.

Roberto Cuéllar
Director Ejecutivo

**Desarrollos relativos al acceso a la
justicia en el sistema interamericano
de derechos humanos**

Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección los derechos humanos*

Antônio A. Cançado Trindade

Las iniciativas en pro del fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos deben ser fruto de consenso entre todos los actores del sistema, por cuanto se trata de un deber compartido el velar porque el mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sea cada vez más eficaz, mediante los efectos propios en el derecho interno de los Estados Partes. Pero los Estados Partes en la Convención tienen la responsabilidad primordial ineludible de asegurar la plena vigencia de los derechos humanos en relación con todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, fungiendo colectivamente como *garantes* de la aplicación debida de la Convención.

El diálogo sobre el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene ya una larga historia, que ha dado sus frutos y ha abierto las esperanzas de millones de habitantes del hemisferio, esperanzas reforzadas por los recientes cambios de sus Reglamentos efectuados por la Corte y la Comisión Interamericanas. El otorgamiento, por el nuevo Reglamento de la Corte (del 24.11.2000, en vigor desde 01.06.2001), del *locus standi in iudicio* a los peticionarios, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, constituye quizás el avance jurídico-procesal más importante en pro del perfeccionamiento del mecanismo de

* Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el marco del diálogo sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Documento OEA/Ser.GCP/CAJP-1933/02, 25 de abril, 2002. Original en español). (Sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), celebrada en la sede de la OEA en Washington D.C., 19 de abril de 2002.)

Nota de la editora. Se han eliminado algunas partes de la intervención, tales como los saludos, a modo de garantizar la fluidez de la lectura.

protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde que ésta entró en vigor hace casi 25 años.

Este cambio representa la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos. Mediante esta histórica iniciativa de la Corte, los individuos han logrado el reconocimiento de su condición de verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional. Es por esto que, dada su trascendental importancia, ese notable avance procesal amerita, a mi juicio, más que una base reglamentaria, una base *convencional*, a ser debidamente consensuada por todos los actores del sistema interamericano de protección, de modo a asegurar el real compromiso de todos los Estados al respecto¹.

El otorgamiento del *locus standi in iudicio* de los peticionarios en todas las etapas del procedimiento ante la Corte representa una etapa más –y de las más importantes– de la evolución experimentada por el sistema interamericano de protección de derechos humanos, a lo largo de los años, de la cual hemos sido testigos y actores. Tengo la convicción de que el reconocimiento de la *legitimatío ad causam* de los individuos ante las instancias internacionales atiende a una *necesidad* del propio ordenamiento jurídico internacional, no sólo en nuestro sistema regional de protección, sino también en el plano universal². Asistimos, en este inicio del siglo XXI, a un proceso histórico de *humanización* del propio Derecho Internacional contemporáneo.

La dura realidad de los hechos, así como las necesidades de protección de los beneficiarios de nuestro sistema de derechos humanos,

¹ Con ese propósito, me permití presentar el año pasado, como contribución de la Corte, ante los órganos competentes de la OEA, el *Informe* conteniendo las *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*, del cual tuve el honor de ser el relator, por designación de mis colegas los Jueces de la Corte, y el cual fue distribuido a todas las Delegaciones presentes a esta sesión de labores la CAJP.

² Cançado Trindade, A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-427; Cançado Trindade, A. A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre, Brasil, Fabris Ed. S.A., 1997, tomo I, pp. 1-486; y 1999, tomo II, pp. 1-440.

han demandado que este último se ajuste a los nuevos tiempos, y la evolución de la conciencia humana ha debidamente reaccionado con este propósito. Para mejor apreciar los desarrollos recientes del sistema interamericano de protección de derechos humanos, cabe contextualizarlos y recordar las iniciativas recientes en cuanto al fortalecimiento del sistema interamericano de protección.

I. Breve recapitulación de las iniciativas de fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Ya en 1996, la Asamblea General de la OEA, mediante su Resolución 1404, encomendó al Consejo Permanente de la OEA la evaluación del referido sistema de protección, para iniciar un proceso “que permit[iera] su perfeccionamiento, incluida la posibilidad de reformar los instrumentos jurídicos correspondientes y los métodos y procedimientos de trabajo” de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana, para lo cual solicitaría la colaboración de ambos, en el marco de un diálogo y proceso de reflexión sobre el perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos. En noviembre del mismo año, la Secretaría General de la OEA presentó al Consejo Permanente un informe titulado *Hacia una nueva visión del sistema interamericano de derechos humanos*³, como su aporte para discusiones futuras sobre la materia.

La cuestión permaneció en la agenda de la Asamblea General y se tornó objeto de nuevas Resoluciones de la misma⁴. Mediante su Resolución 1633 (1999), la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente de la OEA la promoción de un diálogo institucionalizado; con base en este mandato, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), comisionada al efecto por el Consejo Permanente de la OEA (sesión del 13.09.1999), preparó una *Agenda anotada del diálogo* sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que pasó a desarrollarse formalmente en sucesivas sesiones de la CAJP (entre el 22.09.1999 y 16.03.2000). He tenido la ocasión de participar, en representación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *todas* las etapas de ese diálogo, desde su

³ OEA, documento OEA/Ser.G/CP/doc.2828/96.

⁴ A.G., Resoluciones 1488 y 1489 (1997), y 1546 (1998).

inicio hasta la fecha; a dicho Diálogo he presentado sustanciales informes, como aportes de nuestro Tribunal al mismo⁵.

Otra iniciativa fue la tomada por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA, realizada en San José de Costa Rica (22.11.1999), la cual acordó la creación del *Grupo de trabajo ad hoc sobre los derechos humanos de los representantes de los cancilleres*. Éste se reunió en la misma ciudad de San José (10-11.02.2000), en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica; en dicha Reunión, hice una presentación de las propuestas de la Corte Interamericana sobre el desarrollo institucional del sistema de protección, en general, y del mecanismo de protección de la Convención Americana en particular. Al final de los debates, la reunión del *Grupo de trabajo ad hoc* adoptó recomendaciones sobre seis temas, a saber: financiamiento del sistema interamericano de protección, universalidad de composición del mismo, promoción de los derechos humanos y medidas nacionales de implementación, cumplimiento de decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección, aspectos procesales en las actividades de tales órganos, y continuidad y seguimiento de los trabajos.

En los meses siguientes, la Corte Interamericana realizó consultas informales con la Comisión Interamericana y, en lo concerniente a la labor de promoción internacional de los derechos humanos, con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos; tuve la ocasión de intervenir, en nombre de la Corte, en un Seminario organizado por el Instituto (en septiembre de 2000, en San José de Costa Rica) para las ONG de todo el continente americano. La Corte, a fin de avanzar en el diálogo sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, deliberó, en su XLIII Período Ordinario de Sesiones, realizado en su sede en San José de Costa Rica, del 18 al 29 de enero de 1999, “estudiar los posibles medios para fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”; para este fin, designó como su relator al Juez Antônio A. Cançado Trindade, creando una Comisión de Seguimiento de las consultas que empezaría a realizar al respecto.

Asimismo, la Corte acordó realizar un Seminario titulado *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el*

⁵ El detallado informe fue presentado en el marco del diálogo (OEA, documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1627/00), en la sesión de la CAJP del 16 de marzo de 2000.

umbral del siglo XXI, que tuvo lugar en San José de Costa Rica, los días 23 y 24 de noviembre de 1999. Durante la realización del mismo se discutieron, entre otros, temas relativos a las funciones contenciosa y consultiva de la Corte; las funciones de la Comisión; el compromiso de la comunidad internacional con la protección internacional efectiva de los derechos humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano; el acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional y el fortalecimiento del papel de las ONG en el sistema interamericano, llegando a diversas conclusiones.

Entre tales conclusiones, se pueden señalar las siguientes: a) la necesidad de optimizar los recursos económicos y de contar con recursos adicionales; b) la agilización de los procedimientos sin perjuicio de la seguridad jurídica, evitando los retardos y duplicaciones en el actual mecanismo de protección de nuestro sistema; c) la aplicabilidad directa de las normas de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, así como la adopción de medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, de modo de asegurar dicha aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes; d) la participación directa de los individuos en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte del acceso a la justicia a nivel internacional, y su complementariedad con el acceso a la justicia a nivel nacional; y e) la necesidad de lograr la universalidad del sistema, es decir, la ratificación de la Convención o adhesión a la misma por todos los Estados de la región, así como la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por todos los Estados Partes de la Convención, acompañada de la previsión del automatismo de la jurisdicción obligatoria de la Corte por todos los Estados Partes, sin restricciones.

Paralelamente a la realización del referido seminario, la Corte Interamericana convocó a reconocidos expertos en derechos humanos y Derecho Internacional, así como, en general, a actores del sistema interamericano de protección, para debatir puntos centrales del mismo. Se realizaron cuatro reuniones de expertos, presididas por el Juez Relator, en la sede de la Corte en San José de Costa Rica, los días 20 de septiembre de 1999; 24 de noviembre de 1999; 5-6 de febrero, y 8-9 de febrero de 2000. Durante estas reuniones se profundizaron temas como: a) la participación de los individuos en el procedimiento ante la Corte; b) la especificidad del rol de la Comisión

Interamericana; c) la valoración de la prueba; d) el procedimiento en la fase de excepciones preliminares; e) el cumplimiento y supervisión de las sentencias de la Corte y de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión; y f) los recursos económicos adicionales para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Un hito significativo en el curso del diálogo sobre el fortalecimiento del sistema regional de protección se dio en la Asamblea General celebrada en Windsor, Canadá, en junio de 2000. Su Resolución 1701, sobre “Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de derechos humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento”, haciendo eco de los más de cuatro años que se llevaba de diálogo sobre la materia en ese entonces y recogiendo los puntos más consensuados sobre el particular, vino a marcar la senda hacia donde debía dirigirse y concentrarse el futuro diálogo sobre el fortalecimiento: encomendó a los Estados miembros acciones concretas en aras del aumento sustancial de los recursos asignados a la Corte y Comisión, y, de manera específica, recomendó a la Corte y a la Comisión que tomaran medidas concretas para reformar sus respectivos reglamentos, a fin de tornar los procedimientos más expeditos y de permitir la participación de las presuntas víctimas en todas las etapas del procedimiento ante la Corte.

Otro hito en este diálogo lo marcó el claro apoyo que le dieron los jefes de estado y gobierno durante la III Cumbre de la Américas, celebrada en Québec, Canadá, en abril de 2001. Estos, de modo preciso, encomendaron a la XXXI Asamblea General de la OEA que “consider[ara] un adecuado incremento de los recursos para las actividades de la Comisión y de la Corte, para perfeccionar los mecanismos de derechos humanos y para promover la observancia de las recomendaciones de la Comisión y el cumplimiento de las sentencias de la Corte”.

Posteriormente, en la Asamblea General de la OEA celebrada en San José de Costa Rica en junio de 2001, se adoptó la Resolución 1828 sobre la “Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento”, la cual efectivamente señaló *inter alia* que las acciones concretas en este propósito debían concentrarse en: a) la universalización de composición del sistema inte-

americano de derechos humanos; b) el cumplimiento de las decisiones de la Corte y el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión; c) la facilitación del acceso de los individuos a los mecanismos de protección del sistema interamericano de derechos humanos; y d) el incremento sustancial al presupuesto de la Corte y de la Comisión, a modo de que éstas puedan gradualmente funcionar de manera permanente. Asimismo, instó a los Estados Partes a que adoptaran las medidas necesarias para cumplir con las sentencias o decisiones de la Corte Interamericana, realicen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana y hagan efectivo el deber que les incumbe de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones convencionales. Además, la Resolución 1833 de la misma Asamblea General dispuso acerca del “Estudio sobre el acceso de las personas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, acogiendo una tesis que vengo sosteniendo hace mucho.

Después de seis años de constructivo e intenso diálogo entre los diversos actores del sistema interamericano de derechos humanos, hemos podido constatar que éste ya ha identificado sus prioridades y la dirección hacia donde deben dirigirse los futuros esfuerzos, los cuales deben seguir siendo fruto de consensos entre todos los actores del sistema general de protección, con atención especial a las necesidades de protección de los seres humanos en el ámbito de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos Protocolos, y las Convenciones interamericanas sectoriales de protección⁶. A lo largo de los últimos años, el Reglamento de la Corte, en respuesta a las necesidades y los imperativos de protección, ha pasado por una significativa evolución que amerita igualmente ser aquí recapitulada.

II. Evolución del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tal como observé en dos de mis anteriores informes a la CAJPDel Consejo Permanente de la OEA⁷ (cf. *supra*), cabe recapitular la evo-

⁶ Para un examen del estado actual y de las perspectivas del *corpus juris* que conforma el sistema interamericano de protección, cf., e.g., Cançado Trindade, A.A., “Le système inter-américain de protection des droits de l’homme: état actuel et perspectives d’évolution à l’aube du XXIème siècle”, *Annuaire Français de Droit International* 46, París, 2000, pp. 547-577.

⁷ OEA, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y

lución, a lo largo de los 22 años de existencia de la Corte Interamericana, de su Reglamento. Y para mejor apreciar esta evolución, hay que singularizar, aunque resumidamente, los trazos básicos de los cuatro reglamentos que la tenida la Corte, desde su establecimiento hasta la fecha. De ese modo, estaremos en condiciones para apreciar mejor los cambios recientemente introducidos en el Reglamento por la Corte con su actual composición.

1. Los dos primeros reglamentos de la Corte (1980 y 1991)

La Corte Interamericana aprobó su *primer Reglamento* en el mes de julio de 1980, inspirándose en el Reglamento entonces vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos, el cual, a su vez, tomó como modelo el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)⁸. Este primer *interna corporis* de la Corte Interamericana estuvo en vigor por más de una década, expirando su vigencia el 31 de julio de 1991. En razón de la influencia del Reglamento de la CIJ, el procedimiento, sobre todo para los casos contenciosos, era particularmente lento. Una vez presentado el caso ante la Corte Interamericana, el Presidente citaba a una reunión a los representantes de la Comisión (CIDH) y del Estado demandado para recabar sus respectivas opiniones sobre el orden y los plazos para la presentación de la memoria, contra memoria, réplica y dúplica. En cuanto a las excepciones preliminares, éstas debían ser presentadas antes de que expirara el plazo fijado para la finalización de la primera actuación del procedimiento escrito, es decir, la presentación de la contra memoria. Bajo este marco legal se tramitaron los tres primeros casos contenciosos y, en cuanto al ejercicio de la función consultiva, las 12 primeras opiniones consultivas.

Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (16 de marzo de 2000), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1627/00, de 17.03.2000, pp. 17-21 (también disponible en portugués, inglés y francés); OEA, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos* (05 de abril de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, de 10.04.2001, pp. 06-19 (también disponible en portugués, inglés y francés).

⁸ Sin embargo, muy temprano en su experiencia la Corte Europea se dio cuenta de que tendría que reformar su Reglamento para ajustarlo a la naturaleza distinta de los casos contenciosos de derechos humanos.

Ante la necesidad de agilizar los procedimientos, la Corte aprobó el *segundo Reglamento* en el año de 1991, el cual entró en vigor el 1 de agosto de ese mismo año. A diferencia del Reglamento anterior, el nuevo Reglamento del Tribunal establecía que el Presidente llevaría a cabo, inicialmente, un examen preliminar de la demanda presentada y, si advertía que los requisitos fundamentales para la prosecución del proceso no habían sido cumplidos, solicitaba al demandante que subsanara los defectos constatados dentro de un plazo no mayor de 20 días. De acuerdo con este nuevo Reglamento, el Estado demandado tenía el derecho de responder por escrito la demanda dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la misma. En cuanto a las excepciones preliminares, se fijó en 30 días el plazo para la interposición de éstas, a partir de la notificación de la demanda, estableciéndose, sucesivamente, un plazo igual para la presentación de las observaciones a dichas excepciones.

Vale resaltar que, a partir de este segundo Reglamento, las partes debían cumplir con la presentación de escritos de acuerdo a los plazos fijados en el propio Reglamento, dependiendo este hecho del parecer de las partes (como sucedía con la normativa anterior), lo que llevó en algunos casos a demorar la presentación de los escritos hasta por un año. Teniendo presentes los principios de la economía procesal y del equilibrio entre las partes, el Reglamento de 1991 dispuso que el Presidente consultaría con los representantes de la CIDH y del Estado demandado, si estimaban necesario otros actos del procedimiento escrito. Fue el inicio de un proceso de racionalización y simplificación del procedimiento ante la Corte, el cual se perfeccionó en mucho con la adopción del tercer Reglamento del Tribunal, en 1996 (cf. *infra*).

En cuanto al trámite de las medidas provisionales, el primer Reglamento de la Corte establecía que, ante la presentación de una solicitud de adopción de dichas medidas, si la Corte no estaba reunida, el Presidente debía convocarla sin retardo; o bien, si estaba pendiente esta reunión, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente de la Corte, o con todos los jueces de ser posible, requería a las partes, si fuese necesario, que actuaran de manera tal que posibilitaran que cualquier decisión que la Corte viniera a tomar, en relación con la solicitud de medidas provisionales, tuviera los efectos pertinentes. Dada la carencia de recursos humanos y materiales, y el carácter no-permanente (hasta la fecha) de la Corte, ésta se vio en la ne-

cesidad de revisar el procedimiento para lograr, de manera inmediata y efectiva, la salvaguardia de los derechos a la vida e integridad personal consagrados en la Convención Americana.

Es así como, el 25 de enero de 1993, se introdujo una reforma relativa a las medidas provisionales que aún se mantiene vigente. Dicha modificación dispuso que si la Corte no estuviere reunida, el Presidente tiene la potestad de requerir al Estado involucrado en el caso que tome las medidas urgentes necesarias para evitar daños irreparables a las personas beneficiarias de las medidas. Una resolución del Presidente en este sentido sería puesta en consideración del pleno de la Corte en el período de sesiones inmediato siguiente, para su ratificación. En el marco del Reglamento aprobado en 1991 y de sus reformas posteriores, se conocieron las etapas del procedimiento de 18 casos contenciosos distintos, además de dos otras opiniones consultivas.

2. El tercer Reglamento de la Corte (1996)

Cinco años después de la aprobación del segundo Reglamento, fui designado por la Corte para preparar un anteproyecto de reforma del Reglamento, tomando como base la discusión que al respecto se había dado en sucesivas sesiones del Tribunal. Se siguieron numerosos debates en el seno de la Corte, al final de los cuales el *tercer Reglamento* de su historia fue adoptado el 16 de septiembre de 1996, habiendo entrado en vigor el 1 de enero de 1997. El nuevo Reglamento de 1996 presentó algunas innovaciones.

En cuanto a la realización de actos del procedimiento, este *tercer Reglamento* de la Corte, en la misma línea del Reglamento anterior, dispuso que las partes podían solicitar al Presidente la realización de otros actos del procedimiento escrito, solicitud cuya pertinencia sería valorada por el Presidente, quien, si la otorgase, fijaría los plazos correspondientes. En consideración a las reiteradas solicitudes de prórroga para la presentación de la contestación de la demanda y las excepciones preliminares en los casos en trámite ante la Corte, en el tercer Reglamento se dispuso extender los plazos a cuatro y dos meses, respectivamente, ambos contados a partir de la notificación de la demanda.

Comparado con los dos Reglamentos anteriores, se puede constatar que el tercer Reglamento de la Corte precisó tanto la terminología como la propia estructura del procedimiento ante el Tribunal.

Gracias a los esfuerzos conjuntos de todos los Jueces, por primera vez la Corte pasó a contar con un *interna corporis* con una terminología y una secuencia de actos procesales propios de un verdadero Código de Proceso internacional. Por primera vez, el nuevo [tercer] Reglamento de la Corte estableció los momentos procesales para que las partes presentaran la prueba correspondiente a las distintas etapas del procedimiento, dejando a salvo la posibilidad de presentación extemporánea de prueba en casos de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes.

Por otro lado, este Reglamento amplió la facultad del Tribunal para solicitar a las partes, o procurar *motu proprio*, cualquier medio probatorio en cualquier estado del procedimiento, para mejor resolver los casos bajo su consideración. En cuanto a la terminación anticipada del proceso, el Reglamento de 1996 incluye, además de las figuras de la solución amistosa y el sobreseimiento, el allanamiento ante la Corte, la cual, una vez oído el parecer de la parte demandante, el de la CIDH y de los representantes de la víctima o sus familiares, establece su procedencia y fija los efectos jurídicos que a dicho acto correspondan (a partir de la cesación de la controversia en cuanto a los hechos).

El salto cualitativo principal del tercer Reglamento de la Corte fue dado por su artículo 23, mediante el cual se otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones. Cabe recordar los antecedentes, poco conocidos, extraídos de la práctica reciente de la Corte, de esta significativa decisión. En el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana, los representantes legales de las víctimas habían sido, en los últimos años, integrados a la delegación de la Comisión Interamericana con la designación eufemística de “asistentes” de la misma⁹.

En lugar de resolver el problema, esta *praxis* creó, sin embargo, ambigüedades que han persistido hasta recientemente. Al discutir el proyecto del Reglamento de 1996, se consideró que había llegado el tiempo de intentar superar tales ambigüedades, dado que los roles de la Comisión (como guardián de la Convención asistiendo a la Corte) y de los individuos peticionarios (como verdadera parte demandante) son claramente distintos. La propia práctica pasó a demostrar que

⁹ Esta solución “pragmática” contó con el aval, con la mejor de las intenciones, de una reunión conjunta de la Corte y la CIDH, realizada en Miami en enero de 1994.

la evolución en el sentido de la consagración final de estos roles distintos debía darse *pari passu* con la gradual *jurisdiccionalización* del mecanismo de protección bajo la Convención Americana.

No hay como negar que la protección jurisdiccional es efectivamente la forma más evolucionada de salvaguardia de los derechos humanos y la que mejor atiende a los imperativos del derecho y de la justicia¹⁰. El Reglamento anterior de la Corte (de 1991) preveía, en términos oblicuos, una tímida participación de las víctimas o sus representantes en el procedimiento ante la Corte, sobre todo en la etapa de reparaciones y cuando eran invitados por ésta¹¹. Un paso significativo, que no puede pasar desapercibido, fue dado en el caso *El Amparo* (reparaciones, 1996), relativo a Venezuela, verdadero “divisor de aguas” en esta materia: en la audiencia pública celebrada por la Corte Interamericana el 27 de enero de 1996, uno de sus magistrados, al manifestar expresamente su entendimiento de que al menos en aquella etapa del proceso no podía haber duda de que los representantes de las víctimas eran “la verdadera parte demandante ante la Corte”, en un determinado momento del interrogatorio pasó a dirigir preguntas a ellos, los representantes de las víctimas (y no a los delegados de la Comisión o a los agentes del Gobierno), quienes presentaron sus respuestas¹².

Poco después de esta memorable audiencia en el caso *El Amparo*, los representantes de las víctimas presentaron dos escritos a la Corte (de fechas 13.05.1996 y 29.05.1996). Paralelamente, en relación con el cumplimiento de sentencia de interpretación de sentencia previa de indemnización compensatoria en los casos anteriores

¹⁰ Cançado Trindade, A. A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96; Cançado Trindade, A. A., “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, in *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

¹¹ Cf. los artículos 44(2) y 22(2) y también los artículos 34(1) y 43(1) y (2), del Reglamento de 1991. Anteriormente, en los casos Godínez Cruz y Velásquez Rodríguez (reparaciones, 1989), relativos a Honduras, la Corte recibió escritos de los familiares y abogados de las víctimas, y tomó nota de los mismos (Sentencias de 21.07.1989).

¹² Cf. la intervención del Juez A. A. Cançado Trindade, y las respuestas del Sr. Walter Márquez y de la Sra. Ligia Bolívar, como representantes de las víctimas, in: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Transcripción de la audiencia pública celebrada en la sede de la corte el día 27 de enero de 1996 sobre reparaciones - Caso El Amparo”, pp. 72-76 (mecanografiado, circulación interna).

Godínez Cruz y Velásquez Rodríguez, los representantes de las víctimas presentaron igualmente dos escritos a la Corte (de fechas 29.03.1996 y 02.05.1996). La Corte sólo determinó poner término al proceso de estos dos casos después de constatado el cumplimiento, por parte de Honduras, de las sentencias de reparaciones y de interpretación de ésta última, y después de haber tomado nota de los puntos de vista no sólo de la CIDH y del Estado demandado, sino también de los peticionarios y los representantes legales de las familias de las víctimas¹³.

El campo estaba abierto al cambio, en este particular, de las disposiciones pertinentes del Reglamento de la Corte, sobre todo a partir de los desarrollos en el procedimiento en el caso *El Amparo*. El próximo paso, decisivo, fue dado en el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado el 16.09.1996 y vigente a partir del 01.01.1997, cuyo artículo 23 dispuso que “en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”. Además de esta disposición, de fundamental importancia, también merecen destacarse los artículos 35(1), 36(3) y 37(1) del Reglamento de 1996 sobre la comunicación (por el Secretario de la Corte) de la demanda, la contestación de la demanda, y las excepciones preliminares, respectivamente, al denunciante original y a la [presunta] víctima o sus familiares.

Es evidente que ya no había cómo pretender ignorar o menoscabar la posición de verdadera parte demandante de los individuos peticionarios. Pero fue la adopción sobre todo del artículo 23 (*supra*) del Reglamento de 1996 que constituyó un paso significativo en el sentido de abrir el camino para desarrollos subsiguientes en la misma dirección, o sea, de modo a asegurar que en el futuro previsible los individuos tuvieran *locus standi* en el procedimiento ante la Corte, no sólo en la etapa de reparaciones sino en todas las etapas del procedimiento atinente a los casos a ella enviados por la Comisión (cf. *infra*).

En la etapa inicial de los *travaux préparatoires* del tercer Reglamento (de 1996), me permití recomendar al entonces Presidente de

¹³ Cf. las dos resoluciones de la Corte, de 10.09.1996, sobre los referidos casos, in: Corte I. D. H., *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, pp. 207-213.

la Corte que se otorgara dicha facultad a las presuntas víctimas o sus familiares, o sus representantes legales, en *todas* las etapas del procedimiento ante la Corte (*locus standi in judicio*)¹⁴. Consultados los demás magistrados, la mayoría de la Corte optó por proceder por etapas, otorgando aquella facultad en la etapa de reparaciones (cuando ya se había determinado la existencia de víctimas de violaciones de derechos humanos). Esto, sin perjuicio de que, en el futuro, se extendiera la facultad a los individuos peticionarios en todas las etapas del procedimiento, como yo había propuesto, consagrando la personalidad y capacidad jurídicas plenas de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹⁴ En carta dirigida al entonces Presidente de la Corte Interamericana (Juez Héctor Fix-Zamudio), el 07 de septiembre de 1996, en el marco de los *travaux préparatoires* del tercer Reglamento de la Corte, señalé, *inter alia*, lo siguiente: “Sin pretender anticiparme a nuestros futuros debates, permítome resumir los argumentos que, a mi modo de ver, militan, en tesis, en favor del reconocimiento, con la debida prudencia, del *locus standi* de las víctimas en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión Interamericana. En primer lugar, a los derechos protegidos corresponde la capacidad procesal de vindicarlos o ejercerlos. La protección de derechos debe ser dotada del *locus standi* procesal de las víctimas, sin el cual estará el procedimiento desprovisto en parte del elemento del contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la justicia. Es de la propia esencia del contencioso internacional de derechos humanos el contradictorio entre las víctimas de violaciones y los Estados demandados. El *locus standi in judicio* de las víctimas contribuye para mejor instruir el proceso. En segundo lugar, la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) es esencial a todo sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos; sin el *locus standi* de las víctimas dicha igualdad estará mitigada. Además, el derecho de libre expresión de las propias víctimas es elemento integrante del propio debido proceso legal. En tercer lugar, el *locus standi* de las víctimas contribuye a la ‘jurisdiccionalización’ del mecanismo de protección, poniendo fin a la ambigüedad del rol de la Comisión, la cual no es rigurosamente ‘parte’ en el proceso, sino más bien guardián de la aplicación correcta de la Convención. En cuarto lugar, en casos de comprobadas violaciones de derechos humanos, son las propias víctimas quienes reciben las reparaciones e indemnizaciones. Estando las víctimas presentes al inicio y al final del proceso, no hay sentido en negarles presencia durante el mismo. En quinto lugar, *last but not least*, estando, a mi modo de ver, superadas las razones históricas que llevaron a la denegación del *locus standi in judicio* de las víctimas, el reconocimiento de este último conforma la personalidad y capacidad jurídicas internacionales de la persona humana, para hacer valer sus derechos. Los avances en esta dirección, en la actual etapa de evolución del sistema interamericano de protección, son responsabilidad conjunta de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. La Comisión tendrá que estar preparada para expresar siempre sus puntos de vista ante la Corte, aunque no sean coincidentes con los de los representantes de las víctimas; y la Corte tendrá que estar preparada para recibir y evaluar los argumentos de los delegados de la Comisión y de los representantes de las víctimas, aunque sean divergentes”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), Carta del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade al Presidente Héctor Fix-Zamudio, del 07.09.1996, pp. 4-5 (original depositado en los archivos de la Corte). Para otras propuestas, cf. CtIDH, Carta del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade al Presidente Héctor Fix-Zamudio, del 06.12.1995, p. 2 (original depositado en los archivos de la Corte). Estos mismos argumentos los sostuve en todas las reuniones anuales conjuntas entre la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, en el período de 1995 hasta la fecha (como consta de las transcripciones de las mismas).

La nueva norma vino a darle legitimidad activa, en la etapa de reparaciones, a los representantes de las víctimas o de sus familiares¹⁵, quienes anteriormente presentaban sus alegaciones a través de la CIDH, la cual las hacía suyas. Siguiendo lo dispuesto en los artículos 23, 35, 37 y 57(6) del Reglamento de 1996, el Tribunal pasó a comunicar a los denunciantes originales, a las víctimas o a sus representantes y familiares, los principales actos del procedimiento escrito del caso sometido a la Corte y las sentencias atinentes a las distintas etapas del proceso. Fue este el primer paso concreto para lograr el acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y asegurar su más amplia participación en todas las etapas del procedimiento.

Cabe, en fin, mencionar que los dos primeros Reglamentos de la Corte, anteriores al de 1996 (cf. *supra*), establecían que el Tribunal debía convocar a una audiencia pública para dar lectura y notificar sus sentencias a las partes. Este procedimiento se eliminó en el tercer Reglamento, a fin de agilizar la labor del Tribunal (no permanente), evitando los gastos que representaba la comparecencia de los representantes de las partes ante la Corte para la lectura de las sentencias, y de maximizar el aprovechamiento de la limitada permanencia de los Jueces en la sede del Tribunal durante los períodos de sesiones. En el marco del Reglamento de 1996, se conocieron, hasta marzo de 2000, 17 casos contenciosos en distintas etapas del procedimiento, y se emitieron las dos más recientes (15a. y 16a.) opiniones consultivas.

3. El amplio alcance de los cambios introducidos por el cuarto y nuevo Reglamento de la Corte (de 2000)

En fin, el significado de los cambios introducidos por el nuevo Reglamento (de 2000) de la Corte para la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana es considerable, como lo señalé en mi informe a la CAJP de la OEA, del 9 de marzo de 2001¹⁶. En efecto, el cambio de siglo ha sido testigo de un salto cualitativo fundamental en la evolución del propio Derecho Internacio-

¹⁵ Según el artículo 23 del Reglamento de 1996, “en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”.

¹⁶ Cf. OEA, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (9 de marzo de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, de 16.03.2001, pp. 06-08 (también disponible en portugués, inglés y francés).

nal de los Derechos Humanos, en el marco de la operación del referido mecanismo de protección de la Convención Americana: la adopción del cuarto y nuevo Reglamento de la Corte Interamericana, el 24 de noviembre de 2000, el cual entró en vigor el 1 de junio de 2001¹⁷. Para contextualizar los relevantes cambios introducidos en este nuevo Reglamento, cabe recordar que la Asamblea General de la OEA del año 2000 (realizada en Windsor, Canadá) adoptó una resolución¹⁸ acogiendo las recomendaciones del ya mencionado *Grupo de trabajo ad hoc* sobre derechos humanos de representantes de los cancilleres de los países de la región (que se reunió en San José de Costa Rica, en febrero de 2000)¹⁹.

Dicha resolución de la Asamblea General de la OEA, *inter alia*, encomendó a la Corte Interamericana, tomando en consideración los informes que presenté, en representación de la Corte, a los órganos de la OEA los días 16 de marzo, 13 de abril, y 6 de junio de 2000²⁰ (cf. *supra*), a que considerara la posibilidad de: a) “permitir la participación directa de la víctima” en el procedimiento ante la Corte (una vez sometido el caso a su competencia), “teniendo en cuenta la necesidad tanto de preservar el equilibrio procesal, como de redefinir el papel de la CIDH en dichos procedimientos”; y b) evitar la “duplicación de procedimientos” (una vez sometido el caso a su competencia), en particular “la producción de la prueba, teniendo en cuenta las diferencias de naturaleza” entre la Corte y la CIDH²¹.

¹⁷ Para un comentario reciente, cf. Cançado Trindade, A.A., “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 30-31, 2001, pp. 45-71.

¹⁸ OEA/A.G., resolución AG/RES.1701 (XXX-0/00), de 2000.

¹⁹ Tuve la ocasión de participar de los debates tanto de la Reunión del referido *Grupo de trabajo ad hoc*, como de la Asamblea General de la OEA en Canadá, en representación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de constatar el tono positivo de los mismos, con miras a perfeccionar y a fortalecer los procedimientos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁰ Reproducidos in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2000*, doc. OEA/Ser.L/V/III.50-doc.4, San José de Costa Rica, 2001, pp. 657-790.

²¹ No está demás resaltar que esta resolución no se produjo en el vacío, sino más bien en el contexto de un amplio y prolongado proceso de reflexión sobre los rumbos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Al respecto, la Corte Interamericana tomó la iniciativa de convocar cuatro Reuniones de Expertos del más alto nivel, realizadas en la sede del Tribunal los días 20

La adopción, por la Corte, de su *cuarto Reglamento*, el del año 2000, se hizo acompañar de propuestas concretas para perfeccionar y fortalecer el mecanismo de protección bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las alteraciones reglamentarias incidieron en la racionalización de los actos procesales, en materia probatoria y medidas provisionales de protección; pero la modificación de mayor trascendencia consistió en el otorgamiento de participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares, o sus representantes, en *todas* las etapas del procedimiento ante la Corte (cf. *infra*). En su Reglamento de 2000, la Corte introdujo una serie de disposiciones, sobre todo en relación con las excepciones preliminares, la contestación de la demanda y las reparaciones, con miras a asegurar una mayor celeridad y agilidad en el proceso ante ella. La Corte tuvo presente el viejo adagio “*justice delayed is justice denied*”; además, al lograr un proceso más expedito, sin perjuicio de la seguridad jurídica, se evitarían costos innecesarios, en beneficio de todos los actores involucrados en los casos contenciosos ante la Corte.

En este espíritu, en lo que a las excepciones preliminares se refiere, mientras que el Reglamento de 1996 disponía que debían ser opuestas dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Reglamento de 2000 determina que dichas excepciones sólo podrán ser interpuestas en el escrito de contestación de la demanda (artículo 36). Además, a pesar de que en la etapa de excepciones preliminares aplícate el principio *reus in excipiendo fit actor*, el Reglamento de 2000 establece que la Corte podrá convocar una audiencia especial sobre excepciones preliminares cuando lo considere indispensable, i.e., podrá, dependiendo de las circunstancias, prescindir de la audiencia (tal como se desprende del artículo 36(5)). Y si bien la práctica de la Corte hasta la fecha ha sido la de emitir primeramente una sentencia sobre excepciones preliminares y, si desestimadas éstas, posteriormente una sentencia sobre el fondo, el Reglamento de 2000 dispone, a la luz del principio de la economía procesal, que la Corte podrá resolver en una sola sentencia tanto las excepciones preliminares así como el fondo del caso (artículo 36).

de septiembre de 1999, 24 de noviembre de 1999, 05-06 de febrero de 2000 y 08-09 de febrero de 2000, además del Seminario internacional supracitado de noviembre de 1999. Cf. actas *in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI - memoria del seminario*. San José de Costa Rica, CtiDH, 2001, vol. I, pp. 1-726.

A su vez, la contestación de la demanda, que bajo el Reglamento de 1996 se debía realizar dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la demanda, bajo el Reglamento de 2000 debe presentarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda (artículo 37(1)). Esta, como otras reducciones de plazos, permite tramitar el proceso con mayor celeridad, en beneficio de las partes involucradas en el mismo. Asimismo, el Reglamento de 2000 establece que, en la contestación de la demanda, el Estado demandado deberá declarar si acepta los hechos denunciados y las pretensiones del demandante o si los contradice; de ese modo, la Corte podrá considerar como aceptados los hechos no expresamente negados y las pretensiones no expresamente controvertidas (artículo 37(2)).

En materia probatoria, teniendo presente una recomendación de la Asamblea General de la OEA (cf. *supra*), la Corte introdujo en su Reglamento de 2000 una disposición según la cual las pruebas rendidas ante la CIDH deben ser incorporadas al expediente del caso ante la Corte, siempre y cuando hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las. Con esta innovación la Corte pretende evitar la repetición de actos procesales, con miras a aligerar el proceso y economizar sus costos. Al respecto, hay que tener siempre presente que las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales, están en capacidad de aportar, durante todo el proceso, sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma (artículo 43).

Según el nuevo y cuarto Reglamento de la Corte, podrá ésta disponer la acumulación de casos conexos entre sí, en cualquier estado de la causa, siempre que exista identidad de partes, objeto y base normativa entre los casos a acumular (artículo 28). Esta providencia también se enmarca en el propósito de racionalización del procedimiento ante la Corte. El Reglamento de 2000 dispone, además, que la presentación de las demandas, así como las solicitudes de opiniones consultativas, deberán ser transmitidas, además de al Presidente y a los demás Jueces de la Corte, al Consejo Permanente de la OEA, a través de su Presidente; en cuanto a las demandas, deberán igualmente ser remitidas al Estado demandado, a la CIDH, al denunciante original y la presunta víctima, sus familiares o representantes debidamente acreditados (artículos 35(2) y 62(1)).

En cuanto a las medidas provisionales de protección, si bien la práctica de la Corte había sido, hasta entonces, la de celebrar -cuando estimara necesario- audiencias públicas sobre dichas medidas, esta posibilidad no estaba presente en el Reglamento de 1996. A su vez, el nuevo Reglamento de 2000 incorpora una disposición que establece que la Corte, o su Presidente si ésta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes, si lo estima necesario, a una audiencia pública sobre las referidas medidas provisionales (artículo 25).

En materia de reparaciones, el Reglamento de 2000 determina que entre las pretensiones expresadas en el escrito de la propia demanda, debe incluirse las referentes a las reparaciones y costas (artículo 33(1)). A su vez, las sentencias emitidas por la Corte deben contener, *inter alia*, el pronunciamiento sobre reparaciones y costas (artículo 55(1)(h)). De ese modo, una vez más se busca reducir la duración del proceso ante el Tribunal, a la luz del principio de la celeridad y economía procesales y en beneficio de todos los interesados.

Tal como fue recomendado por la Asamblea General de la OEA (cf. *supra*), la Corte introdujo en su nuevo Reglamento de 2000 una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in judicio*) en todas las etapas ante el Tribunal. En perspectiva histórica, esta es la modificación más trascendental del cuarto Reglamento de la Corte, además de un verdadero marco en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en particular, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general. El artículo 23 del nuevo Reglamento de 2000, sobre la “Participación de las presuntas víctimas”, dispone que:

1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.
2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.
3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.

Como ya ha sido señalado, el anterior Reglamento de 1996 había dado el primer paso en esa dirección, al otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes la facultad de presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma, específicamente en la etapa de reparaciones. Sin embargo, si las presuntas víctimas se encuentran al *inicio* del proceso (al ser supuestamente lesionadas en sus derechos), así como al *final* del mismo (como eventuales beneficiarios de las reparaciones), ¿por qué razón negar su presencia *durante* el proceso, como verdadera parte demandante? El Reglamento de 2000 vino a remediar esta incongruencia que perduró por más de dos décadas (desde la entrada en vigor de la Convención Americana) en el sistema interamericano de protección.

En efecto, con el Reglamento de 2000 de la Corte Interamericana, las presuntas víctimas, sus familiares o representantes podrán presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante *todo* el proceso ante el Tribunal (artículo 23). Así, una vez que la Corte notifica la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes legales, les otorga a éstos un plazo de 30 días para la presentación, en forma autónoma, de los escritos conteniendo sus solicitudes, argumentos y pruebas (artículo 35(4)). Asimismo, durante las audiencias públicas, ellos podrán hacer uso de la palabra para la presentación de sus argumentos y pruebas, debido a su condición de verdadera parte en el proceso (artículo 40(2))²². Con este relevante avance, queda aclarado que las verdaderas partes en un caso contencioso ante la Corte son los individuos demandantes y el Estado demandado y, sólo procesalmente, la CIDH (artículo 2(23)).

Con el otorgamiento del *locus standi in iudicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales, en todas las etapas del proceso ante la Corte pasan ellos a disfrutar de todas las facultades y obligaciones en materia procesal que hasta el Reglamento de 1996 eran privativos únicamente de la CIDH y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones). Esto implica que,

²² En cuanto a la demanda de interpretación, será comunicada por el Secretario de la Corte a las partes en el caso -incluidas naturalmente las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes- para que presenten los alegatos escritos que estimen pertinentes, dentro de un plazo fijado por el Presidente de la Corte (artículo 58(2)).

en el procedimiento ante la Corte²³, podrán coexistir y manifestarse tres posturas distintas: la de la presunta víctima (sus familiares o representantes legales)²⁴, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la de la CIDH, como órgano de supervisión de la Convención y auxiliar de la Corte, y la del Estado demandado.

Esta histórica reforma introducida en el Reglamento de la Corte sitúa a los distintos actores en perspectiva correcta; contribuye a una mejor instrucción del proceso; asegura el principio del contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la prevalencia de la justicia bajo la Convención Americana; reconoce que es de la esencia del contencioso internacional de los derechos humanos la contraposición directa entre los individuos demandantes y los Estados demandados; reconoce el derecho de libre expresión de las propias presuntas víctimas, el cual es un imperativo de equidad y transparencia del proceso y, *last but not least*, garantiza la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) en todo el procedimiento ante la Corte²⁵.

²³ Para el procedimiento en los casos pendientes ante la Corte, antes de la entrada en vigor del nuevo Reglamento el 1 de junio de 2001, la Corte Interamericana adoptó una Resolución sobre Disposiciones Transitorias (el 13 de marzo de 2001), mediante la cual decidió que: 1) los casos que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigor del nuevo Reglamento (de 2000) continuarán tramitándose de acuerdo con las normas del anterior Reglamento (de 1996), hasta tanto culmine la etapa procesal en la que se hallan; 2) las presuntas víctimas participarán en la etapa que se inicie con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Reglamento (de 2000), de conformidad con el artículo 23 del mismo.

²⁴ Los alegatos, en forma autónoma, de las presuntas víctimas (sus representantes o familiares), deben naturalmente formularse ateniéndose a los términos de la demanda (es decir, a los derechos que se alega en la demanda haber sido violados), porque, -como los procesalistas no se cansan de repetir (invocando las enseñanzas sobre todo de los maestros italianos)- lo que no está en el expediente del caso no está en el mundo...

²⁵ En defensa de esta posición (que ha logrado superar resistencias, sobre todo de los nostálgicos del pasado, inclusive dentro del propio sistema interamericano de protección), cf. mis escritos: Cançado Trindade, A.A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas", *Derecho internacional y derechos humanos/Droit international et droits de l'homme* (Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, abril/mayo de 1995), La Haya/San José, IIDH/Académie de Droit International de La Haye, 1996, pp. 47-95; Cançado Trindade, A.A., "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the

En efecto, el fortalecimiento de la capacidad procesal de los individuos en los procedimientos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos se está logrando gradualmente, además de la evolución gradual del propio *Reglamento* de la Corte Interamericana (cf. *supra*), también mediante la *interpretación* de determinadas disposiciones de la Convención Americana, a la luz de su objeto y fin, así como del Estatuto de la Corte. En lo que concierne a las disposiciones convencionales relevantes, podría destacar las siguientes: a) los artículos 44 y 48(1)(f) de la Convención Americana se prestan claramente a la interpretación en favor de los individuos peticionarios como parte demandante; b) el artículo 63(1) de la Convención se refiere a “parte lesionada”, la cual sólo puede significar los individuos (y jamás la CIDH); c) el artículo 57 de la Convención señala que la CIDH “comparecerá en todos los casos ante la Corte”, pero no especifica en qué condición y no dice que la CIDH es parte; d) el propio artículo 61 de la Convención, al determinar que sólo los Estados Partes y la CIDH pueden someter un caso a la decisión de la Corte, no habla de “partes”²⁶; e) el artículo 28 del Estatuto de la Corte señala que la CIDH “será tenida como parte ante la Corte” (o sea, parte en un sentido puramente procesal), pero no determina que efectivamente “es parte”.

También en relación con el procedimiento consultivo, no debe pasar desapercibido que la histórica Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana, del 1 de octubre de 1999, contó con un procedimiento consultivo extraordinariamente rico, en el cual, a la par de los ocho Estados intervinientes²⁷, hicieron uso de la palabra en las

Turn of the Century”, *Columbia Human Rights Law Review*, 30, New York, 1998, n. 1, pp. 1-27; Cançado Trindade, A.A., “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, in *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; Cançado Trindade, A.A., “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI - Memoria del seminario* (Noviembre de 1999), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, tomo I, pp. 3-68; Cançado Trindade, A.A., “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana...”, pp. 45-71; Cançado Trindade, A.A., *El acceso directo del individuo a los tribunales...*, pp. 17-96.

²⁶ En el futuro, cuando esté consagrado -como espero - el *jus standi* de los individuos ante la Corte, este artículo de la Convención habrá sido enmendado.

²⁷ México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, República Dominicana y Estados Unidos.

audiencias públicas siete individuos representantes de cuatro ONG (nacionales e internacionales) de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad (nacional) de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte. Estos datos, poco conocidos, también revelan el acceso del ser humano a la jurisdicción internacional en el sistema interamericano de protección, en el marco de los procedimientos consultivos bajo la Convención Americana; demuestran, además, el carácter de *ordre public* de dichos procedimientos.

La Corte Interamericana, en este inicio del siglo XXI, ha alcanzado, en definitiva, su maduración institucional. Nunca una generación de jueces ha estado expuesta a tantas exigencias como la actual²⁸, como lo demuestran cabalmente los informes anuales de la Corte en los últimos años²⁹. Sin embargo, para atender a las crecientes necesidades de protección la Corte necesita considerables recursos adicionales, humanos y materiales³⁰. Con la entrada en vigor, el día 1 de junio de 2001, de su nuevo Reglamento (de 2000), dichos recursos serán imprescindibles para el propio funcionamiento o *mise-en-oeuvre* del mecanismo de protección de la Convención Americana, precisamente por haber otorgado a las presuntas víctimas, a sus familiares o a sus representantes legales, el *locus standi in iudicio*, como verdadera parte demandante, a la par de la participación de la CIDH y del Estado demandado. La Corte deberá, de ese modo, escu-

²⁸ Es decir, la generación conformada por los Jueces que hoy día componen la Corte Interamericana, a saber: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Máximo Pacheco Gómez; Hernán Salgado Pesantes; Oliver Jackman; Sergio García Ramírez; y Carlos Vicente de Roux Rengifo.

²⁹ Para los nostálgicos del pasado, me permito señalar tan sólo un dato: el Informe Anual de la Corte, referente al año 1991, tiene 127 páginas; transcurrida una década, el Informe Anual de la Corte, relativo al año 2000, tiene 818 páginas; y el Informe Anual de la Corte, relativo al año 2001, por primera vez en dos tomos, tiene 1277 páginas. Aún más relevante que el volumen de labor es la calidad del trabajo que el Tribunal hoy día desarrolla. Lo hace en condiciones adversas, con un mínimo de recursos humanos y materiales, gracias a la dedicación de todos sus Magistrados y al apoyo permanente de su Secretaría.

³⁰ En el último bienio, la Corte ha señalado, en los dos últimos proyectos de presupuesto transmitidos (2000-2001) a la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios de la OEA (para los años fiscales 2001-2002), la necesidad apremiante de dichos recursos adicionales, en realidad, de un presupuesto por lo menos cinco veces mayor que el actual.

char y tramitar los alegatos de los tres (peticionarios, CIDH y Estado), lo que implicará mayores costos³¹.

Oportunamente habría que considerar aspectos específicos de la futura asignación de recursos materiales, un mecanismo de asistencia judicial gratuita (*free legal aid*) para peticionarios carentes de recursos materiales (un punto directamente ligado al tema central del propio acceso a la justicia a nivel internacional), tal como se hizo hace algunos años en el ámbito del sistema europeo de protección³². A los aspectos presupuestarios, para la gradual transformación del régimen de trabajo de la Corte en un Tribunal permanente, me referí detalladamente en el informe que presenté el 16 de abril de 2002, a la reunión conjunta de la CAJP y de la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios (CAAP) del Consejo Permanente de la OEA.

III. Informes anteriores del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la CAJP del Consejo Permanente y a la Asamblea General de la OEA (2000 y 2001)

Antes de referirme a los desafíos presentes y futuros del sistema interamericano de protección, permítome recapitular brevemente los puntos centrales que tuve ocasión de desarrollar en los anteriores informes que presenté a la CAJP, así como a la Asamblea General de la OEA, en el bienio 2000-2001. En el primer informe que presenté

³¹ Además, con el inevitable aumento de casos sometidos a la Corte bajo el nuevo Reglamento, el actual sistema de tres o cuatro períodos ordinarios de sesiones por año se tornará insuficiente e inadecuado para el fiel desempeño de las funciones otorgadas al Tribunal por la Convención. El incremento en el volumen y la complejidad del trabajo, a raíz de las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento de la Corte, de conformidad con lo recomendado en la resolución AG/RES.1701(XXX-0/00) de la Asamblea General de la OEA, requiere, además, del aumento del personal del área legal de la Corte -que hoy día opera con un mínimo esencial-, con los consecuentes ajustes en los niveles salariales de sus integrantes. Esto sin tener en cuenta que los Magistrados de la Corte Interamericana -a diferencia de los de otros tribunales internacionales existentes-, siguen trabajando sin recibir salario alguno, lo que significa que su labor sigue siendo más bien un apostolado.

³² En razón de todo esto, surgió en buena hora la oportuna propuesta de Costa Rica de incrementar, en forma escalonada, el presupuesto de la Corte y la CIDH en al menos 1% al año, de los actuales 5,7% del Fondo Regular de la OEA hasta que alcance el 10% de dicho Fondo para el año 2006. Dicha propuesta ha contado con el firme apoyo de la Corte, y amerita, a mi juicio, el respaldo de todos los Estados miembros de la OEA; cf. OEA, documento OEA/Ser.G-CP/doc.3407/01, del 23.01.2001, p. 3.

a la CAJP, en el marco del *Diálogo sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, el 16 de marzo de 2000, evalué los resultados del Seminario de noviembre de 1999 en cuanto a los distintos temas en él tratados, así como de las cuatro Reuniones de Expertos realizadas en la sede de la Corte entre septiembre de 1999 y febrero de 2000³³ (*supra*). En seguida, el 13 de abril de 2000 volví a comparecer ante la misma CAJP para presentar las labores de la Corte durante el año 1999, incluyendo las relativas al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos³⁴. El día 6 de junio de 2000, en mi presentación del referido informe anual de la Corte a la Asamblea General de la OEA, realizada en Windsor, Canadá³⁵, me permití formular, *inter alia*, las siguientes ponderaciones:

La Corte está conciente de los retos actuales y futuros que hay que enfrentar. Veo con mucha claridad las providencias que deben ser tomadas para el fortalecimiento de nuestro sistema regional de protección, a operar en el ámbito de la universalidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos. En primer lugar, se impone, como ya señalé, la ratificación de la Convención Americana y de sus dos Protocolos en vigor, o la adhesión a los mismos, por todos los Estados de la región. La segunda providencia reside en la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención Americana, de modo a asegurar la aplicabilidad directa de las normas de la Convención en el derecho interno de los Estados Partes y el fiel cumplimiento de las decisiones de la Corte.

El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención, acompañada de la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes, sin restricciones.

33 Cf. OEA, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (16 de marzo de 2000), OEA documento OEA/Ser.G/CP-/CAJP-1627/00, de 17.03.2000, pp. 21-32 (también disponible en portugués, inglés y francés). A mi presentación de este Informe se siguió un debate de cerca de cuatro horas, durante el cual las 16 Delegaciones que intervinieron respaldaron el contenido del mismo.

34 Cf. texto reproducido in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2000*, Anexo L, pp. 775-783, esp. pp. 778-779.

35 Cf. texto in *ibídem*, Anexo LI, pp. 785-790.

Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas, constituyen verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos: son ellas las que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional, lo que representa una verdadera revolución jurídica, tal vez el más importante legado que estamos llevando al siglo XXI.

Esto me conduce al cuarto punto, que es el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el cual requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, con la preservación de las funciones no contenciosas de la Comisión Interamericana. Tal participación puede ser asegurada mediante modificaciones que comenzamos a introducir en septiembre de 1996 en el Reglamento de la Corte, seguidas de la cristalización del derecho de acceso directo (*jus standi*) de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana (o sea, a la justicia en el plano internacional) mediante la adopción de un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este propósito. Los necesarios avances en este sentido, acompañados por los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados, convienen a todos, puesto que la vía jurisdiccional representa la forma más evolucionada y perfeccionada de la protección de los derechos humanos.

Por último, me parece necesario tener siempre presente el amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección bajo los tratados de derechos humanos, las cuales vinculan a todos los poderes (ejecutivo, legislativo, judicial) del Estado. Al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, dichos tratados requieren el ejercicio de la *garantía colectiva* para la plena realización de su objeto y fin. La Corte Interamericana de Derechos Humanos confía en que, mediante el ejercicio permanente de dicha garantía colectiva, se contribuirá al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en este umbral del nuevo siglo.

Dicho fortalecimiento habrá de erigirse, en resumen, sobre cuatro pilares básicos: la garantía del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la intangibilidad de tal jurisdicción (*cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos), sumadas al fiel cumplimiento por los Estados de todas las decisiones de la Corte y el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes de las obligacio-

nes consagradas en la Convención Americana. Esta es una tarea de todos, de los órganos convencionales de supervisión de la Convención así como de los Estados Partes, para que logremos contribuir a la construcción de un mundo mejor para nuestros descendientes; las generaciones futuras nos darán su juicio sobre nuestra labor de protección³⁶.

El día 9 de marzo de 2001, regresé a la CAJP del Consejo Permanente de la OEA para presentar el informe de labores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativo al año de 2000, en mi condición de Presidente del Tribunal³⁷; al final de mi presentación, tuve la ocasión de mantener un fructífero diálogo con las 12 delegaciones intervinientes. El día 5 de abril de 2001, regresé a la CAJP para participar del Diálogo -iniciado el año anterior en el mismo órgano- sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En esta ocasión presenté mi nuevo informe, conteniendo lo que denominé las “Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección”. En dicho informe, me permití avanzar una serie de propuestas (como, v.g., las de enmiendas a los artículos 50(2), 51(1), 59, 62, 65, 75, y 77 de la Convención Americana), fruto de una intensa y prolongada reflexión personal sobre los medios de fortalecer el mecanismo de protección de la Convención Americana³⁸.

Formulé tales propuestas (cf. *infra*) en el entendimiento de que deben formar parte de un *proceso* de reflexión colectiva, a ser conducido de manera permanente, con la participación de todos los actores del sistema interamericano de protección: Estados, órganos

³⁶ *Ibidem*, pp. 789-790.

³⁷ Cf. OEA, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (09 de marzo de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, de 16.03.2001, pp. 01-14 (también disponible en portugués, inglés y francés).

³⁸ Cf. OEA, *Informe y propuestas del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección (05 de abril de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, de 10.04.2001, pp. 01-37 (también disponible en portugués, inglés y francés).

convencionales de supervisión internacional (Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos), el IIDH, las ONG, y los beneficiarios del sistema en general. La realización de las más *amplias consultas* a todos estos actores (inclusive mediante la circulación de cuestionarios) es de la mayor importancia, para lograr consensos mediante un diálogo constructivo en los próximos años, imprescindibles para el éxito de la presentación futura, en el momento considerado oportuno, del referido *Proyecto de Protocolo* de amplias reformas a la Convención Americana, con miras, concretamente, a fortalecer su mecanismo de protección.

Dichas consultas requerirán tiempo para la formación de los necesarios consensos y, sobretodo, para la *formación de una conciencia*, entre todos los actores del sistema interamericano de protección, en cuanto a la necesidad de cambios, sin ideas preconcebidas. Tal como lo señalé en el mencionado intercambio de ideas en la CAJP, el 9 de marzo de 2001, estoy firmemente convencido de que la *conciencia* es la fuente material de todo el Derecho, responsable por sus avances y su evolución, a la par de sus fuentes formales. Sin esta *formación de una conciencia* poco lograremos avanzar en el perfeccionamiento de nuestro sistema de protección. Otros requisitos para la consolidación de nuestro sistema regional de protección son, como vengo insistiendo hace mucho, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -o adhesión a la misma- por parte de todos los Estados miembros de la OEA, la aceptación integral de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención y la incorporación de las normas sustantivas de ésta última en el derecho interno de los Estados Partes.

Todas las propuestas que presenté tienen por objetivo perfeccionar y fortalecer el mecanismo de salvaguardia de los derechos humanos, teniendo presentes las crecientes demandas y necesidades de protección de la persona humana en nuestra parte del mundo³⁹ y, en

³⁹ Ya había tenido ocasión de presentarlas, una por una, en la reunión conjunta entre la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, realizada en la ciudad de Washington, el día 8 de marzo de 2001; también las presenté en otras ocasiones, como, v. g., en la reunión anual del Consejo Directivo del IIDH, el día 16 de marzo de 2001, así como en el Seminario para ONG actuantes en el dominio de los derechos humanos en todo el continente americano, organizado por el IIDH, en San José de Costa Rica, en septiembre de 2000. En el seno de la Corte Interamericana, las presenté a mis colegas, los jueces del Tribunal, en su-

particular, los siguientes puntos: a) la evolución del Reglamento de la Corte en perspectiva histórica, y, en particular, la significación de los cambios introducidos por el nuevo Reglamento (de 2000) de la Corte para la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana (cf. *supra*); b) el necesario fortalecimiento de la capacidad procesal internacional de los individuos bajo la Convención Americana y c) la evolución del *locus standi* al *jus standi* de los individuos demandantes ante la Corte Interamericana.

IV. Los actuales desafíos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En mi presentación de 5 de abril de 2001 ante la CAJP, expuse detalladamente cuales consideraba ser los pasos y reformas que debían tomarse a fin de fortalecer y perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos. Me permito retomar la consideración del tema, identificando los actuales desafíos del sistema y los pasos que, a mi juicio, deben darse de manera urgente a fin de evitar una parálisis del mismo: me refiero al incremento de los recursos humanos y financieros de la Corte y Comisión y al establecimiento de un mecanismo internacional de monitoreo del cumplimiento de las decisiones de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considero estos dos pasos un complemento esencial para asegurar una plena efectividad a las recientes reformas reglamentarias efectuadas por los dos órganos de supervisión de la Convención Americana.

1. Asignación de recursos humanos y materiales adecuados a la Corte Interamericana

En cuanto al primer paso, estamos todos conscientes de que, a pesar de los innegables avances y de la presencia hemisférica que ha logrado el sistema interamericano de derechos humanos, se trata de un sistema de protección hasta cierto punto entrabado dentro de un esquema de financiamiento sin el dinamismo necesario para atender las exigencias de una justicia pronta y cumplida, la cual la propia

cesivas ocasiones: les entregué un *progress report*, que concluí el día 15 de junio de 2000, conteniendo mis observaciones provisionales, para su conocimiento y comentarios; les rendí informes de los avances de mis trabajos y conclusión de los mismos, los días 31 de enero de 2001 y 21 de mayo de 2001, respectivamente. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acta de la Sesión n. 6, del 31 de enero de 2001; y Acta de la Sesión n. 1, del 21 de mayo de 2001.

Convención Americana requiere. Esta es una realidad que se torna más preocupante y alarmante ante las recientes reformas reglamentarias efectuadas por la Corte y la Comisión. Como advertía en mi intervención ante la Asamblea General de la OEA del 2001, en San José de Costa Rica, dichas reformas reglamentarias fueron efectuadas en el entendimiento de que se harían acompañar de los recursos presupuestarios adicionales que requerían, pero como la proyectada Asamblea General extraordinaria para los asuntos presupuestarios no se realizó en 2001, como originalmente estaba programado, tales recursos nunca vinieron, amenazando así una parálisis del sistema.

En lo que a la Corte Interamericana se refiere, al no ser ésta actualmente un órgano judicial permanente, ha desarrollado su trabajo hasta la fecha en sesiones ordinarias y extraordinarias que se celebran en su sede en San José de Costa Rica, para lo cual los jueces deben viajar desde sus respectivos países en esas fechas. Es pertinente anotar que en un esfuerzo por dar un máximo nivel de rendimiento a los recursos materiales que le brinda la OEA, durante sus sesiones la Corte sesiona tanto en días hábiles como de asueto y lo hace también en fines de semana.

La Corte es asistida por una Secretaría la cual cumple un rol esencial en el trabajo cotidiano del Tribunal, sobre todo en el trámite y las actuaciones procesales de los casos sometidos a la Corte, para que se resuelvan éstos durante sus breves períodos de sesiones⁴⁰. Desde que se inició el diálogo sobre el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos en 1996 (cf. *supra*), ha habido un consenso entre los participantes en el mismo sobre la necesidad imperiosa de aumentar los recursos humanos y materiales del sistema interamericano de protección, a fin de que éste pueda cumplir a plenitud con sus funciones, pero dichos recursos todavía no han sido otorgados.

Los jefes de Estado y gobierno del hemisferio, reunidos en la III Cumbre de las Américas (Quebec, Canadá, abril de 2001) fueron claros, categóricos y explícitos al respecto, al encomendar a la OEA la

⁴⁰ La Secretaría de la Corte está compuesta por un Secretario, un Secretario Adjunto, cuatro abogados, cinco asistentes (que son estudiantes de derecho), tres secretarías, además del personal administrativo correspondiente. Esta realidad de la Secretaría de la Corte contrasta con sus homólogos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual cuenta con más de 100 abogados. El número de profesionales que la Corte Interamericana tiene hoy en día es equivalente a aquel que tenía la Comisión a finales de la década de los ochenta.

adopción de las medidas necesarias para el *incremento sustancial de los fondos asignados a la Corte y Comisión para mantener sus operaciones en curso*, pero, a pesar de esa instrucción, el presupuesto anual de la Corte desde 1997⁴¹ prácticamente no ha experimentado ningún incremento en términos reales. El actual presupuesto de la Corte le permite funcionar solamente con el mínimo de los recursos, con el consecuente deterioro de los servicios que se deben prestar para el adecuado trabajo de ésta. De igual manera, el presupuesto asignado a la Corte no le ha permitido cubrir adecuadamente año a año el constante incremento de los costos de operación por el volumen de casos que maneja y normalmente se hacen recortes o eliminan actividades importantes para no cerrar o terminar el año fiscal con déficit presupuestario.

Tal como lo señalé en la reciente reunión conjunta de la CAJP y de la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios (CAAP) de la OEA, en mi informe presentado el 16 de abril de 2002, titulado *El Financiamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (páginas 1-23), las recientes reformas reglamentarias de la Corte y la Comisión necesariamente conllevan un aumento considerable en el trabajo de la Corte y de sus costos de operación⁴². En los debates que se siguieron a mi presentación en la mencionada reunión conjunta de la CAJP y la CAAP de la OEA, expresé mi entendimiento en el sentido de que ningún dominio de actuación legítima más a la propia OEA hoy día que su labor en el dominio de la promoción y protección de los derechos humanos. Sin los derechos humanos no hay democracia ni Estado de Derecho.

La OEA y el Consejo de Europa tienen la buena fortuna de contar en nuestros días con los dos únicos tribunales internacionales -las Cortes Interamericana y Europea- de derechos humanos, dotados de base convencional, existentes y en operación en la actualidad, y que en gran parte justifican la propia existencia de aquellos organismos

⁴¹ El que es actualmente de US \$1,350,000.00 (un millón trescientos cincuenta mil dólares), equivalente al 1,5% de los recursos del Fondo Regular de la OEA, siendo una de las reparticiones de ésta que tiene menor asignación presupuestaria.

⁴² En este sentido, valga recordar que el nuevo Reglamento de la Comisión dispone (artículo 44) que todos los casos que ella conozca deben pasar a la Corte, salvo que por mayoría absoluta de sus miembros decida lo contrario. Esta situación implica necesariamente un gran aumento en el número de casos que llegarán a conocimiento de la Corte.

internacionales. La Corte Interamericana no es un “órgano como cualquier otro” de la OEA; tiene jerarquía superior, es el órgano judicial máximo de la Convención Americana, que debe ser motivo de orgullo para la OEA como uno de los dos tribunales internacionales de derechos humanos existentes hoy en el mundo, y debe ser tratado como tal.

En efecto, el nuevo Reglamento de la Corte anuncia un fuerte incremento en los costos del trámite de los casos, al haber otorgado a las presuntas víctimas (o sus familiares y a sus representantes legales) el necesario *locus standi in judicio*, como verdadera parte demandante, a la par de la participación de la Comisión y del Estado demandado. La Corte deberá, de ese modo, escuchar y tramitar los alegatos de los tres (los peticionarios como parte demandante, la Comisión y el Estado demandado), lo que implicará mayores costos.

Además, con el inevitable aumento de casos sometidos a la Corte bajo el nuevo Reglamento, el actual sistema de 4 períodos ordinarios de sesiones por año tórnase manifiestamente insuficiente e inadecuado para el fiel desempeño de las funciones otorgadas a la Corte por la Convención. De no tomarse medidas al respecto, se formará una “lista de espera” interminable de casos que esperarán su turno para llegar a etapa de sentencia. Para evitar esta virtual parálisis y atender en forma diligente la tramitación del volumen creciente de asuntos que estén en conocimiento de la Corte (mientras no sea ésta permanente), se requiere aumentar de manera urgente el número de semanas de las sesiones de la Corte al año.

En este sentido, en mi supracitado informe a la CAJP y a la CAAP de la OEA, he identificado metas presupuestarias a corto, mediano y largo plazos y he propuesto a la CAAP del Consejo Permanente de la OEA, *inter alia*, que se incremente el presupuesto para ampliar el número de sesiones anuales de 8 para 12 semanas (como mínimo en el corto plazo), de 12 para 24 semanas (en el mediano plazo, con creciente permanencia en la sede de la Corte del Presidente y Vicepresidente) y que posteriormente se contemple el presupuesto necesario para contar con una Corte permanente (en el largo plazo). Hacer posible el aumento de sesiones de la Corte en la manera que lo he propuesto es una medida concreta para fortalecer efectivamente el mecanismo de protección de la Convención Americana⁴³.

⁴³ Otras propuestas formuladas en mi referido informe incluyen el aumento del personal del área legal de la Corte (a fin de poder contar en el corto plazo con

2. Mecanismo de monitoreo internacional permanente del cumplimiento de sentencias y decisiones de la Corte Interamericana

Como ya me permití señalar, el complemento ineluctable de la gran conquista que representa el derecho de petición individual internacional reside en la *intangibilidad* de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, la cual, a mi juicio, además de *obligatoria*, debe ser *automática* para todos los Estados Partes en la Convención. Sobre las cláusulas de dicha jurisdicción obligatoria y del derecho de petición individual se erige todo el mecanismo de salvaguardia internacional del ser humano (en mi entender el más importante legado de la ciencia jurídica del siglo XX), - razón por la cual me he permitido designarlas verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos de la persona humana⁴⁴.

Efectivamente gana cuerpo, en nuestros días, el viejo ideal de la justicia internacional, de la jurisdicción internacional obligatoria y permanente, como ilustrado por los importantes desarrollos al respecto que tenemos el privilegio de testimoniar. Cabe recordar, en ese sentido, que hoy día todos los Estados miembros del Consejo de Europa son parte en la Convención Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, a la cual tienen acceso directo los individuos, cuenta con jurisdicción obligatoria y automática *vis-à-vis* todos los Estados Partes; del mismo modo, el Tribunal de Luxemburgo tiene jurisdicción obligatoria en relación con todos los Estados miembros de la Unión Europea; todos los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana son hoy parte en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y han decidido (mediante el Protocolo de Burkina Faso de 1998) establecer una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y el 12 de abril de 2002 se anunció que el Estatuto de Roma de 1998 sobre el Establecimiento del Tribunal Penal Internacional alcanzó las sesenta ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, estableciendo una jurisdicción penal internacional permanente, obligatoria para todos los Estados Partes.

tres nuevos abogados, una secretaria y tres asistentes, capaces de expresarse en los cuatro idiomas oficiales de la OEA), con los consecuentes ajustes en los niveles salariales de sus integrantes. Asimismo, la Corte entiende que las relatorías de los Jueces deberían ser remuneradas, como se hace en todos los demás tribunales internacionales existentes.

44 Cf. Cançado Trindade, A. A., "Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano...", pp. 3-68.

Todos estos ejemplos apuntan en la misma dirección: la *jurisdiccionalización* de los mecanismos internacionales de protección de los derechos de la persona humana y la centralidad de éstos últimos en el Derecho Internacional de este inicio del siglo XXI. Y han sido posibles gracias, en última instancia, al grado más elevado de evolución que ha alcanzado la conciencia humana. Es necesario tener siempre presente el amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección bajo los tratados de derechos humanos, las cuales vinculan a todos los poderes (ejecutivo, legislativo, judicial) del Estado; al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, dichos tratados requieren el ejercicio de la *garantía colectiva* para la plena realización de su objeto y fin. La Corte Interamericana está convencida que, mediante el ejercicio permanente de dicha garantía colectiva, se contribuirá al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Me permito renovar, en esta ocasión, la confianza que deposita la Corte Interamericana en los Estados Partes como *garantes* de la Convención Americana. Los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las decisiones de la Corte, como lo establece el artículo 68 de la Convención, en aplicación del principio *pacta sunt servanda* y por tratarse, además, de una obligación de su propio derecho interno. Los Estados Partes igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma. La supervisión de la fiel ejecución de las sentencias de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención.

Sobre el particular, en mi presentación del 5 de abril de 2001 ante la CAJP, propuse, con el fin de asegurar el *monitoreo continuo* del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección y en particular de las sentencias de la Corte, que en un eventual futuro Protocolo a la Convención Americana, se agregara al final del *artículo 65* de la Convención, la siguiente frase:

La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto.

Además, se encargaría a un grupo de trabajo permanente de la CAJP, integrado por representantes de Estados Partes en la Conven-

ción Americana, supervisar de manera permanente el estado de cumplimiento, por los Estados demandados, de las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana, el cual presentaría sus informes a la CAJP; ésta, a su vez, relataría al Consejo Permanente, para preparar su informe para la deliberación de la Asamblea General al respecto. De ese modo, se supliría un laguna en cuanto a un mecanismo, a operar con *base permanente* (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte.

En mi presentación del 17 de abril de 2002, ante el Consejo Permanente de la OEA, me permití agregar la siguiente consideración:

El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente *medidas positivas* de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es “cosa juzgada”, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es “cosa interpretada”, válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención, en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos.

La jurisprudencia protectora de la Corte Interamericana -conformada hoy por 94 sentencias, 16 opiniones consultivas y 45 medidas provisionales de protección-, constituye un patrimonio jurídico de todos los países y pueblos de la región y debe ser salvaguardada conjuntamente por todos los Estados Partes en la Convención Americana.

V. Conclusiones

En este inicio del siglo XXI la búsqueda de la plena salvaguardia y prevalencia de los derechos inherentes al ser humano, en todas y cualesquiera circunstancias, corresponde al nuevo *ethos* de la actualidad, en una clara manifestación, también en nuestra parte del mundo, *de la conciencia jurídica universal*. Se reconoce hoy en día, inequívocamente, la necesidad de restituir a la persona humana la posición central que le corresponde como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*.

Este reconocimiento se manifiesta, a mi modo de ver, en el marco del proceso de *humanización* del derecho internacional, que tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar al inicio de este nuevo siglo, el cual se ocupa más directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. Con este reconocimiento, además, volvemos a los orígenes conceptuales tanto del Estado nacional como del Derecho Internacional. En cuanto al primero, no hay que olvidarse que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común y que existe para el ser humano y no *vice versa*. En cuanto al segundo, tampoco hay que olvidarse que el Derecho Internacional no era en sus orígenes un derecho estrictamente interestatal, sino más bien el *derecho de gentes*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos viene dando su valiosa contribución a este proceso histórico de humanización del Derecho Internacional. El impacto de su jurisprudencia protectora en el Derecho Internacional Público ya se hace sentir. Un ejemplo elocuente reside en el valioso aporte de la décimosexta Opinión Consultiva de la Corte Interamericana (del 01.10.1999) sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, que revela fielmente el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en un aspecto específico del Derecho Internacional contemporáneo, a saber, el atinente al derecho de los detenidos extranjeros a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido el primer tribunal internacional en afirmar la existencia de un derecho *individual* a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal⁴⁵. La referida Opinión Consultiva de la Corte Interamericana ha sido verdaderamente pionera en esta materia y ha servido de inspiración y de guía a la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* al respecto, en particular al advertir que el incumplimiento del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se da en perjui-

⁴⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva n. 16 (OC-16/99), del 01.10.1999, Serie A, n. 16, pp. 3-123, esp. paras. 76, 78, 82, 84, 90, 122-124 y 137, y puntos resolutive ns. 1, 2, 4 y 6.

cio no sólo de un Estado Parte sino también de los seres humanos en cuestión⁴⁶. Es decir, ya no hay cómo pretender disociar el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular (consagrado en el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena de 1963) del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁷. En efecto, en una dimensión más amplia, la subjetividad internacional de la persona humana y su capacidad jurídico-procesal, además de un imperativo ético, constituyen una *necesidad* del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo. Tenemos todos el deber inescapable de dar nuestra contribución en este sentido. Como me permití señalar en mi intervención ante los Cancilleres de los Estados miembros de la OEA en la Asamblea General de la Organización, en San José de Costa Rica, el 4 de junio de 2001,

Veo el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en [...] momentos distintos. El primer momento es el que estamos viviendo ahora con los cambios reglamentarios aprobados por la Corte y la Comisión; el segundo momento sería el de adopción de un Protocolo de Enmiendas consolidando los cambios reglamentarios y asegurando el *jus standi*, no solamente el *locus standi*, sino el acceso directo del ser humano a la jurisdicción internacional. Esto sólo se tornará realidad cuando se satisfagan algunos prerequisites básicos, como la admisión universal del sistema, la adopción de recursos adecuados para la Corte y la Comisión, y la incorporación de las normas internacionales de protección a nivel de derecho interno.

Somos todos copartícipes en esta labor colectiva, los Estados Partes, los órganos de supervisión, y las entidades de la sociedad civil⁴⁸.

⁴⁶ Tal como también lo admitió, con posterioridad, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia en el caso LaGrand (Alemania versus Estados Unidos, junio de 2001).

⁴⁷ Como bien lo señaló la Corte Interamericana, en su mencionada décimo sexta Opinión Consultiva, el titular de aquel derecho es el individuo. Y agregó: "En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que 'reconoce' los derechos de información y notificación consular a la persona interesada. En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia" (*op. cit. supra* nota 45, pp. 92-93, para. 82).

⁴⁸ Intervención reproducida in: OEA, XXXI Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (San José de Costa Rica, 03-05.06.2001) - Actas y Documentos, vol. II, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2001, p. 59.

Veo con mucha claridad las providencias que deben ser tomadas para el fortalecimiento de nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos. En primer lugar, se impone la ratificación de la Convención Americana, de sus dos Protocolos en vigor y de las Convenciones interamericanas sectoriales de protección o la adhesión a los mismos, por *todos* los Estados de la región. Los Estados que se han autoexcluido del régimen jurídico del sistema interamericano de protección tienen una deuda histórica con el mismo, que hay que rescatar. En este sentido, tengo la firme convicción -tal como lo he expresado en sucesivas ocasiones ante la OEAy en seminarios internacionales- de que el real compromiso de un país con los derechos humanos internacionalmente reconocidos se mide por su iniciativa y determinación de tornarse parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las obligaciones convencionales de protección en éstos consagradas.

En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben valer para todos los Estados, jurídicamente iguales, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias. Todo esto debe ir necesariamente de la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención Americana, a modo de asegurar la aplicabilidad directa de las normas de la Convención en el derecho interno de los Estados Partes y el fiel cumplimiento de las decisiones de la Corte. Mientras todos los Estados miembros de la OEA no ratifiquen la Convención Americana, no acepten integralmente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y no incorporen las normas sustantivas de la Convención Americana en su derecho interno, muy poco se avanzará en el fortalecimiento real del sistema interamericano de protección. Es poco lo que pueden hacer los órganos internacionales de protección si las normas convencionales de salvaguardia de los derechos humanos no alcanzan las bases de las sociedades nacionales. Al tornarse parte en los referidos tratados de derechos humanos, estarán todos los Estados de la región contribuyendo a que la razón de humanidad tenga primacía sobre la razón de Estado, tornando así los derechos humanos el lenguaje común de todos los pueblos de nuestra región del mundo. Sólo de ese modo lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos.

El segundo punto consiste en la consideración seria, por todos los actores del sistema interamericano de protección, de las bases para un Proyecto de Protocolo de enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con miras a fortalecer su mecanismo de protección⁴⁹. Las recientes reformas reglamentarias serían así transpuestas, juntamente con otras providencias, a un instrumento internacional que vincule jurídicamente a todos los Estados Partes, en una clara demostración del real compromiso de éstos con la vigencia de los derechos humanos.

El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención, acompañada de la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes, sin restricciones. Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas, constituyen verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos: son ellas las que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional, lo que representa una verdadera revolución jurídica, tal vez el más importante legado que estamos llevando al siglo XXI.

El cuarto punto es el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. El día en que logremos evolucionar del *locus standi* al *jus standi* de los individuos ante la Corte, tendremos alcanzado el punto culminante de una larga evolución del Derecho hacia la emancipación del ser humano, como titular de derechos inalienables que le son inherentes como tal y que emanan directamente del Derecho Internacional⁵⁰.

⁴⁹ Cf. Cançado Trindade, A.A., (Relator), *Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, tomo II, pp. 1-669.

⁵⁰ El desarrollo, a partir de la plena participación de los individuos demandantes en todo el procedimiento (*locus standi*) ante la Corte, hacia el derecho de acceso directo de los individuos al Tribunal (*jus standi*), es, a mi juicio, una consecuencia lógica de la evolución, en perspectiva histórica, del propio mecanismo de protección bajo la Convención Americana. El día en que alcancemos este grado de evolución, estará realizado el ideal de la plena igualdad jurídica, ante la Corte Interamericana, entre el individuo como verdadera parte demandante y el Estado como parte demandada. Los necesarios avances en este sentido, acompañados por los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados, convienen a todos, puesto que la vía jurisdiccional representa la forma más evolucionada y perfeccionada de la protección de los derechos humanos.

En quinto lugar, se impone la asignación de recursos adecuados a los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que puedan cumplir a cabalidad sus funciones.

En sexto lugar, son necesarias las medidas nacionales de implementación de la Convención Americana, a modo de asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el plano del derecho interno de los Estados Partes y la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana.

Y, en séptimo lugar, se impone el ejercicio de la *garantía coletiva*, conjuntamente por todos los Estados Partes en la Convención, así como el establecimiento de un mecanismo internacional de monitoreo permanente del cumplimiento por los Estados de las sentencias y decisiones de la Corte y las recomendaciones de la Comisión.

El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*

Antônio A. Cançado Trindade

I. Introducción

Tengo el honor de dirigirme al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con el propósito de dar cumplimiento a varios mandatos de la Asamblea General de la OEA, que se celebró el mes de junio pasado en Bridgetown, Barbados, los cuales se originaron, a su vez, de mandatos que los jefes de Estado y de gobierno atribuyeron a la OEA en la III Cumbre de las Américas, celebrada en Québec, Canadá, en abril de 2001. El momento para dirigirlas esta presentación no podría ser más oportuno, por cuanto se encuentra en la mesa de discusión, tanto de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) como de la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios (CAAP) de la OEA, una serie de mandatos expresos que son determinantes para el futuro inmediato del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los mandatos a que hago referencia provienen de las siguientes resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA realizada en Barbados: a) resolución AG/RES.1850 (XXXII-O/02) denominada “Observaciones y recomendaciones de los Estados miembros al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; b) resolución AG/RES.1890 (XXXII-O/02) titulada “Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y su forta-

* Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., 16 de octubre de 2002 (Documento OEA/Ser.GCP/doc.3654/02, 17 de octubre de 2002).

Nota de la editora. Se han eliminado algunas partes de la intervención, tales como los saludos, a modo de garantizar la fluidez de la lectura.

lecimiento”; y c) resolución AG/RES.1895 (XXXII-O/02) denominada “Estudio sobre el acceso de las personas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En el mismo orden en que fueron aprobadas estas tres relevantes resoluciones, me iré refiriendo a cada una de ellas.

II. Observaciones y recomendaciones de los Estados miembros al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Resolución AG/RES.1850 (XXXII-O/02)

La Corte Interamericana, después de un largo estudio para dar cumplimiento a un mandato que le fue atribuido por la Asamblea General de la OEA, reformó su Reglamento, con el fin de hacer más expedita la tramitación de los casos, sin perjuicio de la seguridad jurídica y de asegurar la presencia y participación de las presuntas víctimas, o sus representantes legales, en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal. El actual Reglamento de la Corte incorpora estas reformas de trascendencia histórica¹.

La Corte emprendió esta reforma en el entendimiento de que existía un compromiso por parte de los Estados miembros de la OEA de acompañar dicha reforma con un aumento presupuestario acorde con las nuevas necesidades funcionales que de ahí surgirían. Es lo que se desprende claramente de la resolución 1828 de 2001, de la Asamblea General de la OEA². Transcurridos dieciocho meses desde la introducción de las mencionada reforma ésta no ha sido acompañada por el incremento correspondiente en el presupuesto de la Corte.

En el marco de la reciente resolución AG/RES.1850 (XXXII-O/02) de la Asamblea General de 2002 de la OEA, debo referirme específicamente al punto 3 de su parte resolutive, que estipula lo siguiente:

¹ Cf. Cançado Trindade, A.A., “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 30/31, 2001, pp. 45-71.

² Y, anteriormente, de las recomendaciones del *Grupo de trabajo ad hoc* sobre los derechos humanos de los representantes de los cancilleres, adoptadas el día 11 de febrero de 2000.

Encomendar al Consejo Permanente que presente al XXXIII período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA un proyecto de presupuesto para el año 2004 en el que se realice un efectivo y adecuado incremento de los recursos económicos asignados a la Corte a la luz de las necesidades y metas descritas en el documento presentado por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CP/CAJP-1921/02/Corr.1)³.

Este es un tema de la mayor trascendencia y actualidad para el presente y futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque de no tomarse medidas inmediatas la Institución corre el peligro de colapsar como consecuencia del considerable incremento del número de casos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está, y continuará, sometiendo a su consideración, producto de las reformas de los Reglamentos de la Corte y la Comisión Interamericanas que en el año 2001 ordenó efectuar la propia Asamblea General de la OEA.

El creciente aumento en el número de casos sometidos al conocimiento de la Corte es un hecho irreversible, que provocará, de no tomarse las medidas necesarias, una saturación en la resolución de dichos casos, a pesar del gran esfuerzo que está haciendo la Corte Interamericana para resolverlos con su actual asignación de recursos tanto humanos como económicos. Los primeros casos contenciosos fueron sometidos a consideración de la Corte en el año de 1986 y, se ha estimado y se espera que, para finales del año 2003 la Corte habrá considerado alrededor de 40 casos contenciosos durante 17 años.

Las proyecciones de ingreso de nuevos casos a la Corte nos han hecho estimar que ésta, a partir de enero del año 2004, tendría un rezago de alrededor de 25 casos contenciosos por considerar, lo que significa un 63% del total de casos considerados en los últimos 17 años. Reflexionemos lo que este rezago significaría si no se aumentan, de manera inmediata, los recursos humanos y financieros solicitados. Cabe resaltar, además, la estimación de que el ingreso de casos sometidos a la Corte siga creciendo a un ritmo anual de alrededor de 20, como producto de las reformas reglamentarias anterior-

³ Trátase del documento CP/CAJP-1921/02/Corr.1, "El financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos", presentado por el Presidente de la Corte Interamericana, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la CAAP de la OEA, el día 16 de abril de 2002, documento que se encuentra actualizado a la fecha de su presentación.

mente citadas. Para hacer frente a esta situación, la Corte deberá, necesariamente, recibir los recursos necesarios para solventar las situaciones que resumo a continuación.

1. Aumento del personal de la Corte Interamericana y fortalecimiento de su Secretaría

Para cumplir con sus importantes y delicadas funciones la Corte Interamericana cuenta, además de sus dos Secretarios, con solamente cuatro abogadas, a quienes asisten cuatro jóvenes abogados locales. La Corte necesita de modo inmediato tres abogados adicionales cuya lengua nativa sea el inglés, el portugués y el francés, respectivamente. Además, para hacer operativa el Área Legal de la Corte, deberán prontamente contratarse a dos secretarias, ya que solamente hay dos trabajando para la misma, y a tres abogados asistentes con sueldos locales. Lo que la Corte pretende, con el fortalecimiento de su Secretaría, es tener siete abogados y siete abogados asistentes locales, para que cada uno de los siete jueces titulares pueda contar con un equipo adecuado asistiéndole permanentemente en la elaboración de proyectos de sentencias. De otra manera sería imposible cumplir con las metas de trabajo propuestas.

2. Incremento de los costos de tramitación de los casos ante la Corte

Como consecuencia de la reforma reglamentaria solicitada por los Estados Miembros de la OEA, a los representantes de la supuestas víctimas se les otorgó *locus standi in judicio* desde junio de 2001, lo que ha significado, desde el punto de vista de la tramitación de los casos, un incremento en los costos de aproximadamente un 35%. Los costos de operación del Tribunal son siempre crecientes. Me permito traer a colación dos ejemplos actuales.

En el *caso Lori Berenson*, relativo al Perú, por ejemplo, solamente el Estado ha presentado como prueba 58 cintas de video y 12 mil páginas de documentación, que debe ser reproducida y transmitida a las otras dos partes procesales, lo que ha significado un elevado costo inicial de tramitación. En el *caso Mirna Mack*, referente a Guatemala, las partes han presentado más de 6 mil páginas de documentación, la cual debe de ser enviada vía *courier* a las otras partes procesales. Además, ambos casos citados se encuentran al inicio del trámite respectivo. Estos son apenas dos ejemplos actuales, a los cuales se podrían agregar otros.

3. Aumento de la duración de los períodos de sesiones de la Corte

La Secretaría de la Corte ha hecho estimaciones del tiempo que debe sesionar la Corte para atender al incremento de trabajo ocasionado por el aumento en el flujo de casos. Se ha estimado que para el año de 2004, el Tribunal debe sesionar 16 semanas al año, es decir, celebrar cuatro sesiones de 4 semanas de duración cada una, lo que se estima le permitiría emitir un número de sentencias proporcional al número de casos que se reciben, además de celebrar audiencias públicas para recabar la prueba testimonial y pericial, emitir opiniones consultivas y dictar medidas provisionales de protección.

Debo hacer notar que, si a los cuatro meses de sesiones se suma el tiempo que los jueces deben dedicar en sus países de origen a leer y estudiar los casos y a que es conveniente que el Presidente y el Vicepresidente puedan prestar sus servicios permanentemente en la sede del Tribunal, es inevitable que la Corte se convierta en un Tribunal semi-permanente, que les pague a sus jueces, además de las sesiones en la sede, el trabajo y el estudio de los casos que ellos realizan en sus propios países. Quiero hacer énfasis en que las 16 semanas de trabajo en la sede del Tribunal son únicamente para considerar y resolver los casos, así como para la celebración de audiencias públicas. Adicionalmente, deberá reconocerse las horas que los jueces dedican en sus respectivos países al estudio de los casos previamente a las sesiones de trabajo del Tribunal.

Entre los tribunales internacionales existentes en el mundo hoy día, con la misma jerarquía que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta última es la única que no paga salario a sus jueces. El trabajo de éstos se transforma en un verdadero apostolado, por cuanto tienen que desdoblarse en esfuerzos en sus actividades profesionales permanentes en sus respectivos países de origen.

La verdad es que el presupuesto de la Corte Interamericana, comparado con el de otros tribunales internacionales contemporáneos, es simplemente patético. La Corte, durante los últimos tres años, ha solicitado reiteradamente a los órganos competentes de la OEAel incremento correspondiente de su presupuesto para atender sus necesidades inmediatas; pero como ese incremento no ha sido concedido y las necesidades del Tribunal han continuado aumentando considerablemente, la necesidad inmediata del Tribunal ya se ha tornado la de un presupuesto que le permita trabajar de forma semi-permanente.

Esto debe llevar, dentro de un tiempo razonable, a que el Tribunal se convierta en una Corte operando con base permanente, en la que sus jueces puedan dictar las sentencias, medidas provisionales y opiniones consultivas sin la presión de la falta de tiempo y de los recursos originada por el actual régimen de trabajo, insatisfactorio y precario. Una vez que en nuestro hemisferio la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueda funcionar de forma semi-permanente (y más adelante permanente) y los habitantes del hemisferio puedan contar con acceso directo al Tribunal, podremos sentirnos orgullosos de haber dotado a los hombres y mujeres del continente americano de un mecanismo internacional capaz de proteger efectivamente sus derechos humanos, cuando las instancias nacionales se muestren incapaces de hacerlo.

4. Financiación del costo financiero del aumento de los jueces *ad hoc*

Debo también hacer notar el considerable aumento, en los últimos años, del número de jueces *ad hoc* en la Corte (que acompaña el notable aumento del número de casos a ésta enviados recientemente por la Comisión) y del costo financiero de los mismos. Cuando es sometido un caso a conocimiento del Tribunal, los Estados Partes tienen la facultad -como lo dispone la Convención Americana- de designar un juez *ad hoc* en aquellos casos en que no exista un juez titular de la nacionalidad del Estado demandado integrando el Tribunal.

Actualmente integran la Corte 10 jueces *ad hoc*, los que, como consecuencia de la reciente reforma de los Reglamentos de la Comisión y la Corte y del incremento en el número de casos, pueden llegar a convertirse, dentro de un plazo de dos años, en una cantidad que supere en más de cuatro veces el número de jueces titulares (siete). Esta situación sería logística y financieramente inmanejable para la Corte con los recursos con que cuenta actualmente.

5. Financiación de las publicaciones de la Corte por la propia OEA

Las publicaciones oficiales de la Corte, durante los últimos 10 años, han sido financiadas por la Unión Europea y los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República Federativa del Brasil, de Dinamarca y de Finlandia. Solamente la confección, traducción y distribución del informe anual de la Corte supera los 100 mil dólares anuales, a los que habría que sumar el proceso completo de

la publicación y distribución de las sentencias de la Corte a los Estados miembros de la OEA y a los diferentes usuarios del sistema, tales como representantes de la sociedad civil, universidades, centros académicos y de estudios e investigación, profesores universitarios, entre otros.

El constante aumento del volumen del informe anual de la Corte en los últimos años es revelador de la expansión constante de su jurisprudencia⁴, así como del hecho de que nunca una generación de jueces ha estado expuesta a tantas exigencias como la actual⁵. La Corte Interamericana, en este inicio del siglo XXI, ha en definitiva alcanzado su madurez institucional. Sin embargo, para atender a sus crecientes necesidades funcionales, la Corte necesita considerables recursos adicionales, humanos y materiales⁶, y dichas necesidades incluyen los medios para asegurar la publicación y divulgación periódicas de su jurisprudencia.

Nunca está demás recordar que un Tribunal que no publica sus sentencias, opiniones consultivas y decisiones, y cuya jurisprudencia no es conocida ni citada, no realiza cabalmente los fines para los cuales fue creado. Las publicaciones oficiales de la Corte deberían estar a cargo de nuestra Organización regional, de forma permanente, y no depender de contribuciones voluntarias que pueden inclusive ser interrumpidas aleatoriamente (como han sido, a finales de 1997, las de la Unión Europea), creando el riesgo constante de suspender la publicación de la jurisprudencia de la Corte, a pesar de su extraordinaria importancia (cf. *infra*).

⁴ Para los nostálgicos del pasado, me permito señalar tan sólo un dato: el Informe Anual de la Corte, referente al año 1991, tiene 127 páginas; transcurrida una década, el Informe Anual de la Corte, relativo al año 2000, tiene 818 páginas; y el Informe Anual de la Corte, relativo al año 2001, por primera vez en dos tomos, tiene 1277 páginas; y, aún más relevante que el volumen de labor, es la calidad del trabajo que el Tribunal hoy día desarrolla. Lo hace en condiciones adversas, con un mínimo de recursos humanos y materiales, y gracias a la dedicación de todos sus Magistrados, y al apoyo permanente de su Secretaría.

⁵ Es decir, la generación conformada por los Jueces que hoy día componen la Corte Interamericana, a saber: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Máximo Pacheco Gómez; Hernán Salgado Pesantes; Oliver Jackman; Sergio García Ramírez y Carlos Vicente de Roux Rengifo.

⁶ En el último bienio, la Corte ha señalado, en los dos últimos proyectos de presupuesto transmitidos (en 2000-2001) a la CAAP de la OEA (para los años fiscales 2001-2002), la necesidad apremiante de dichos recursos adicionales, en realidad, de un presupuesto por lo menos cinco veces mayor que el actual.

6. Ampliación de la infraestructura de la Corte Interamericana

Se han hecho importantes mejoras en los dos edificios que hoy albergan la Corte y su biblioteca, de los cuales es propietario el Tribunal, resultantes de generosas donaciones de Costa Rica, con el cual la Corte está particularmente agradecida como país sede. A pesar de estas mejoras, la Corte se encuentra actualmente en la imperiosa necesidad de ampliar su infraestructura física para poder contar con una adecuada sala de audiencias públicas. Dicha sala debe hoy poder acomodar las tres partes procesales que, según el Reglamento vigente de la Corte, comparecen ante el Tribunal, a saber, el Estado, la Comisión Interamericana y la presuntas víctimas o sus representantes legales.

En virtud de lo dispuesto en el actual Reglamento de la Corte, que contempla la participación en el procedimiento ante el Tribunal de las tres mencionadas partes procesales, estas últimas se sientan conjuntamente, mal acomodadas, en la sala de audiencias, inclusive levantándose y cediendo espacio físico mutuamente al momento de la presentación de sus respectivos alegatos orales, cosa que no es conveniente.

Los jueces no tienen oficinas propias, por lo que comparten espacio físico con los abogados integrantes del Área Legal de la Secretaría, o trabajan solos en el hotel. Esto, por cierto, tampoco es conveniente. Es, además, incomprensible, considerándose que la valiosa labor en la defensa de los derechos humanos es hoy quizás lo que más justifica la continuada existencia de la propia OEA.

Debe dotarse a la Corte de una adecuada sala de audiencias, de una adecuada sala de deliberaciones y de oficinas individuales para los jueces. La ampliación de la infraestructura de la Corte Interamericana se ha tornado una meta de particular urgencia, en razón de los ya mencionados aumentos en el número de casos y los consecuentes y necesarios aumentos del personal y de los períodos de sesiones del Tribunal (cf. *supra*).

7. Establecimiento de un mecanismo de asistencia judicial gratuita

En mis anteriores intervenciones ante los órganos competentes de la OEA he insistido en la necesidad de estudiar una posible y futura

alocación de recursos materiales con miras al establecimiento de un mecanismo de asistencia judicial gratuita (*free legal aid*) para petionarios carentes de recursos materiales, tal como se hizo hace algunos años en el ámbito del sistema europeo de protección. Trátase de un punto directa y estrechamente ligado al tema central del propio derecho de acceso a la justicia a nivel internacional.

Dicha futura alocación de recursos, para este fin, podría ser vinculada a la oportuna propuesta de Costa Rica de incrementar, en forma escalonada, el presupuesto de la Corte y la Comisión Interamericanas en al menos 1% al año, de los actuales 5,7% del Fondo Regular de la OEA, hasta que alcance el 10% de dicho Fondo para el año 2006. Tal propuesta ha contado con el firme apoyo de la Corte y amerita, a mi juicio, el respaldo de todos los Estados Miembros de la OEA⁷, por los efectos benéficos que tendría para los usuarios del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

8. Observaciones adicionales

Quiero rendir un muy especial agradecimiento a Costa Rica, Estado sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que durante los últimos 23 años ha hecho un aporte anual de US\$100.000 a la Corte, casi igual a la cuota que paga a la OEA. Con este aporte de Costa Rica se han atendido gastos urgentes de la Corte y se ha pagado al personal local de apoyo que ésta necesita para su funcionamiento, en rubros tales como seguridad, limpieza, chofer-mensajero, recepción y gastos administrativos. Además, el Gobierno de Costa Rica, como ya señalé, donó la casa sede de la Corte, y consiguió los fondos necesarios de la cooperación internacional para la compra del edificio de la Biblioteca de la Corte hace dos años, así como los equipos de cómputo y programas necesarios para el funcionamiento y presencia de la Corte en internet.

Cabe resaltar también, en este particular, la cooperación que dio a la Corte durante algunos años la Unión Europea, hasta fines de 1997. Y si hoy día la publicación de la jurisprudencia de la Corte se encuentra actualizada, esto se debe a la donación de México, renovada hace tres semanas, y a una donación de Brasil, hace dos años, y otra más reciente de Finlandia, por las cuales quisiera agradecer en nombre del Tribunal.

⁷ Cf. OEA, documento OEA/Ser.G-CP/doc.3407/01, del 23.01.2001, p. 3.

Creo que si la OEA no ha financiado ni los edificios de la Corte, ni sus publicaciones oficiales, ni sus sistemas de cómputo, ni todo el personal de apoyo que la Corte como máximo Tribunal de las Américas necesita para su funcionamiento, debiéramos pensar seriamente en tomar las medidas para que, a partir del año 2004, le brinden al Tribunal los recursos humanos y financieros necesarios para que el sistema no colapse con el aumento de los casos sometidos a su consideración.

III. Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y su fortalecimiento - Resolución AG/RES.1890 (XXXII-O/02)

Al aprobar la resolución 1890 (XXXII-O/02), la OEA reafirmó su compromiso de dar seguimiento a las acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de los jefes de estado y de gobierno relacionados con el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, contenidas en el Plan de Acción de la III Cumbre de las Américas. En la parte anterior de mi exposición ya hice referencia a dos de los puntos resolutive de la citada resolución 1890, a saber, el incremento sustancial del presupuesto de la Corte y la posibilidad de que ésta funcione de manera permanente.

Me referiré, a continuación, a otros dos puntos mencionados en dicha resolución, a saber, el cumplimiento de las decisiones de la Corte y la jurisdiccionalización del sistema interamericano de derechos humanos; a continuación, al abordar la resolución 1895 de la última Asamblea General de la OEA, me referiré a la cuestión del acceso directo de los individuos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Cumplimiento de las decisiones de la Corte y seguimiento de las recomendaciones de la Comisión

En la Asamblea General de la OEA realizada en San José de Costa Rica en junio de 2001 se adoptó la resolución AG/RES.1828 (XXI-O/02) sobre la “Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos pa-

ra su perfeccionamiento y fortalecimiento”, la cual efectivamente señaló, *inter alia*, que las acciones concretas para este propósito debían concentrarse en “el cumplimiento de las decisiones de la Corte y el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión” (letra b). Asimismo, mediante dicha resolución se instó a los Estados Partes a que adoptasen las medidas necesarias para cumplir con las sentencias o decisiones de la Corte Interamericana y realizasen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana; así como a que tornasen efectivo el deber que les incumbe de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones convencionales.

En efecto, los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las sentencias y decisiones de la Corte, como lo establece el artículo 68 de la Convención Americana en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, y por tratarse, además, de una obligación de su propio derecho interno. Los Estados Partes en la Convención igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma. La supervisión de la fiel ejecución de las sentencias de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención.

Al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, la Convención Americana requiere el ejercicio de la *garantía colectiva* para la plena realización de su objeto y fin. Como lo señalé el pasado 19 de abril de 2002 en mis dos presentaciones ante la CAJP de la OEA, la Corte Interamericana está convencida de que, mediante el ejercicio permanente de dicha garantía colectiva, se contribuirá efectivamente al fortalecimiento del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en este inicio del siglo XXI.

El fiel cumplimiento o ejecución de sus sentencias es una preocupación legítima de todos los tribunales internacionales. En el sistema europeo de protección, por ejemplo, que cuenta inclusive con un mecanismo de supervisión de ejecución de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa (órgano que históricamente antecedió la propia Convención Europea), la cuestión ha estado siempre en la agenda del referido Consejo⁸. ¿Por qué en nuestro continente la OEA no asume

⁸ Cf., recientemente, Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, Strasbourg, C.E., 27.09.2001, pp. 30-32.

su responsabilidad en esta área, aún más, por no disponer hasta la fecha de un órgano con función análoga?

Al respecto, la Corte Interamericana tiene actualmente una especial preocupación en cuanto a un aspecto del cumplimiento de sus sentencias. Los Estados, por lo general, cumplen con las reparaciones que se refieren a indemnizaciones de carácter pecuniario, pero no sucede necesariamente lo mismo con las reparaciones de carácter no pecuniario, en especial las que se refieren a la investigación efectiva de los hechos que originaron las violaciones, y la identificación y sanción de los responsables, imprescindibles para poner fin a la impunidad (con sus consecuencias negativas para el tejido social como un todo).

Actualmente, dada la carencia institucional del sistema interamericano de protección en esta área específica, la Corte Interamericana viene ejerciendo *motu proprio* la supervisión de la ejecución de sus sentencias, dedicándole uno o dos días de cada período de sesiones. Pero la supervisión -en el ejercicio de la *garantía colectiva*- de la fiel ejecución de las sentencias y decisiones de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención. En mi informe a la CAJP de la OEA, del 05 de abril de 2001, avancé propuestas concretas para asegurar el *monitoreo internacional permanente* del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección y, en particular, de las sentencias de la Corte Interamericana, abarcando medidas tanto de *prevención* como de *seguimiento*.

Reitero aquí mi entendimiento, expresado también en mis informes de 17 y 19 de abril de 2002 ante este mismo Consejo Permanente y ante la CAJP de la OEA, respectivamente, en el sentido de que

El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente *medidas positivas* de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es 'cosa juzgada', obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es 'cosa interpretada', válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir

un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos⁹.

Asimismo, en mi presentación ante este mismo Consejo Permanente de la OEA, el día 17 de abril de 2002, me permití reiterar que, en un eventual futuro Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se agregara, *inter alia*, al final del artículo 65 de la Convención, la siguiente frase:

La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto.

Además, -tal como lo propuse en mis *Informes* anteriores a los órganos competentes de la OEA- se encargaría a un *Grupo de trabajo* permanente de la CAJP, integrado por representantes de los Estados Partes en la Convención Americana, la tarea de supervisar con base permanente el estado de cumplimiento, por los Estados demandados, de las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana. Dicho *Grupo de trabajo* presentaría sus propios informes a la CAJP y ésta, a su vez, relataría al Consejo Permanente de la OEA, para preparar su informe para la deliberación de la Asamblea General de la OEA al respecto.

De ese modo, se supliría una laguna atinente a un mecanismo que operara con *base permanente* (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte Interamericana. Dicho *Grupo de trabajo* permanente sería un foro en el que, una vez recibido un informe de la Corte sobre el incumplimiento de una sentencia, el Estado demandado, la Comisión y, naturalmente la Corte, harían ver sus puntos de vista con miras a la decisión que debe adoptar la Asamblea General de la OEA sobre cada caso.

⁹ OEA, *Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, en el Marco del Diálogo sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*: - "Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos" (de 19.04.2002), documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, del 25.04.2002, pp. 24-25.

Nota de la editora. Publicada en este número de la Revista IIDH, bajo el mismo título.

Esta necesaria iniciativa, a nivel internacional, debe tener por complemento ineluctable, a nivel de derecho interno, la serie de providencias que debería tomar cada Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar, con una base permanente, la fiel ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana, mediante la creación de un procedimiento de derecho interno con tal fin. Los desarrollos, en pro del *pacta sunt servanda*, deben aquí efectuarse *pari passu*, en los planos tanto internacional como nacional.

2. La jurisdiccionalización del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En nuestros días, finalmente gana cuerpo el viejo ideal de la justicia internacional de la jurisdicción internacional obligatoria y permanente. Lo ilustran los importantes desarrollos al respecto, que hoy día tenemos el privilegio de testimoniar. En este sentido, como me permití observar el pasado 16 de abril de 2002, en mi presentación y en los debates en la reunión conjunta de la CAJP y de la CAAP de este Consejo Permanente de la OEA, todos los Estados miembros del Consejo de Europa son hoy parte en la Convención Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, a la cual tienen acceso directo los individuos, cuenta con jurisdicción obligatoria y automática *vis-à-vis* todos los Estados Partes¹⁰.

Del mismo modo, el Tribunal de Luxemburgo tiene jurisdicción obligatoria en relación con todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE). Todos los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana (OUA) son hoy parte en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y han decidido (mediante la adopción del Protocolo de Burkina Faso de 1998) establecer una Corte

10 Para un estudio, cf. Cançado Trindade, A. A., "Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos", in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, tomo I, pp. 3-68; Cançado Trindade, A. A., "La perspective trans-atlantique: La contribution de l'oeuvre des Cours internationales des droits de l'homme au développement du droit public international", in *La Convention européenne des droits de l'homme à 50 ans - Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, n. 50 (numéro spécial), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, pp. 8-9 (publicado también en otros idiomas del Consejo de Europa).

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y el 01 de julio de este año el Estatuto de Roma de 1998 sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional entró en vigor, estableciendo una jurisdicción penal internacional permanente, obligatoria para todos los Estados Partes.

Todos estos ejemplos apuntan inequívocamente en la misma dirección: la *jurisdiccionalización* de los mecanismos internacionales de protección de los derechos de la persona humana, así como la centralidad de éstos últimos en el derecho internacional de este inicio del siglo XXI. Tales desarrollos han sido posibles gracias, en última instancia, al grado más elevado de evolución que ha alcanzado la conciencia humana en nuestros tiempos. A la par de ese desarrollo, hay otro punto que requiere atención especial.

Es necesario tener siempre presente el amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección bajo los tratados de derechos humanos, las cuales vinculan a todos los poderes (ejecutivo, legislativo, judicial) del Estado; al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, dichos tratados requieren el ejercicio de la *garantía colectiva* para la plena realización de su objeto y fin. La Corte Interamericana está convencida de que, mediante el ejercicio permanente de dicha *garantía colectiva*, se contribuirá al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

IV. Estudio sobre el acceso de las personas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Resolución AG/RES.1895 (XXXII-O/02)

He tenido el honor de haber introducido la cuestión fundamental del acceso directo del individuo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la agenda de nuestro sistema regional de protección hace casi ocho años, en el año de 1995, con ocasión de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (realizada en San José de Costa Rica), así como en *todas* las reuniones conjuntas de la Corte y la Comisión Interamericanas, realizadas desde 1995 hasta la fecha. Este es un hecho, que se encuentra clara y fehacientemente documentado.

Presentada la tesis originalmente en las reuniones conjuntas entre la Corte y la Comisión y en el referido evento académico de 1995¹¹, gradualmente pasó a ser considerada en foros más amplios, en el marco del sistema interamericano de protección. Cabe aquí recordar, por ejemplo, el seminario que la Corte Interamericana de Derechos Humanos celebró en noviembre de 1999 (con ocasión de cumplirse 30 años de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 20 años de la creación de la Corte), al cual concurrieron los Jueces de la Corte y miembros de la Comisión Interamericanas, además del Secretario General de la OEA, Dr. César Gaviria, así como destacados expertos en el campo de los derechos humanos de numerosos países.

Estos expertos también trabajaron en cuatro memorables reuniones que me permití convocar, antes y después del referido seminario, en la sede de la Corte Interamericana, aún antes de que lo hicieran los representantes de los cancilleres de los países de la región, que evaluaron el funcionamiento de los órganos de protección del sistema de derechos humanos en San José de Costa Rica (en enero de 2001). La Corte recogió y publicó todos los trabajos presentados al Seminario de 1999, así como su propuesta titulada “Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección”, que tuve el honor de redactar como su relator¹², por designación de mis pares, los jueces de la Corte.

Las actas del seminario de 1999 y la propuesta oficial de la Corte para fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos se encuentran reproducidas en dos voluminosos tomos editados por el propio Tribunal, los cuales han sido repartidos a las Cancillerías de los Estados miembros de la OEA, a las Misiones Permanentes acre-

11 Cf. Cançado Trindade, A. A., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas”, in *De-recho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l’homme* (Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, abril/mayo de 1995 - eds. D. Bardonnnet y A. A. Cançado Trindade), La Haya/San José, IIDH/Académie de Droit International de La Haye, 1996, pp. 47-95, esp. pp. 78-89.

12 Cf. *Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección* (Relator: A.A. Cançado Trindade), tomo II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669.

ditadas ante ella, en este Consejo Permanente y en la CAJP, en sucesivas ocasiones en el bienio 2000-2002. Cabe agregar que, con posterioridad al seminario de la Corte de 1999, la referida tesis pasó a ser discutida también en las instancias políticas de la OEA. Esto se debió a la iniciativa positiva por parte de Costa Rica de, después de haber consultado la Corte, haber presentado en el año de 2001, en los meses que antecedieron la realización de la Asamblea General de la OEA en San José en aquel año, su propio Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención Americana. La idea pasó a ganar cuerpo, también en el plano político, y es de esperarse que otros Estados también apoyen la iniciativa de las reformas, tal como ya lo ha hecho Costa Rica.

Las “Bases del proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos” presentadas por la Corte van más allá de un Protocolo Facultativo (que crearía una dualidad de sistemas procesales bajo la Convención Americana). Dichas *Bases* contemplan un verdadero *Protocolo de enmiendas* a la Convención Americana, con miras a fortalecer su mecanismo de protección. Importa proceder a un estudio sistemático y serio de la iniciativa de dicho fortalecimiento, con amplias consultas a todos los interesados, para lograr consensos en esta dirección.

Al respecto, me permito recordar que el 1 de junio de 2001, con la entrada en vigor del actual Reglamento de la Corte (adoptado el 24 de noviembre de 2000), el cuarto de su historia, se introdujo un cambio que constituye quizás el avance jurídico-procesal más importante en pro del perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde que ésta entró en vigor hace casi 25 años: me refiero al otorgamiento del *locus standi in iudicio* a los peticionarios, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte. Mediante esta histórica iniciativa de la Corte, los individuos han logrado el reconocimiento de su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional.

Como se sabe, el anterior Reglamento de la Corte, de 1996, había dado el primer paso en esa dirección al otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, la facultad de presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma, específicamente en la etapa de reparaciones. Sin embargo, si las presuntas víctimas se encuentran al *inicio* del proceso (al ser supuestamente lesionadas en

sus derechos), así como al *final* del mismo (como eventuales beneficiarios de las reparaciones), ¿por qué razón negar su presencia *durante* el proceso, como verdadera parte demandante? El Reglamento de 2000 vino a remediar esta incongruencia que perduró por más de dos décadas (desde la entrada en vigor de la Convención Americana) en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Con el otorgamiento del *locus standi in iudicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasaron ellos a disfrutar de todas las facultades y obligaciones en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la Comisión Interamericana y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones). Esto implica que, en el procedimiento ante la Corte, pasaron a coexistir y a manifestarse tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes legales)¹³, como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos; la de la Comisión, como órgano de supervisión de la Convención y auxiliar de la Corte, y la del Estado demandado.

Esta histórica reforma introducida en el Reglamento de la Corte sitúa a los distintos actores en perspectiva correcta; contribuye a una mejor instrucción del proceso; asegura el principio del contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la prevalencia de la justicia bajo la Convención Americana; reconoce ser de la esencia del contencioso internacional de los derechos humanos la contraposición directa entre los individuos demandantes y los estados demandados; reconoce el derecho de libre expresión de las propias presuntas víctimas, el cual es un imperativo de equidad y transparencia del proceso; y, *last but not least*, garantiza la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) en todo el procedimiento ante la Corte¹⁴.

¹³ Los alegatos, en forma autónoma, de las presuntas víctimas (o sus representantes o familiares), deben naturalmente formularse ateniéndose a los términos de la demanda (es decir, a los derechos que se alega en la demanda haber sido violados), porque, como los procesalistas no cansan de repetir siempre (invocando las enseñanzas sobre todo de los maestros italianos), lo que no está en el expediente del caso no está en el mundo...

¹⁴ En defensa de esta posición (que ha logrado superar resistencias, sobre todo de los nostálgicos del pasado, inclusive dentro del propio sistema interamericano de protección), cf. mis escritos: Cançado Trindade, A. A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995)...", pp. 47-95; Cançado Trindade, A. A., "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individu-

Este salto cualitativo representa la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos. Mediante esta histórica iniciativa de la Corte, los individuos han logrado el reconocimiento de su condición de verdaderos sujetos del derecho internacional de los derechos humanos, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional. El pasado 17 de abril de 2002, señalé ante este Consejo Permanente, que tengo la plena convicción de que ese notable avance procesal amerita, más que una base reglamentaria, una base convencional, para asegurar el real compromiso de todos los estados al respecto.

Hoy día se reconoce la necesidad de restituir a la persona humana la posición central que le corresponde, como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*¹⁵. La búsqueda de la plena salvaguardia y prevalencia de los derechos inherentes al ser humano, en todas y cualesquiera circunstancias, corresponde al nuevo *ethos* de nuestros tiempos, en una clara manifestación, en nuestra parte del mundo, de la *conciencia jurídica universal*, en este inicio del siglo XXI. El despertar de esta conciencia, fuente material de todo el Derecho, conlleva al reconocimiento inequívoco de que ningún estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos.

Esto me conduce a la cuestión del imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el cual requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, con la preservación de las funciones no

duals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century”, *Columbia Human Rights Law Review* 30, New York, 1998, n. 1, pp. 1-27; Cançado Trindade, A. A., “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, in *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; Cançado Trindade, A. A., “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano...”, pp. 3-68; Cançado Trindade, A. A., “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”, pp. 45-71.

¹⁵ Cançado Trindade, A. A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96; Cançado Trindade, A. A., “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, in *Jornadas de Derecho Internacional* (Ciudad de México, UNAM, diciembre de 2001), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2002, pp. 311-347.

contenciosas de la Comisión Interamericana. Tal participación puede ser asegurada mediante modificaciones que comenzamos a introducir en septiembre de 1996 en el [tercer] Reglamento de la Corte, seguidas de la cristalización del derecho de acceso directo (*jus standi*) de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana (o sea, a la justicia en el plano internacional) mediante la adopción de un Protocolo Adicional (de enmiendas) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este propósito. Los necesarios avances en este sentido, acompañados por los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados, convienen a todos, puesto que la vía jurisdiccional representa la forma más evolucionada y perfeccionada de la protección de los derechos humanos.

V. El amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional

En mi informe de 19 de abril de 2002 ante la CAJP de la OEA, expresé mi entendimiento en el sentido de que

El otorgamiento del *locus standi in judicio* de los peticionarios en todas las etapas del procedimiento ante la Corte representa una etapa más -y de las más importantes- de la evolución experimentada por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a lo largo de los años, de la cual hemos sido testigos y actores. Tengo la convicción de que el reconocimiento de la *legitimatío ad causam* de los individuos ante las instancias internacionales atiende a una *nece - sidad* del propio ordenamiento jurídico internacional, no sólo en nuestro sistema regional de protección, sino también en el plano universal¹⁶. Asistimos, en este inicio del siglo XXI, a un proceso histórico de *humanización* del propio Derecho Internacional contemporáneo¹⁷.

De lo anteriormente expuesto se desprende el amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional. Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial internacional. En realidad, el derecho de acceso a la justicia abarca el ac-

¹⁶ Cançado Trindade, A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-427; Cançado Trindade, A. A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1997, tomo I, pp. 1-486; 1999, tomo II, pp. 1-440; y 2002, tomo III, pp. 1-651.

¹⁷ OEA, *Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Juez Antônio A. Cançado Trindade..., p. 3.

ceso a la Corte Interamericana y encuéntrase implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana, además de permear el derecho interno de los Estados Partes¹⁸. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, como un derecho autónomo, a la propia *realización* de la justicia.

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional. Si a dicho tribunal no son atribuidos los recursos humanos y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones, se está privando a los justiciables del derecho de acceso a la justicia. Sin estos recursos necesarios, tal derecho se torna ilusorio. Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico, a niveles tanto nacional como internacional, que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana¹⁹.

VI. La jurisprudencia de la Corte Interamericana como patrimonio jurídico de todos los países y pueblos de la región

He insistido, en esta presentación como en mis anteriores intervenciones ante los órganos competentes de la OEA, en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye hoy un verdadero patrimonio jurídico de todos los países y pueblos de la región. La mayor parte de esta jurisprudencia ha sido fruto de la labor de la actual generación de jueces que integran la Corte²⁰, con el inestimable apoyo de la Secretaría del Tribunal. Para sostener este patrimonio jurídico, se necesitan hoy los recursos adicionales, imprescindibles, a los cuales me he referido en el curso de la presente exposición. Velar por el funcionamiento satisfactorio del máximo órgano judicial de derechos humanos de nuestra región, dotándolo de los recursos ne-

¹⁸ En ese sentido, cf. Alkema, E. A. "Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View", in *Afmaelisrit þór Vilhjálmsson*, Reykjavík, Bókaútgafa Orators, 2000, pp. 21-37.

¹⁹ Cançado Trindade, A. A., *Tratado de Direito Internacional ...*, tomo III, cap. XX, par. 187.

²⁰ Cf. nota 5, *supra*.

cesarios al fiel desempeño de sus funciones, es un deber ineluctable de todos los Estados Partes en la Convención Americana y de todos los Estados miembros de la OEA.

La función consultiva de la Corte Interamericana, tiene una base jurisdiccional amplia (artículo 64 de la Convención Americana), sin paralelos en el derecho internacional contemporáneo. Eso ha posibilitado al Tribunal ejercer dicha función con frecuencia, pronunciándose sobre cuestiones de gran relevancia tanto para la protección internacional de los derechos humanos como para el propio orden jurídico internacional, en el marco de su competencia consultiva.

La jurisprudencia de la Corte en materia consultiva ha sentado efectivamente los fundamentos para la interpretación adecuada de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana; ha aclarado puntos clave de la operación del sistema de protección (v.g., las reservas a aquellos tratados, la intangibilidad de las garantías judiciales en situaciones de emergencia, la admisibilidad de peticiones de derechos humanos, los informes de la Comisión Interamericana), y ha identificado el contenido propio y los efectos jurídicos de determinados derechos protegidos por la Convención Americana (v.g., derecho a la libertad de expresión, derecho de rectificación o respuesta, derechos a garantías judiciales y a la protección judicial y, recientemente, los derechos del niño).

Además, ha dado un aporte al desarrollo progresivo del propio derecho internacional público contemporáneo a la luz del impacto del derecho internacional de los derechos humanos en determinadas áreas, como, v.g., la asistencia consular. Al respecto, la 16a. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana (de 1999), verdaderamente pionera, está inclusive sirviendo de inspiración para otros tribunales internacionales y para la jurisprudencia internacional emergente, *in statu nascendi*, sobre la materia, como lo viene reconociendo prontamente la bibliografía especializada²¹, y está ejerciendo un impacto sensible en la práctica de los estados de la región sobre la cuestión.

²¹ Cf., v.g., Cohen-Jonathan, G., “Cour Européenne des Droits de l’Homme et droit international général (2000)”, *Annuaire français de Droit international*, 46, 2000, p. 642; Mennecke, M., “Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights - The *LaGrand* Case before the International Court of Justice”, *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationale Recht*, 44, 2001, pp. 430-432, 453-455, 459-460 y 467-468; Weckel, Ph., M.S.E. Helali and M. Sastre, “Chronique de jurisprudence internationale”,

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia contenciosa, igualmente rica, a su vez, además, de haber resuelto casos concretos, ha irradiado su influencia en los países de la región para elevar los estándares de comportamiento humano en las relaciones entre el poder público y los seres humanos. A veces, inclusive, ha puesto fin a determinadas prácticas y ha generado cambios legislativos, a modo de armonizarlos con la normativa de protección de la Convención Americana. En la última media década se han multiplicado los casos cuyas implicaciones se han mostrado trascendentales.

Para recordar algunos de ellos, el caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros)*, v.g., es paradigmático y ha atraído bastante atención en los círculos jurídicos de la región. Los casos del *Tribunal Constitucional*, de *Ivcher Bronstein*, y de *Hilaire, Benjamin y Constantine*, se revisten de especial importancia para el estudio de las bases de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Hay casos de gran trascendencia por su densidad cultural, como lo son, por ejemplo, los de *Bámaca Velásquez* y de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni*. Otro caso emblemático, para la libertad de expresión, es el de la *Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros)*. El caso de los *Barrios Altos* ha sido considerado histórico para la determinación de la incompatibilidad de determinadas disposiciones legales con la Convención Americana. Y hay sucesivos casos -a partir del de *Castillo Páez-* que son esenciales para el estudio de las garantías del debido proceso legal y del derecho a un recurso efectivo ante un tribunal nacional competente.

No han de pasar desapercibidos los casos en que los estados han reconocido su responsabilidad bajo la Convención Americana, contribuyendo de ese modo positivamente al desarrollo de nuestro sistema regional de protección. Recuérdense, en ese sentido, a lo largo de la última década, los casos *Aloeboetoe*, *El Amparo*, *Garrido y Baigorria*, *Benavides Cevallos*, *El Caracazo*, *Trujillo Oroza* y *Barrios Altos*. Gracias a los referidos allanamientos por parte de los Estados en estos casos, se ha podido pasar prontamente a la etapa de reparaciones y se ha logrado, en uno de ellos, una satisfactoria solución amistosa ante la propia Corte.

Revue générale de Droit international public, 104, 2000, pp. 794 y 791; Weckel, Ph., "Chronique de jurisprudence internationale", *Revue générale de Droit international public*, 105, 2001, pp. 764-765 y 770.

Además, el creciente número de medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte Interamericana en los últimos años, en casos de extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a las personas, ha salvado vidas y protegido la integridad personal (física, psíquica y moral) de un total también creciente de individuos, alcanzando hoy cerca de 1500 personas, lo que revela su extraordinario potencial como medidas de salvaguardia de carácter preventivo²². Hay, pues, en suma, que dotar a la Corte Interamericana de los recursos necesarios, imprescindibles, para que pueda continuar construyendo su ya rica jurisprudencia de protección del ser humano en nuestro continente.

VII. Conclusiones

Tal como lo señalé en ocasiones anteriores ante los órganos competentes de la OEA y, recientemente, el día 4 de junio de 2002, en mi intervención ante el plenario de la Asamblea General de la OEA realizada en Barbados, en nuestro sistema regional de protección subsisten, en mi entender, cuatro prerequisites básicos de todo progreso real en el presente dominio de protección, a saber: a) la ratificación de la Convención Americana por todos los Estados miembros de la OEA, o la adhesión a la misma; b) la aceptación (integral y sin restricciones) por todos los Estados miembros de la OEA, de la jurisdicción obligatoria -automática- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; c) la incorporación de la normativa sustantiva (atinente a los derechos protegidos) de la Convención Americana al derecho interno de los Estados Partes; y d) el fiel cumplimiento de las sentencias y decisiones de la Corte por los Estados Partes en la Convención Americana.

Como observé, adicionalmente, en mi presentación ante la CAJP de la OEA, el día 19 de abril del 2002, la Corte está conciente de los retos actuales y futuros que hay que enfrentar. Veo con mucha claridad las providencias que deben ser tomadas para el fortalecimiento de nuestro sistema regional de protección, para operar en el ámbito de la universalidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos. En primer lugar, se impone, como acabo de indicar, la ratificación de

²² CtIDH, “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Juez António A. Cançado Trindade)”, in *Medidas Provisionales*, Serie F, 2002, tomo III, párrs. 21 y 27.

la Convención Americana y de sus dos Protocolos en vigor, o la adhesión a los mismos por todos los estados de la región. Los estados que se han autoexcluido del régimen jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tienen una deuda histórica con el mismo que hay que rescatar.

En mi exposición del pasado 17 de abril de 2002, en esta misma sede de la OEA en Washington D.C., expresé mi convicción de que el real compromiso de un país con los derechos humanos internacionalmente reconocidos se mide por su iniciativa y determinación de tornarse parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las obligaciones convencionales de protección en éstos consagradas. En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben valer para todos los estados, jurídicamente iguales, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias.

La segunda providencia reside en la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención Americana, a modo de asegurar la aplicabilidad directa de las normas de la Convención en el derecho interno de los Estados Partes y el fiel cumplimiento de las decisiones de la Corte. El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención, acompañada de la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes, sin restricciones.

Todo lo anterior debe venir necesariamente acompañado de la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención Americana, para asegurar la aplicabilidad directa de las normas convencionales en el derecho interno de los Estados Partes y el fiel cumplimiento de las decisiones de la Corte. Mientras todos los Estados miembros de la OEA no ratifiquen la Convención Americana, no acepten integralmente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y no incorporen las normas sustantivas de la Convención Americana en su derecho interno, muy poco se avanzará en el fortalecimiento real del sistema interamericano de protección. Es poco lo que pueden hacer los órganos internacionales de protección si las normas convencionales de salvaguardia de los derechos humanos no alcanzan las bases de las sociedades nacionales.

Al finalizar mi exposición del día de hoy, en esta importante sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, estimo necesario resumir los puntos esenciales de lo expuesto en mi presente informe. En su resolución AG/RES.1701 (XXX-O/00) de 2000, la Asamblea General de la OEA solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reformara su Reglamento a la luz de las directrices indicadas en la misma, tal como la propia Corte venía contemplando desde la entrada en vigor de su tercer Reglamento (de 1996). La Corte Interamericana, después de un largo estudio, reformó su Reglamento, con el fin de hacer más expedita la tramitación de los casos, sin perjuicio de la seguridad jurídica, y de tomar el importante paso de asegurar la presencia y participación de las presuntas víctimas, o sus representantes legales, en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal.

La Corte emprendió esta reforma, como me permití señalar al inicio de mi exposición, bajo el entendimiento de que existía un compromiso por parte de los Estados miembros de la OEA de acompañar dicha reforma con un aumento presupuestario acorde con las nuevas necesidades funcionales que de ahí surgirían. Dieciocho meses -o sea, un año y medio- después de introducida esta reforma, no ha sido acompañada por el incremento correspondiente en el presupuesto de la Corte. De no hacerse el incremento presupuestario en el corto plazo, puede convertirse en reforma meramente ilusoria, ya que en vez de lograr una tramitación más expedita de los casos se va a producir un estancamiento en la resolución de los mismos.

La adopción, por la Corte, de su *cuarto Reglamento*, el del año 2000, se hizo acompañar de propuestas concretas para perfeccionar y fortalecer el mecanismo de protección bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las alteraciones reglamentarias incidieron en la racionalización de los actos procesales, en materia probatoria y medidas provisionales de protección; pero la modificación de mayor transcendencia consistió en el otorgamiento de participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares, o sus representantes legales, en *todas* las etapas del procedimiento ante la Corte. En su Reglamento de 2000, la Corte introdujo una serie de disposiciones, sobre todo en relación con las excepciones preliminares, la contestación de la demanda y las reparaciones, con miras a asegurar una mayor celeridad y agilidad en el proceso ante ella. La Corte tuvo presente el viejo adagio *justice delayed is justice denied*; además, al lo-

grar un proceso más expedito, sin perjuicio de la seguridad jurídica, se evitarían costos innecesarios, en beneficio de todos los actores involucrados en los casos contenciosos ante la Corte.

En uno de los documentos que presenté el pasado mes de abril a consideración del Consejo Permanente²³, se encuentran claramente señaladas las necesidades del Tribunal en materia presupuestaria y los recursos que éste necesita a corto plazo (fortalecimiento de la Secretaría de la Corte, aumento de los períodos de sesiones y Corte semi-permanente) y a largo plazo (Corte permanente). En los sucesivos y extensos informes que, durante los últimos tres años (1999-2002) he presentado a este Consejo Permanente, a la CAJP y a la CAAP de la OEA, se encuentra toda la justificación doctrinaria que fundamenta la evolución institucional, reglamentaria y operativa del Tribunal y que justifica los fondos requeridos en el documento anteriormente citado. También ya me referí a los dos voluminosos tomos publicados por la Corte, resultantes del seminario que realizó en 1999 y otras actividades conexas, y, en particular, a la propuesta de la Corte titulada *Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*, de la cual tuve el honor de haber sido el relator (cf. *su - pra*).

Hemos entregado, en las literalmente centenas de páginas que conforman toda nuestra documentación, todos los elementos y la información necesaria para tomar las decisiones políticas, jurídicas y presupuestarias para fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte ha actuado a la altura de sus responsabilidades, con un mínimo de recursos.

Tengo la confianza de que se tomarán las decisiones apropiadas acordes al momento histórico que vivimos y a las necesidades de protección de nuestros habitantes y pueblos en materia de derechos humanos. Ha llegado el momento, en la actual etapa de evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de tornar una realidad el derecho del ser humano de acceso directo a la justicia internacional y de realización de esta justicia, así como de dotar a la Corte Interamericana de los recursos necesarios para actuar en una base semi-permanente.

²³ Documento OEA/CP/CAJP-1921/02/Corr.1, que anexo a esta presentación.

Es este el llamado, respetuoso pero franco, que me permito hoy reformular, y que espero repercuta debidamente en la conciencia jurídica de la totalidad de los Estados miembros de la OEA. Al tornarse Partes en la Convención Americana y demás tratados de derechos humanos, los Estados de la región se comprometieron a contribuir a que la razón de humanidad tenga primacía sobre la razón de Estado, tornando así los derechos humanos el lenguaje común de todos los individuos y pueblos de nuestra región del mundo. Cabe tomar todas las medidas para que los derechos protegidos por aquellos tratados sean realmente *efectivos*. Sólo de ese modo lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional. Muchas gracias a todos por la atención con que me han distinguido.

VIII. *Addendum**

Al concluir los trabajos de esta memorable sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, Señor Presidente y Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA, quisiera agradecer a las dieciséis Delegaciones que acaban de hacer uso de la palabra²⁴, todas ellas en respaldo a la labor de la Corte Interamericana y al *Informe* que he tenido el honor de presentar la mañana de hoy ante este Consejo. Permítome destacar, entre las intervenciones de los Estados Miembros de la OEA, la propuesta a que se confíe de inmediato a la CAAP de la OEA-con la cual me reuniré esta tarde- el estudio de un aumento sustancial del presupuesto de la Corte (Perú, Chile, El Salvador, Antigua y Barbuda, República Dominicana, Venezuela, Honduras, Grenada y Brasil) y a que se confíe de inmediato a la CAJP de la OEA el estudio de mi tesis del acceso directo de los individuos a la Corte Interamericana (Perú), así como de mi propuesta para la creación de un mecanismo de monitoreo internacional del cumplimiento de las sentencias de la Corte (México).

Tomo nota con satisfacción del firme respaldo a mis consideraciones sobre la necesidad de universalización del sistema interame-

* *Nota de la editora. Transcripción de las palabras del Dr. Cançado Trindade, luego de las intervenciones de las delegaciones, a propósito del informe presentado.*

²⁴ A saber, por orden de intervención: Perú, Chile, Uruguay, Costa Rica, El Salvador, México, Antigua y Barbuda, Colombia, República Dominicana, Guatemala, Venezuela, Honduras, Panamá, Nicaragua, Grenada y Brasil.

ricano de protección y de aceptación por todos los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la competencia de la Corte Interamericana en materia contenciosa (Chile, Costa Rica, México, Guatemala y Brasil), así como la importancia de la publicación continuada de toda la jurisprudencia de la Corte (México y República Dominicana), y de la aplicabilidad directa de las normas convencionales en el derecho interno de los Estados Partes (El Salvador). Coincido enteramente con la posición de que es la propia OEA quien debe asegurar, a través de su presupuesto regular, los recursos adicionales para la Corte (Chile y Brasil).

Ya en mi extensa exposición de esta mañana, me permití señalar que la Corte puede recibir las donaciones voluntarias que se le hagan (como lo ha hecho y por las cuales está agradecida), pero no puede depender de ellas para su funcionamiento permanente. Los fondos voluntarios han sido y son utilizados para proyectos específicos o para determinadas actividades. Pero la operación regular y permanente de la Corte no puede estar a la merced de donaciones voluntarias, pues de otro modo podría estar afectada la propia autonomía del máximo Tribunal interamericano. Al igual que ocurre con otros tribunales internacionales²⁵, es la organización internacional respectiva que debe asegurarle los recursos humanos y materiales indispensables para el fiel desempeño de sus funciones.

La Corte Interamericana entiende, en lo que le concierne, que es una obligación insoslayable de la propia OEA asumir, a través de su presupuesto regular, el costo del mantenimiento del Tribunal. Es este un deber ineludible de la propia OEA, cuya labor contemporánea en el dominio de la salvaguardia de los derechos humanos es la razón mayor de su continuada existencia como nuestra Organización regional. Es este un punto-clave que trasciende la simple cuestión administrativa de alocación de recursos materiales adicionales, por cuanto se encuentra ineluctablemente ligada a la realización del propio derecho de acceso a la justicia internacional y a la construcción de un verdadero *ordre public* interamericano basado en la plena observancia de los derechos fundamentales de la persona humana.

Reitero, pues, mis más sinceros agradecimientos a las dieciséis Delegaciones intervinientes en este rico y prolongado debate sobre mi informe presentado esta mañana ante este Consejo Permanente de

²⁵ Como la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Internacional de Justicia, entre otros.

la OEA, por las manifestaciones unánimes de respaldo a la Corte Interamericana. No podría concluir estas palabras sin una reflexión final. Tengo plena confianza en que tendremos todos el valor de avanzar en el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de protección, en las líneas de las propuestas que me permití someter a la consideración de Ustedes.

En perspectiva histórica, de nuestro continente americano han emanado iniciativas que han enriquecido mucho el Derecho Internacional, a pesar de las dificultades crónicas por que pasa nuestra región. Hay que rescatar, hoy día, los verdaderos valores que han inspirado tales iniciativas, que han florecido en el continente americano a lo largo de las últimas décadas. No debemos jamás olvidar que contamos con el valioso -y varias veces pionero- aporte latinoamericano a la doctrina y práctica del derecho internacional, reflejado en la consagración de los principios de la prohibición del uso de la fuerza, y de la igualdad jurídica de los estados (en la Carta de las Naciones Unidas), entre tantas otras contribuciones a distintos capítulos del Derecho Internacional, como los de la protección internacional de los derechos humanos, de la solución pacífica de controversias internacionales, de la reglamentación de los espacios (sobre todo en el derecho del mar), del reconocimiento de estados y gobiernos, y de la propia codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

Recuérdese, para evocar algunos ejemplos históricos concretos, que la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre precedió en siete meses la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y la inserción en esta última del *derecho a la justicia* (artículo 8 de la Declaración Universal) se debió precisamente a una iniciativa latinoamericana. El principio básico de la prohibición del uso de la fuerza ya era propugnado por los latinoamericanos más de cuatro décadas antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, o sea, en la II Conferencia de Paz de La Haya en 1907.

En Centroamérica se estableció el primer tribunal internacional permanente de la era moderna, la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), que precedió la Corte Permanente de Justicia Internacional (antecesora de la Corte Internacional de Justicia). En Latinoamérica se impulsaron con entusiasmo, a lo largo de la primera mitad del siglo XX, algunos de los primeros esfuerzos de codificación del

derecho internacional, con miras a buscar asegurar la eficacia de sus normas. Latinoamérica estableció la primera de las cuatro zonas des-nuclearizadas hoy existentes en el mundo y ha insistido siempre en la proscripción de todas las armas de destrucción masiva, inclusive las nucleares. Y las pocas referencias expresas a la justicia y al Derecho Internacional que hoy se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas se debieron en gran parte a la iniciativa y el firme respaldo, en este sentido, de las delegaciones de los países latinoamericanos.

Los países latinoamericanos han actuado a la altura de los desafíos de nuestros tiempos y, acompañados por algunos países del Caribe, han dado el buen ejemplo de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de aceptar la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa. Han demostrado que es posible, en medio a dificultades crónicas de orden material, lograr notables avances en el derecho de gentes, como manifestaciones de la *conciencia jurídica universal*, fuente *material* última de todo derecho.

Todo el debate de la mañana de hoy ha sido conducido en un espíritu verdaderamente constructivo, ejemplar, y revelador del entendimiento compartido por todos nosotros, presentes en este Consejo Permanente de la OEA, de que el fortalecimiento del sistema interamericano de protección es una tarea común a todos: los Estados Partes en la Convención Americana, los órganos de supervisión de esta última, los Estados miembros de la OEA en general, los usuarios y beneficiarios del sistema, además de la sociedad civil de todos nuestros países. Esta importante sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA puede tornarse verdaderamente histórica, si logra marcar el inicio -como sinceramente espero- de un nuevo capítulo en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, el comienzo de una Corte Interamericana fortalecida y operando, a partir de ahora, con base semi-permanente. La decisión está en las manos de Ustedes, la Corte ha cumplido su parte. La prevalencia de los derechos humanos es una tarea de todos.

Doctrina

Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Rolando E. Gialdino*

El gasto mayor que reclaman del Estado los derechos económicos, sociales y culturales, no atañe a bienes, sino a justicia y dignidad.

Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal), como es bien sabido, enunció al unísono derechos civiles y políticos (arts. 3 a 21), así como económicos sociales y culturales (arts. 22 a 27), bajo la impronta de los principios de igualdad y de no discriminación (arts. 1 y 2). Era cuestión, en lo atinente al segundo conjunto de derechos mencionado, de proclamar el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos se hallaran liberados de la “misericordia”, y de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la “libertad” (Preámbulo, párs. 2° y 5°).

Empero, los distintos y opuestos puntos de vista que confluyeron en la redacción de tan preciado instrumento, terminaron incidiendo con fuerza en la definición de las obligaciones estatales correlativas a los derechos. Predominó, desafortunadamente y de manera contraria a las propuestas de determinados países latinoamericanos, la postura de eliminar la mayor parte de las referencias a dicho aspecto. Más, dos datos son subrayables. Por un lado, fueron enunciados, de manera terminante, “derechos”: “Toda persona tiene derecho a...”. Por el otro, el Preámbulo puntualizó que los Estados Miembros (de la Organización de las Naciones Unidas -ONU), se habían “*comprometido a asegurar... el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre*” (pár. 6° -la itálica es nuestra). El art. 22, a su turno, es de clara significación: “Toda persona como

* Secretario de Investigación en Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina.

miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Derechos de la persona humana y obligaciones de los Estados quedaron, pues, establecidos, aun cuando estas últimas de una manera tenue. Asimismo, la fuerza vinculante de la Declaración Universal, por ser ésta una Resolución de la Asamblea General de la ONU, fue asunto por demás polémico hasta no hace mucho tiempo.

En tales condiciones, hubo que esperar hasta el 16 de diciembre de 1966 para que, por intermedio de un tratado, las obligaciones estatales de cara a los derechos económicos, sociales y culturales, adquirieran perfiles mayores y más precisos, así como para que fuera establecido un correlativo régimen de control en el plano supranacional. En efecto, en la fecha citada fue adoptado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que entró en vigor el 3 de enero de 1976, y del que son parte, al 7 de julio de 2003, numerosísimos Estados (147), con excepción, respecto de los miembros de la OEA, de Antigua y Barbuda, Belice, Bahamas, Cuba, Estados Unidos de América, Haití, Saint Kitts y Nevis y Santa Lucía.

Sobresale, en el PIDESC, en materia de obligaciones en general, el art. 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Todo ello, a su vez, bajo compromiso de garantizar tanto el ejercicio de esos derechos sin discriminación (art. 2.2), cuanto el “igual título” del que gozan al respecto los hombres y las mujeres (art. 3).

Nos proponemos en el presente trabajo, en consecuencia, estudiar las obligaciones del Estado en el marco del PIDESC, primeramente, en cuanto a su naturaleza (II) y, en segundo término, en orden a las modalidades según las cuales habrán de ser observadas (III). Por último, incluiremos algunas conclusiones (IV). Con todo, previo a ello,

desarrollaremos unas breves reflexiones sobre algunos aspectos que, seguramente, coadyuvarán a una mejor comprensión del tema *sub examine* (I).

Dos advertencias se imponen respecto de la presente investigación. Por un lado, la relativa a que, si bien su objeto es el PIDESC, los derechos económicos, sociales y culturales, y las obligaciones estatales, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se agotan con ese instrumento, ya que están presentes en otros tratados de vocación universal y regional¹. Por el otro, la atinente a que su *corpus* principal lo configura la producción jurídica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Com/DESC), por cuanto resulta el órgano internacional más autorizado sobre la interpretación y aplicación del PIDESC. En alguna oportunidad hemos sostenido que dicha producción, por derivar de las condiciones de vigencia del propio PIDESC, es una fuente (formal) del derecho interno de todo Estado Parte. Fuente, asimismo, principalísima, ya que, sea cual fuere el emplazamiento jerárquico que el ordenamiento nacional confiera a nuestro tratado, siempre deberá tenerse en mente que, a la luz del Derecho Internacional y de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*), al tiempo que no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 26 y 27). La inadmisibilidad de esta última invocación, por lo demás, comprende a la fundada en las propias normas constitucionales².

¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha alentado, incluso, a la ratificación del “Protocolo de San Salvador” y de diversos convenios de la OIT -*Observaciones finales al informe inicial de Bolivia*, 10-5-2001, E/C.12/1/Add.60, párs. 17 y 34. Sobre la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Gialdino, Rolando E., “El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuadas. Su significación y contenido. Los sistemas de protección”, en *Investigaciones* 3, 2000, p. 859 y sigs. Por otro lado, algunos derechos, como el de propiedad, revistan en la Declaración Universal (art. 17), pero no en el PIDESC.

² V. Gialdino, Rolando E., “Control internacional de los derechos humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 2003, en prensa. Como lo indica su intitulado, dicho trabajo tiende a reconocer el carácter de fuentes del derecho interno a la producción jurídica de otros órganos internacionales: los Comités de derechos humanos de la ONU en general, y la Comisión y Corte interamericanas de derechos humanos.

Luego, un lugar destacado ocupará, dentro de la obra del Com/DESC, la *Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*; su solo título explica la importancia de este documento³. El propio Com/DESC ha considerado que los Estados deberían hacer tomar “conciencia” al público en general, a las instituciones y a los funcionarios públicos de todos los niveles, de las “obligaciones” de aquéllos ante el PIDESC⁴. De aquí que, por tratarse de “obligaciones jurídicas”, a los Estados les está vedado sostener, en las actuaciones judiciales, que el tratado sólo tiene un carácter “promocional” o “de aspiración”⁵.

I. Tres breves reflexiones

1. Dignidad intrínseca y libertad de la persona humana

Las cuestiones que vamos a abordar en los capítulos siguientes hacen preciso, a nuestro juicio, que introduzcamos desde el comienzo una advertencia fundamental, pues buena parte del debate acerca de las obligaciones del Estado en torno de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva, implícita o explícitamente, de entender que éstos comprometen necesaria y gravemente los recursos econó-

³ Del 14-12-1990, en adelante *Obs. Gral. 3*. Para el texto de todas las *Observaciones Generales* que citaremos: HRI/GEN/1/Rev.6, 12-5-2003. Mediante estos documentos, el Com/DESC (así como los restantes Comités de derechos humanos) transmiten a todos los Estados Partes la experiencia adquirida en el examen de los informes periódicos presentados por éstos, a fin de facilitar y promover la aplicación del PIDESC; llamar la atención de aquéllos sobre las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes periódicos; sugerir mejoras en el procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de los Estados Partes, las organizaciones internacionales y los organismos especializados en la promoción y protección de los derechos humanos –v. Gialdino, Rolando E., “Observaciones y recomendaciones Generales de los comités de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en *Investigaciones* 1/2, 2001, p. 157; y Gialdino, Rolando E., “Control internacional...”, punto 2.3.1.

⁴ *Observaciones finales al tercer informe periódico del Canadá*, 1998, E/C.12/1/Add.31, 10-12-1998, párr. 58. V. el texto correspondiente a la n. 67. Las *Observaciones finales* contienen las conclusiones del Com/DESC respecto de los informes periódicos que deben presentar los Estados Parte sobre las disposiciones o medidas (legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole) que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el PIDESC, así como sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos, por un lado, y sobre los factores y dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del instrumento, por el otro (PIDESC, art. 16). V. Gialdino, R.E., “Control internacional...”, punto 2.2.1. En el presente trabajo, hemos dado preferencia a las Observaciones finales relativas a países americanos.

⁵ Com/DESC, *Observaciones finales al informe inicial de China (región Administrativa Especial de Hong Kong)*, 11-5-2001, E/C.12/1/Add.58, párr. 27.

micos del Estado. Con base en esta premisa, se han seguido conclusiones que influyen, en profundidad y negativamente, sobre una gran diversidad de temas capitales, que van desde la justiciabilidad de los mentados derechos y su aplicación directa, hasta la existencia misma de dichas obligaciones.

Conviene, entonces, asentar *in limine* que la mencionada premisa resulta falsa. Ello encuentra explicación, al menos, en dos razones. La primera reside en que la obligación esencial del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, no es la de proporcionar salud, alimentos, vivienda, abrigo, educación, etc., sino la de instituir un régimen en el cual las personas puedan establecer una relación digna con esos bienes. Ello quiere decir, en este caso, crear las condiciones para que las individuos, mediante sus propios medios, puedan satisfacer sus requerimientos de salud, de alimentos, de vivienda, de abrigo, de educación, etc. En consecuencia, sólo determinadas situaciones extremas podrán en juego las arcas estatales (v. II, 1.3.2). Situaciones estas, corresponde anticiparlo, que se configuran, según se infiere de lo antedicho, cuando las personas, por razones ajenas a su voluntad, se ven impedidas siquiera del goce mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales. Hasta ese momento límite, que reclama dar satisfacción a la obligación de “hacer efectivo” un derecho, bien puede afirmarse que la bolsa estatal no es puesta en juego, habida cuenta de que son ajenas a ésta todas las restantes obligaciones del Estado. La persona que, p.ej., percibe un salario digno para sí y para su familia, ninguna necesidad tendrá de golpear las puertas del tesoro nacional para proteger a sus hijos de la desnutrición.

El segundo motivo se asienta en que, según lo estudiaremos *infra* (III, 4), si bien es cierto que el Estado debe poner al servicio de nuestros derechos “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, no lo es menos que estos recursos no se circunscriben a los guardados en el aludido cofre, dado que comprenden a los que posee el país considerado como un todo.

De tal suerte, lo que sí plantean los derechos económicos, sociales y culturales, y ello suele ser oscurecido por motivos no siempre o del todo desinteresados, consiste, principal aunque no exclusivamente, en la forma en que es distribuida la riqueza del país. Cuanto más razonable y equitativo sea el reparto, menos se verá comprometida la obligación de “hacer efectivo” un derecho por el Estado.

Y todo ello, por lo demás, tiene un inequívoca raíz ética, cuando no ontológica, que reconoce el propio PIDESC, tal como lo hacen todos los instrumentos de derechos humanos: la “dignidad intrínseca” de la persona humana; su liberación del “temor” y de la “miseria”.

Luego, bien puede sostenerse que el PIDESC impugna, parejamente, tanto el “reparto” inequitativo⁶, cuanto las políticas llamadas de “asistencialismo” y “clientelistas”, que, en definitiva, clausuran la libertad de las personas, originando dependencias y sumisiones. Ambas situaciones niegan, en resolución, la dignidad inherente a todo hombre y a toda mujer. Es indudable que los Estados deben proveer “redes” para los “caídos”. Más, éstas sólo tienen sentido válido cuando, a la par e inmediatamente, se arbitran los medios para hacer posible que las aludidas personas puedan superar la crisis que las envuelve, en muchos casos por acciones u omisiones estatales, y volver a ser capaces de asegurarse su propio nivel de vida adecuado, por sus propios medios.

El “gasto” mayor que reclaman los presentes derechos al Estado no atañe a bienes, sino a justicia y dignidad.

Es oportuno, en consecuencia, rememorar la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1986 (Resolución 41/128): “Los Estados tienen el *derecho* y el *deber* de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su *participación* activa, libre y significativa en el desarrollo y en la *equitativa distribución de los beneficios* resultantes de éste” (art. 3), máxime cuando también les corresponde garantizar “la *justa distribución de los ingresos*” y hacer las reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de “erradicar todas las *injusticias sociales*” (art. 8.1 - las itálicas son nuestras).

2. Preferencias

No hay dudas en cuanto a que el PIDESC se dirige a “todos”, a toda persona humana. Los principios de igualdad y de no discrimi-

⁶ El Com/DESC “deplora la distribución extremadamente desigual de la riqueza...” -*Obs... Bolivia*, pár. 13- y la “injusticia social” -*Observaciones finales al cuarto informe periódico de Colombia*, 29-11-2001, E/C.12/1/Add.74, pár. 8. Asimismo: *Observaciones finales al tercer informe periódico de México*, 2-12-1999, E/C.12/1/Add.41, pár. 16, que agregan los desequilibrios regionales (párs. 17 y 33), y que “a pesar del positivo incremento de los indicadores macroeconómicos... la Comisión Nacional del Salario Mínimo no ha ajustado el alza del salario mínimo” (pár. 20). Sobre esto último, v. el texto correspondiente a n. 78, párs.117/119.

nación, según lo anticipamos, son de la esencia del tratado. Empero, esta condición antes que repudiar a toda diferencia de trato, la exige cuando están en juego personas o grupos en situaciones especiales, como son las que configura, principalmente, la pobreza extrema, que incluso vulnera el propio derecho a la vida, o a no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁷. Hay en el PIDESC y en la obra del Com/DESC, entre otros, según lo veremos en el curso de estas páginas, una inequívoca preferencia por la protección de las personas en situación de marginalidad, vulnerabilidad, desventaja, exclusión, entre otras expresiones, como la de minorías, siempre insuficientes. Comprender las obligaciones del Estado en el ámbito de este tratado es, entonces, situarse en la perspectiva de que son dichas personas las destinatarias *primeras, inmediatas y preferentes* del tratado y del régimen de derechos, garantías y libertades que enuncia. Por lo tanto, es a ellas a quienes debe dirigirse, de manera *primera, inmediata y preferente*, la observancia por el Estado de los compromisos que examinaremos⁸. Así lo manda, por lo demás, un principio capital: la justicia social⁹.

Preocupan al Com/DESC “las políticas económicas y sociales... que favorecen manifiestamente a los grupos urbanos y de mayores ingresos y que, al parecer, han tenido como resultado la asignación desequilibrada de los recursos, el despilfarro, así como programas sociales ineficaces para los grupos desfavorecidos y marginados”¹⁰.

⁷ V. Gialdino, Rolando E., “La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 26-2-2003, p. 3.

⁸ Además de los ejemplos que veremos en el curso de estas páginas, v.: *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, párs. 14 y 39. Este documento (en adelante, *Pcios. de Limburgo*) fue elaborado por distinguidos expertos en derecho internacional, reunidos en Maastricht (2 a 6 de junio de 1986), a fin de considerar la naturaleza y alcances de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC. La Comisión de Derechos Humanos ha subrayado la importancia de estos *Principios* respecto de la aplicación del PIDESC -Resolución 1995/15. V. también: *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, pár. 20. Este documento (en adelante, *Pautas de Maastricht*) también es fruto de la labor de un grupo de expertos, reunidos en Maastricht (22 al 26-1-1997) en ocasión del 10º aniversario de los *Pcios de Limburgo*.

⁹ V. Gialdino, Rolando E., “Los pobres y la justicia social”, en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 171, p. 1034.

¹⁰ *Observaciones finales al segundo informe periódico de Panamá*, 27-8-2001, E/C.12/1/Add.64, pár. 18.

3. La persona humana integral

La dignidad de todos los miembros de la familia humana, mencionada dos números antes, por ser “inherente” a éstos, tal como lo señala el propio PIDESC recogiendo la impronta de la Declaración Universal, nos formula dos mensajes, entre muchos otros.

Por el primero, nos dice que los derechos y libertades de nuestro tratado, al derivar de una condición intrínseca del ser humano, la dignidad, son anteriores a su texto. El PIDESC no ha “consagrado” derecho o libertad alguno. Muy por el contrario, se ha limitado, prudente y sabiamente, a “enunciar” o “reconocer” los derechos y libertades en el campo de lo económico, social y cultural, que surgen naturalmente de la no menos natural dignidad de la persona. También el texto nos advierte, con no menor prudencia y sabiduría, que carece de pretensiones de exhaustividad (v. art. 5.2). Mucho es lo que falta desentrañar, añadiríamos, en materia de dignidad humana.

El segundo mensaje da cuenta de una realidad incontrastable. Hablar de derechos económicos, sociales y culturales, no es hacerlo de lo que concierne a una “parte” o “sección” del individuo. El PIDESC tratará sólo algunos derechos, sí, pero de una persona humana considerada en su integridad. Luego, cuando debamos aplicarlo e interpretarlo, no será cuestión de hacernos cargo, p.ej., del trabajador, sino de una persona que trabaja, del mismo modo que en la exégesis y aplicación de las garantías procesales del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no nos atenemos al procesado, sino a una persona sometida a un proceso. No hay cabida, en consecuencia, a una suerte de fraccionamiento del individuo, a una suerte de separación entre dignidades económicas, políticas, sociales, civiles y culturales. El *homo faber* y el *homo sapiens*, entre otras variedades, es -y será- una especie inhallable. De aquí, que tolerar, v.gr., la inexistencia de un seguro social, o su entidad miserable, no significa ofender a un desempleado o a un jubilado, sino, lisa y llanamente, a un ser humano (digno).

Bueno es recordar estas premisas, mayormente en el estudio del PIDESC, habida cuenta de la entidad subalterna que suele concedérsele a éste en relación con otros instrumentos, especialmente el antedicho en materia civil y política. El lazo de unión entre ambos no radica, esencialmente, en sus preámbulos, sino en el hombre mismo, en todo hombre y toda mujer de carne, hueso y alma. La cuestión pri-

mera, en consecuencia, es ontológica y, por ende, precede a la jurídica, alumbrándola. El ya consolidado principio de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos -por lo demás, aludido en el párrafo 3° del Preámbulo del PIDESC-, no hace más que traducir en símbolos la presente comprobación *in re*.

II. Naturaleza de las obligaciones

La naturaleza de las obligaciones previstas en el PIDESC ha dado lugar a una elaboración que las ordena bajo tres tipos, *viz*, obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos (1). A su vez, estos compromisos pueden ser vistos desde una clasificación tradicional: obligaciones de medio y de resultado (2).

1. Obligaciones de respetar, de proteger y de realizar

El Relator Especial Asbjørn Eide presentó a la Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, en 1987, el informe que le había sido encomendado en materia de derecho a una alimentación suficiente¹¹. El estudio introdujo un modelo compuesto de tres niveles o tipos de obligaciones del Estado. Posteriormente, en el informe de progreso de 1998, introduciría un cuarto nivel¹². Importa subrayar estos antecedentes, por cuanto, al margen de su valor intrínseco, el esquema propuesto por A. Eide sería adoptado, con modificaciones no sustanciales, por el Com/DESC, tal como surge de la *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 1)*¹³. Más aún; dicho órgano reiteraría el modelo, en el terreno de otros derechos. Así ocurrió, también en 1999, con la *Observación General 13. El derecho a la educación (art. 13)* (párs. 46/48), en 2000, mediante la *Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)* (párr. 35/37), y muy recientemente, con la *Observación General 15. El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos*

¹¹ E/CN.4/Sub.2/1987/23. Hemos manejado el texto publicado bajo el título: *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, Nueva York, Naciones Unidas, Série d'études 1, 1989. Este informe reemplazó el Informe Preliminar de 1984 (E/CN.4/Sub.2/1984/22 y Add.1 y 2).

¹² V. *The right to adequate food and to be free from hunger. Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide in accordance with Sub-Commission decision 1998/106*, E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28-6-1999, párr. 52. V. n. 41.

¹³ Del 15-5-1999, párr. 15; en adelante *Obs. Gral. 12*.

Económicos, Sociales y Culturales) (2002, párs. 20/26)¹⁴. En suma, nos encontramos ante una interpretación de las obligaciones estatales lo suficientemente consolidada y, sobre todo, abarcativa de esta problemática en general pues, de acuerdo con las citadas *Observaciones*, el esquema comprende a “cualquier otro derecho humano”, con lo cual, si se quiere, incluso trasciende el conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tres son los mentados niveles o tipos de obligaciones: de respetar (1.1), de proteger (1.2) y de realizar (1.3) los derechos.

1.1 Obligación de respetar

La obligación de respetar tiene su base fundamental en las consideraciones que hemos desarrollado anteriormente (I, 1). En efecto, dado que el PIDESC debe ser entendido a la luz de que son seres humanos, familias y grupos, los encargados de hallar su propia solución respecto de sus necesidades, el primer tipo de obligación que pesa sobre el Estado es el de abstenerse de adoptar medidas que puedan dificultar o impedir la actividad libre de los individuos, familias y grupos, en el empleo de sus recursos y en el ejercicio de sus opciones, dirigidos a alcanzar el goce de los derechos. Algunos ejemplos contrarios a este compromiso, serían: la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el disfrute de un determinado derecho (v.gr. la derogación de las normas de protección del trabajador o del derecho a la seguridad social¹⁵); la no derogación de la normativa que impidiera dicho disfrute (normas que no respeten la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos, o la libertad académica, o el derecho de huelga de los funcionarios públicos¹⁶, o establezcan discriminaciones¹⁷); la limitación o denegación del acce-

¹⁴ En adelante *Obs. Gral. 13*, *Obs. Gral 14* y *Obs. Gral. 15*, respectivamente. Las *Pautas de Maastricht* también hacen referencia a los citados tres niveles de obligaciones (pár. 6).

¹⁵ Es el caso de Argentina en cuanto a las reformas legislativas que “tenden a aumentar la precariedad de la relación laboral”, y que reducen los haberes previsionales o suspenden su pago -Com/DESC, *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina*, 1-12-1999, E/C.12/1/Add.38, pár. 16; asimismo: párs. 13/15, 18 y 22; el texto completo también puede consultarse en *investigaciones 3*, 1999, ps. 758/761.

¹⁶ Lo cual constituye una “violación” del art. 8.2 del PIDESC -*Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, pár. 19; también: *Observaciones finales al cuarto informe periódico de Alemania*, 31-8-2001, E/C.12/1/Add.68, pár. 22.

¹⁷ V.gr. hacia la mujer: *Observaciones finales al segundo informe periódico de Argelia*, 27-12-2001, E/C.12/1/Add.71, pár. 14.

so a los derechos por parte de “todas” las personas (como sería el no acceso a los cuidados de salud de los presos¹⁸ o de los inmigrantes, el cierre de escuelas y de centros de salud rurales, las modalidades de un régimen previsional¹⁹, o las dificultades para el acceso a la jurisdicción²⁰); el ocultamiento o la tergiversación deliberadas de la información necesaria para que las personas puedan elegir libremente su vida (v.gr. en el caso de la planificación familiar); la falta de consideración de los derechos del PIDESC al celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales que impongan, implícita o explícitamente, restricciones a los derechos²¹. Respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora, es manda expresamente indicada en el art. 15.4 del PIDESC, así como su art. 8.1.c señala el derecho de los sindicatos a funcionar “sin obstáculos”²².

Determinados atentados al hogar imputables al Estado, como la destrucción deliberada de viviendas o barrios (como suele ser el caso de los llamados “de emergencia”), sin una paralela previsión compensatoria, constituirían flagrantes violaciones de la presente obligación²³. También irrogarían una seria interferencia a los derechos al

¹⁸ *Observaciones finales al segundo informe periódico de Trinidad y Tobago*, 17-5-2002, E/C.12/1/Add.80, párs. 26 y 49.

¹⁹ “El régimen de retribución básica al que todos tienen derecho está siendo reemplazado gradualmente por un nuevo plan de capitalización cuyo rendimiento depende de las aportaciones del pensionista, lo cual cuestiona las perspectivas de quienes no pueden capitalizar pensiones satisfactorias, es decir, los trabajadores menos remunerados, los desempleados y los subempleados”, Com/DESC, *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina*, 8-12-1994, E/C.12/1994/14, párr. 13. V. *Observaciones finales al informe inicial de Honduras*, 9-5-2001, E/C.12/Add.57, párr. 39; *Obs... México*, párr. 24.

²⁰ Pej. al no permitirse a las poblaciones indígenas usar sus propios idiomas - *Obs... Honduras*, párs. 29 y 52.

²¹ Para el enunciado de ejemplos de la obligación de respetar, y sus violaciones, en los específicos marcos de los derechos que tratan: *Obs. Grales. 13* -párrs. 50 y concs. y 59-, *14* -párrs. 34 y 50-, y *15* -párrs. 21 y 44.a.

²² Sobre restricciones al derecho de huelga y a los derechos de los sindicatos: *Obs... Bolivia*, párr. 18; *Obs... Colombia*, párr. 17; *Obs... Honduras*, párr. 18; *Obs... Panamá*, párrs. 15 y 29; *Obs... Trinidad y Tobago*, párr. 43.

²³ Es preocupación del Com/DESC la existencia de disposiciones legales por las que puedan llevarse a cabo desalojos “sin proporcionar al mismo tiempo una solución de vivienda”. De ahí que recomiende a los Estados que se especifiquen en las leyes las condiciones en que pueden producirse los desalojos y “se disponga lo necesario para dar soluciones de vivienda sustitutoria a los desalojados”, *Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia*, 14-5-1998, E/C.12/1/Add.26, párrs. 16 y 25; para un resumen de este documento, v. *investi* -

respeto de la vida privada y familiar, y al pacífico disfrute de la posesión²⁴.

Particular atención merecen las colectividades, v.gr., los pueblos indígenas y tribales, a fin de que se les permita controlar colectivamente las condiciones por las que se aseguran la satisfacción de sus derechos económicos y sociales mediante sus propios recursos, lo que significa el respeto de sus derechos sobre sus recursos naturales. Los impedimentos puestos a las comunidades indígenas para el normal y pleno disfrute de sus tierras resultan un paradigma de inobservancia de la obligación de respetar²⁵. También los desplazamientos internos compulsivos quebrantan la presente obligación²⁶.

Lo anteriormente expresado, por cierto, no impide toda intervención del Estado tendiente, p.ej., a la promoción de métodos más eficaces, en determinados grupos o comunidades, para la satisfacción de sus necesidades. Pero ello debe ser siempre llevado a cabo teniendo como punto de partida los conocimientos, experiencias y estrategias de los mentados grupos que, en muchos casos, demuestran haber alcanzado un alto grado de eficacia y equilibrio, sobre todo en lo que hace al medio ambiente.

Es asunto, en breve, de que el Estado no interfiera en aquellos supuestos en que los individuos o los grupos puedan asumir la carga de sus propias necesidades sin reducir las de los otros que deseen hacer lo mismo. Es deber del Estado, según la Corte Suprema de Justicia

gaciones 3, 1998, p. 535. Asimismo: *Obs... Bolivia*, pár. 21; *Obs... México*, párs. 27 y 41; *Obs... Panamá*, párs. 19 y 36.

24 Tal como lo entendió la Corte Europea de Derechos Humanos con base en los arts. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 1 de su Protocolo 1: *Akdivar y otros c. Turquía*, sentencia del 16-9-1996, *Recueil/Reports* 1996-IV, pár. 88.

25 V. Com/DESC, *Obs... Bolivia*, párs. 14, 19, 21 y 24. *Obs... Colombia*, pár. 12 y 33; *Obs... Honduras*, párs. 14, 29, 33 y 52; *Obs... México*, párs. 18 y 25; *Obs... Panamá*, párs. 12 y 28; *Observaciones finales al segundo informe periódico de Venezuela*, 8-5-2001, E/C.12/1/Add.56, pár. 12. Entre las sugerencias y recomendaciones que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial formuló a la Argentina en 1997, figuró la de incluir toda la información disponible sobre la situación socioeconómica de los miembros de las comunidades indígenas y de minorías étnicas, principalmente sobre su participación en la vida política y económica del país, no sin antes observar que entre las principales víctimas del desempleo y de la pobreza figuraban integrantes de dichos grupos; *Observaciones finales a los informes periódicos 11 a 14 de Argentina*, 20/21-8-1997, A/52/18-, lo cual fue reiterado (19-3-2001) con motivo del 15° informe - CERD/C/304/Add.112, párs. 8/9 y concls.

26 *Obs... Colombia*, párs. 11, 22 y 43; *Obs... Honduras*, pár. 23.

argentina, “tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] reconoce”²⁷.

1.2 Obligación de proteger

Lo expuesto en el punto anterior no debe hacernos perder de vista que los aludidos supuestos negativos de injerencia del Estado en la libertad de las personas para gozar de sus derechos, también pueden encontrar origen en la conducta de agentes no estatales. Es precisamente a este supuesto al que apunta la obligación de proteger. Se trata, en tal sentido, de proteger a la persona humana de otras personas (físicas o jurídicas)²⁸. Esto es así, en especial, ante situaciones que ponen a los individuos frente a elementos agresivos o autoritarios: intereses económicos poderosos cuando se muestran impiadosos; fraudes y prácticas no conformes a la ética de las relaciones comerciales y contractuales...²⁹. En el supuesto de la alimentación, el trabajo y la salud, esta obligación suele requerir, p.ej., medidas legislativas para amparar a los consumidores y a los trabajadores respecto de productos nocivos (alimentos, medicamentos, sustancias peligrosas) o prácticas laborales dañosas³⁰. El sector empresarial privado, tanto nacional como transnacional, en breve, deberá actuar dentro del marco de un código de conducta establecido de común acuerdo con el Gobierno y la sociedad civil³¹.

²⁷ *Giroldi y otro*, sentencia del 7-4-1995, *Fallos* 318:514, 530, consid. 12, c/cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸ “Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre”, *Obs. Gral. 15*, p. 23. Para el enunciado de ejemplos de la obligación de proteger, y sus violaciones, en los específicos marcos de los derechos que tratan, v.: *Obs. Grales. 13* -párs. 50 y concs. y 59-, *14* -párs. 35 y 51- y *15* -párs. 23/24 y 44.b.

²⁹ *V. The right to adequate food...*, p. 122; y *Le droit à une alimentation suffisante...*, pp. 40/41.

³⁰ *V. Obs... Honduras*, párs. 24, 36 y 46.

³¹ *Obs. Gral. 12*, p. 20. En fecha cercana, y sumándose a otros documentos, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) dictó las *Pautas para las Empresas Multinacionales* que contienen previsiones sobre empleo, intereses de los consumidores, reglas de competitividad..., señalando, entre las políticas generales, el respeto de los derechos humanos de manera compatible con las obligaciones internacionales del Estado receptor (II.2) -v. el texto completo en *International Legal Materials*, vol. XL, 2001, n° 1, pp. 237 y sigs. Estas *Pautas* fueron acompañadas por Argentina, Brasil, Chile y la República Eslovaca -v. p. 236.

El abandono de la población a las “leyes del mercado”, v.gr., en materia de alquileres, salarios, alimentación, medicamentos, servicios esenciales (agua, electricidad, gas, etc.), entre otros muchos aspectos, puede implicar una falta a la obligación de proteger, si ello condujera a situaciones de abuso por parte de los proveedores u oferentes. Muchos de los sin techo, tiene proclamado la Pontificia Comisión “Iustitia et Pax”, son víctimas de la “avaricia”, mayormente cuando la vivienda constituye un “bien social primario” que no puede ser considerado simplemente como un objeto de “mercado”. Toda práctica de especulación que desvíe el uso de la propiedad de su función social al servicio de la persona “hay que considerarla un abuso”³². Cuando los servicios de suministro de agua sean explotados o estén controlados por terceros -expresa la *Obs. Gral. 15-*, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, y establecer un sistema regulador eficaz, de conformidad con el PIDESC y esta *Observación*, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento (pár. 24). También el Com/DESC observó con preocupación la disposición jurídica que permitía, en Argentina, aumentos de cerca del 12% de los alquileres, aproximadamente el doble de la tasa de inflación registrada en el año anterior, mientras que los salarios se encontraban aparentemente congelados. Honda preocupación, a su vez, le han causado las condiciones bajo las cuales son llevados a cabo los desahucios, aun ante ocupaciones ilegales, por lo que ha instado a que se tomara debidamente en cuenta la *Observación General 4* sobre el derecho a una vivienda adecuada³³, la cual, por otro lado señala que el Estado debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres (pár. 8.c).

³² *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo? La Iglesia ante la carencia de vivienda*. Documento de la Pontificia Comisión “Iustitia et Pax” con ocasión del Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar, Buenos Aires, Ediciones Paulinas, 1988, pp. 13, 26 y 27. Para el derecho a una vivienda y a una alimentación adecuadas: Gialdino, R.E., “El derecho a un nivel de vida adecuado...”, p. 795, esp. p. 825 y sigs. Sobre los resultados “poco beneficiosos” del funcionamiento del “mercado libre” respecto de las personas con discapacidad: Com/DESC, *Observación General 5. Las personas con discapacidad*, 1994, párs. 11/12; en adelante *Obs. Gral. 5*.

³³ *Obs... Argentina*, 1994, párs. 16 y 17; exhortación que reiteró en 1999: *Obs... Argentina*, 1999, pár. 36. Sobre incrementos arbitrarios de los alquileres y desahucios, v., asimismo: *Observaciones finales al tercer informe periódico de Australia*, 31-8-2000, E/C.12/1/Add.50, párs. 21 y 34.

La falta de leyes que impidan la contaminación del ambiente (aire, agua y suelo) por las industrias extractivas y manufactureras, y la no protección de la mujer contra la violencia y el no procesamiento de los autores de ésta, son otros tantos ejemplos, desde ópticas bien diferentes, que podrían multiplicarse.

Los llamados procesos de “privatización” requieren una adecuada supervisión, sobre todo cuando la ausencia de ésta, como le señaló el Com/DESC a la Argentina, ha producido “la violación de los derechos económicos, sociales y culturales”³⁴. Una de los miembros del Com/DESC, durante el examen del informe argentino, manifestó que el rápido proceso de privatización entonces en curso, no le parecía tranquilizador: las “empresas privadas no son filántropos y una privatización *à outrance* puede tener consecuencias nefastas para la vida cotidiana de la población”³⁵.

Las violaciones a los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado, en breve, pueden producirse por actos directamente realizados por este último, pero también por los llevados a cabo por agentes no estatales cuya actividad estuviese insuficientemente regulada por dicho Estado³⁶. Los Estados son los “responsables últimos” del cumplimiento del PIDESC³⁷, y el hecho de que confíen, mediante acuerdos, en grupos privados y voluntarios no los absolverá “nunca” de su obligación de conseguir que se cumplan plenamente las obligaciones asumidas con arreglo al tratado³⁸. El terreno atañe a una amplia actividad estatal, que va desde lo fiscal e impositivo hasta lo penal³⁹.

³⁴ *Obs... Argentina*, 1994, pár. 22; asimismo: *Obs... Argentina*, 1999, párs. 18 y 22. V. *Obs. Gral. 14*: la obligación de proteger incluye “velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud”, pár. 35.

³⁵ Jiménez Butragueño, 22-11-1994, E/C.12/1999/SR.3, pár. 6.

³⁶ *Obs. Gral. 12*, párs. 19 y 27; v. *Pcios. de Limburgo*, pár. 40; *Pautas de Maas - tricht*, pár. 18. Preocupa al Com/DESC que el Estado no haya adoptado medidas legislativas y administrativas para controlar el efecto negativo de las actividades de las empresas transnacionales en el empleo y las condiciones de trabajo -*Obs... Honduras*, párs. 15 y 36.

³⁷ *Obs. Gral. 12*, pár. 20.

³⁸ *Obs. Gral. 5*, pár. 12.

³⁹ V. Gialdino, R.E., “El derecho a un nivel de vida adecuado...”, pp. 843/848.

Nos parece imprescindible cerrar este número con una digresión, ya que aludiremos a un punto ajeno a los “efectos verticales” (individuo/Estado) del PIDESC. Acotamos, entonces, que este último también produce “efectos horizontales” (*Drittwirkung*), *i.e.*, entre el individuo y otras personas (físicas y jurídicas no estatales), mayormente cuando, según lo anuncia el Preámbulo, todos los individuos están obligados “a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto” (párrafo 5°).

1.3. Obligación de realizar: facilitar, hacer efectivo y promover⁴⁰

La obligación de “realizar”, que es la que exige el mayor dinamismo a la conducta estatal, presenta dos perspectivas: la de “facilitar” (1.3.1) y la de “hacer efectivo” (1.3.2)⁴¹. También pareciera incluir una tercera: “promover” (1.3.3).

1.3.1 Obligación de facilitar

La obligación de “realizar-facilitar” significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el goce por la población de los derechos enunciados en el PIDESC. Por ejemplo: acciones tendientes al acceso y la utilización de los recursos que aseguren un nivel de vida adecuado, incluida la seguridad alimentaria⁴²; adopción de “medidas positivas” que permitan el disfrute del derecho a la educación⁴³.

⁴⁰ Para el enunciado de ejemplos de la obligación de realizar, en general, y sus violaciones, en los específicos marcos de los derechos que tratan, v.: *Obs. Grales. 13* -pár. 48 y concs. y 59-, *14* -párs. 36/37 y 52-; y *15* -párs. 25/29 y 44.c.

⁴¹ El planteo de A. Eide, para 1998, preveía, en realidad, cuatro tipos de obligaciones; además de los dos, respetar y proteger, ya tratados en el texto, se agregaban: *to facilitate* y *to fulfil* -*The right to adequate food...*, pár. 52.c y d. El Com./DESC no rechazó la propuesta en cuanto a su contenido, aunque ordenó y dio sentido a los conceptos a su manera (v. la nota al pár. 15 de la *Obs. Gral. 12*): estableció como género la obligación de “realizar” (*fulfil*) y, dentro de éste, dos especies: la obligación de “facilitar” (*fulfil-facilitate*) y la obligación de “hacer efectivo” o “proveer” o “proporcionar” (*fulfil-provide*). La tercera especie aparecería más tarde (v. 1.3.3). En las versiones oficiales en castellano de las *Observaciones Generales 13* y *14*, se habla, para el mencionado género, de “cumplir” (párs. 47 y 33, respect.), mientras que en la *Observación General 12* se emplea la voz “realizar” (pár. 15). En todo caso, ello no presenta ninguna repercusión a nivel del significado, mayormente cuando, según lo señalado, las versiones en inglés (que son las originales) de los tres documentos registran, al respecto, una misma voz: “*to fulfil*”. Entre las palabras “cumplir” y “realizar”, hemos preferido esta última, por ser la más apropiada, además de haber sido la empleada en la primera *Observación* que enunció el esquema en juego.

⁴² V. *Obs. Gral. 12*, párr. 15.

⁴³ *Obs. Gral. 13*, párs. 47 y 50.

Tiene cabida en este plano un extensísimo abanico de actividades estatales, que comprenden tanto el suficiente reconocimiento en el ordenamiento jurídico de los derechos en juego⁴⁴, cuanto la instrumentación de políticas, planes y programas nacionales para el aseguramiento, ejercicio y desarrollo de aquéllos. Cumple, a estos propósitos, entre otros, importante función la elaboración de “indicadores” sociales, que deberá llevarse a cabo mediante la promoción de un “debate” en la sociedad⁴⁵.

El PIDESC contiene, incluso, el señalamiento de algunas medidas, v.gr.: el mejoramiento de los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas rurales (art. 11.2.a)⁴⁶; la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños (art. 12.2.a); el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente (ídem, b); la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas y la lucha contra ellas (ídem, c); la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (ídem, d). En el universo laboral está prevista la orientación y la formación profesionales, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir el desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva (art. 6.2). Bien pueden sumarse a este listado, sólo ejemplificativo, algunos de los contenidos de los arts. 10, 12, 13 y 14.

Se insertan en este campo, además, las iniciativas legales tomadas por el Estado para facilitar el acceso a los diversos derechos que componen el derecho a un nivel de vida adecuado, v.gr., planes de vi-

⁴⁴ El Com/DESC “lamenta que aún no se hayan promulgado leyes que incorporen el Pacto en el sistema jurídico interno...” -*Obs... Bolivia*, pár. 11. V.: *Obs... Panamá*, párs. 9 y 25; *Obs... Trinidad y Tobago*, pár. 9, que agregan: “...independientemente del sistema que se siga para la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno (monismo o dualismo) cuando ratifica instrumentos internacionales, el Estado Parte tiene la obligación de darles pleno efecto” en dicho ordenamiento -pár. 32.

⁴⁵ *Obs... Alemania*, 1998, pár. 27. *Pcios. de Limburgo*, pár. 79.

⁴⁶ El Com/DESC insta al Estado a que considere la “reforma agraria como prioridad en el programa del Gobierno” -*Obs... Bolivia*, pár. 40; asimismo: *Obs... Colombia*, párs. 23 y 44.

vienda, líneas de crédito a los necesitados (pero que no originen en éstos un sobre endeudamiento peligroso), y los programas para mejorar la capacitación de las personas para ganarse su vida.

1.3.2. Obligación de hacer efectivo

La obligación de “hacer efectivo” o “proveer” o “proporcionar”, prevé que, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar de uno de los derechos económicos, sociales o culturales, por los medios a su alcance, los Estados deben hacer efectivo ese derecho directamente⁴⁷. Si se quiere, no se trata de ninguna novedad introducida por el PIDESC por cuanto, ya desde 1948, la Declaración Universal claramente establece que toda persona tiene derecho “a los seguros sociales en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (art. 25.1).

Es la presente especie del género “realizar”, en rigor, la única que pone en juego los recursos del país (v. I, 1). Su ejecución, por cierto, admite diversas formas, condicionadas, *inter alia*, por la naturaleza del derecho en juego. Así, puede verse satisfecha por la distribución directa del bien objeto de privación o, de manera subsidiaria, mediante una asistencia o prestación sustitutiva, como serían los “subsidios de vivienda”⁴⁸.

El art. 9 del PIDESC “prevé de manera general que los Estados Partes ‘reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social’, sin precisar la índole ni el nivel de protección que debe garantizarse”, pero en “el término ‘seguro social’ quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas”⁴⁹.

¿Significa el “derecho a trabajar”, previsto en el art. 6.1 del PIDESC, que el Estado deba emplear, o mandar emplear, a todo desocupado involuntario?, nos hemos preguntado en otra oportunidad. No, fue nuestra respuesta, pero a condición de reconocer que, con

⁴⁷ V. *Obs. Grales.* 12 -pár. 15-, 13 -pár. 47-, 14 -pár. 37- y 15 -pár. 25.

⁴⁸ Pej.: *Obs... Colombia*, párs. 42 y 47.

⁴⁹ Com/DESC, *Observación General 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 1995, pár. 26.

base en esta norma, en el citado art. 25.1 de la Declaración Universal y el art. 9 del PIDESC, la obligación de “hacer efectivo” tiene el sentido subsidiario que hemos adelantado: el seguro de desempleo⁵⁰. No otra conclusión, agregamos, podría seguirse de las observaciones del Com/DESC, cuando mostró su preocupación, de un lado, por la “altísima tasa de desempleo (casi el 15%)”, y, del otro, por el hecho de “que las prestaciones de desempleo sólo beneficien a un 6% de los desempleados y excluyen a algunas categorías de trabajadores, como el servicio doméstico y los obreros de la construcción en las zonas rurales y los empleados públicos”⁵¹; o cuando recomendó que se “reformen el Plan de Seguro de Desempleo de forma que se proporcione cobertura suficiente a todos los desempleados en una cantidad y por una duración que garantice plenamente su derecho a la seguridad social”⁵².

Con el fin de satisfacer esta obligación, los Estados cuentan, desde luego, con una extensa serie de instrumentos tendientes a realizar una verdadera y justa redistribución de la riqueza nacional, v.gr., por intermedio de políticas impositivas real y equitativamente dirigidas a dicha finalidad. La presente obligación, sin dudas, cobra mayor relieve ante situaciones, entre otras, de crecido desempleo, o de marginalización derivada de transformaciones en el área de la economía y la producción⁵³.

1.3.3 Obligación de promover

La obligación de “promover”, como una especie (la tercera) del género “realizar”, fue introducida por la *Obs. Gral. 14*, con fundamento en la importancia crítica de la promoción de la salud en la labor realizada por la OMS y otros organismos (pár. 33 y su n. 23). Luego, es menester que los Estados Partes emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. En esta obligación revistan diversas actividades: a. fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados posi-

⁵⁰ Gialdino, Rolando E., “El trabajador y los derechos humanos”, en *Investigaciones 2*, 2000, ps. 442/443.

⁵¹ *Obs. finales... Argentina*, 1999, párs. 12 y 14. Asimismo: *Obs... Canadá*, pár. 20.

⁵² *Obs... Canadá*, pár. 45.

⁵³ Eide, Asbjørn, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en *Economic, Social and Cultural Rights* (Eide, A.; Krause, C. y Rosas, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 24.

tivos en la materia (v.gr.: realización de investigaciones y suministro de información); b. velar porque los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y que el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; c. velar en todo lo concerniente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; y d. apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones relativas a su salud (pár. 37).

Ahora bien, ¿se trata de una obligación destinada sólo a algunas hipótesis, v.gr., determinados derechos, como parecen indicarlo los motivos que explicaron su introducción? La respuesta, a nuestro juicio, no puede ser concluyente, por el momento. Más, de manera provisoria, entendemos que debería volcarse por la negativa. En tal sentido, la ya citada *Obs. Gral 15*, sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12 del PIDESC), vale decir, la única *Observación* dictada hasta el presente después de la mentada *14*, también incluye la obligación de promover: impone al Estado la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua (pár. 25). Súmase a ello que, p.ej., “adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad”, y “promover” el amamantamiento, son obligaciones previstas, respectivamente en las *Obs. Grales. 5* (pár. 11) y *12* (pár. 30), así como la “orientación” en materia laboral, la “divulgación de principios sobre nutrición” y la “difusión de la ciencia y la cultura”, resultan medidas concretas previstas en los arts. 6.2, 11.2.a y 15.2 del PIDESC. Luego, podría sostenerse, de la manera antes indicada, que la obligación de promover, sobre todo si nos atenemos al contenido que le ha dado el Com/DESC en las citadas *Obs. Grales 14 y 15*, atañe a todos los derechos del PIDESC en cuanto a la labor del Estado de divulgar la información apropiada y necesaria para que la población pueda alcanzar un mejor disfrute de sus derechos, esto es, un disfrute más libre, formado y esclarecido. Adviértase que los mencionados ejemplos que brinda la *Obs. Gral 14*, relativa al art. 12, no son ajenos al derecho a un nivel de vida adecuado, previsto en el art. 11. Tampoco sería aventurado, entonces, considerar que con la mención de la obligación de “promover”, el Com/DESC no ha hecho otra cosa que dar una clara independencia y ubicación dentro del es-

quema de las obligaciones, a un compromiso estatal que formaba parte de la doctrina del citado órgano, aun cuando, quizás, de una manera algo difusa. El régimen de informes periódicos ya había dado ocasión a que el Com/DESC llamara a los Estados a emprender campañas de información pública sobre determinadas cuestiones⁵⁴.

2. Obligaciones de medio y de resultado

El Com/DESC, en su *Obs. Gral. 3*, recogió la distinción, siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, entre obligaciones de medio o comportamiento y de resultado (pár. 1). Por las primeras, según esta Comisión, el Estado está comprometido a adoptar un determinado comportamiento, de acción o abstención, que representa un fin en sí mismo. Por las segundas, se requiere del Estado alcanzar un determinado resultado, pero mediante un comportamiento (también de acción u omisión), cuya forma es dejada a la discreción del primero⁵⁵.

Sin embargo, lo antedicho no contradice que el PIDESC resulte mejor comprendido si se entiende que cada una de las obligaciones de respetar, proteger y realizar, contiene elementos de las obligaciones de conducta y de resultado. En efecto, la obligación de conducta exige una acción razonablemente calculada para realizar el disfrute de un particular derecho. En el caso del derecho a la salud, p.ej., la obligación de conducta comprende la adopción e implementación de un plan de acción para reducir la mortalidad infantil. La obligación de resultado, por su lado, exige que el Estado alcance metas específicas para satisfacer pautas sustantivas y precisas. Respecto del mencionado derecho a la salud, la obligación de resultado requiere la reducción de la mortalidad infantil a los niveles convenidos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo -El Cairo, 1994-, y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer -Beijing, 1995- (*Pautas de Maastricht*, pár. 7).

La presente distinción, por lo demás, también se hace compleja en el seno del PIDESC, puesto que algunas medidas específicas pue-

⁵⁴ V.gr., *Obs... China*, párs. 19 y 20; *Observaciones finales al informe inicial de Eslovaquia*, 29-11-2002, E/C.12/1/Add.81, pár. 31: campañas de sensibilización para reducir el consumo de tabaco y alcohol; *Obs... Bolivia*, pár. 43: campañas educativas sobre la salud sexual y reproductiva de la mujer e inclusión de estos temas en los planes de estudios escolares; en sentido análogo: *Obs... Honduras*, pár. 48; *Obs... México*, pár. 43; *Obs... Trinidad y Tobago*, párs. 37 y 47.

⁵⁵ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 107.

den ser vistas como normas independientes, que imponen obligaciones de resultado. El art. 6.2, v.gr., dispone que para lograr la plena efectividad del derecho al trabajo, los Estados habrán de proveer, *inter alia*, a la orientación y formación técnico-profesional. Y no sería desinterpretar esta norma si consideráramos, entonces, que la orientación profesional debe ser provista como un derecho de una definición parcial del derecho al trabajo.

La obligación de garantizar lo esencial de todos y cada uno de los derechos (III, 5.3) constituye, a nuestro juicio, una clara obligación de resultado.

III. Modalidades de ejecución de las obligaciones

Las modalidades bajo las cuales deben ser satisfechas las obligaciones que derivan del PIDESC se encuentran contenidas, sustancialmente, en su art. 2.1, que hemos transcrito en la *Introducción*. Ello, a su turno, debe enmarcarse en el principio de buena fe previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31.1)⁵⁶. De lo contrario, el Estado incurriría en una “violación” del derecho en juego⁵⁷.

El método que seguiremos, será el de tratar separadamente los pasajes normativos que dan cuenta de cada una de estas modalidades.

Luego: *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete...*

1. ...a adoptar medidas...

El compromiso de adoptar medidas constituye un aspecto fundamental del art. 2.1 del PIDESC, por lo que reclama algunas precisiones. En tal sentido, contrariamente a lo que a veces ha sido entendido, la presente obligación se encuentra desligada de la progresividad que mienta el mismo artículo y que más adelante comentaremos (5). Tal como lo señala el Com/DESC, si bien la plena realización de los derechos puede lograrse de manera paulatina, “las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo *razona-*

⁵⁶ V. *Pcios. de Limburgo*, párs. 4 y 7.

⁵⁷ *Obs. Gral. 15*, pár. 40.

blemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados” (*Obs. Gral. 3*, pár. 2 -la itálica es nuestra)⁵⁸. El compromiso en juego no se encuentra en sí “condicionado ni limitado” por ninguna otra consideración (*ídem*). Con elocuencia no menor se expresan los *Pcios. de Limburgo*: las medidas hacia la realización de los derechos deben comenzar a ser tomadas “inmediatamente” (pár. 16).

Es conveniente, al respecto, recordar que el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también impone a los Estados el compromiso de adoptar o tomar medidas, sin que de ello se siga que no requiera una implementación inmediata en el plano nacional⁵⁹. Otro tanto cabe afirmar en cuanto al art. 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes⁶⁰.

Las medidas requeridas por el PIDESC, en todo caso, habrán de ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas” en aquél⁶¹.

El Com/DESC, por lo pronto, ha reconocido su competencia para apreciar los esfuerzos mostrados por el Estado en la adopción de medidas. Tanto es así que, ante el informe argentino, en 1994, si bien se congratuló de las iniciativas del Gobierno para acabar con el déficit de viviendas en el país, advirtió que no “existía indicación alguna de que su política, ya sea la actualmente aplicada o la planeada, fuese suficiente”. También le recordó, en 1999, que el programa que se “ha venido aplicando desde hace diez años para hacer frente a la cuestión de los niños de la calle, sobre todo en Buenos Aires” no había abordado debidamente los “problemas fundamentales, puesto que el número de esos niños ha seguido aumentando”⁶².

Cabe advertir, finalmente, que el propio PIDESC ha indicado determinadas medidas a ser tomadas por los Estados. Así ocurre, según

⁵⁸ Lo “antes posible” -*Obs. Gral 15*, pár. 45.

⁵⁹ V.Tomuschat, Christian, “Evolving Procedural Rules: The U.N. Human Rights Committee’s First Two Years of Dealing with Individual Communications”, en *Human Rights Law Journal*, 1980, vol. 1, pp. 256/257.

⁶⁰ Boulesbaa, Ahcene, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, La Haya/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1999, pp. 49/50.

⁶¹ *Obs. Grales. 3* -pár. 2-, *13* -pár. 43-, *14* -pár. 30- y *15* -pár. 17.

⁶² *Obs. Argentina*, 1994, pár. 15; y 1999, pár. 26. V. *Obs... Honduras*, párs. 20 y 40.

lo hemos adelantado en parte, con el derecho a trabajar (v. art. 6.2), la protección contra el hambre (v. art. 11.2), el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (v. art. 12.2), y los derechos previstos en el art. 15.1 (v. el inciso 2). No hay en ello pretensiones de exhaustividad. El citado art. 12.2, v.gr., contiene una lista “incompleta” que sirve de orientación para definir las medidas que deben adoptar los Estados⁶³. El aludido carácter ejemplificativo surge claro, por otro lado, del propio enunciado de la norma: “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes... figurarán...”. De manera análoga puede discurrirse en lo relativo a los mencionados arts. 6.2, 12.2 y 15.1.

2. ...tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales...

La frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” tuvo la intención, según los redactores del PIDESC, de hacer referencia tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales⁶⁴. El papel esencial de la cooperación se destaca, además, en otras normas del tratado: arts. 11.1 y 2, 15.4, 22 y 23, y llevó al Com/DESC a dictar, el 2 de febrero de 1990, la *Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto)*. Por otro lado, es habitual que este último órgano exhorte a los países a solicitar dicha asistencia técnica y cooperación, p.ej., para llevar a cabo diversos programas⁶⁵.

El compromiso que dimana del art. 56 de la Carta de la ONU, así como de los del PIDESC citados anteriormente, también hace que los Estados Partes deban, tanto respetar el disfrute de los derechos en otros países, cuanto impedir que terceros los conculquen en éstos, siempre que puedan ejercer influencia sobre dichos terceros por medios legales o políticos, de conformidad con la citada Carta y el Derecho Internacional aplicable⁶⁶. De tal manera, es deber de los Estados proteger los derechos económicos, sociales y culturales, mediante su participación en organizaciones internacionales, cuando actúan colectivamente. Así, les corresponde emplear su influencia para ase-

⁶³ *Obs. Gral. 14*, pár. 13; asimismo, párs. 2 y 7.

⁶⁴ *Obs. Gral. 3*, pár. 13; *Pcios. de Limburgo*, pár. 26.

⁶⁵ *Obs... Venezuela*, pár. 28; *Obs... Bolivia*, pár. 46; *Obs... Honduras*, pár. 53.

⁶⁶ *Obs. Gral 14*, pár. 39.

gurar que los programas y políticas de las organizaciones de las que formen parte, v.gr., el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, no produzcan violaciones a los mencionados derechos⁶⁷.

En un orden paralelo de ideas, el Com/DESC ha instado a los Estados Partes (desarrollados) a velar por el aumento de sus contribuciones a la cooperación internacional para el desarrollo a fin de que, con la mayor rapidez posible, alcancen la meta de la ONU, del 0,7% del PBI.

3. ...por todos los medios apropiados, inclusive en particular ...medidas legislativas...

La redacción del art. 2.1 pone en claro la amplitud de los medios de los que puede hacer uso el Estado, toda vez que sólo apunta “en particular” a las medidas legislativas. Por ende, tienen plena cabida, además de estas últimas, las medidas administrativas, judiciales, económicas, financieras, sociales y educacionales, entre otras⁶⁸. No es de olvidar que ante el PIDESC, así como ocurre con los instrumentos de derechos humanos en general, es el Estado el comprometido, lo cual se proyecta sobre la actividad de todos sus órganos -judicial, legislativo y ejecutivo- y agentes. “Garantizar entraña, asimismo, ‘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 humanos’”, sostuvo la Corte Suprema de Justicia argentina en el ya citado caso *Giroldi y otro* (consid. 12, c/cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Empero, la cuestión relativa a las medidas exhibe otros matices. En primer lugar, la referencia, en particular, a los arbitrios legislativos significa que, en muchos supuestos, éstos serán más que deseables, indispensables. Resultaría difícil, advierte el Com/DESC, luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida; y otro tanto puede darse en esferas como la salud, la protección de los niños y las madres, la educación, los derechos del

⁶⁷ Sobre esta cuestión, y la referente al párrafo que sigue en el texto: Gialdino, Rolando E., “Derechos humanos y deuda externa: Tensiones. Primacía de los derechos humanos”, 2003, punto IV, en prensa. V. asimismo: Com/DESC, *Observación General 8. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, 1997.

⁶⁸ *Obs. Gral. 3*, pár. 7; *Pcios. de Limburgo*, pár. 17.

trabajo y de la seguridad social⁶⁹. Son numerosos los ejemplos en los que el Com/DESC recomendó a los Estados el dictado de leyes para atender a determinados problemas⁷⁰.

A todo evento, el dictado de medidas legislativas resulta el medio necesario ante la existencia de legislación contraria al PIDESC⁷¹. Así, el Com/DESC recomendó a la Argentina, lisa y llanamente, la “derogación” del art. 16 de la ley 24.463, para “garantizar el pago completo de las pensiones”⁷².

Más, es preciso subrayar que, aun en el caso de ser indispensables, la sola legislación suele resultar insuficiente, ya que no agota por sí misma, necesariamente, todas las obligaciones estatales: debe darse a la expresión “por todos los medios” su significado pleno y natural⁷³. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho que, en numerosas hipótesis, la existencia de determinadas estructuras y recursos constituye una “precondición” de la efectiva realización de un derecho por medios legislativos: un Estado puede garantizar a toda persona una vivienda y no hacer nada para que existan viviendas disponibles suficientes⁷⁴.

De su lado, el Comité de Derechos Humanos también tiene dicho, desde 1981, que la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que “suelen ser de por sí insuficientes”⁷⁵; así como advertido, también en dicho año y para el caso del art. 3, que la prevención de la discriminación requiere no solamente medidas de protección, sino también “una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos”, lo que no puede hacerse “simplemente” mediante el dictado de leyes⁷⁶.

⁶⁹ *Obs. Gral. 3*, pár. 4.

⁷⁰ V.gr.: *Observaciones finales al cuarto informe periódico de Ucrania*, 29-8-2001, E/C.12/1/Add.65, pár. 22.

⁷¹ *Pcios. de Limburgo*, párs. 18 y 37.

⁷² *Obs. Argentina*, 1999, pár. 33; *Obs... Trinidad y Tobago*, párs. 38, 44, 46 y 49.

⁷³ *Obs. Gral. 3*, pár. 4; v. *Pcios. de Limburgo*, pár. 18.

⁷⁴ Craven, M., *The International Covenant...*, p. 126.

⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, *Observación General 3. Art. 2. Aplicación del Pacto a nivel nacional*, 1981, pár. 1.

⁷⁶ *Ibíd.*, *Observación General 4. Art. 3*, 1981, pár. 2.

Más aún; es cuestión de legislar, sí, pero también de hacer que la ley sea cumplida. De tal manera, no es objeto de menor preocupación por el Com/DESC, v.gr., la ineficiencia de las “inspecciones laborales”, así como que las condiciones, la higiene y la seguridad del trabajo se encuentren, frecuentemente, por debajo de las normas establecidas⁷⁷. También ha expresado su alarma cuando, en la realidad, no se percibe el salario mínimo⁷⁸. El problema de la discriminación, además, atañe a cuestiones *de jure* y *de facto*⁷⁹.

Y, entre las medidas no legislativas, se ubican de manera destacada los recursos judiciales. La ausencia de decisiones judiciales sobre la aplicación del PIDESC es un punto que no pasa inadvertido en los exámenes de los informes de los Estados⁸⁰, así como la falta de capacitación adecuada en esta materia (y en la de derechos humanos en general) de jueces, fiscales y otros encargados de la aplicación del tratado⁸¹. Por ello, dicho órgano también requiere que los Estados den amplia difusión, especialmente entre los jueces (proporcionándoles copias), de las *Observaciones finales* a los informes periódicos⁸². Son más que ilustrativas las *Observaciones finales al tercer informe periódico de Canadá*: “El Comité ha recibido información acerca de varios casos en los que se presentaron reclamaciones de personas que vivían en la pobreza (generalmente mujeres con hijos) contra las políticas gubernamentales que denegaban a los reclamantes y a sus hijos vivienda, ropa y alimentación suficiente... Al Comité le preocupa profundamente la información de que los tribunales provinciales... han optado habitualmente por una interpretación... que excluye la protección del derecho a un nivel de vida adecuado y de otros derechos del Pacto”⁸³. En breve, es obligación de los Esta-

⁷⁷ *Obs... Argentina*, 1994 párr. 18; *Obs... Argentina*, 1999, párr. 22; *Obs... Honduras*, párrs. 16 y 37, v. párr. 21; *Obs... Panamá*, párr. 15.

⁷⁸ *Observaciones al informe inicial de Israel*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.27, párrs. 14 y 15.

⁷⁹ *Obs... Bolivia*, párrs. 15/16; *Obs... Honduras*, párr. 13; *Obs... Panamá*, párr. 13; *Pcios. de Limburgo*, párrs. 37/38.

⁸⁰ *Obs... Alemania*, 1998 párr. 13; *Obs... Argelia*, párr. 11.

⁸¹ *Obs... Alemania*, 2001, párr. 13; *Observaciones finales al informe inicial de Armenia*, 1-12-1999, E/C.12/1/Add.39, párr. 21. Recuérdese el texto correspondiente a la nota 4.

⁸² *Obs... Argelia*, párr. 45; *Obs... Canadá*, párr. 58.

⁸³ *Obs... Canadá*, párrs. 14/15.

dos hacer que los derechos del PIDESC sean justiciables⁸⁴, previendo las reparaciones adecuadas en caso de violaciones, así como la sanción de los responsables⁸⁵. El examen judicial debe garantizar que el comportamiento del Estado esté en consonancia con las obligaciones ante el PIDESC; la omisión al respecto, es incompatible con el principio del “imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”⁸⁶.

La determinación de si los arbitrios adoptados son “apropiados” o no, corresponde, en primer lugar, al propio Estado. Más, como el mentado carácter “no siempre resultará evidente”, es conveniente para los países indicar, en sus informes, tanto las medidas que han adoptado, cuanto “en qué se basan para considerar tales medidas como las más ‘apropiadas’ a la vista de la circunstancias”. Y esto es así, *a fortiori*, pues corresponderá al Comité determinar “en definitiva” si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas⁸⁷.

4. ...hasta el máximo de los recursos de que disponga...

El art. 2.1. obliga al Estado “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Diversas precisiones cabe formular al respecto.

En primer lugar, los recursos no están circunscriptos a los que el Estado destine a los propósitos del PIDESC. Los *travaux préparatoires* muestran inequívocamente que las propuestas para establecer dicha limitación fueron rechazadas⁸⁸.

⁸⁴ *Observaciones finales al segundo informe periódico de Irlanda*, 10-5-2002, E/C.12/1/Add.77, pár. 3.

⁸⁵ *Pautas de Maastricht*, párs. 22/24 y 27. V. Gialdino, Rolando E., “Judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos humanos en situaciones de crisis en Uruguay*, Montevideo, Uruguay, Transparente/Konrad Adenauer Stiftung/Asociación de Magistrados del Uruguay, 2002, p. 121.

⁸⁶ Com/DESC, *Observación General 9. La aplicación interna del Pacto*, 1998, pár. 14. V. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Giroldi y otro...*, p. 530, consid. 12.

⁸⁷ *Obs. Gral. 3*, párr. 4; *Pcios. de Limburgo*, pár. 20. El Com/DESC expresa su honda preocupación por la “insuficiencia de las medidas” que se adoptan ante la pobreza, la disminución del nivel de vida y el aumento de las enfermedades - *Obs... Argelia*, pár. 18- o por los esfuerzos “inadecuados” en materia de vivienda - *Obs... Armenia*, pár. 12.

⁸⁸ Craven, M. *The International Covenant...*, p. 137.

En segundo lugar, y según ya lo hemos anticipado (I, 1), los recursos mentados por el PIDESC alcanzan a los del país entendido como un todo, y no exclusivamente a los propios del Estado⁸⁹.

En tercer término, el presente requisito exige dar prioridad a la realización de los derechos del PIDESC, sobre todo en orden a garantizar a toda persona el disfrute de los derechos mínimos de subsistencia así como de provisión de los servicios esenciales⁹⁰.

Cabe añadir, en cuarto lugar, tal como lo hemos adelantado (2), que la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” tuvo la intención, según los redactores del PIDESC, de hacer referencia tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales.

Finalmente, la realización de numerosos derechos y libertades del PIDESC son, en todo momento, ajenos a la disponibilidad de recursos: libertad sindical (art. 8), libertad de educación y enseñanza (art. 13), libertad de investigación o creación (art. 15.3) e igualdad de oportunidades para la promoción en el trabajo (art. 7.c).

En consecuencia, dejando a salvo la inexcusable observancia de la realización mínima que comentaremos *infra* (5.3), aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes para ir más allá de este “piso”, igualmente sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio de los derechos dadas las circunstancias reinantes, al tiempo que las limitaciones de recursos de manera alguna eliminan las obligaciones de vigilar la medida de la realización, “o más especialmente de la no realización”, de los derechos económicos, sociales y culturales, y de elaborar estrategias y programas para su promoción⁹¹.

⁸⁹ Eide, A., “Economic...”, p. 27. V. *Pcios. de Limburgo*, párs. 24 y 26.

⁹⁰ *Pcios. de Limburgo*, pár. 28. El derecho a condiciones mínimas de existencia fue reconocido por el Tribunal Federal de Suiza -*Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, 1995, n° 1, p. 67. V. para Francia, la ley 98-657 (29-7-1998), en *Revue Dalloz*, 1998, n° 30, p. 302.

⁹¹ *Obs. Gral. 3*, pár. 11. Los programas de ajuste estructural que comenzaron en la década de 1970, las crisis de la deuda externa que tuvieron lugar en el decenio de 1980 y las crisis financieras de finales de la década de 1990, así como otros factores, no pueden eximir a los Estados Partes de adoptar los planes que exige el art. 14 del PIDESC -Com/DESC, *Observación General 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14 del Pacto)*, 10-5-1999, pár. 3-, lo cual es extensible a cada uno de los derechos enunciados en el PIDESC -ídem, *Observación General 1. Informes de los Estados Partes*, 24-2-1989, pár. 4.

Más todavía; el efecto negativo de la carga de la deuda externa de los países y las consiguientes “medidas de ajuste”, a juicio del Com/DESC, hacen que los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia “mayor, no menor”. Es precisamente la protección de los “derechos de los pobres y las capas vulnerables de la población” el objetivo básico del ajuste económico⁹². El caso de la Argentina es, desafortunadamente, un ejemplo opuesto a estos lineamientos. Uno de los miembros del Com/DESC, W.M. Sadi, durante el examen del segundo informe argentino y ante el alegato de la delegación oficial respecto de las crisis exógenas a las que la República debió hacer frente (mexicana -1994/1995-, asiática y rusa -1997/1998-, y devaluación de la moneda brasileña -1999-), expresó: “...la existencia de dificultades o de crisis económicas, de origen interior o exterior, no puede justificar la degradación del ejercicio de los derechos humanos”; cuando dichas dificultades se presentan “es obligación de los dirigentes del país establecer las prioridades en el nivel macroeconómico, precisamente para garantizar el disfrute de los derechos de la forma más amplia posible. Por ejemplo, sería útil que el Comité conociese las prioridades del Gobierno de la Argentina para determinar si su política se orienta en el sentido del respeto de las exigencias del Pacto. Los países deben además alegar la defensa de los derechos enunciados en el Pacto cuando entablan negociaciones con instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial”. Asimismo, otro miembro, K.O. Rattray, advirtió que “una crisis económica no puede justificar la no aplicación de ciertas disposiciones del Pacto. Al contrario, en épocas de crisis es cuando deben protegerse más los derechos y cuando el Pacto adquiere verdadero significado”⁹³. Queda así aludida la “gran cantidad de nuevos pobres” en Argentina⁹⁴, con olvido de que, incluso en tiempos de limitaciones graves de recursos causadas, v.gr., por un proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y “se debe” proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo⁹⁵.

⁹² Com/DESC, *Obs. Gral.* 2, párr. 9. V. asimismo: *Obs. Grales.* 3 -párr. 12- y 5 -párr. 10. *Obs...* Colombia, párr. 9. V. Gialdino, R.E., “Derechos humanos y deuda externa...”.

⁹³ E/C.12/1999/SR.33, 17-11-1999, párrs. 13 (Sadi) y 20 (Rattray).

⁹⁴ *Obs. finales...* Argentina, 1999, párrs. 10 y 12. V. asimismo: *Obs...* Bolivia, párr. 13.

⁹⁵ *Obs. Gral.* 3, párr. 12.

Las disminuciones presupuestarias en materias que conciernen a los derechos del PIDESC, o recorte del “gasto social”, no han pasado sin más ante los ojos del Com/DESC, que ha recomendado la asignación de los recursos necesarios⁹⁶, mayormente cuando, a la par, se incrementan otras erogaciones como el “gasto militar”⁹⁷. Tampoco dejó de instar directamente al Estado a “asignar un porcentaje más elevado de su PBI”, p.ej. al sector de la sanidad⁹⁸. Desde un punto afín de ideas, el Comité de los Derechos del Niño sugirió a la Argentina, en 1995, que revisara las medidas presupuestarias, con miras a lograr que se atribuya “la máxima suma de recursos disponibles” a la promoción y protección de los derechos del niño a escala federal, regional y local. Asimismo, en fecha más cercana, 4 de octubre de 2002, este último Comité, sin perjuicio de reconocer que dicho país se enfrentaba a muchas dificultades para aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño, “en particular debido a la crisis económica, política y social que [lo] afecta”, igualmente expresó su preocupación, entre muchos otros aspectos, ante el hecho de que las “asignaciones presupuestarias” destinadas a los niños “*sigan siendo insuficientes*”, así como que “*de diez muertes de lactantes seis podrían evitarse con medidas de bajo costo*”; también criticó la reducción del “gasto escolar”, lo cual afectaba, en particular, a los niños más pobres⁹⁹.

Es oportuno, por ende, recordar una reiterada línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Italia: la tutela del derecho a la salud no puede dejar de adecuarse a los condicionamientos que el legislador encuentre en la distribución de los recursos financieros de que dispone; pero, las exigencias de las finanzas públicas no pueden

⁹⁶ V.gr.: *Obs... Ucrania*, párs. 17 y 32; *Obs... Canadá*, párs. 11, 27/28, 36 y 54. V. *Pautas de Maastricht*, pár. 14.g. Sobre reducción del presupuesto de entidades públicas atinentes a derechos humanos, en el caso, la Oficina para la Equidad de la Mujer y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: *Obs... Colombia*, párs. 13 y 14.

⁹⁷ *Obs... Argelia*, pár. 23.

⁹⁸ *Obs... Colombia*, pár. 47. Al Comité le preocupa que se asigne “apenas el 1% del presupuesto a la salud y que esté disminuyendo este porcentaje” -*Observaciones finales al segundo informe periódico de Corea*, 9-5-2001, E/C.12/1/Add.59, pár. 26. Advertencias análogas, v.gr., sobre las poblaciones indígenas, se registran por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: *Observaciones finales a los informes periódicos 10°, 11° y 12° de Australia*, 24-3-2000, CERD/C/304/Add.101, pár. 18.

⁹⁹ *Observaciones finales al informe de Argentina*, 26-1-1995, CRC/C/38, pár. 42; *Observaciones finales al segundo informe periódico de Argentina*, 4-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párs. 10, 19, 46 y 56 -la itálica es nuestra.

asumir, en el balance del legislador, un peso tan preponderante que lleve a comprimir el núcleo irreductible del derecho a la salud, protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana. Y es, ciertamente, a ese ámbito al que pertenece el derecho de los ciudadanos pobres, o indigentes según la terminología del art. 32 de la Constitución, a que les sea asegurada una cura gratuita¹⁰⁰. Los redactores de la Constitución italiana se basaron en que el reconocimiento del derecho a la salud sin los medios para financiar la asistencia médica, haría de aquél un derecho vacío¹⁰¹. La Suprema Corte de Justicia de Colombia, por su lado, tiene dicho que si bien el deber social de asistencia pública (Constitución, art. 2, inciso final), destinado a beneficiar a todos los habitantes, puede, mediante limitaciones excepcionales, dejar por fuera ciertas prestaciones médicas y condicionar algunos servicios, ello no admite llegar a amenazar y mucho menos a quebrantar el derecho a la salud y a la vida¹⁰². De indudable valor, como modelo a seguir, también resulta la doctrina de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia”¹⁰³.

5. ... para lograr progresivamente...

El presente pasaje normativo resulta, quizás, el que plantea los mayores problemas de interpretación en el seno del art. 2.1, condición por demás significativa si se atiende a la trascendencia que le ha sido concedida. Desde nuestro punto de vista, lo primero que corresponde descartar es que el logro progresivo refiera a “tiempos”, p.ej.,

¹⁰⁰ N° 309/1999, sentencia del 16-7-1999, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, fasc. 4, ps. 2501, 2505; para un resumen: *Investigaciones* 2, 2000, p. 321, y *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, 1993, n° 2, p. 236, y sus citas. También N° 509/2000, sentencia del 13-11-2000, en *Raccolta Ufficiale*, CXXXVI, V, 2000, p. 131, 138/139. V., asimismo, los casos 267/1998, 17-7-1998, y 209/1999, 16-7-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, 1998, n° 2, p. 257, y 1999, n° 2, p. 238, respectivamente.

¹⁰¹ France, George, “The Changing Nature of the Right to Health Care in Italy”, en *The Right to Health Care in Several European Countries* (A. den Exter y H. Hermans, eds.), La Haya/Boston/Londres, Kluwer, 1999, p. 39.

¹⁰² Sala de Casación Civil, sentencia del 2-2-1995, *Proceso civil 1959*, en *Acción de Tutela, extractos de sentencias 1*, 1995, p. 129; también en *Investigaciones 1* (1997), p. 13.

¹⁰³ Sentencia N° 5130-94, 7-9-1994, reiterada en Res. 2002-03976, 30-4-2002, consid. V.

a los impuestos a la adopción de medidas o, en su caso, a la inversión de los recursos. Lo que hemos expuesto anteriormente sub 1. justifica esta exclusión. De tal suerte, y como incluso su significado corriente lo indica, “lograr progresivamente” enuncia la dinámica y el sentido que deben guiar a las obligaciones, esto es, de perfeccionamiento, de progreso, de avance. Pero ¿de qué y hacia dónde? Pues, de y hacia el logro de la “plena efectividad” de los derechos del PIDESC (v. 6). El compromiso de los Estados atañe a la observancia de diversos comportamientos “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos...” (art. 2.1). Lograr es alcanzar; progresivamente significa con progresión, y progresión denota la acción de avanzar. Luego, lograr progresivamente dice, en el contexto indicado, acción y sentido de ésta.

En consecuencia, analizaremos, primeramente, estas dos últimas condiciones, que daremos en llamar, respectivamente: progresividad dinámica (5.1) y progresividad unidireccional (5.2). Con todo, será asunto, también, de hacernos cargo de la existencia de un núcleo duro interno de cada derecho, lo cual plantea una cuestión no ajena al presente título (5.3).

5.1. Progresividad dinámica

No parece haber dudas que, por intermedio de la progresividad, se han querido reconocer, previsoramente, las dificultades que muchos Estados (todos, quizás) encontrarían para realizar plenamente los derechos económicos, sociales y culturales. Esto es así, con mayor razón, si se atiende al carácter evolutivo de los objetivos del PIDESC y del contenido de sus derechos (v. 6).

Empero, esta comprobación, no por realística deja de reclamar diversas advertencias de bulto, pues no faltan los intérpretes que han querido ver en la expresión “progresivamente”, una suerte de autorización a los Estados para que puedan obrar con total discrecionalidad en cuanto a la determinación de la “oportunidad, mérito y conveniencia” de hacer efectivos los derechos en juego. Suele predicarse, también, por algunas escuelas de política económica, incluso de la hora presente, que la conquista de un determinado desarrollo económico resulta una condición ineludible del goce de los derechos del PIDESC. Estos, por ende, deberían esperar, pacientemente, el logro de determinadas metas económicas, puesto que dependen del “derramamiento” que aquél producirá.

Y, ante a ello, ante tan deletérea exégesis y prédica, es menester reaccionar con todo el peso de la legalidad, pues tal modo de pensar contradice al PIDESC de manera frontal y palpable. Esto es así, por diversas razones. Veamos. En primer lugar, si bien es cierto que durante la elaboración del tratado fue sugerido, por algunos países, que la realización “progresiva” permitía a los Estados posponer indefinidamente, cuando no abolir enteramente, sus obligaciones, no lo es menos que la mayoría de aquéllos rechazó esa postura. Antes bien; fue afirmado que la implementación del PIDESC debía ser perseguida “sin respiro”, y que la realización de los derechos debía ser alcanzada “lo más rápidamente posible”. El reemplazo, en el proyecto, de la expresión “por etapas” (*by stages*) por “progresivamente” tuvo como objeto, precisamente, dar al art. 2.1 el significado últimamente señalado¹⁰⁴.

Más aún; para sostener la posición que propiciamos no es preciso acudir al antedicho medio (complementario) de hermenéutica del PIDESC, vale decir, sus “trabajos preparatorios”¹⁰⁵, puesto que la conclusión que hemos afirmado, según lo entiende el Com/DESC, deriva del “objeto y fin” del tratado (regla general de interpretación)¹⁰⁶: el hecho de que la efectividad de los derechos deba alcanzarse de manera progresiva “no se ha de interpretar *equivocadamente* como que priva a la obligación de todo contenido significativo”; la progresividad habrá de entenderse “a la luz del *objetivo general*, en realidad *la razón de ser*, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. *Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo*”¹⁰⁷. Es una obligación “concreta y constante” de avanzar¹⁰⁸, “concreta y permanente”¹⁰⁹, un deber “concreto y continuo”¹¹⁰. Los *Pcios de Limburgo* coinciden con esta impronta (pár.

¹⁰⁴ Craven, M., *The International Covenant...*, p. 131 y su nota 151. El art. 6.2 es categórico en cuanto a la “ocupación plena”. V. el texto correspondiente a la n. 5.

¹⁰⁵ V. art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; *Pcios de Limburgo*, pár. 4.

¹⁰⁶ *Ibidem*, art. 31.

¹⁰⁷ *Obs. Gral. 3*, pár. 9 -la itálica es nuestra.

¹⁰⁸ *Obs. Gral. 14*, pár. 31.

¹⁰⁹ *Obs. Gral. 13*, pár. 44.

¹¹⁰ *Obs. Gral. 15*, pár. 18.

21), y también lo hacen las *Pautas de Maastricht*, a la par que agregan: la realización progresiva no puede ser invocada por el Estado como pretexto para no cumplir con el PIDESC (pár. 8).

Por lo demás, como lo afirman dichos *Principios*, el compromiso de realización progresiva existe independientemente del incremento de los recursos (pár. 23) y, como lo señalan las *Pautas*, la carga de la prueba de la realización de tales progresos pesa sobre el Estado (pár. 8).

El desarrollo del que habla el PIDESC, cabe destacarlo, es el “económico, social y cultural” (v. art. 6.2), de manera que aquél no consiste en un proceso meramente crematístico, como suele ser entendido en la práctica -o sea más allá de los discursos- por buena parte de los llamados a adoptar (o a sugerir) las medidas requeridas por el tratado. El desarrollo, por ende, debe conseguirse “en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana” (ídem). El Comité de Expertos de la Carta Social Europea, p.ej., tiene dicho que, a la luz del art. 1 de esta última, el Estado que abandonara en un momento dado el objetivo del pleno empleo en favor de un sistema económico que previera una reserva permanente de desocupados, violaría dicho instrumento¹¹¹. Otro tanto es sostenible con arreglo al Pacto¹¹². Más todavía; no siempre suele advertirse que incluso el desarrollo económico es, en lo hechos, imposible sin el goce de los derechos del PIDESC, pues no será precisamente con una población desnutrida, carente de educación o de salud, entre otros males, que aquél podrá ser alcanzado.

Nunca deberá olvidarse, por otro lado, que muchas actividades iniciadas en nombre del desarrollo han sido reconocidas, posteriormente, como actividades que estaban mal concebidas o que eran incluso contraproducentes desde el punto de vista de los derechos humanos. Expresadas en 1990¹¹³, estas palabras del Com/DESC pueden ser vistas como premonitorias de lo ocurrido en diversos países, incluidos los latinoamericanos, durante la década que abrió el señalado año.

¹¹¹ Gomien, Donna; Harris, David y Zwaak, Leo, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Consejo de Europa, 1997, p. 406.

¹¹² Craven, M., *The International Covenant*, p. 208.

¹¹³ *Obs. Gral. 15*, pár. 18.

En suma, si algo definitivo quiere verse en el PIDESC, esto no sería otra cosa que el desarrollo bajo “una dimensión humana integral” en términos de la encíclica *Centesimus annus* (pár. 29).

Dice G. Peces-Barba que, quizás, lo primero que debemos hacer “es desactivar una idea, que ha alcanzado una cierta fuerza, a partir, sobre todo, de la caída de los regímenes comunistas de los países del Este. Es la identificación de la modernidad con el capitalismo que ha fortalecido y está en la raíz de las críticas ideológicas al Estado social, en la defensa del Estado mínimo y de la desaparición, o, al menos, drástica disminución de la función promocional del Derecho, lo que se concreta, en la práctica, en la reducción tajante de los gastos sociales... Desde Nozick y Hayek hasta el último columnista entusiasta, se deslegitima al Estado social, como producto de una racionalidad deshumanizadora, y consiguientemente la posibilidad de que los valores de igualdad y solidaridad entren en juego para favorecer la satisfacción de necesidades básicas, imprescindibles para el pleno desarrollo de la personalidad, cuando uno no puede satisfacerlas por sus propios medios”. Se llega, así, al “egoísmo aislacionista”, antítesis “del altruismo moderado que impulsa la cooperación en el modelo del Estado social”¹¹⁴.

Un derecho social bajo “reserva de cofres llenos” equivale, en la práctica, a ninguna vinculación jurídica¹¹⁵, a la par que, en rigor, el destino de la progresividad no es otro que hacer “cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad”¹¹⁶.

La progresividad es dinámica, en suma, puesto que resulta una fuerza llamada a producir un movimiento, incluso constante.

5.2 Progresividad unidireccional. La “evolución reaccionaria”

Estudiado el carácter dinámico de la progresividad, es hora, entonces, de hacer lo propio en cuanto al sentido que gobierna a ésta.

¹¹⁴ Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 141/142.

¹¹⁵ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª. ed., p. 471.

¹¹⁶ Nikken, Pedro, *la protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, 1987, p. 127. El Estado Parte “ha avanzado muy poco durante el período en examen, a pesar de su lucha contra la pobreza” -*Obs... México*, pár. 16.

Y hemos dado en calificar a dicho sentido de unidireccional con el propósito de poner énfasis no tanto en que la dinámica tratada en el punto anterior debe orientarse hacia el logro de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual se desprende nítidamente del art. 2.1, sino, fundamentalmente, en que, al unísono, está vedada la marcha en sentido contrario. En otras palabras, el PIDESC establece, como regla, la prohibición de retroceso, vale decir, de disminución del grado de protección que hubiesen alcanzado, en un determinado momento, los derechos económicos, sociales y culturales. El art. 5 del PIDESC, por lo demás, no justificaría un retroceso de la ley nacional por el hecho de que el tratado no previera el derecho en juego o lo enunciara en menor grado.

Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo, advierte el Com/DESC, requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga¹¹⁷. Más todavía: existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas sean compatibles con el tratado¹¹⁸. Sumaríamos a tan rigurosas condiciones, de nuestra parte, las provenientes del art. 4 del PIDESC, toda vez que los aludidos arbitrios regresivos constituirían “limitaciones”, y éstas únicamente pueden ser determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza del derecho en juego, con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Cabe puntualizar que la cláusula limitativa (art. 4 cit.) tiene por objeto más proteger los derechos de los individuos que permitir restricciones por parte de los Estados, al tiempo que, de conformidad con el art. 5.1, estas últimas deberán ser “proporcionales” -es decir, corresponder a la solución “menos restrictiva”-, de duración limitada y sujetas a revisión¹¹⁹.

De tal suerte, abundan los antecedentes en los que el Com/DESC, por un lado, ha visto con preocupación determinadas reformas legales, como la del estatuto de los funcionarios públicos, por la privatización de determinados servicios públicos, “lo cual podría violar los derechos adquiridos de dichos funcionarios, tal como se reconocen

¹¹⁷ *Obs. Gral. 3*, pár. 9; asimismo: *Obs. Gral 15*, pár. 19.

¹¹⁸ *Obs. Grales. 14* -pár. 32- y *15* -pár. 19.

¹¹⁹ *Obs. Gral. 14* -párs. 28/29-; v. asimismo: *Obs. Gral. 13* -pár. 42- y *Pcios. de Limburgo* -párs. 46/56.

en el Pacto”¹²⁰, o las disminuciones, en el nivel, duración y ámbito de trabajadores comprendidos en las prestaciones por desempleo¹²¹. Por el otro, ha censurado las reformas legislativas producidas en Argentina en el campo del derecho del trabajo, que “tienden a aumentar la precariedad de la relación laboral”, como “el aumento del período de prueba”, “la generalización de los contratos de limitada duración”, y el Título III de la ley 24.467, respecto de la “concertación de convenios colectivos que cercenan las normas de trabajo lícito”. Se trata de normas que, al menos, requieren su revisión por el Estado¹²². Las enmiendas (negativas) a las leyes laborales y de la seguridad social, acotamos, también son materia de inquietud por parte de otros órganos, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹²³. En una misma línea de ideas, el Com/DESC censuró el aumento de las tasas universitarias -dado que el art. 13 del PIDESC pide por lo contrario, la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita¹²⁴-, y la reducción de los subsidios para la vivienda, cuidados médicos y programas de vacunación¹²⁵. Se agregan a todo ello, las disminuciones presupuestarias y el recorte del “gasto social”, que ya hemos tratado (4).

Tributan a esta perspectiva diversos antecedentes de tribunales locales: aun las llamadas normas programáticas del PIDESC, sostuvo el Tribunal de Arbitraje belga, impiden el dictado de reglamentaciones que vayan en sentido contrario al “programa” previsto en el tratado¹²⁶. Los tribunales laborales de dicho país, incluso en supuestos

¹²⁰ *Observaciones finales al informe inicial de Suiza*, 1998, E/C.12./1/Add.30, 7-12-1998, párr. 13.

¹²¹ *Obs... Canadá*, párrs. 20 y 45; v. también párrs. 19 y 23.

¹²² *Obs... Argentina*, 1999, párrs. 16 y 31. Sobre la jurisprudencia francesa en materia de convenciones colectivas menos ventajosas que las anteriores, v. *Investigaciones 3*, 1999, p. 594. Otras censuras a la “flexibilización” laboral pueden verse, p.ej., en *Obs... Venezuela*, párr. 13; v. también: *Obs... Panamá*, párr. 15.

¹²³ *Observaciones finales a los informes periódicos segundo y tercero de la Argentina*, 22-7-1997, A/52/38/Rev.1, p. 3.

¹²⁴ *Obs... Alemania*, 1998, párr. 22; v. *Investigaciones 2*, 1999, p. 286. El Com/DESC también señaló que el aumento de las mencionadas tasas resulta contrario al principio de igualdad de oportunidades para hijos de familias ricas y pobres - *Observaciones finales al segundo informe periódico de los Países Bajos (parte europea del Reino)*, 1998, E/C.12./1/Add.25, 16-6-1998, párr. 19; para un resumen: *Investigaciones 1*, 1999, p. 181. La imposición del pago de una cuota para la enseñanza primaria es contraria a los arts. 13 y 14 del PIDESC -*Obs... Colombia*, párr. 27.

¹²⁵ *Obs... Colombia*, párrs. 21, 25 y 26.

¹²⁶ V. la sentencia del Tribunal de Arbitraje belga n° 33/92 del 7-5-1992, “Rapport de la délégation belge”, en *Protection constitutionnelle et protection internationale* -

en que consideraron carentes de efecto directo determinados derechos sociales, admitieron su invocación cuando el Estado tomara medidas “regresivas”¹²⁷.

Con arreglo a todo ello, nos emplazamos ante el “principio de prohibición de retroceso social” o el de “prohibición de evolución reaccionaria”, de los que habla el eminente J.J. Gomes Canotilho: consagradas legalmente unas prestaciones de seguridad social, el legislador no puede eliminarlas posteriormente sin alternativas o compensaciones, “volviendo sobre sus pasos”. Se trata de una doctrina que mereció aplauso jurisprudencial en una decisión del Tribunal Constitucional de Portugal (*Acórdão 39/84*), que la aplicó, precisamente, en un caso en el que se aniquilaba el Servicio Nacional de Salud: “Desde el momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas en orden a la realización de un derecho social, el respeto constitucional de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación positiva, para transformarse o pasar a ser también una obligación negativa. El Estado, que está obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la implementación dada al derecho social”¹²⁸.

Finalmente, no se trata sólo del “retroceso” legislativo, sino también del fáctico¹²⁹.

5.3 El núcleo duro interno de los derechos.

Obligaciones mínimas

El cumplimiento de las obligaciones por los Estados Partes del PIDESC, indudablemente, admite grados, máxime cuando la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no es ajena a la “progresividad”, bien que dinámica, tal como anteriormente lo

le des Droits de l'Homme. Concurrence ou complémentarité? (IX Conferencia de Cortes Constitucionales europeas, París, 10/13-5-1993), vol. 1, ps. 199/201. En sentido análogo, la sentencia, también de la Corte de Arbitraje, del 19-V-1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, 1994, n° 2, p. 114 -v. *In-vestigaciones 2*, 1999, ps. 370/371.

¹²⁷Tulkens, François y Sohier, Jérôme, “Les cours et tribunaux. Chronique de jurisprudence 1998-1999”, en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, n° 4, 1999, p. 478.

¹²⁸Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional...*, p. 469 y la doctrina allí citada. V. en igual sentido, del mismo autor: “Derecho, Derechos; Tribunal, Tribunales”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n° 60-61, 1988, p. 828. Para una exposición más extensa de la cuestión del “retroceso social”: Gialdino, R.E., “El derecho a un nivel de vida adecuado...”, pp. 855/859.

¹²⁹V. *Obs... Colombia*, párr. 13.

hemos visto (5.1). Sin embargo, esta modalidad no hace menos indudable que dichos Estados tengan determinados compromisos ajenos a dicha progresividad. Así, el Com/DESC, sobre la base de su extensa experiencia, entiende que está en cabeza de cada Estado Parte una “obligación mínima de asegurar la satisfacción de *por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos*”¹³⁰. Luego, “un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto”. En efecto, si este último se interpretara de manera en que no estableciera una obligación mínima, “carecería en gran medida de su razón de ser”¹³¹.

La existencia del aludido contenido básico resulta, según lo precisa P. Alston, una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. No habría justificación para elevar una “reclamación” a la condición de un derecho (con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene), si su contenido normativo pudiera ser tan indeterminado que permitiera la posibilidad de que los que ostentan los derechos no posean ningún derecho particular a nada. Por lo tanto, cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual deberá considerarse que un Estado viola sus obligaciones¹³².

Por cierto que en el terreno de los incumplimientos estatales cabe discernir entre la “incapacidad” y la “renuencia” de un Estado. Empero, ni siquiera el primer supuesto pareciera justificar la aludida infracción. En tal sentido, la *Obs. Gral. 14* es asaz terminante: un “Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas... que son inderogables” (pár. 47). También lo es la *Obs. Gral. 15* (pár. 40). De tal manera, a nuestro juicio, el Com/DESC ha hecho más rigurosa su posición si la comparamos con la que sostuvo en la *Obs. Gral. 3*, que, por cierto, tampoco era un modelo de flexibilidad: “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas

¹³⁰*Obs. Gral. 3*, pár. 10 -la itálica es nuestra.

¹³¹*Ibidem*.

¹³²Alston, Philip, “Out of the abyss: The Challenges confronting the new Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, ps. 352/353.

a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (pár. 10). El quebrantamiento habría, entonces, superado la mera condición de *prima facie* recordada dos párrafos antes.

Más todavía; la *Declaración* que aprobó el 4 de mayo de 2001 ratifica esta conclusión sin rebozos: para “evitar malentendidos”, el Com/DESC desea “recalcar” que, como “las obligaciones esenciales son inderogables, no se extinguen en situaciones de conflicto, emergencia o desastre natural”¹³³. Los *Pcios. de Limburgo* (pár. 25), y las *Pautas de Maastricht*, si se quiere, anticipaban estos lineamientos: dicho mínimo de obligaciones, expresan estas últimas, “es aplicable con indiferencia (*irrespective*) de la disponibilidad de recursos del país en juego o de otros factores y dificultades”¹³⁴.

Nos encontramos, por ende, ante lo que bien podríamos denominar el “núcleo duro interno” de todos y cada uno de los derechos humanos.

De ahí que el Com/DESC, al aprobar las varias veces recordadas *Observaciones finales al segundo informe periódico de Argentina*, en 1999, si bien reconoció las “dificultades” que había tenido la economía nacional en, a la sazón, “los últimos cuatro años”, puntualizó que “la ejecución del programa de ajuste estructural ha *menoscabado* el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en el caso de los grupos desfavorecidos”. Y, a la par, mostró otras preocupaciones sobre aspectos no ajenos al marco de las reformas impresas en diversos campos, v.gr.: “las medidas adoptadas para promover la creación de empleos no han garantizado... [los] derechos económicos, sociales y culturales, particularmente en tiempos de creciente desempleo”. Por demás concluyente fue respecto del art.

¹³³E/C.12/2001/10, pár. 18. Los efectos del huracán Mitch, entre otros factores negativos reconocidos por el Com/DESC, no impidieron las censuras de éste respecto de Honduras: *Obs... Honduras*. Algo análogo ocurrió con motivo de los desastres naturales en México - *Obs... México*.

¹³⁴Pár. 9; v. asimismo pár. 10. Las *Pautas*, al también distinguir entre “incapacidad” (*inability*) y “renuencia” (*unwillingness*) del Estado, parecieran admitir que la primera pueda obrar como justificación de un incumplimiento si se prueba que éste deriva de circunstancias que están fuera del control estatal, como el cierre temporario de una escuela debido a un sismo. Empero, la eliminación de un régimen de seguridad social sin un reemplazo adecuado, sería un ejemplo de falta de voluntad del Estado en observar sus compromisos -pár. 13.

16 de la ley 24.463, que permitía reducir e, incluso, no pagar las jubilaciones invocando dificultades económicas: el Com/DESC recomendó, lisa y llanamente, su derogación, para garantizar el “pago completo” de todas las jubilaciones¹³⁵.

Con ello, el Com/DESC no introducía novedad o sorpresa alguna desde el momento en que, ya para 1994, aun cuando había tomado en cuenta en el caso de Argentina, *inter alia*, el peso de su deuda externa, ello no fue óbice para que le señalara, p.ej., que los programas de estabilización y las medidas de privatización y de descentralización en el plano macroeconómico, no estaban siendo adecuadamente supervisadas y que, por consiguiente, causaban “la violación de los derechos económicos, sociales y culturales”¹³⁶. La mencionada deuda, entre otros factores, tampoco impidió la censura del Com/DESC respecto de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, en otros países¹³⁷. La gravitación de la “deuda externa” y los programas de “ajuste” o “reestructuración” económicos que le son anejos, en breve, no reducen la presente obligación¹³⁸. Cobran mayor fuerza, en el presente contexto, algunas consideraciones que hemos expuesto anteriormente (4).

Es de tal suerte que puede explicarse que el Com/DESC haya sido harto elocuente en sus exhortaciones a los Estados: “el Comité pide al Estado Parte que, al negociar con instituciones financieras internacionales y aplicar programas de ajuste estructural y políticas macroeconómicas que afecte al servicio de la deuda externa, la integración en la economía mundial de mercado libre, etc., tenga en cuenta sus consecuencias para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular de los grupos más vulnerables de la sociedad”¹³⁹.

Por cierto que las autoridades nacionales, p.ej., pueden tomar en cuenta para establecer las políticas de salud la relación costo/beneficio. Pero, esto es válido sólo en el nivel “macro”, para establecer las

¹³⁵ *Obs...* Argentina, 1999, párs. 10, 15, 18 y 33 -las itálicas son nuestras. Sobre la cuestión laboral y de la seguridad social: Gialdino, R.E., “El trabajador...”, p. 403.

¹³⁶ *Obs...* Argentina, 1994, pár. 22, la itálica es nuestra.

¹³⁷ *Obs...* Bolivia, *Obs...* Honduras.

¹³⁸ V. Gialdino, R.E., “Derechos humanos y deuda externa...”.

¹³⁹ *Obs...* México, pár. 34 -que agrega los eventuales efectos negativos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (pár. 35). En sentido análogo: *Observacione - s...* Ucrania, pár. 20; y *Observaciones...* Colombia, pár. 29, entre otras.

prioridades y realizar las elecciones, y no en el nivel individual: cuando un cuidado de salud es necesario, toda persona tiene derecho a éste¹⁴⁰. La jurisprudencia recordada en el último párrafo del punto 4 adquiere, aquí, todo su valor.

Por último, debemos tener en cuenta que muchas de las dificultades que suelen alegarse, frecuentemente de manera infundada o con fines subalternos, en orden a la determinación de cuál sea el mentado núcleo, se han visto superadas incluso mediante la labor del propio Com/DESC, especialmente por vía de *Observaciones Generales* consagradas a diferentes derechos en particular, algunas de las cuales ya hemos tenido oportunidad de citar en estas páginas¹⁴¹. En este contexto podría insertarse la obligación estatal de ajuste periódico del salario mínimo para proporcionarlo a los requisitos del art. 7.a.ii del Pacto¹⁴², según el costo de vida y en consulta con representantes de los empleadores y de los trabajadores¹⁴³. De tal suerte, la preocupación del Com/DESC se ha dirigido al hecho de que el salario mínimo fuera totalmente insuficiente para vivir y se usara sólo como indicador¹⁴⁴.

6. ...la plena efectividad...

En el capítulo anterior hemos tenido oportunidad de hablar de un núcleo mínimo de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales (5.3). ¿Es posible, entonces, hablar de una suerte de contenido máximo, de una “plena efectividad” de estos derechos?

La respuesta por la negativa es, según lo entendemos, de la esencia misma del PIDESC, de su razón de ser. La plena efectividad configura un determinado horizonte, y que, por ello, naturalmente, se va

¹⁴⁰ Leenen, Henk, “The Right To Health Care and its Realisation in The Netherlands”, en *The Right to Health Care in Several European Countries* (A. den Exter y H. Hermans, eds.), La Haya/Boston/Londres, Kluwer, 1999, p. 32.

¹⁴¹ V. *Obs. Grales. 13* -pár. 57-, *14* -pár. 43-, y *15* -pár. 37-; también, sobre personas mayores y personas con discapacidad: *Obs. Grales. 5* y *6*, respectivamente. V.: Galdino, R.E., “El derecho a un nivel de vida adecuado...”, cit. n. 1, p. 765; y “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, en *Investigaciones* 3 (2001), p. 493.

¹⁴² Com/DESC, *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Dominicana*, 1997, E/C.12/1/Add.16, pár. 36. Recuérdese lo expuesto en n. 6.

¹⁴³ Com/DESC, *Observaciones al segundo informe periódico del Uruguay*, 1977, E/C.12/1/Add.18, pár. 17; *Obs... Venezuela*, pár. 14; *Obs... Panamá*, párs. 13 y 32. La “canasta familiar” es una pauta concreta a ser tenida en cuenta - *Obs... México*, párs. 20 y 36.

¹⁴⁴ *Ibidem*. Asimismo: Com/DESC, *Obs... Trinidad y Tobago*, pár. 18; *Obs... Bolivia*, pár. 17; *Obs... Colombia*, cit. n. 6, pár. 16; *Obs... Honduras*, párs. 17 y 42.

corriendo con cada paso que damos hacia él. Ello no le resta mérito alguno a dicho paso, puesto que, si la meta es, quizás, inalcanzable, lo que habrá de ser juzgado será, precisamente, la medida del paso, y su dirección. No se trata de cualquier paso: progresividad dinámica (5.1); tampoco de cualquier horizonte: progresividad unidireccional (5.2).

Como todos los derechos humanos, el perfeccionamiento en cuanto a dicha efectividad es obra permanente, una suerte del “sin-acabar” de algunas obras de Miguel Ángel. El sentido evolutivo, el carácter vivo, atributos predicables de todos los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no hace, por cierto, excepción en nuestro tratado. Más aún; el art. 11 habla claramente del derecho de toda persona a “una mejora *continua* de las condiciones de existencia” (la *itálica* es nuestra). Y ello no es otra cosa que la puesta en una norma del espíritu que traspasa a todo el PIDESC.

7. ...de los derechos aquí reconocidos.

La referencia a los “derechos” no presenta mayores dificultades, pues comprende a los arts. 2.2, 3, 10.1 a 3, 13.3 y 15.3, aun cuando no conste en ellos la expresión entrecomillada.

Empero, sí cabe advertir que, frente a los órganos internacionales de control, los Estados están obligados a presentar los informes periódicos que dan lugar a las tantas veces recordadas *Observaciones finales* que pronuncia el Com/DESC¹⁴⁵. No obstante que suele sostenerse que ello establece un vínculo ajeno a los individuos, debemos señalar que esto es sólo aparente. En efecto, los Estados están obligados a establecer un procedimiento mediante el cual puedan tomarse en consideración las opiniones de las organizaciones no gubernamentales durante la preparación de los futuros informes, los cuales deberán ser distribuidos entre todos los sectores de la sociedad civil a quienes se les solicitará que aporten sus contribuciones¹⁴⁶.

La preparación de los mentados informes debe ser vista como la relativa a un documento destinado a la audiencia internacional, pero también a la local. Los tratados de derechos humanos tienden a promover y realzar la responsabilidad (*accountability*) internacional del

¹⁴⁵ PIDESC, art.16 y sigs.

¹⁴⁶ Com/DESC, *Observaciones finales al informe inicial de Croacia*, 28-11-2001, E/C.12/1/Add.73, pág. 38. V.: *Obs... Bolivia*, pág. 47. *Obs... Colombia*, pág. 52; *Obs... Panamá*, pág. 42; *Obs... Trinidad y Tobago*, pág. 56.

Estado, pero también la responsabilidad hacia sus propios ciudadanos¹⁴⁷.

Paralelamente, es carga de los Estados, por un lado, dar amplia difusión en todos los niveles de la sociedad de las Observaciones finales del Com/DESC¹⁴⁸, en particular entre los funcionarios gubernamentales y los jueces¹⁴⁹, y, por el otro, no incurrir en “falta de empeño” en cumplir con las recomendaciones expresadas en esos documentos¹⁵⁰. Incluso la plena participación del pueblo es un requisito para la formulación, aplicación y revisión de las políticas nacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹⁵¹.

IV. Conclusiones

1. La Declaración Universal enunció obligaciones de los Estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales; empero, aquéllas sólo adquirieron perfiles mayores y más precisos en el marco del PIDESC, si bien este último no agota la presente temática en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
2. La labor del Com/DESC (Observaciones finales y generales) constituye una fuente formal del derecho interno para la interpretación y aplicación del PIDESC.
3. Las obligaciones en la materia requieren, fundamentalmente, que el Estado instituya un régimen en el cual las personas puedan establecer una relación digna con sus derechos. Ello exige, entre otras condiciones, una distribución de la riqueza basada en el principio de justicia social. Dicha relación tiene fundamento legal y, sobre todo, ontológico: la dignidad intrínseca de la persona humana, considerada ésta en su integridad.
4. Aun cuando el PIDESC está fundado en los principios de igualdad y no discriminación, reclama que las normas, prácticas y políticas nacionales se dirigan, de manera primera, inmediata y pre-

¹⁴⁷ Alston, Philipe, “The Purposes of Reporting”, en *Manual on Human Rights Reporting*, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 23. *Pcios. de Limburgo*, párs. 10, y 74/76.

¹⁴⁸ *Obs... Bolivia*, pár. 47; *Obs... Colombia*, pár. 52; *Obs... Panamá*, pár. 42.

¹⁴⁹ *Obs... Trinidad y Tobago*, pár. 57.

¹⁵⁰ *Obs... México*, párs. 15 y 27. V. Gialdino, Rolando E., “Control Internacional...”.

¹⁵¹ *Pcios. de Limburgo*, pár. 11; *Obs... México*, pár. 31.

ferente, a los que tienen hambre y sed de justicia.

5. La naturaleza de las obligaciones es discernible, por un lado, en tres categorías o tipos:

- (i) *respetar* los derechos: el Estado debe abstenerse de adoptar toda medida que pueda dificultar o impedir la actividad libre de los individuos y grupos, en el empleo de sus recursos y en el ejercicio de sus opciones, dirigidos a alcanzar el goce de los derechos;
- (ii) *proteger* los derechos: el Estado debe impedir que las personas (físicas o jurídicas) produzcan dificultades o impedimentos a los individuos en el goce de los derechos; y
- (iii) *realizar* los derechos: este género de compromiso comprende las obligaciones de: a. “facilitar”, por lo que el Estado deberá iniciar actividades con el fin de fortalecer el disfrute de los derechos; b. “hacer efectivo”, de manera que el Estado habrá de proveer o proporcionar un derecho cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograr el mencionado goce, y c: “promover”, esto es, difundir información apropiada y apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, las decisiones relativas a sus derechos.

Por el otro, las obligaciones se exhiben como de comportamiento o medio y de resultado.

6. En cuanto a las modalidades de ejecución de las obligaciones en cabeza del Estado, pueden distinguirse siete áreas:

- (i) *adoptar medidas*: de manera inmediata, y orientadas, deliberada y concretamente, a la satisfacción de las obligaciones;
- (ii) *tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales*: ello impone tanto solicitar estos arbitrios, de ser necesario, cuanto asistir y cooperar en el disfrute de los derechos por parte de la población de otros Estados;
- (iii) *por todos los medios apropiados, inclusive en particular medidas legislativas*: todos los órganos y agentes del Estado están comprometidos, en la medida de sus competencias, a observar y hacer observar las obligaciones (lo cual no significa que el PIDESC no produzca efectos horizontales). Las medidas legislativas suelen ser tan indispensables, como insufi-

cientes; se trata, además, de vigilar el cumplimiento de las normas. La justiciabilidad de los derechos se exhibe como un imperativo;

- (iv) *hasta el máximo de los recursos de que disponga*: ello pone en juego no sólo los recursos propios del Estado, sino los del país considerado como un todo;
- (v) *para lograr progresivamente*: lo cual supone, inequívocamente, una progresividad “dinámica” y una progresividad “unidireccional”; también la existencia de “un núcleo duro interno” de cada derecho, que habrá de ser observado en todo trance;
- (vi) *la plena efectividad*: se formula, así, un horizonte, un Norte, una mejora continua de las condiciones de existencia;
- (vii) *de los derechos del PIDESC*: lo que incluye la participación del pueblo en la elaboración de los informes periódicos y, sobre todo, en la formulación, aplicación y revisión de las políticas.

El saber jurídico es un don que sólo cobra su sentido cuando es puesto al servicio de la dignidad y la liberación de la persona humana.

Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos peruanos

Ana Salado Osuna*

Introducción

En 1990 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó la primera demanda contra Perú ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo Perú el Estado que en más ocasiones ha estado ante la Corte hasta el momento. De ahí que los casos peruanos constituyan referentes importantes para conocer el desarrollo progresivo que ha realizado la Corte en su interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en concreto, respecto de los que se han invocado violados.

En este contexto consideramos oportuno hacer notar que en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte es competente para interpretar y aplicar las disposiciones convencionales que ante ella se invocan violadas¹ sobre la base del objeto litigioso delimitado en la demanda por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que hasta el momento ha sido la única que ha ejercido su facultad a este respecto, a pesar de que los Estados también son competentes para presentar demandas (artículo 61.1 de la Convención Americana).

En ocasiones sucede que la Comisión Interamericana no alega violación de determinados derechos en el *petitum* de la demanda, sino en sus conclusiones finales. Cuando esto acontece puede suceder

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla-España.

¹ Vid. Cardona Llorens, J., “La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del Seminario de Noviembre de 1999*, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2001, Tomo I, pp. 313-348.

que la Corte acepte los alegatos de la Comisión y se pronuncie sobre la violación en cuestión. Suele aceptarlo cuando la violación invocada en los alegatos finales esté dentro del objeto litigioso, en caso contrario no aceptará aduciendo los derechos de defensa del Estado. Y ello sin perjuicio de que en virtud del principio *iura novit curia* la Corte puede aplicar, *ex officio*, cualquier disposición convencional sin que la misma haya sido invocada por las partes en el proceso.

El último caso decidido por la Corte contra Perú hasta la fecha, *Cinco Pensionistas*, presenta una nueva dimensión en lo que a los derechos que se invocan violados ante la Corte respecta. El hecho de que en virtud del Reglamento vigente de 2001 las víctimas tengan *locus standi* ante la Corte², permite a las presuntas víctimas o a sus representantes legales presentar sus alegatos ante la misma y, en opinión de la Corte, que puedan incluso invocar derechos violados no contenidos en la demanda de la Comisión, siempre y cuando, estén relacionados con hechos delimitados en la demanda³.

Esta decisión de la Corte la hemos valorado como “de la mayor importancia toda vez que viene a confirmar que la presunta víctima (tras el reconocimiento de su *locus standi*) es la parte demandante en el proceso que se desarrolla ante la Corte”⁴, pues como señala el juez García Ramírez, esa titularidad convierte a la presunta víctima en “parte en sentido material”⁵. La titularidad de derechos y la afirmación de que puedan ser invocados ante la Corte directamente por la

2 Vid. Cançado Trindade, A.A., : “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”; Symonides, A., : “Access of Individual to International Tribunals and International Human Rights Complaints Procedures”, ambos publicados en, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, pp. 5-50 y 481-498, respectivamente.

3 Caso *Cinco Pensionistas*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, pág. 157.

4 Salado Osuna, A., “Comentario a la Sentencia de 28 de febrero de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cinco Pensionistas v. Perú*”, *Revista de jurisprudencia peruana*, Lima, Perú, junio 2003 (en prensa).

5 Voto concurrente razonado en el caso *Cinco Pensionista*, apartado 1. En relación con esta cuestión Vid. entre otros: Fix-Zamudio, H., “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, y Márquez Rodríguez, E., “Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ambos en, Nieto Navia, Rafael(editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Ed.Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, pp. 147-188 y 297-320 respectivamente.

presunta víctima, cuando tales derechos no estén incluidos en la demanda, contribuye por lo demás al perfeccionamiento del debido proceso legal en el plano internacional y confirma, como sostiene el juez Cançado Trindade, que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio de realización del derecho, y, en última instancia, de la justicia⁶.

Por otro lado hay que tener presente que la Comisión Interamericana ha presentado un total de doce demandas contra Perú ante la Corte, sin embargo, ésta no entró a enjuiciar los hechos en los casos *Cayara y Barrios Altos*. En el primero, al prosperar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado demandado, por que la Corte declaró la demanda inadmisibile y, en el segundo, como consecuencia del allanamiento de Perú. No obstante, en el caso *Barrios Altos* la Corte sí entró a pronunciarse sobre las leyes de amnistía vigentes en Perú, así como en relación con un derecho no reconocido, el derecho a la verdad.

También consideramos oportuno hacer notar que, si en la mayoría de los casos conocidos por la Corte el Estado peruano participó en el procedimiento, en dos no se personó: *Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein*. La ausencia de Perú en ambos casos estuvo motivada porque antes de contestar las demandas se produjo el “retiro” de la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte, un “retiro” que fue considerado por la Corte como ineficaz⁷, de ahí que prosiguiera con el conocimiento del asunto y que ante la ausencia del Estado demandado en el procedimiento impulsara el mismo de oficio, de conformidad con el artículo 27 de su Reglamento.

Además, queremos dejar constancia de que de los casos peruanos ante la Corte nos hemos ocupado en un trabajo monográfico⁸. En es-

⁶ Voto concurrente en el caso *Cinco Pensionistas*, pág. 21. Vid. entre otros: Melgar Adalid, M., “El derecho humano de acceso a la justicia”, Rodríguez Rescia, V.M., “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ambos publicados en *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, Vol. II pp. 1035-1048 y 1295-1328, respectivamente.

⁷ Vid. las dos Sentencias sobre competencia dictadas por la Corte el 24 de septiembre de 1999, en los casos *Ivcher Bronstein* (Serie C No. 54) y *Tribunal Constitucional* (Serie C Nol. 55).

⁸ En el citado estudio monográfico nos hemos ocupado de forma preliminar de la situación de inestabilidad que vivía Perú cuando se produjeron los hechos de la mayoría de los casos peruanos, así como del pretendido retiro por parte de dicho Estado de la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte, analizando de forma pormenorizada las Sentencias sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones dictadas por la Corte en los distintos casos peruanos.

te estudio nos vamos a limitar a las sentencias de fondo dictadas por la Corte en los diversos casos peruanos, estudio que, en lo sustancial, constituye el Capítulo III del referido monográfico: *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁹.

Pero antes de entrar en el análisis de las Sentencias sobre fondo consideramos oportuno hacer una referencia a los hechos de los distintos casos peruanos, con el fin de que se pueda tener una mejor comprensión de lo decidido por la Corte en relación con cada uno de los casos que ha decidido.

I. Los Hechos¹⁰

1. Cuestión Preliminar

En 1979 se puso fin a la dictadura militar y se adoptó, en el mismo año, una Constitución Democrática; sin embargo, el desencadenamiento del terrorismo a partir de 1980 tuvo como consecuencia que Perú durante años viviese, en determinadas partes de su territorio, en un clima de violencia generalizada. Las acciones terroristas tuvieron como consecuencia, de un lado, que gran parte del territorio peruano estuviese bajo “estado de emergencia” y, de otro, que las fuerzas armadas y policiales encargadas de reprimir las acciones de los grupos armados irregulares “empleasen métodos que violaban los derechos humanos, violaciones que han sido ejecutadas en ocasiones de forma directa y en otras por grupos paramilitares actuando en concierto con las fuerzas armadas o con su aquiescencia”¹¹.

Amén del seguimiento por parte de la Comisión Interamericana de las violaciones sistemáticas de derechos humanos¹², ésta tramitó un número considerable de denuncias; solo en los años 1990-1991

⁹ El citado libro, del que soy autora, es publicado por Editora Normas Legales, Perú, 2003 (en prensa).

¹⁰ Como quiera que nos vamos a limitar a realizar una breve descripción de los hechos, nos remitimos a los hechos probados por la Corte en las distintas sentencias sobre fondo, sin perjuicio de que los hechos en el caso *Cayara* solo pueden ser conocidos con mayor detalle en la sentencia sobre excepciones preliminares de 3 de febrero de 1993, Serie C No. 14.

¹¹ *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 31, 12 de marzo de 1993, párs. 3-4. En adelante será citado como “*Informe de la Comisión de 1993*”.

¹² En 1989 (8 al 12 de mayo), la Comisión realizó una visita *in loco* a Perú. Una segunda visita fue realizada en 1991 (28 al 31 de octubre). Durante esta última prestó especial atención a las violaciones del derecho a la vida como

ascendieron a 51 los casos en los que afirmó la responsabilidad internacional del Estado peruano por graves violaciones de derechos humanos. En 1990, la Comisión presentó la primera demanda contra Perú ante la Corte, el caso *Neira Alegría y otros* y, en 1991, presentó la segunda, el caso *Cayara*. En los años sucesivos la Comisión siguió presentando demandas contra Perú, estando un número representativo de ellas relacionadas con el problema del terrorismo.

El 28 de junio de 1990 asume la Presidencia de la República Alberto Fujimori; en la Directiva Presidencial que sobre derechos humanos emitió el 13 de septiembre de 1991, se explicaba la posición del Gobierno peruano ante los derechos humanos¹³. Las ONGs peruanas, aunque reconocieron que las medidas adoptadas podían contribuir a mejorar la situación de los derechos humanos, afirmaron que la situación seguía siendo problemática¹⁴.

El 5 de abril de 1992 se produce la ruptura de la institucionalidad democrática, mediante la suspensión de los artículos constitucionales que no eran compatibles con los objetivos del Gobierno, a través del Decreto-Ley 25.418 Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”¹⁵.

Ante la situación producida, el Consejo Permanente de la OEA convocó a los ministros de relaciones exteriores a una reunión *ad hoc*, que se celebró en Washington el 13 de abril de 1992, y en la que se resolvió “hacer un llamado para que se restablezca urgentemente el orden institucional democrático en el Perú y se ponga fin a toda acción que afecte la vigencia de los derechos humanos, evitándose la adopción de nuevas medidas que continúen agravando la situación”. Sugirieron, además, a que formalizara su invitación a la Comisión

consecuencia de las desapariciones, ejecuciones sumarias y matanzas de grupos de personas. La mayoría de las violaciones del derecho a la vida van precedidas de violaciones contra la integridad personal. Paralelamente a las visitas de la Comisión Interamericana, el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas de personas de las Naciones Unidas se ocupó de Perú. En sus Informes de 1987 a 1990 hizo constar que había sido el país en donde mayor número de desapariciones se habían producido. *Informe de la Comisión de 1993*, párs. 14-16. En relación con las desapariciones, la Comisión Interamericana mostró su preocupación por la falta de formalidades con que se realizaban los arrestos por parte de los agentes del Estado, los cuales tenían “una relación directa con la desaparición forzada de personas, por constituir el paso inicial de este fenómeno”, *Informe de la Comisión 1993*, párs. 20-21.

13 *Ibidem*, párs. 31-36.

14 *Ibidem*, párs. 37-39.

15 *Ibidem*, párs. 108-109.

Interamericana “para que investigue la situación de derechos humanos en el Perú, sobre lo cual deberá informar al Consejo Permanente”. En esa misma reunión el Ministro de Relaciones Exteriores peruano invitó a la Comisión a visitar su país “en el más corto plazo”. En una nueva reunión *ad hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada el 18 de mayo de 1992, el Presidente de Perú se comprometió a “convocar un Congreso Constituyente a través de un acto electoral rodeado de todas las garantías de libre expresión de la voluntad popular y de manera de restablecer la democracia representativa en su país”. El acto electoral fue fijado para el 22 de noviembre de 1992, y en 1993 se adoptó una nueva Constitución Política¹⁶.

La Comisión, tras el Informe Especial sobre Perú de 1993, se ocupó de la situación peruana en Capítulos de sus Informes de 1996 y 1997 y en el año 2000 procedió a realizar un segundo Informe Especial¹⁷.

En la situación de inestabilidad descrita se producen los hechos de la mayoría de los casos que han sido conocidos por la Corte, estando un importante número de ellos relacionados con la lucha anti-terrorista, pues solo cuatro (*Cesti Hurtado, Ivcher Bronstein, Tribunal Constitucional* y *Cinco Pensionistas*) obedecen a otras causas.

2. Casos relacionados con el terrorismo

Uso desproporcionado de la fuerza con resultado de muerte

En los casos *Neira Alegría y otros* y *Durand y Ugarte*, los hechos sucedieron como consecuencia del amotinamiento del penal peruano San Juan Bautista conocido como “El Frontón”.

Caso *Neira Alegría y otros*: El 18 de junio de 1986 Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar se encontraban detenidos, en calidad de procesados como presuntos autores de delito de terrorismo, en el establecimiento penal San Juan Bautista. En esa fecha se produjo un amotinamiento en dicho centro penitenciario. Con el fin de sofocar el mismo el Gobierno delegó, mediante Decreto Supremo en el Comando Conjunto de las Fuerzas

¹⁶ *Ibidem*, párs. 43-44 y 46-48.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59. rev., 2 de junio de 2000, Capítulo I, pp. 1-6. En adelante será citado como “*Informe de la Comisión de 2000*”.

Armadas el control del penal, quedando éste como zona militar restringida. Desde entonces, fecha en que las Fuerzas Armadas procedieron a sofocar el motín, las personas mencionadas desaparecieron sin que sus familiares las volvieran a ver ni a tener noticias de ellas. Como consecuencia de esos mismos hechos también desaparecieron los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera como se hace constar en el caso *Durand y Ugarte*.

Ejecuciones extrajudiciales

Caso *Cayara*: El 17 de noviembre de 1988 una denuncia fue presentada ante la Comisión en la que se hacía constar que un grupo armado de *Sendero luminoso* (PCP-SL) tendió una emboscada a un convoy militar del Ejército peruano en Erusco, anexo al distrito de Cayara, el 13 de junio de 1988. Como consecuencia del combate, resultaron muertos cuatro senderistas, un capitán del Ejército y tres soldados. Al día siguiente, tropas del Ejército ingresaron en la población de Cayara y asesinaron al primer habitante que encontraron. Luego llegaron a la iglesia del poblado donde encontraron a cinco hombres más que estaban desarmando un tablado y los fusilaron en el acto. Posteriormente cuando los hombres de la población volvían del campo, los soldados los mataron con bayonetas e instrumentos de labranza. Según consta en la denuncia, habían sido asesinadas entre 28 y 31 personas, siendo difícil precisar el número y la identidad porque los cuerpos desaparecieron. Se mencionó, sin embargo, el nombre de 22 víctimas. Días más tarde tres testigos de los hechos del caso *Cayara* fueron asesinados (el Alcalde, su secretaria y una enfermera).

Caso *Barrios Altos*: El 3 de noviembre de 1991, tres individuos fuertemente armados irrumpieron en un inmueble del vecindario conocido como Barrios Altos de la Ciudad de Lima. Al producirse la irrupción se estaba celebrando una fiesta para recaudar fondos con el objeto de hacer reparaciones en el edificio. Los atacantes llegaron al sitio en dos vehículos que portaban luces y sirenas policiales, que fueron apagadas al llegar al lugar de los hechos. Los atacantes cubrieron sus rostros con pasamontañas y obligaron a las presuntas víctimas a arrojar al suelo. Una vez que éstas estaban en el suelo, los atacantes les dispararon indiscriminadamente, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro, quedando una de éstas últimas permanentemente incapacitada. Se inició una investigación por parte del Senado de la República para esclarecer los hechos, a

cuyos efectos se nombró una comisión investigadora. Sin embargo, los trabajos de la misma quedaron paralizados cuando fue disuelto el Congreso.

Desaparición forzada de personas

Caso Castillo Páez: El señor Castillo Páez, estudiante universitario y profesor de 22 años de edad, fue detenido el 21 de octubre de 1990 por agentes de la Policía General, integrantes de la Policía Nacional. Según testigos presenciales de los hechos, cuando los agentes lo detuvieron, lo despojaron de sus anteojos, lo golpearon, lo esposaron y lo introdujeron a la maletera (baúl) de un vehículo policial, el que partió del lugar con rumbo desconocido. La detención se habría producido después de un atentado del grupo subversivo *Sendero Luminoso* (PCP-SL) cuyos integrantes produjeron estallidos de explosivos en la zona del Monumento a la Mujer, en el distrito en el que fue detenido el señor Castillo Páez. Según consta en los hechos, aparentemente dicho señor salió de su casa temprano este día para estudiar con un compañero cuando desapareció. Sus padres recibieron una llamada anónima por medio de la cual se les informó que su hijo había sido detenido por la Policía Nacional. Ellos iniciaron su búsqueda y, al no encontrarlo en las diversas dependencias policiales, iniciaron las gestiones judiciales para localizarlo. En este caso, además de ser asesinado un número importante de personas, varios testigos presenciales de los hechos fueron arrestados y se ignoraba su paradero.

Infracción del debido proceso legal

Los tres casos a los que vamos a hacer referencia a continuación tienen en común la aplicación del Decreto-Ley 25659 (delito de traición a la patria, *nomen iuris* del delito de terrorismo agravado); no obstante, en relación con los dos primeros también fue de aplicación el Decreto-Ley 25475 (delito de terrorismo).

Caso Loayza Tamayo: La señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, el 6 de febrero de 1993, junto con un familiar suyo, fue arrestada por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional de Perú, en un inmueble de su propiedad. Estuvo detenida por la "DINCOTE" desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993 en la cual permaneció 10 días incomunicada y fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales; todo

con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL). Sin embargo, la víctima declaró ser inocente, negó pertenecer al PCP-SL y, por el contrario, criticó sus métodos: la violencia y la violación de derechos humanos por parte de ese grupo subversivo. Se le abrió el atestado policial por ese delito y, al día siguiente, fue puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina, para su enjuiciamiento. Fue juzgada por el Juzgado Especial de Marina, integrado por jueces militares “sin rostro”, quien la absolvió del delito que se le imputaba; el Consejo Especial de Guerra de Marina en alzada la condenó y el Consejo Supremo de Justicia Militar, ante un recurso de nulidad, la absolvió por ese delito y ordenó remitir lo actuado al Fuero Común. En esta jurisdicción se le procesó por el delito de terrorismo. El *Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común*, basado en los mismos hechos y cargos, la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad.

Caso Cantoral Benavides: El 6 de febrero de 1993, el señor Cantoral Benavides fue detenido arbitrariamente y torturado por agentes de seguridad de la Dirección Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú. Fue juzgado por la Justicia militar por el delito de traición a la patria, del que fue absuelto. Su puesta en libertad fue decretada por el Consejo Supremo de Justicia Militar, sin embargo, como permaneció privado de libertad, interpuso recurso de *habeas corpus* que fue rechazado por infundado. Con posterioridad (24 de septiembre de 1993), el Consejo Supremo de Justicia Militar resolvió un Recurso Extraordinario de Revisión (confirmó su absolución y decretó su libertad). Sin embargo, como consecuencia de un recurso interpuesto por el Fiscal Militar Adjunto Superior, el Consejo dispuso remitir la causa al fuero común. En la jurisdicción ordinaria se le procesó por el delito de terrorismo y fue juzgado el 10 de octubre de 1994. El Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común, basado en los mismos hechos y cargos lo condenó a 20 años de pena privativa de libertad. El 9 de octubre de 1996, el señor Cantoral Benavides hizo una solicitud de indulto a la Comisión *ad hoc* creada por la Ley 26.655; en aplicación de lo dispuesto en la citada Ley se le concedió la libertad.

Caso Castillo Petruzzi y otros: Los señores Castillo Petruzzi, Mellado Saavedra, Astorga Valdés y la señora Pincheira Sáez, todos de nacionalidad chilena, fueron acusados de actividades subversivas y

juzgados por un Tribunal Militar “sin rostro” que les condenó como autores del delito de traición a la patria, a la pena de cadena perpetua, con la accesoria de inhabilitación absoluta y perpetua, el aislamiento celular y continuo durante el primer año de la decisión y luego con trabajo obligatorio.

3. Casos no relacionados con el terrorismo

Procesamiento de una persona civil por el fuero militar

Caso Cesti Hurtado: Se trata de un nacional peruano, el señor Cesti Hurtado, quien había sido capitán del Ejército peruano y se retiró del servicio en 1984. En el momento en que se produjeron los hechos era Gerente de una empresa, la cual tenía celebrado un contrato de asesoría en materia de seguros con el Comando Logístico del Ejército peruano. En noviembre de 1996, se inició ante el fuero militar un proceso contra varios miembros del Ejército y contra el señor Cesti Hurtado. Se le acusó a éste de los delitos de fraude, negligencia, desobediencia y delitos contra el deber y dignidad de la función, por lo que fue decretada su detención. Interpuso un recurso de *habeas corpus* por considerar que el fuero militar no era competente para juzgarle, en razón de su condición de civil. El 12 de febrero de 1997 el recurso fue declarado procedente por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, la cual ordenó que se sustrajera al señor Cesti Hurtado del procedimiento que se seguía ante el fuero militar y que se dejara sin efecto la orden de detención y el impedimento de salida del país dictados en su contra. Dicha Resolución judicial fue remitida al fuero militar, quien la desconoció y decidió continuar el proceso abierto contra el señor Cesti Hurtado. El 13 de abril de 1997, la Sala de Guerra condenó al señor Cesti Hurtado a siete años de prisión y, el 2 de mayo de 1997, la Sala Revisora del fuero militar le sentenció a cuatro años de prisión y al pago de una multa.

Destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional

Caso Tribunal Constitucional: Tiene su origen en la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional, motivada porque habían votado una decisión que resultaba perjudicial directamente para el Presidente Fujimori. En 1990 fue elegido Fujimori Presidente de la República del Perú de conformidad con la Constitución de 1979 que prohibía la reelección. La Constitución de 1993 incluyó la posibilidad de reelección y Fujimori fue nuevamente elegido Presidente

en 1995. El Congreso aprobó el 23 de agosto de 1996 una Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución de 1993 para validar la elección del Presidente. El 29 de agosto de 1996 el Colegio de Abogados de Lima presentó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley ante el Tribunal Constitucional. El 29 de noviembre de 1996 el Tribunal Constitucional, con los siete magistrados que lo integraban, conoció de dicha causa en audiencia pública¹⁸. Cinco magistrados consideraron que dicha Ley no era aplicable al caso de Fujimori, lo que tuvo como consecuencia que se desatara una campaña de presión oficialista contra los mismos como consecuencia del proyecto de Sentencia, el cual por lo demás fue sustraído. A los magistrados se les acusó de golpistas y recibieron todo tipo de presiones, incluso un grupo de Congresistas les amenazó con destituirlos si fallaban por la inaplicabilidad de la Ley. Dos de los cinco magistrados solicitaron una nueva votación, y retiraron sus firmas, por lo que al final la Sentencia sólo fue adoptada por el voto de tres magistrados. Se abrió una Comisión investigadora en el Congreso y éste procedió a la destitución de los tres magistrados, el 29 de mayo de 1997, por “infracción de la Constitución”. Interpusieron recursos de amparo en julio y agosto de 1997 contra las resoluciones de destitución, que fueron declarados infundados mediante decisiones publicadas en el diario “El Peruano” el 25 de septiembre de 1998.

Privación de la nacionalidad y, como consecuencia de ello, injerencia en la libertad de expresión y en los bienes

Caso *Ivcher Bronstein*: El 27 de noviembre de 1984 se le concedió al señor Ivcher Bronstein la nacionalidad peruana, bajo condición de que renunciara a su nacionalidad israelí, lo que aceptó. La nacionalidad peruana es un requisito indispensable para ser propietario de acciones de empresas concesionarias de canales televisivos en Perú. En 1992 era propietario del 53,95% de las acciones de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana. En abril de 1997, el Canal 2 difundió denuncias sobre torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército de Perú. El 23 de mayo de 1997, el Ejecutivo expidió un decreto supremo que reglamentó la Ley de Na-

¹⁸ Los siete magistrados que en ese momento integraban el Tribunal Constitucional fueron elegidos en 1996, tras cuatro años de inactividad del Tribunal Constitucional.

cionalidad y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados. El señor Ivcher Bronstein interpuso recurso de amparo por la amenaza que dicho Decreto podía significar para su nacionalidad, recurso que fue declarado improcedente. El 11 de julio de 1997, el Director General de Migraciones y Naturalización emitió una resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein. Resultaron infructuosas las acciones emprendidas por el mismo para que fuese revocada la resolución que dejó sin efecto su título de nacionalidad, así como las consecuencias derivadas de ello (la privación de sus acciones y la dirección y gerencia de la compañía) y, en el padrón correspondiente al proceso electoral realizado el 12 de octubre de 1998, apareció anulada la inscripción del señor Ivcher Bronstein.

Reducción arbitraria de las pensiones de jubilación

Caso *Cinco Pensionistas*: Los señores Torres Benvenuto, Múgica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez y Gamarra, al jubilarse tenían derecho a percibir una pensión de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 en virtud del cual la pensión era de “célula viva”, que consiste en que se cobra lo que gana la persona que desempeña ese cargo en actividad (pensión nivelada). Las nivelaciones de las pensiones se efectuaron de manera sucesiva y periódica desde el momento del cese de cada uno de los cinco pensionistas, hasta que, en abril de 1992, la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) suspendió el pago de la pensión del señor Bartra Vásquez y, en septiembre de ese mismo año, redujo el monto de la pensión de los otros cuatro pensionistas en aproximadamente un 78% sin previo aviso ni explicación. Cada uno de los pensionistas interpuso una acción de amparo contra la SBS y, durante 1994, todas fueron declaradas fundadas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú mediante sentencias definitivas. En vía de ejecución los correspondientes Juzgados Especializados de lo Civil de Lima emitieron resoluciones a través de las cuales ordenaron a la SBS y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) que cumplieran con lo dispuesto en las sentencias definitivas. En 1995 la SBS emitió cinco resoluciones con el propósito de que se cumpliera con lo dispuesto en las sentencias definitivas que resolvían las acciones de amparo. Tales resoluciones no fueron cumplidas. Tres de los pensionistas interpusieron acciones de cumplimiento contra la SBS ante el Tribunal Constitucional, que resolvió, en

1998 y en el 2000, que la SBS debía cumplir con lo dispuesto en sus resoluciones administrativas de 1995. El 12 de marzo de 2002 la SBS emitió de nuevo cinco resoluciones en las que resolvió dar cumplimiento a sus resoluciones de 1995, deduciéndose de la suma a pagar las cantidades que el Ministerio de Economía y Finanzas les hubiera abonado. El 18 de marzo de 2002 la SBS pagó a los cinco pensionistas las cantidades determinadas en las citadas resoluciones (incluía las pensiones niveladas dejadas de percibir desde noviembre de 1992 hasta febrero de 2002, lo que no incluía intereses de demora). En marzo de 2002 las pensiones niveladas fueron restablecidas y, a partir de abril de 2002, los cinco pensionistas percibieron periódicamente el pago nivelado de sus pensiones, lo que acontece tres meses después de que la Comisión interpusiera la demanda ante la Corte.

II. El allanamiento de Perú ante la Corte en el caso *Barrios Altos*

Ante la Corte han sido diversos los Estados que se han allanado (Suriname, Argentina, Venezuela, etc.), por lo que el allanamiento de Perú en el caso *Barrios Altos* no constituye ningún hecho novedoso. Lo que sí resulta trascendente es la actitud de la Corte dado que no se limitó a reconocer la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de su allanamiento, sino que se pronunció sobre dos cuestiones trascendentes: la incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de las leyes de amnistía dictadas en Perú, así como sobre el derecho a la verdad, un derecho que no está reconocido de forma expresa en la Convención y del que nos ocuparemos en un momento posterior.

El allanamiento¹⁹: En el escrito de 19 de febrero de 2001 y en la audiencia pública de 14 de marzo de 2001, Perú reconoció su res-

¹⁹ El allanamiento, figura procesal prevista en el Reglamento de la Corte Interamericana, como ha precisado el juez García Ramírez, “es un medio bien conocido de proveer a la composición del litigio. Por este medio, que implica un acto unilateral de voluntad, de carácter dispositivo, la parte demandada acepta las pretensiones de la actora y asume las obligaciones inherentes a dicha admisión”. Ahora bien, “el allanamiento no trae consigo, de manera necesaria, la conclusión del procedimiento y el cierre del caso, ni determina, por sí mismo, el contenido de la resolución final de la Corte”. Ésta “puede disponer que continúe el juicio si esta prosecución es conveniente desde la perspectiva de la tutela judicial internacional de los derechos humanos. A este respecto, la

ponsabilidad internacional en el caso *Barrios Altos*; en dicha audiencia el agente del Estado expresó, entre otras cosas, que “se han tomado pasos sustanciales para asegurar que la justicia penal tenga un pronunciamiento rápido sobre el tema. Sin embargo, enfrentamos [...] un obstáculo, [...] nos referimos a las leyes de amnistía. Las leyes de amnistía [...] implicaban directamente una vulneración al derecho de toda víctima a obtener no sólo justicia, sino verdad”²⁰.

Como puede constatar, fue el propio Estado peruano el que planteó ante la Corte el problema relacionado con la vigencia de las leyes de amnistía, de ahí que la Comisión Interamericana, tras felicitar al Gobierno de Perú, procediera a formular sus peticiones ante la Corte.

La Comisión solicitó que en virtud de allanamiento “no sólo establezca las violaciones en concreto de los artículos de la Convención en las que ha incurrido el Estado [...], sino que también establezca de manera específica en el resolutivo de la sentencia, la necesidad de esclarecer los hechos, de modo de proteger el derecho a la verdad, la necesidad de investigar y castigar a los culpables, [...] la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las disposiciones de la Convención Americana, y [...] la obligación del Estado de dejar sin efecto las leyes de amnistía”. Ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Perú, la Corte considera que “ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso”²¹.

valoración compete única y exclusivamente al Tribunal”. Además “compete a la Corte, y sólo a ella, calificar la naturaleza de los hechos como violatorios —o no— de las disposiciones específicas de la Convención, y, en consecuencia, de los derechos reconocidos y tutelados en éstas. No basta con que exista un reconocimiento de hechos a través del allanamiento respectivo, para que el tribunal deba asignarles la calificación que les atribuye el actor y que admite o no refuta al demandado. La aplicación técnica del Derecho, con todo lo que ello implica, constituye una función natural del tribunal, expresión de su potestad jurisdiccional, que no puede ser excluida, condicionada o mediatizada por las partes”. Voto concurrente del juez García Ramírez (párrs. 3-6) en el caso *Barrios Altos*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No 75.

²⁰ *Ibidem*, párr. 35.

²¹ En el mismo sentido se pronunció la Corte en casos en los que los Estados demandados se allanaron: *Trujillo Oroza*, Sentencia de 26 de enero de 2000, Serie C No. 64, párr. 40; *El Caracazo*, Sentencia de 11 de noviembre de 1999, Serie C No. 58, párr. 41; *Benavides Cevallos*, Sentencia de 19 de junio de 1998, Serie C No. 38, párr. 42; *Garrido y Baigorria*, Sentencia de 2 de febrero de 1996, Serie C No. 26, párr. 27; *El Amparo*, Sentencia de 18 de enero de 1995, Serie C No. 19, párr. 20; y *Aloboetoe y otros*, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C No. 11, párr. 23.

Tras afirmar la responsabilidad internacional del Estado respecto de determinadas disposiciones de la Convención Americana, la Corte reconoce que “el allanamiento del Perú constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana”²².

El pronunciamiento de la Corte en relación con las leyes de amnistía: Declarada la violación de los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, la Corte sostuvo que finalmente el Estado demandado es responsable por el incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 de la precitada Convención como consecuencia de “la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados anteriormente”²³.

En relación con tales leyes, la Corte realizó una serie de consideraciones que, por su interés, consideramos oportuno reproducir²⁴.

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

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, con-

²² Caso *Barrios Altos*, párs. 36, 39 y 40.

²³ *Ibidem*, pár. 40 y resolutivo 3.

²⁴ También consideramos oportuno reproducir las palabras del Comité de Derechos Humanos a tales efectos: “El Comité deplora que no se hayan seguido sus recomendaciones relacionadas con las Leyes de amnistía de 1995 y reitera que éstas impiden la investigación y castigo de los autores de delitos cometidos en el pasado, violando el artículo 2 del Pacto. El Comité se encuentra profundamente preocupado por las recientes informaciones que dan cuenta del auspicio del Gobierno a una nueva ley de amnistía general como condición previa para la realización de elecciones. El Comité recomienda nuevamente al Estado Parte la revisión y revocación de las Leyes de amnistía de 1995 que contribuyen a crear una atmósfera de impunidad. El Comité insta al Estado Parte a que se abstenga de adoptar una nueva ley de amnistía”, CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000, pár. 9.

forme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las 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. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

Resulta del mayor interés que la Corte calificara las leyes de amnistía de Perú como “leyes de autoamnistía”²⁵, pues las considera-

²⁵ En este sentido nos parece relevante la opinión expresada por el juez García Ramírez en su voto concurrente en el caso *Barrios Altos* que, refiriéndose a ambos tipos de leyes, expone que las leyes de autoamnistía son “expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos”, y difieren de las amnistías “que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático

ciones de la Corte relacionadas con tales leyes, como sostienen los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, “constituyen un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas”²⁶.

Lo cierto es que del párrafo resolutivo 4 se deduce que las leyes de autoamnistía son *per se* incompatibles con la Convención Americana, pues la Corte declaró que “las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”. Desde el momento que se afirma su incompatibilidad *per se*, la consecuencia jurídica es que un pronunciamiento de esta naturaleza tiene efectos generales, y así fue confirmado por la Corte en su Sentencia de interpretación interpuesta por la Comisión respecto de la Sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos*²⁷.

Y en esta afirmación de la Corte consideramos que radica una de las notas más relevantes de la Sentencia en el caso *Barrios Altos* pues si, en principio, en tanto que cosa juzgada un caso decidido por la Corte solo tiene eficacia *inter partes*, sin perjuicio de que como cosa interpretada tenga efectos *erga omnes*, lo verdaderamente trascendente es que atribuya efectos generales a su pronunciamiento al resolver un caso concreto, pues de este modo está realizando un control de compatibilidad abstracto, esto es, al margen de actos concretos de aplicación de la norma, lo que constituye un hecho novedoso en la jurisprudencia internacional tratándose de la resolución de un

y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquellos aprueba o reconoce como adecuados”. Aunque el citado juez está realizando cierta justificación a las leyes de amnistía, en modo alguno puede ser interpretado que propugna el “olvido y perdón”; de sus palabras se deduce que de ningún modo pueden quedar impunes las graves violaciones de derechos humanos, de hecho de forma contundente también sostiene que “es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho Internacional” (Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional).

²⁶ Vid. Norris, R.E., “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: Una respuesta legal”, 15 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1992; pp. 62-65.

²⁷ Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C No. 83, p. 18.

caso individual. En definitiva, se podría considerar que la Corte está utilizando la técnica de la “autocuestión” de compatibilidad, técnica utilizada por los tribunales constitucionales y, en concreto, por el Tribunal Constitucional español, en lo que a la “autocuestión” de compatibilidad con la Constitución respecta.

Lo cierto es que respecto de las leyes de amnistía de Perú la Corte no fue la primera vez que se pronunció, de hecho, ya lo hizo en el caso *Castillo Páez*, pues en su Sentencia sobre reparaciones recordó lo resuelto en su Sentencia de fondo cuando hizo referencia a la obligación del Estado de Perú de “investigar los hechos” que produjeron la violación. A lo que añadió que “*en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza*, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos” (subrayado en el original)²⁸.

Sobre la base de tal pronunciamiento la Corte considera que entre las dificultades de orden interno que impiden identificar a los individuos responsables por el delito de esta naturaleza, “se encuentra esa Ley de amnistía expedida por el Perú [...], debido a que esa ley obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. De forma contundente sostuvo que “el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad”²⁹.

A pesar de las críticas a “esa ley de amnistía” la Corte no declaró de forma expresa su incompatibilidad con la Convención Americana, aunque en cierta medida subyace un declaración de incompatibilidad implícita desde el momento que afirma la obligación del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la “impunidad”.

III. Los derechos inderogables

El catálogo de derechos inderogables contenido en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es,

²⁸ Caso *Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (fondo), Serie C No. 34, pár. 90; y Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones), Serie C No. 43, pár. 103.

²⁹ Caso *Castillo Páez* (reparaciones), párs. 105-107.

los derechos no susceptibles de ser suspendidos en ninguna circunstancia, es de mayor amplitud que el de otros tratados de derechos humanos de carácter general que le precedieron³⁰. A continuación nos vamos a ocupar de los derechos inderogables que han sido invocados como violados ante la Corte en los distintos casos peruanos. Sin embargo, las garantías judiciales indispensables que también son inderogables, serán estudiadas en el contexto del derecho a la libertad y seguridad personales, ya que la inexistencia o ineficacia de tales garantías, en la mayoría de los casos peruanos, tienen incidencias negativas en el derecho a la libertad personal, un derecho que *per se* no es inderogable.

1. Privación arbitraria de la vida

La Convención Americana, a diferencia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no prevé de forma expresa aquellos supuestos excepcionales en los que la privación de la vida a una persona no genera la responsabilidad internacional del Estado, a pesar de que la muerte ha sido obra de sus cuerpos o fuerzas de seguridad³¹. Sin embargo, la Convención Americana establece que nadie “puede ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 4.1); de ello se infiere que implícitamente está reconociendo la existencia de las circunstancias excepcionales a que se refiere el Convenio Europeo³².

En relación con el término “arbitrariamente” la Corte Interamericana ha precisado que excluye, “como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte”³³ y que “el análisis que tiene que hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión”³⁴. De este modo está reconociendo que en determinadas cir-

³⁰ Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15.2) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.2).

³¹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 2.2: “La muerte no se considerará infringida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) Para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

³² Vid. Salado Osuna, A., *La pena de muerte en Derecho Internacional: una excepción al derecho a la vida*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 18-18 y 45-48.

³³ Caso *Neira Alegría y otros*, Sentencia de 19 de enero de 1995(fondo), Serie C N° 20, pár. 74.

³⁴ *Ibidem*, pár. 74.

cunstances y, en concreto, cuando se trata de mantener el orden, una persona puede ser privada de su vida sin que tal privación tenga por qué ser considerada como “arbitraria”.

Ahora bien, no todo uso de la fuerza para mantener el orden tiene que considerarse lícito y no lo será cuando los medios empleados sean desproporcionados para la consecución de una finalidad legítima. Y es precisamente el “principio de proporcionalidad” el criterio que ha utilizado la Corte (como también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁵) para decidir sobre la violación del derecho a la vida como consecuencia del uso de la fuerza.

En efecto, en el caso *Neira Alegría y otros* la Corte sostuvo que “la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieran armados, no llegan a constituir, en opinión de la Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en otros penales amotinados” y afirmó que debido al “uso desproporcionado de la fuerza, se desprende la conclusión razonable de que ellos fueron privados arbitrariamente de su vida por las fuerzas peruanas en violación del artículo 4.1 de la Convención”³⁶. A la misma conclusión llegó la Corte en el caso *Durand y Ugarte* en el que las víctimas también se dieron por fallecidos tras los sucesos acaecidos en el Penal “El Frontón”³⁷.

Puede suceder que la privación arbitraria de la vida no tenga sus orígenes en un uso desproporcionado de la fuerza, sino en otros actos de violencia efectuados por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, como sucede en relación con el fenómeno de la “desaparición forzada de personas”. Respecto de este fenómeno la Corte ha sostenido que ello tiene como consecuencia la violación de “varios derechos establecidos en la Convención, entre ellos el derecho a la vida, cuando hubiese transcurrido [...] un período de varios años sin que se conozca el paradero de la víctima”³⁸.

³⁵ Este mismo criterio es el utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros, en el caso *McCann y otros contra Reino Unido*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Serie A-324, pág. 189.

³⁶ Caso *Neira Alegría y otros*, (fondo), párs. 74 y 76.

³⁷ Caso *Durand y Ugarte*, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (fondo), Serie C No. 68, párs. 71-72.

³⁸ Caso *Castillo Páez* (fondo), pág. 36. En el mismo sentido se había pronunciado la Corte en los casos *Neira Alegría y otros* (fondo), pág. 76; y *Caballero Delgado y Santana*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C N° 22, pág. 56.

En el caso *Castillo Páez* la Corte estimó como demostrado que durante la época a que se hace referencia, “existía en el Perú [...] una práctica por parte de las fuerzas de seguridad que consistía en la desaparición forzada de personas consideradas como miembros de los grupos subversivos. Además, dichas desapariciones fueron también realizadas contra estudiantes y que, a inicios de los años noventas, en ocasiones, las fuerzas de seguridad introducían a los detenidos en la maletera de las patrullas policiales, como ocurrió en este caso”. Respecto del señor Castillo Páez la Corte afirmó que “fue detenido arbitrariamente por los agentes de la Policía del Perú; que dicha detención fue negada por las mismas autoridades, las cuales, por el contrario, lo ocultaron para que no fuese localizado, y que desde entonces se desconoce su paradero por lo que se puede concluir que, debido al tiempo transcurrido [...], la víctima ha sido privada de la vida”, por lo que consideró “demostrada la violación del artículo 4 de la Convención”³⁹.

Como puede constatarse la Corte no se limitó a confirmar que el señor Castillo Páez había sido víctima de una desaparición forzada, sino que puso asimismo de manifiesto que la desaparición forzada de personas era una práctica que existía en Perú. Sin embargo, en la parte dispositiva de su Sentencia sólo hace referencia a la violación del artículo 4 en perjuicio del señor Cesti Hurtado (resolutivo 3) y en ningún párrafo resolutivo se refiere a la situación generalizada de desaparición forzada de personas, por lo que lo señalado por la Corte sólo puede interpretarse como una llamada de atención a Perú en la *ratio decidendi* de su Sentencia.

2. Integridad personal

El derecho a la integridad personal está reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos como un derecho absoluto en el sentido de que no se permite su derogación, ni siquiera en los supuestos excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación. Un derecho al que hacen referencia la mayoría de los instrumentos internacionales en la materia, por ello la jurisprudencia internacional ha sido prolija en precisar qué se entiende por el derecho a la integridad personal⁴⁰.

³⁹ Caso *Castillo Páez* (fondo), párs. 42, 71, 73 y 74.

⁴⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido hasta el momento de un importante número de casos relacionados con la violación del derecho a la integridad física y moral reconocido en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia puede ser consultada en: www.echr.coe.int

La Corte Interamericana ha considerado que la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de la persona “es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”⁴¹. En relación con el artículo 5.2 ha precisado que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, “es el garante de estos derechos de los detenidos”⁴² y que todo “uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona”⁴³. Y refiriéndose a la “incomunicación” ha hecho notar que la misma ha sido concebida como un instrumento excepcional por los graves efectos que tiene sobre el detenido, pues “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”⁴⁴.

En el caso *Neira Alegría y otros*, como hemos señalado, la Corte consideró el uso de la fuerza como desproporcionado y, como consecuencia de ello, resolvió que había sido violado el artículo 4.1, sin embargo, aclaró que “si bien pudiera entenderse que cuando se priva de la vida a una persona también se lesiona su integridad personal, no es este el sentido del citado precepto de la Convención que se refiere, en esencia, a que nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, y a que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad

⁴¹ Caso *Loayza Tamayo*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), Serie C Nº 33, pár. 57.

⁴² Caso *Neira Alegría y otros* (fondo), pár. 60.

⁴³ Caso *Loayza Tamayo* (fondo), pár. 57.

⁴⁴ Casos *Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No 35, pár. 90; y *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nº 52, pár. 195.

inherente al ser humano”⁴⁵. En el mismo sentido se pronunció en el caso *Durand y Ugarte*⁴⁶.

Si tenemos presente que no hubo ningún interés por parte de las autoridades peruanas de rescatar a los posibles supervivientes, habrá que considerar que los que murieron como consecuencia del desplome del edificio o por la falta de atención tras los hechos, fueron víctimas de malos tratos, y entre ellos pudieron estar las tres víctimas a las que se refiere el caso *Neira Alegría y otros* y las dos del caso *Durand y Ugarte*.

No obstante, en otro caso peruano resuelto con posterioridad, *Loayza Tamayo*, la Corte ha considerado que todo “uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona”⁴⁷.

Las circunstancias en las que se produce la retención de una persona que se dio por desaparecida, también fueron objeto de consideración por la Corte desde la perspectiva del artículo 5.2 en el caso *Castillo Páez*, sin embargo, no llegó a calificar los hechos como trato cruel e inhumano (artículo 5.2), como solicitó la Comisión, sino como contrario “al respeto debido a la dignidad inherente del ser humano” (artículo 5.1)⁴⁸.

Dado que estamos ante un supuesto de desaparición forzada de personas (“trinidad impía”⁴⁹), hay que presumir “más allá de toda duda razonable”, que el señor Castillo Páez fue víctima de malos tra-

⁴⁵ Caso *Neira Alegría* (fondo), p. 86.

⁴⁶ Caso *Durand y Ugarte* (fondo), p. 78.

⁴⁷ Caso *Loayza Tamayo* (fondo), p. 63.

⁴⁸ Caso *Castillo Páez* (fondo), p. 63.

⁴⁹ Con esta expresión ha sido calificado el fenómeno de las ejecuciones sumarias y arbitrarias, de las desapariciones y las torturas por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre Tortura, el Señor Kooijmans. Procedió a tal calificación “en el sentido de que los tres fenómenos suelen ir frecuentemente juntos”, Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1985/Sr.48/Add.1, p. 8, p. 35. Vid. en relación con estos tres fenómenos, Rodley, N.: “UN Action and Procedures against Disappearances, Summary or Arbitrary Executions, and Torture”, *H.R.Q.*, 1986, Vol. 8, pp. 700-730.

tos no sólo en el momento de su detención ilegal, pues como la propia Corte ha sostenido en casos relacionados con otros Estados y resueltos con posterioridad, una persona “ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”⁵⁰.

Las condiciones de detención y prisión en relación con el artículo 5.2 han sido conocidas por la Corte en tres casos peruanos. En el primero de ellos, caso *Loayza Tamayo*, consideró que de las alegaciones y pruebas examinadas “aparecen elementos graves y convergentes, y no desvirtuados por el Estado, que permiten válidamente presumir la existencia de una práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes en la cual se enmarca el presente caso de la señora María Elena Loayza Tamayo, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención”⁵¹. En esta misma práctica se enmarcan los hechos acaecidos en el caso *Cantoral Benavides* en el que la Corte declaró violación del artículo 5.1 y 2 de la Convención Americana⁵².

A pesar de que los hechos en el caso *Loayza Tamayo* y en el caso *Cantoral Benavides* son bastante similares y coetáneos en el tiempo, sin embargo, la Corte resolvió el primero en 1997 y el segundo en el 2000. Quizás el periodo de tres años fue decisivo para que considerara la necesidad de ser más precisa en lo que al examen de la alegada violación del artículo 5 respecta, incluso se prodiga en citar otra jurisprudencia internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos). Pero lo que resulta trascendente es que en el caso *Cantoral Benavides* la Corte califique los actos como “tortura” no solo física sino también psíquica. Un año antes había resuelto otro caso, *Castillo Petruzzi y otros*, en el que las condiciones de detención impuestas a las víctimas fueron calificadas por la Corte como “tratos crueles, inhumanos o degradantes, violatorios del artículo 5 de la Convención”⁵³.

⁵⁰ Vid. Caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No 63, pár. 166; y caso *Bácama Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No 70, pár. 150. En el mismo sentido, Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Irlanda contra Reino Unido*, Sentencia de 18 de enero de 1978, Serie A-25, pár. 167.

⁵¹ Caso *Loayza Tamayo* (fondo), párs. 46 y 58.

⁵² Caso *Cantoral Benavides* (fondo), Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, pár. 106.

⁵³ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), pár. 198.

Lo cierto es que en 1999, en el caso *Selmouni contra Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que “ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas”⁵⁴. Puede ser que el citado caso decidido por el Tribunal Europeo fuese decisivo para que la Corte Interamericana calificara como “tortura” los actos de violencia inflingidos al señor Cantoral Benavides, pero con independencia de cual haya sido el motivo, resulta de la mayor relevancia una calificación de este tipo.

Por otro lado, consideramos oportuno hacer notar que a veces no se entienden muy bien determinadas pretensiones, como la que realizó la Comisión en el caso *Cesti Hurtado*. En éste la Comisión solicitó a la Corte que declarase violación del artículo 5.2, porque el señor Cesti Hurtado padecía “graves problemas cardiacos y que, al no haber permitido que fuese tratado por el médico personal de su elección, el Estado ha violado la disposición del artículo 5.2 de la Convención”. A tales efectos argumentó que si una persona “tiene derecho a ser defendido por el abogado de su elección, con mayor razón tiene derecho a que lo trate médicamente el galeno de su confianza”. La Corte sostuvo que la invocada violación “tiene estrecha conexión con el objeto de las medidas provisionales adoptadas en favor del señor Cesti Hurtado”, por lo que decidió analizarla “a la luz de la información contenida en los nuevos informes estatales (sobre la aplicación de las medidas provisionales) y las observaciones que, sobre los mismos, ha presentado la Comisión”. Y sobre la base de tales informes consideró que “no fue demostrado [...], que el trato recibido por el señor Cesti Hurtado en el curso de su detención haya sido inadecuado”, por lo que procedió a desestimar la alegada violación⁵⁵.

Con estas palabras la Corte se aparta del razonamiento de la Comisión, y de las mismas se infiere que sólo si hubiese considerado probado que el señor Cesti Hurtado no fuese asistido clínicamente

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Selmouni contra Francia*, Sentencia de 18 de julio de 1999, Reports 1999-V, pág. 101.

⁵⁵ Caso *Cesti Hurtado* (fondo), Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C No. 56, párs. 153, 158 y 160.

como su estado de salud requería, se podría llegar a la conclusión de violación del artículo 5. Si hubiera hecho suya la opinión de la Comisión, bastaría probar que el médico que lo atendió no era el de su elección, prueba que el Estado no rebate, sino que la afirma. Por consiguiente, según resuelve la Corte, no se puede equiparar el derecho a ser asistido por un abogado de su elección, con el derecho a ser asistido por un médico de su elección, como pretendió la Comisión.

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) reconoce, en relación con todo detenido por las fuerzas del orden, el derecho a la elección de abogado y el derecho a ser examinado por un médico de su elección, como garantías fundamentales contra la tortura⁵⁶. Sin embargo, en relación con las personas reclusas en prisión, hasta el momento no ha reconocido el derecho a ser examinadas por un médico de su elección, aunque sí el derecho a ser asistido por un médico y que el examen se realice de forma confidencial, salvo excepciones⁵⁷.

3. Principio de legalidad y de retroactividad

La primera vez que la Comisión invocó ante la Corte violación del artículo 9 en un asunto peruano fue en el caso *Castillo Petruzzi y otros*. Fundamentó su alegato en el sentido de que “no existen, prácticamente diferencias entre el tipo penal de terrorismo y el de traición a la patria o terrorismo agravado establecidos en la legislación peruana, y ambos permiten una amplia interpretación, facilitando la posibilidad de que puedan ser confundidos”. Se trata de tipos penales abiertos “que usan términos muy difusos, en contra de lo que preceptúan los sistemas penales modernos”⁵⁸.

En relación con los Decretos-Leyes 25.475 (terrorismo) y 25.659 (traición a la patria), la Corte recuerda en el caso *Castillo Petruzzi y otros* que ya había advertido que ambos “se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otros, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y [...] de la propia policía [DICONTE]”⁵⁹. Y es precisamente la imprecisión del deslinde

⁵⁶ Vid. *Second General Report on the CPT's Activities*, Doc. CPT/Inf (92)3, 1991 párs. 36 y 37.

⁵⁷ Vid. *Third General Report on the CPT's Activities*, Doc. CPT/Inf (93)12, 1992 párs. 30-34 y 50-51.

⁵⁸ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), pág. 114.

⁵⁹ Caso *Loayza Tamaya* (fondo), pág. 68.

de ambos tipos penales y la existencia de elementos comunes, lo que le llevó a considerar que los mismos afectaban a “la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente”, dado que la calificación de los hechos como “traición a la patria implica que conozca de ellos un tribunal militar ‘sin rostro’, que se juzgue a los inculcados bajo un procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que les sea aplicable la pena de cadena perpetua”⁶⁰. Para mayor abundamiento evocó su jurisprudencia consultiva en el sentido de que el término *leyes* “dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen”⁶¹.

Al invocar su jurisprudencia consultiva, implícitamente vino a decir que ambos Decretos-Leyes no podían ser considerados como leyes en sentido material, incluso cabría decir que tampoco en sentido formal. En todo caso, lo que sí aclaró con toda precisión es que “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal [...] La ambigüedad en la formulación de tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de las autoridades, particularmente indeseables cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicables en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”, por lo que procedió a declarar violación de dicho artículo⁶².

Resulta loable que la Comisión invocara ante la Corte la violación del artículo 9, como consecuencia de la arbitrariedad, ambigüedad, imprecisión, etc., de los Decretos-Leyes precitados⁶³, y que la Corte entrara a pronunciarse sobre los mismos. Quizás la Comisión

⁶⁰ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), pág. 119.

⁶¹ *La Expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6, pág. 21.

⁶² Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), págs. 121-122.

⁶³ Respecto de tales Decretos-Leyes resulta del mayor interés los comentarios realizados por el Comité de Derechos Humanos, Doc. CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julio de 1996, pág. 350.

reflexionó sobre el contenido y alcance de tales Decretos-Leyes y de ahí que considerara que su existencia y aplicación violaban la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues lo cierto es que estos mismos Decretos-Leyes fueron los que se aplicaron a la señora Loayza Tamayo y la Comisión no alegó que los mismos violaran el principio de legalidad penal. Tampoco la Corte se pronunció en este sentido, cuando en virtud del principio *iura novit curia* podría haberlo hecho y, sobre todo, cuando dejó apuntado que dado que las conductas no estaban estrictamente delimitadas “podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otros”⁶⁴. En otro caso resuelto con posterioridad, *Cantoral Benavides*, la Comisión sí alegó violación del artículo 9 y la Corte, tras reproducir su jurisprudencia en la materia, concluyó que “el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 9 de la Convención Americana”⁶⁵.

4. Protección a la familia

No es infrecuente que en la fase de reparaciones la Corte tenga en cuenta a los familiares de las víctimas, ya sean éstas causahabientes o no de las mismas. Sin embargo, la protección de la familia, tal como está reconocida en el artículo 17, sólo ha sido invocada en una ocasión por la Comisión ante la Corte en relación con Perú: caso *Castillo Páez*. En éste la Comisión sostuvo que la familia del señor Castillo Páez “se ha desintegrado con motivo de la desaparición de éste”. La Corte precisó al respecto que estos argumentos de la Comisión “fueron invocados en sus alegatos finales y que por ello no fueron contradichos por el Estado”⁶⁶.

En definitiva, la Corte está poniendo de manifiesto que un pronunciamiento en este sentido mermaría los derechos de defensa del Estado demandado, a pesar de que no es infrecuente que sí admita en los alegatos finales de la Comisión que ésta invoque derechos violados no contenidos en el *petitum* de la demanda e incluso que en aplicación del principio *iura novit curia* aplique derechos no invocados por la Comisión en su demanda ni en sus alegatos finales, como ocurrió en el caso *Castillo Petrucci y otros*. En éste la Comisión tampoco incluyó la violación de los artículos 8.3, 25 y 7.6 en el *petitum* de

⁶⁴ Caso *Loayza Tamaya* (fondo), pár. 68.

⁶⁵ Caso *Cantoral Benavides* (fondo), pár. 158.

⁶⁶ Caso *Castillo Páez* (fondo), párs. 85-86.

la demanda, sino que también lo hizo en los alegatos finales. Sin embargo, la Corte sostuvo que ello no impide a este Tribunal analizar este punto en el fondo de este caso, de conformidad con el principio *iura novit curia*⁶⁷.

A nuestro entender hay una diferencia importante entre ambos casos, pues en *Castillo Páez* la Comisión invocó la violación de un derecho (protección a la familia) ajeno al objeto litigioso, sin embargo, en *Castillo Petruzzi y otros* la violación que invocó quedaba integrada dentro del objeto litigioso y, en concreto, en el marco del “debido proceso legal”. Además, si como actuó la Corte en relación con Perú constituyó un hecho novedoso, lo cierto es que ya había actuado en el mismo sentido en el caso *Blake* contra Guatemala⁶⁸.

Pero si en el caso *Castillo Páez* la Corte no consideró pertinente que la Comisión invocara la violación del artículo 17 en los alegatos finales, sin embargo, aclaró que lo alegado por la Comisión es “una consecuencia accesoria de la desaparición forzada de Ernesto Rafael Castillo Páez, la cual esta Corte consideró demostrada en violación de la Convención Americana”⁶⁹. De tales palabras se podría inferir que no había habido violación del artículo 17, aunque lo cierto es que la Corte no entra a cuestionar si como consecuencia de la desaparición forzada del señor Castillo Páez su familia se desintegró o no, en tanto que la solicitud de la Comisión para que se declarara tal violación fue realizada en un momento procesal inoportuno. De hecho en la parte “resolutiva” no hace referencia a la alegada violación del artículo 17 ni siquiera para rechazarla, como por otro lado hubiera sido oportuno.

5. Derecho a la nacionalidad

El concepto de nacionalidad y el derecho a la nacionalidad reconocido en el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han sido definidos y concretados por la Corte en su jurisprudencia consultiva⁷⁰.

⁶⁷ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), párs. 166 y 178.

⁶⁸ Caso *Blake* (fondo), Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, pár. 112.

⁶⁹ Caso *Castillo Páez* (fondo), pár. 86.

⁷⁰ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4, párs. 32-36.

La primera vez que la Comisión alegó violación del artículo 20 en un caso peruano fue en el caso *Castillo Petruzzi y otros*. La Comisión solicitó de la Corte que fuese declarada la violación del artículo 20, porque no “corresponde juzgar y condenar a cuatro ciudadanos chilenos, por el delito de traición a la patria”⁷¹.

Los argumentos de la Comisión no carecen de sentido, pues en virtud del citado Decreto-Ley se imputó y juzgó por el delito de “traición a la patria” a extranjeros. Sin embargo, la Corte no compartió los alegatos de la Comisión y sí tuvo presente los del Estado demandado para resolver la violación del artículo 20. El Estado sostuvo que “bajo ningún concepto o criterio, el espíritu del Decreto-Ley No. 25.659 [...] fue el de imponer arbitrariamente a ciudadanos extranjeros un vínculo artificial de fidelidad y lealtad para con el Perú [...]. Mediante dicha norma, el Estado peruano tipificó el delito de ‘terrorismo agravado’ denominándolo con el *nomen iuris* de ‘traición a la patria’, delito de naturaleza común pero excepcionalmente grave, y que ha merecido la condena unánime de todos los foros internacionales; cuyo agente activo puede ser cualquier persona, sea cual fuere su nacionalidad, si lo comete dentro de territorio peruano”. Sobre la base de los argumentos de Perú, reproducidos en lo sustancial por la Corte, ésta declara no violación del artículo 20 de la Convención⁷².

Ante la evidencia, la Corte no podía resolver de otro modo distinto a como lo hizo, sin embargo, debería haber hecho un llamamiento al Estado peruano en el sentido de que cuando el caso estaba en trámite ante la Comisión tuvo la oportunidad de haber realizado la correspondiente aclaración, ya que la misma era decisiva para que ésta pudiera considerar violado o no el artículo 20 de la Convención y, consecuentemente, incluir el mismo en el *petitum* de la demanda. Si el Estado actuó pasivamente, indujo a la Comisión a error, como consecuencia de una calificación que interpretándola en el sentido corriente de los términos (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) induce a la confusión. En todo caso, el hecho de que el Decreto-ley No. 25.659 que tipificaba el delito de “traición a la patria” (terrorismo agravado) atribuyera la competencia a la jurisdicción militar, induce a pensar que en el mismo subyacía algo más que una simple agravación en el tipo delictivo, a pesar de que el Estado peruano sostuvo lo contrario.

⁷¹ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), pág. 97.

⁷² *Ibidem*, párs. 98-99.

La situación es distinta en el caso *Ivcher Bronstein* pues en éste el problema que se suscita es la privación de la nacionalidad. La Corte afirmó como probado que “el señor Ivcher fue ciudadano israelí hasta el año 1984 y que posteriormente a esta fecha adquirió la ciudadanía peruana por naturalización”. Cabe apreciar que tanto la Convención Americana como la legislación interna peruana “reconocen el derecho a la nacionalidad sin diferenciar la forma en que ésta haya sido adquirida, sea por nacimiento, por naturalización o por algún otro medio consagrado en el derecho del Estado respectivo”. Asimismo que “adquirió el título de nacionalidad peruana [...], luego de haber renunciado a la nacionalidad israelí [...]”. Que el 11 de julio de 1997 la “Resolución Directoral” [...] firmada por el Director General de Migraciones y Naturalización, dejó sin efecto legal dicho título de nacionalidad, manifestando que se había “incurrido en omisiones sustanciales que lo invalida[ba]n [*ipso jure*], en razón de no estar acreditada la renuncia oportuna y previa de su nacionalidad ante las autoridades competentes del Perú, ni demostrado instrumentalmente haberlo hecho asimismo a las de su país de origen”. De lo anterior se desprende, afirmó la Corte, que “el señor Ivcher no renunció expresamente a su nacionalidad, único modo de perder ésta conforme a la Constitución peruana, sino que fue privado de ella cuando se dejó sin efecto su título de nacionalidad, sin el cual no podía ejercer sus derechos como nacional peruano. Por otra parte, el procedimiento utilizado para la anulación del título de nacionalidad no cumplió lo establecido en la legislación interna, ya que [...] al haberse dejado sin efecto dicho título [...], 13 años después de su otorgamiento, el Estado incumplió las disposiciones establecidas en su derecho interno y privó arbitrariamente al señor Ivcher de su nacionalidad, con violación del artículo 20.3 de la Convención”. Para mayor abundamiento sostuvo que “la autoridad que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher resultó ser incompetente” puesto que “el señor Ivcher Bronstein adquirió la nacionalidad peruana a través de una “‘resolución suprema’ del Presidente” y su título de nacionalidad fue firmado por el Ministro de Relaciones Exteriores; sin embargo, perdió su nacionalidad como resultado de una “‘resolución directoral’ de la Dirección General de Migraciones y Naturalización”, indudablemente de menor jerarquía que la que le otorgó el derecho correspondiente⁷³.

⁷³ Caso *Ivcher Bronstein* (fondo), Sentencia de 6 de febrero de 2002, Serie C No. 74, párs. 89 y 92-97.

Uno de los argumentos que utilizó la Corte para declarar violación del artículo 20 fue que el órgano que dictó dicha “orden” era incompetente al ser jerárquicamente inferior al que en su día confirió la nacionalidad. Este motivo resulta poco comprensible para sustentar la violación del artículo 20, toda vez que estamos ante un problema exclusivo de Derecho interno y no de incompatibilidad con la Convención Americana. Es cierto que en el marco del artículo 8 la Corte declaró violación del mismo por incompetencia del órgano que dictó la resolución privativa de la nacionalidad, pero una cosa es que la “incompetencia” sea aplicada incluso a los procesos no judiciales y otra distinta es que sobre la base de tal incompetencia se declare violación del artículo 20 de forma autónoma, salvo que ésta se declare de forma conjunta con la del artículo 8, lo que no ha acontecido en el presente caso.

6. Derechos políticos

El único caso peruano en el que la Comisión ha invocado violación del artículo 23 (derechos políticos) es en el caso *Tribunal Constitucional*. La Comisión argumentó que “el derecho de las personas de formar parte de la Judicatura, en condiciones de igualdad y, una vez seleccionadas de conformidad con las condiciones establecidas en la Constitución y en las leyes, de permanecer en sus cargos, se encuentra protegido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana. De manera que la destitución por parte del Congreso de la República del Perú de tres de los magistrados del Tribunal Constitucional, en un procedimiento en el que no se observaron las formalidades establecidas en la Constitución constituye “una violación, por parte del Estado peruano, del derecho de tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país”. La Corte de forma breve, pero contundente, sostuvo que los hechos expuestos del caso *sub judice* “no deben considerarse como una violación del artículo 23 de la Convención (derechos políticos)”, toda vez que los tres magistrados que sufrieron la destitución “ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad”⁷⁴.

Según se deduce de los alegatos de la Comisión, ésta parece ser que interpretó que el artículo 23.1.c protege no solo el acceso a la función pública, sino la imposibilidad de ser destituido de la misma de forma arbitraria. Lo cierto es que aunque la citada disposición no

⁷⁴ Caso *Tribunal Constitucional* (fondo), Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 74, párs. 98 y 103.

reconoce de forma expresa el derecho a no ser destituido, sin embargo, en su espíritu parece subyacer dicho reconocimiento, salvo por las causas específicamente tipificadas en la ley y de conformidad con la decisión judicial en un proceso penal, como de forma expresa preceptúa el artículo 23.2. Hubiera resultado del mayor interés que la Corte no hubiera rechazado tal alegato de plano, sino que hubiera delimitado el alcance y el contenido del acceso a la función pública, con independencia de que respecto del caso concreto hubiese llegado a la conclusión de no violación.

Lo cierto es que la Corte sostiene que en este caso se han suscitado cuestiones que implican la violación de otras disposiciones de la Convención, a saber, los artículos 8 y 25. Por consiguiente, “esta cuestión debe considerarse resuelta con lo establecido en los capítulos anteriores, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial”⁷⁵. En nuestra opinión, la violación de los artículos 8 y 25 consolida la situación de la destitución, lo que no tiene por qué significar que la destitución en sentido estricto no pueda tener una valoración específica en el marco del artículo 23. Sin embargo, la Corte no consideró la conveniencia de analizarlo desde esta perspectiva, de ahí que no admitiera los alegatos de la Comisión, a pesar de que los mismos no están, en principio, carentes de fundamento.

IV. Libertad y seguridad personales

1. Detención o encarcelamiento arbitrarios

El artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos confiere un amplio margen de apreciación a los Estados al reconocerle la facultad de establecer las causas y condiciones en las que una persona puede ser privada de libertad, pero una facultad que entendemos que no es ilimitada, sino que está sujeta al control de la Corte Interamericana.

El primer caso relativo a la detención arbitraria que conoció la Corte en relación con Perú fue *Castillo Páez*. En éste la Corte consideró que el Estado demandado “infringió, en perjuicio del señor Castillo Páez, varios incisos del artículo 7 de la Convención, que regula de manera genérica la libertad personal”⁷⁶.

⁷⁵ *Ibidem*, párs. 104-105.

⁷⁶ Caso *Castillo Páez* (fondo), pár. 56.

Mandamiento judicial y flagrante delito son las causas tipificadas en la Constitución Política del Perú de 1979 (vigente en el momento de los hechos) para la detención policial, causas que, según se deducen de lo sostenido por la Corte, resultan compatibles con el artículo 7 de la Convención Americana. Sin embargo, también señala que la aprehensión del señor Castillo Páez se produce sin la vigencia en ese momento de un estado de excepción. De este modo está afirmando que otras circunstancias excepcionales pueden conllevar a la privación de libertad, a pesar de que no exista mandamiento judicial ni flagrante delito, y es cuando el Estado haya decretado un estado de emergencia o de excepción de conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana, ya que el artículo 7 no está incluido en el catálogo de derechos inderogables.

Pero que el artículo 7 pueda ser suspendido en circunstancias excepcionales⁷⁷ no significa que la Convención Americana permita la detención policial sin ningún tipo de limitaciones, pues como ha señalado la Corte “la suspensión de garantías no debe exceder en la medida de lo estrictamente necesario y que resulta “ilegal” toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decreten el estado de excepción”⁷⁸. Sin embargo, la Corte no se refiere a ninguna limitación de forma expresa, sino que serán las circunstancias de cada caso concreto las determinantes para considerar si la suspensión del artículo 7 se ha realizado o no de forma compatible con la Convención Americana.

En el caso *Cesti Hurtado* la Corte fue más precisa y con carácter previo recordó su jurisprudencia anterior⁷⁹ en el sentido de que nadie puede ser privado “de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”. Aludió a sus consideraciones expuestas en este caso en relación con las violaciones de los artículos 7.6 y 25 y declaró asimismo violación del artículo 7.1, 2 y 3 de la Convención”⁸⁰.

⁷⁷ Vid. López Guerra, L., “Derechos fundamentales y estado de excepción”, en: *La Corte y el Sistema Interamericano...*, pp. 279-296.

⁷⁸ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), pár. 109.

⁷⁹ Caso *Gangaram Panday contra Suriname*, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C, No. 16, pár. 47.

⁸⁰ Caso *Cesti Hurtado* (fondo), párs. 140, 141 y 143.

La declaración de tales violaciones tiene que ser entendida de forma conjunta con la declaración de las violaciones de los artículos 7.6 y 25, toda vez que si el señor Cesti Hurtado seguía teniendo derecho a su libertad personal (artículo 7.1) es porque así había sido decidido por la Sala Especializada de Derecho Público. Si puede considerarse que la privación de libertad no se hizo conforme a Derecho (artículo 7.2) es porque hubo una aplicación indebida de la legislación interna, a pesar de la decisión de la Sala Especializada de Derecho Público. Y si puede considerarse la privación de libertad como arbitraria (artículo 7.3) es porque se produjo la inejecución de la decisión de la Sala Especializada de Derecho Público. En definitiva, estamos ante un supuesto de detención y encarcelamiento arbitrarios como consecuencia de la inejecución de una decisión judicial de la jurisdicción común desconocida por el fuero militar. Por consiguiente, no estamos ante un supuesto en el que la ley interna resulte incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino de inaplicación o aplicación indebida de la misma.

Un nuevo supuesto de detención arbitraria se produce en el caso *Durand y Ugarte*. En éste las dos víctimas, sospechosas de ser miembros o colaboradores de grupos subversivos, fueron detenidas por la policía peruana, según la Comisión, “sin mediar orden judicial ni haber sido encontrados en flagrantes delitos”; tras la detención estuvieron “incomunicados por ocho días”. La Corte observa que si bien es cierto que los alegatos de la Comisión “no fueron desvirtuados por el Estado, también lo es que la propia Constitución peruana exceptúa de esta regla los casos de terrorismo”⁸¹.

Se podría considerar que la Corte realizó una interpretación generosa de la Constitución peruana, toda vez que es cierto que ésta exceptuaba al delito de terrorismo en lo que a la puesta a disposición judicial respecta, pero no eximía, al menos de forma expresa, que la detención pudiera realizarse respecto de ningún delito sin que mediara orden judicial al respecto o flagrante delito. Pero hay que reconocer que quizás lo que provoca cierta confusión es la forma en que lo expresa la Corte, toda vez que lo cierto es que para resolver la privación de libertad se centra en el largo periodo transcurrido para la puesta a disposición judicial, por lo que las dudas sobre la interpretación generosa de la Constitución peruana pueden carecer de fundamento.

⁸¹ Caso *Durand y Ugarte* (fondo), párs. 85 y 88.

2. Puesta a disposición judicial

Toda persona detenida o retenida, establece el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales[...]”. El hecho de que el mencionado artículo utilice la expresión “sin demora”, sugiere que la puesta a disposición judicial tiene que realizarse en el menor breve plazo posible, aunque lo cierto es que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, por lo que en cada caso concreto será la Corte quien decida si la puesta a disposición judicial se ha realizado o no dentro de un plazo razonable.

Para cualquier tipo de delito, la Constitución Política del Perú de 1979 establecía el plazo de 24 horas o en el término de la distancia, la puesta a disposición judicial de una persona detenida. Sin embargo, exceptuaba de dicho plazo y lo ampliaba a quince días naturales en relación con los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas (artículo 20, inciso 20, letra c).

En el caso *Castillo Páez*, sostuvo la Corte, no hay constancia de que el señor Castillo Páez cuando fue detenido “hubiese sido puesto a disposición del juez competente en el plazo de 24 horas o según la distancia, o bien en el de quince días en el supuesto de acusación de terrorismo, de acuerdo con los artículos 7, inciso 5, de la propia Convención y 2, inciso 20, letra c) de la Constitución del Perú”⁸².

Dado que se trataba de un caso relacionado con la desaparición forzada de personas, la puesta a disposición judicial no se llevó a efecto. Pero desde el momento en que la Corte sostiene que no hay constancia de la puesta a disposición judicial en el plazo de quince días en el supuesto de acusación de terrorismo, de acuerdo con el artículo 7.5 de la Convención Americana, está admitiendo que en relación con dicho delito la puesta a disposición judicial era compatible que se realizara dentro un plazo de quince días, por lo que el término “sin demora” tiene que ser entendido en sentido no demasiado estricto, sobre todo porque, respecto de esta exigencia convencional, no está previsto que los Estados puedan hacer distinciones en función de la naturaleza o gravedad del delito.

La compatibilidad con la Convención Americana del plazo de quince días para la puesta a disposición judicial es confirmada por la

⁸² Caso *Castillo Páez* (fondo), pár. 57.

Corte en el caso *Durand y Ugarte*, toda vez que la misma se prolongó por un período entre dieciocho y diecisiete días respecto de cada uno de los dos detenidos. Es precisamente sobre el exceso prescrito en la Constitución Política del Perú de 1979 para el delito de terrorismo (quince días), lo que la Corte tiene en cuenta para declarar violación del artículo 7.5⁸³.

De este modo, la Corte está confirmando que para determinados delitos los Estados pueden establecer un periodo de detención policial, sin puesta a disposición judicial, por un plazo que, en principio, parece que excede de lo que la jurisprudencia internacional viene admitiendo como plazo razonable (entre 24 y 72 horas).

Pero la Constitución peruana de 1979, aunque permitía tal plazo exigía que se notificara al Ministerio Público y al Juez, quien “podía asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”. En el caso *Durand y Ugarte* no consta que las autoridades peruanas realizaran la notificación preceptiva prevista constitucionalmente, por lo que puede interpretarse que la Corte decidió violación del artículo 7.5 de la Convención Americana no sólo por el hecho del retraso en la puesta a disposición judicial (dos días respecto del señor Durand Ugarte y tres en el caso del señor Ugarte Rivera), sino por la ausencia de la preceptiva notificación.

En todo caso resulta preocupante que se haya admitido que la detención o retención pueda ser por un período de quince días en los supuestos de acusación de terrorismo sin que haya sido declarado previamente el estado de emergencia, en los términos previstos en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y en este contexto resulta del mayor interés la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida en el caso *Brogan y otros contra el Reino Unido*. Se trataba de unos presuntos terroristas del IRA a quienes en aplicación de la legislación antiterrorista era posible su detención en las dependencias policiales, sin puesta a disposición judicial, por un plazo de hasta siete días. El Reino Unido había adoptado esta ley de excepción, sin embargo, no había proclamado el estado de excepción, de conformidad con el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo consideró que el tiempo que permanecieron en las dependencias policiales sin ser puestos a disposición judicial, excedía el plazo razonable a

⁸³ Caso *Durand y Ugarte* (fondo), pág. 91.

que se refiere el artículo 5 del Convenio y, consecuentemente, declaró violación de dicho artículo⁸⁴.

El problema relacionado con las dilaciones indebidas para la puesta a disposición judicial también se planteó en el caso *Castillo Petruzzi y otros*. En éste, la Comisión alegó que Perú violó el artículo 7 al “no haber puesto a las supuestas víctimas a la orden del juez dentro del plazo razonable establecido en la Convención”. Tras reproducir la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana precisó que en el caso *Castillo Petruzzi y otros* la detención de las víctimas ocurrió en el contexto de una alteración de la paz pública, “intensificada en los años 1992-1993, debida a actos de terrorismo que arrojaron numerosas víctimas”. Ante estos acontecimientos, el Estado “adoptó medidas de emergencia, entre las que figuró la posibilidad de detener sin orden judicial previa a presuntos responsables de traición a la patria”, por consiguiente, el estado de emergencia decretado implicó la suspensión del artículo 7. Como quiera que el artículo 7 no está incluido en el catálogo de derechos inderogables, la Corte no declaró violación del artículo 7 como consecuencia de la suspensión en si mismo considerada, sino que se vio en la necesidad de recordar que “la suspensión de garantías no debe exceder en la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ‘legal’ toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decreten el estado de excepción”⁸⁵.

En definitiva, la Corte está considerando que si bien los Estados tienen reconocido por la Convención Americana un margen de apreciación para proceder a suspensión de derechos cuya inderogabilidad no está prohibida, sin embargo su facultad no es ilimitada, sino que está sujeta a las limitaciones expresamente reguladas en la Convención o bien derivadas de la misma y, en definitiva, que estas limitaciones expresas o implícitas son objeto de control por ella. En el ejercicio de esta competencia de control la Corte tuvo presente que la legislación peruana aplicable a aquellas personas que fuesen imputadas del delito de traición a la patria permitía la detención, sin puesta a disposición judicial, por un período de quince días, prorrogable por igual período, lo que consideró que “contradice lo dispuesto en la Convención”. Y respecto del caso concreto sostuvo que el hecho de

⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Brogan y otros contra el Reino Unido*, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, Serie A-145-B, pár. 63.

⁸⁵ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), párs. 105 y 109.

que fueran aproximadamente 36 días el período que transcurrió “desde la detención y hasta la fecha en que fueron puestos a disposición judicial es excesivo y contradice lo dispuesto en la Convención”, por lo que procedió a declarar violación del artículo 7.5 de la Convención⁸⁶.

En este caso la Corte dio un paso importante pues afirmó que el período de quince días prorrogable por otros quince era contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, no se pronunció de forma expresa sobre qué se entiende “sin demora”, es decir, si 24 ó 72 horas de detención pueden tener la consideración de plazo razonable. Para resolver este caso citó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, en los párrafos a los que alude del caso *Brogan y otros* el Tribunal Europeo realizó interpretaciones de carácter general; no obstante hay que tener presente que éste declaró violación del artículo 5.3 del Convenio Europeo porque cada uno de los detenidos estuvieron en las dependencias policiales sin ser puestos a disposición judicial por un período superior a cuatro días.

Por otro lado, en el caso *Cantoral Benavides* el problema que se suscita, amén de que la puesta a disposición judicial no se realizó dentro de un plazo razonable, está basado en el hecho de que cuando la misma se llevó a efecto no lo fue ante un juez competente del fuero común, sino ante un juez militar, lo que en opinión de la Corte “no satisfizo las exigencias del artículo 7.5 de la Convención”⁸⁷.

Si la exigencia del artículo 7.5 de la Convención Americana no fue satisfecha porque la puesta a disposición judicial se realizó ante un juez militar, de ello se infiere que incluso si la puesta a disposición judicial se hubiera realizado dentro de un plazo razonable, no será compatible con el artículo 7.5. A pesar de que el citado artículo se refiere a un “juez” sin exigir el requisito de la competencia, incluso la puesta a disposición judicial puede realizarse “ante un funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”. Además, fue el juez militar (no competente) el que decretó el encarcelamiento, la Corte consideró que ello “constituyó una detención arbitraria en el sentido del artículo 7.3 de la Convención”. Sin embargo, no se limitó a declarar violación del artículo 7.5 y 7.3, sino también del artículo 7.1, 7.2 y 7.4.

⁸⁶ *Ibidem*, párs. 109-112.

⁸⁷ Caso *Cantoral Benavides* (fondo), pár. 75.

Respecto de la violación del artículo 7.2 hay que tener presente que la Constitución Política de Perú de 1979, como hemos señalado, establecía la posibilidad de la detención policial por un periodo de quince días en los casos de terrorismo y que el Decreto Ley No. 25475, de 5 de mayo de 1992, referente al delito de terrorismo reproducía el precepto constitucional, aunque precisando que la notificación al Ministerio Público y al Juez Penal tenía que realizarse en un plazo de 24 horas. Sin embargo, el Decreto-Ley relativo al delito de traición a la patria era el que permitía el período de detención por quince días prorrogable por otros quince.

Tanto en el caso *Castillo Petruzzi y otros* como en el caso *Cantoral Benavides* se aplicó el segundo de los Decretos Leyes, por lo que la detención policial podía tener lugar por un periodo de treinta días. Dado que el período de quince días iniciales previsto en la Constitución Política del Perú de 1979 y en el primero de los Decretos Leyes no han sido considerados por la Corte como contrarios a la Convención Americana, habrá que entender que es la prórroga (de quince días) la que en opinión de la Corte resulta incompatible con la Convención. De ahí que en el caso *Cantoral Benavides* también declare violación del artículo 7.2.

3. Inexistencia o ineficacia de recursos: su incidencia negativa en el derecho a la libertad personal

En su jurisprudencia Consultiva⁸⁸ la Corte ha delimitado el alcance y contenido de los recursos de hábeas corpus⁸⁹ y de amparo. Invocando tal jurisprudencia en el caso *Neira Alegría y otros* la Corte sostuvo que el Estado peruano había violado los artículos 7.6 y 27.2 “debido a la aplicación de los Decretos Supremos [...] que declararon el estado de emergencia en las provincias de Lima y de El Callao y Zona Militar Restringida en tres penales, entre ellos el de San Juan Bautista”. Aclaró que si bien dichos Decretos “no suspendieron de manera expresa la acción o el recurso de habeas corpus que

⁸⁸ *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8, párr. 35 y *Garantías judiciales en estado de emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/76 de 6 de octubre, Serie A, No. 9, párr. 38.

⁸⁹ Vid. Abad Yupanqui, S.B.: “Hábeas Cortups y Libertad Individual: su vigencia en una débil democracia”; y Chalbaud Zerpa, R.: “*Habeas Corpus*”, ambos en, *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, Vol. 1, pp. 265-178 y 567-586, respectivamente.

regula el artículo 7.6 de la Convención, de hecho, el cumplimiento que se dio a ambos Decretos produjo la ineficacia del citado instrumento tutelar, y por tanto, su suspensión en perjuicio de las presuntas víctimas”⁹⁰. En sentido similar se manifestó la Corte en el caso *Durand y Ugarte*, aunque en este último declaró violación de los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención⁹¹.

El problema relacionado con el derecho a la libertad personal y con el derecho a la existencia de un recurso a tales efectos también fue planteado en el caso *Loayza Tamayo*. En éste la Corte afirmó que la señora Laoyza Tamayo “no pudo ejercitar las acciones de garantía que, de acuerdo con el criterio de esta misma Corte, no pueden ser suspendidas”. Una vez afirmada la inexistencia de garantías para hacer valer su derecho a la libertad personal, la Corte consideró que con mayor razón “fue ilegal la detención [...] con posterioridad a la sentencia final en el proceso militar [...] y hasta que se dictó auto apertorio de instrucción en el fuero ordinario”. Realizó tal afirmación porque el fuero militar ante el cual fue juzgada la señora Loayza Tamayo por el delito de traición a la patria la “absolvió” y, a pesar de ello, permaneció detenida y su causa fue remitida a la jurisdicción común para que fuera juzgada por el delito de terrorismo, sobre la base de los mismos hechos por la que resultó absuelta por la imputación del delito de traición a la patria. En consecuencia, concluyó, el Estado peruano “violó [...] el derecho a la libertad personal y el derecho a la protección judicial, establecidos respectivamente en los artículos 7 y 25 de la Convención Americana”⁹².

En el caso *Castillo Petruzzi y otros* la Comisión alegó que el Estado peruano era responsable de la violación de los artículos 25 y 7.6 “en vista de la disminución de las garantías de los inculpados, especialmente grave y generadora de indefensión”. El citado Decreto-Ley que regulaba el delito de traición a la patria fue modificado por otro posterior (No. 26.248) de 12 de noviembre de 1993, el cual permitió la interposición de acciones de garantías a favor de los implicados en el delito de terrorismo o de traición a la patria. Lo cierto es que esta reforma no trajo consigo mejorar la situación jurídica de los inculpados ya que el artículo 6.4 de este último Decreto-Ley estable-

⁹⁰ Caso *Neira Alegría y otros* (fondo), pág. 77.

⁹¹ Caso *Durand y Ugarte* (fondo), párs. 100 y 109-110.

⁹² Caso *Loayza Tamayo* (fondo), párs. 52-55.

cía que “no son admisibles las Acciones de Habeas Corpus sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto”. Sobre la base de estos presupuestos la Corte declaró que el Estado peruano “negó a las víctimas, por aplicación de su legislación interna, la posibilidad de interponer acciones de garantía en su favor. De esta manera el Estado violó lo dispuesto en los artículos 25 y 7.6 de la Convención”⁹³.

Idéntica situación se produce en el caso *Cantoral Benavides* en relación con la detención de la víctima; no obstante, tras ser juzgado en el fuero militar y absuelto, su causa fue remitida al fuero común para ser juzgado por el delito de terrorismo. En razón a ello se interpuso recurso de hábeas corpus a favor del señor Cantoral Benavides, que fue declarado infundado, por lo que la Corte considera que “la acción de garantía no fue efectiva” y el señor Cantoral Benavides permaneció encarcelado desde la fecha de su detención y hasta que “fue liberado como resultado de un indulto”, por lo que concluyó que el Estado violó los artículos 7.6 y 25.1⁹⁴.

En el caso *Cesti Hurtado* las violaciones de los artículos 7.6 y 25 presentan gran complejidad ya que el problema no radica en la inexistencia o ineficacia de recursos, sino en la inejecución por parte de las autoridades internas de una resolución judicial favorable para el señor Cesti Hurtado.

La Corte afirmó en este caso que compartía la opinión de la Comisión en el sentido de que el derecho establecido en el artículo 7.6 de la Convención “no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula. Dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es obtener una decisión pronta ‘sobre la legalidad [del] arresto o [la] detención’ y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la ejecución, también sin demora, de una orden de libertad”. La Corte, invocando su jurisprudencia anterior⁹⁵, sostuvo que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención Americana constituye “una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar [...] No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o inclu-

⁹³ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), párs. 181, 182 y 188.

⁹⁴ Caso *Cantoral Benavides* (fondo), párs. 167 y 179-170.

⁹⁵ Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, pág. 39.

so por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, [...] *porque falten los medios para ejecutar sus decisiones*” (el destacado es añadido). Pero como quiera que la Corte ha señalado que el recurso de hábeas corpus (artículo 7.6) debe ser “sencillo y rápido” como exige el artículo 25 de la Convención, es por lo que considera demostrado que dicho recurso, tal como está regulado en la legislación peruana, “reúne los requisitos exigidos por el artículo 25 de la Convención, puesto que constituye claramente ‘un recurso sencillo y rápido [...] contra actos que violen [los] derechos fundamentales’ del recurrente”⁹⁶.

Para resolver si había habido o no violación de los artículos 7 y 25 de la Convención Americana, la Corte tuvo presente los argumentos de la Sala Especializada del Derecho Público para fallar a favor del señor Cesti Hurtado el recurso de hábeas corpus, así como una sentencia del Tribunal Constitucional peruano dictada el 19 de junio de 1998, por consiguiente, con posterioridad a la sentencia dictada por la mencionada Sala.

La Corte afirmó violación del artículo 25 fundamentándola en que el Estado peruano no aseguró que la decisión de la Sala Especializada fuese ejecutada. Pero como el recurso fue utilizado y resuelto favorablemente, quizás la Corte debería haber precisado, para afirmar la violación del artículo 7.6, que el recurso como consecuencia de su inejecución se tornó en ineficaz, pues únicamente la ineficacia del recurso en la práctica permiten afirmar la violación del artículo 7.6, ya que, como la propia Corte sostuvo, en materia de hábeas corpus la legislación peruana era compatible con la Convención y el recurso fue interpuesto y resuelto de forma favorable.

Por otro lado, en el caso *Castillo Páez*, la Corte consideró que el recurso de hábeas corpus interpuesto por los familiares del señor Castillo Páez en contra de su detención fue obstaculizado por agentes del Estado con la adulteración del registro de ingreso de detenidos, lo cual impidió localizar al agraviado, y que aunque el hábeas corpus fue resuelto favorablemente en dos instancias, la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de 7 de febrero de 1991, declaró la nulidad del fallo. Por consiguiente, “quedó demostrado la ineficacia del recurso de hábeas corpus para lograr la libertad de Ernesto Rafael Castillo Páez y, quizás, para salvar su vida”. Aclaró además que

⁹⁶ Caso *Cesti Hurtado* (fondo), párs. 125-126.

el hecho de que “la ineficacia del recurso de hábeas corpus se debió a una desaparición forzosa, no excluye la violación de lo dispuesto en el artículo 25”⁹⁷.

Resulta del mayor interés esta última precisión de la Corte, porque de este modo queda confirmado que el derecho a la utilización del recurso de hábeas corpus lo tiene la víctima de la violación, así como los familiares de la misma, en un caso como el presente, esto es, cuando la víctima no puede interponerlo.

En todo caso, mientras que en el caso *Loayza Tamayo* la violación del derecho a la libertad personal (artículo 7) y del derecho a la protección judicial (artículo 25) es analizada por la Corte conjuntamente, en el caso *Castillo Paéz* tienen un tratamiento diferenciado. Ello obedece, en nuestra opinión, a que en el primero de los casos ambos derechos habían sido violados respecto de la víctima, la señora Loayza Tamayo, y en el segundo la violación del artículo 7 se había producido en relación con la víctima, y la del artículo 25 respecto de la víctima y de sus familiares, al ejercer éstas el derecho que, en principio, correspondía a la víctima. Siendo ello así, los familiares están teniendo para la Corte la consideración de “víctimas directas”. Ello queda confirmado en la parte resolutive de la Sentencia, pues la Corte por unanimidad declara violación del artículo 7 en relación con la víctima, y del artículo 25 en relación con la víctima y sus familiares.

V. Ineficacia de los recursos internos por el mal funcionamiento de la Administración Pública

En el apartado anterior nos hemos referido a las consecuencias negativas que para el derecho a la libertad personal tiene la inexistencia o ineficacia de un recurso interno; en este nos centraremos en las consecuencias negativas que la ineficacia de un recurso puede tener respecto de otros derechos.

En el caso *Tribunal Constitucional*, se trata de un recurso de amparo interpuesto por los magistrados destituidos de dicho Tribunal. A este respecto la Corte hizo notar que la resolución del recurso por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima tardó “más de seis meses [...], a pesar de que la ley interna exige que el mismo sea resuelto en el pla-

⁹⁷ Caso *Castillo Paéz* (fondo), párs. 81-82.

zo de 20 días”. Además, que el Tribunal Constitucional tampoco cumplió con la exigencia de plazo razonable al resolver el recurso extraordinario interpuesto por los citados magistrados. Señaló así mismo el retraso en la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional en el Diario Oficial “El Peruano”, más de tres meses, a pesar de que la ley interna exige que ello se haga efectivo en 20 días. También consideró que el procedimiento que siguió ante “las diversas instancias que conocieron de los amparos en este caso excedió el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. De acuerdo con los criterios de este Tribunal, los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión”⁹⁸.

El tema de las dilaciones indebidas no fue el único motivo que llevó a la Corte a declarar en dicho caso violación del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues también se refirió al fracaso de los recursos (de amparo) interpuestos contra la decisión del Congreso que destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional, en el sentido de que “se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas”. Está probado que quienes integraron el Tribunal Constitucional y conocieron el amparo de los magistrados destituidos, “fueron las mismas personas que participaron o se vieron involucradas en el procedimiento de acusación constitucional en el Congreso”. En razón de lo anterior, sostuvo la Corte: “en la decisión de los amparos en el caso en análisis no se reunieron las exigencias de imparcialidad por parte del Tribunal que conoció los citados amparos”. Los recursos intentados por las supuestas víctimas “no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido concebidos y estaban condenados al fracaso, como en la práctica sucedió”⁹⁹.

Por consiguiente, dilaciones indebidas en la tramitación del recurso de amparo interpuesto por los tres magistrados destituidos, así como la parcialidad de los magistrados que conocieron del recurso tornaron al mismo en ineficaz, o, dicho con otras palabras, el recurso se transformó en “ilusorio”¹⁰⁰.

⁹⁸ Caso *Tribunal Constitucional* (fondo), párs. 91-93.

⁹⁹ *Ibidem*, pár. 96.

¹⁰⁰ En este contexto resultan del mayor interés las precisiones de la Corte en lo que a los “recursos ilusorios” respecta. Refiriéndose a los mismos ha precisado que pueden tener tal consideración “cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dicten en

El problema relacionado con la ineficacia de los recursos internos también fue planteado en el caso *Ivcher Bronstein*. En éste la Corte sostuvo que los tribunales internos que resolvieron “los recursos judiciales presentados por el señor Ivcher no satisficieron los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad”, por lo que dichos recursos “no fueron efectivos”. Además, “no fueron sencillos y rápidos, por el contrario [...] solo fueron resueltos al cabo de mucho tiempo”¹⁰¹.

Como en el caso anterior, dilaciones indebidas en la tramitación de los recursos e imparcialidad del tribunal configuran algunos de los argumentos para que la Corte declare violación del artículo 25.1 de la Convención Americana, sin embargo, también llegó a tal conclusión por falta de independencia del tribunal que conoció de los recursos, así como por la denegación de justicia de la que fue objeto el señor Ivcher Bronstein.

Un caso más reciente, *Cinco Pensionistas*, presenta otra dimensión del problema relativo a la ineficacia de los recursos internos; y se trata de la inejecución o ejecución tardía de las resoluciones judiciales internas. En este caso la Corte también decidió que el Estado violó el artículo 25 “al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas éstas”¹⁰².

Lo cierto es que no estamos ante la inexistencia o ineficacia de recursos, dado que los mismos existían, funcionaron con eficacia e incluso fueron estimatorios para las pretensiones de los pensionistas. El problema estriba en que las Sentencias de los Tribunales internos no fueron ejecutadas o, por ser más precisa, su ejecución se demoró casi ocho años y solo se llevó a cabo tres meses después de que la Comisión interpusiera la demanda ante la Corte. De este modo, a lo sostenido por la Corte para delimitar qué se entiende por recurso efectivo y cuándo el mismo se torna ineficaz, habrá que añadir “por dilación en la ejecución de las sentencias internas”, que en definitiva es lo que está declarando la Corte, aunque con otras palabras.

ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial”. Caso *Ivcher Bronstein* (fondo), pár. 137.

¹⁰¹Ibídem, párs. 149-150.

¹⁰²Caso *Cinco Pensionistas* (fondo), pár. 141.

VI. Debido proceso legal¹⁰³

Bajo el *nomen iuris* “garantías judiciales” el artículo 8 reconoce un catálogo de derechos a toda persona acusada o condenada penalmente (apartados 2 a 8) y ello sin perjuicio de que los derechos reconocidos en el apartado 1 son aplicables tanto a los procesos penales como a los de otra naturaleza.

1. Aplicabilidad del artículo 8 a los procesos penales

1.1. Tribunal competente, independiente e imparcial

El primer caso peruano en el que la Comisión invocó violación del artículo 8 fue *Loayza Tamayo*. En éste, la Comisión alegó que en los procesos llevados a cabo en el fuero privativo militar, por el delito de traición a la patria, y en el fuero común, por el delito de terrorismo, contra la señora Loayza Tamayo, el Estado peruano violó los derechos y garantías del debido proceso legal reconocidos en el artículo 8 de la Convención. En relación con tal alegato, la Corte consideró que era “innecesario pronunciarse por cuanto la señora [...] fue absuelta por dicha jurisdicción castrense y, por tanto, la posible ausencia de estos requisitos no le causaron perjuicio jurídico en este aspecto, con independencia de otras violaciones que se examinarán en los párrafos siguientes de este fallo”¹⁰⁴.

La Corte debería haber entrado a enjuiciar la violación del artículo 8.1 con el fin de que se hubiera pronunciado sobre el requisito de independencia e imparcialidad, exigidos por el artículo 8.1 de la Convención respecto de los tribunales de justicia. En primer lugar, porque si ya resulta preocupante que la jurisdicción militar enjuicie a personas civiles por el delito de traición a la patria (que por otro lado no es más que una forma de “terrorismo agravado”, siendo el *nomen iuris* lo que induce a confusión), la independencia e imparcialidad de tales tribunales tiene que ser puesta en cuestión, dado que son jueces nombrados entre militares en servicio activo y, por consiguiente, dependientes del Ejecutivo. En segundo lugar, porque el juicio es “sumarísimo” y los derechos de defensa están casi ignorados. Y en tercer lugar, porque son tribunales “sin rostro” los que enjuiciaban a las personas acusadas del delito de traición a la patria (terroris-

¹⁰³Vid. Hoyos, A., “El debido proceso en la sociedad contemporánea”; y Rodríguez Rescia, V.M., “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ambos en, *Liber Amicorum. Hector Fix-Zamudio...*, Vol. II, pp. 907-920 y 1295-1328, respectivamente.

¹⁰⁴Caso *Loayza Tamayo* (fondo), párs. 59-60.

mo agravado). De ahí que, en este sentido, compartamos lo expresado en el voto concurrente conjunto emitido por los jueces Cançado Trindade y Jackman quienes sostuvieron que el fuero militar no alcanza los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal.

Este voto común de la minoría, que ni siquiera fue disidente, se transformó en mayoría en el caso *Castillo Petruzzi y otros*. La Comisión nuevamente alegó violación del artículo 8.1 (casi reproduciendo los argumentos mantenidos en el caso *Loayza Tamayo*), sin embargo, en el caso *Castillo Petruzzi y otros* la Corte dio un paso importante no sólo por el hecho de declarar violación por *unanimidad* del artículo 8.1, sino por los argumentos impecables que esgrimió.

En este contexto afirmó que el traslado de competencias “de la jurisdicción común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”. A tales efectos invocó los Principios de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura (tales principios establecen que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”). Sobre la base de los mismos sostuvo que “toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”. Y como quiera que el artículo 8.1 establece que toda 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”, la Corte consideró que el Decreto-Ley que atribuía competencia a los tribunales militares para enjuiciar a civiles acusados del delito de traición a la patria resultaba incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y procedió a declarar violación del artículo 8.1 sobre la base de los siguientes argumentos: En primer lugar, porque las fuerzas armadas “inmersas en el combate contra grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador”. En segundo lugar, porque el nombramiento de los miembros del “Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente.

Los Miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares”. En tercer lugar, porque los “tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por el delito de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad [...], como elementos esenciales del debido proceso legal”. Y en último lugar, porque como quiera que los jueces militares “intervinientes en el proceso por delitos de traición a la patria sean ‘sin rostro’, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”¹⁰⁵.

De este modo, la Corte en 1999 aprobó una asignatura pendiente, afirmar que los tribunales militares “sin rostro” que juzgan a civiles no satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, que ello constituye una vulneración del derecho al juez natural. Lo cierto es que otro órgano internacional, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya se había pronunciado en este sentido en 1996 en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al examinar el tercer Informe periódico de Perú, aunque no se limitó a los tribunales militares “sin rostro”, sino también a los de la jurisdicción ordinaria “sin rostro”. Por consiguiente, ya existía jurisprudencia internacional al respecto¹⁰⁶.

Resulta loable que la Corte llegara a afirmar que los tribunales militares “sin rostro” que juzgan a civiles no cumplen con las exigencias de independencia e imparcialidad. Pero si tal pronunciamiento

¹⁰⁵ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), párs. 129-133.

¹⁰⁶ Vid. Doc. CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julio de 1996, pár. 25 y CCPR/C/79/Add.72, de 18 de noviembre de 1996. En este último el Comité de Derechos Humanos sostuvo que “deplora que el Perú no sólo no haya tomado medidas respecto de la recomendación del párrafo 25 de las observaciones, y que por el contrario haya prorrogado, apenas unos días antes del examen de esta segunda parte de su informe, la existencia del sistema de ‘jueces sin rostro’”. El Comité expresa su profunda preocupación por esta situación ya que esto desvirtúa el sistema judicial y llevaría nuevamente a la convicción de personas inocentes sin un debido proceso”, pár. 11. Con posterioridad ha hecho notar que “acoge con satisfacción la abolición de los tribunales ‘sin rostro’, como recomendase el Comité (véase CCPR/C/79/Add.67), la transferencia de la jurisdicción militar a la justicia penal ordinaria en el caso del juzgamiento de los actos de terrorismo[...]”, Doc. CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000, pár. 4.

lo hubiera realizado en el caso *Loayza Tamayo*, podría haber considerado que tampoco cumplían con dichas exigencias los tribunales “sin rostro” de la jurisdicción ordinaria, que fue finalmente la que condenó por el delito de terrorismo a la señora Loayza Tamayo, tras ser absuelta por el delito de traición a la patria por un tribunal militar “sin rostro”.

No obstante, la Corte sí entró a enjuiciar el artículo 8.1 en el caso *Loayza Tamayo* desde el punto de vista de la exigencia de “juez competente”. Y en este contexto sostuvo que al aplicar los Decretos-Leyes No. 25.659 (delito de traición a la patria) y No. 25.475 (delito de terrorismo) expedidos por el Estado, “la jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente”. Consideró además que se había violado el artículo 8.1 de la Convención porque “al dictar sentencia firme absolutoria por el delito de traición a la patria [...] la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia, que *existiendo evidencia de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero Común y poner a disposición de la Autoridad competente a la referida denunciada*” (la cursiva está en el original)¹⁰⁷.

La Corte tuvo la valentía de considerar que los tribunales castrenses actuaron *ultra vires* y que usurparon jurisdicción, sin embargo, tal calificación está realizada a la luz de la actuación de órganos internos en relación de su Derecho interno y ello conduce a cuestionarse ¿hasta qué punto esta apreciación cae dentro del ámbito competencial de la Corte? Cuestión distinta es que ésta considere que la aplicación de los Decretos-Leyes resultan incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero al considerar que actuaron “*ultra vires* y usurparon jurisdicción” podría interpretarse que está actuando como si fuera un tribunal de apelación o de casación aunque, en nuestra opinión, actuó como un Tribunal Constitucional interamericano.

El problema relacionado con la imparcialidad de los tribunales militares juzgando a civiles es reafirmado por la Corte en el caso *Cantoral Benavides*, cuyos hechos son similares a los del caso *Loayza Tamayo* y coetáneos en el tiempo. Sin embargo, el primero fue re-

¹⁰⁷Caso *Loayza Tamayo* (fondo), pár. 61.

suelto tres años después que el segundo. Cuando la Corte entró a enjuiciar en el caso *Cantoral Benavides* las violaciones del artículo 8.1 como consecuencia del delito por “traición a la patria”, ya tenía consolidada una jurisprudencia importante al respecto y se limitó a invocar los pasajes que consideró oportunos de su jurisprudencia. En relación con el caso concreto afirmó que “los tribunales militares del Estado que han juzgado a la presunta víctima por el delito de traición a la patria no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención”. Por lo que consideró, que en un caso como el presente, “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”, y declaró que el Estado violó el artículo 8.1. Concluyó, asimismo, que con la determinación de esa infracción “queda también resuelto lo referente a la violación de los artículos 8.2.c), d) y f), 8.4 y 8.5, en cuanto atañe al proceso penal militar contra Luis Alberto Cantoral Benavides”¹⁰⁸.

Con esta última conclusión la Corte pone de manifiesto que como el tribunal militar que juzgó al señor Cantoral Benavides por el delito de traición a la patria no fue un tribunal imparcial, las demás violaciones alegadas en relación con el artículo 8 respecto de la jurisdicción militar no es necesario analizarlas por separado, en tanto que todas ellas son procedentes, técnica ésta que emplea con frecuencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando declara violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Si en los tres casos anteriores es la vigencia de Decretos Leyes (traición a la patria y terrorismo) y su aplicación las causantes de las violaciones del artículo 8.1, el caso *Cesti Hurtado* presenta otra dimensión del problema en lo que al juicio de personas civiles por tribunales militares respecta.

En el caso *Cesti Hurtado* la Comisión hizo constar en la demanda que al ser la víctima “un militar retirado sin función castrense” la legislación peruana lo contempla como “un ciudadano particular”, de ahí debe considerarse que someterlo a “un proceso ante jueces militares” constituye “una interpretación extensiva del fuero militar y

¹⁰⁸Caso *Cantoral Benavides* (fondo), pág. 11-115.

violaría en su perjuicio su derecho a ser sometido a un juez y a un fuero competente y su derecho a ser juzgado por un juez imparcial”¹⁰⁹.

Al resolver la invocada violación, la Corte se limitó a decir que, dado que el proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado fue ante un órgano militar y que cuando se abrió y desarrollo el proceso la víctima tenía el carácter de “militar en retiro”, “no podía ser juzgado por tribunales militares. En consecuencia, el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1”¹¹⁰.

La escasa motivación para declarar violación del artículo 8.1 sólo se entiende porque la Corte haya hecho suyos los argumentos de la Comisión, a pesar de que no lo dice expresamente. Es cierto que de sus palabras se deduce que el juzgamiento de civiles por el fuero militar es incompatible con la Convención Americana, pero quizás debería haberlo precisado con más detalle. Además, la Comisión había considerado que el juicio ante la jurisdicción militar no podía tener “vigencia jurídica”, por lo que la Corte debería haberse pronunciado al respecto, sobre todo cuando en el párrafo resolutivo 8 declaró que el juicio seguido contra el señor Cesti Hurtado en el fuero militar era incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ordenó al Estado *anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivan*.

Por otro lado, consideramos oportuno hacer notar que si en los casos anteriores la violación del artículo 8.1 está reconocida en relación con las víctimas, en el caso *Durand y Ugarte* se presenta la peculiaridad de que la violación del citado artículo, así como del artículo 25.1, está reconocido también en relación con sus familiares, toda vez que las víctimas habían fallecido como consecuencia de los hechos acaecidos en el penal peruano “El Frontón”. En este contexto resulta del mayor interés lo sostenido por la Corte antes de entrar a pronunciarse sobre las circunstancias específicas del caso.

La Corte afirmó que en “un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especia-

¹⁰⁹Caso *Cesti Hurtado* (fondo), párs. 145, 146 y 148.

¹¹⁰*Ibidem*, pár. 151.

les, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹¹¹.

Quizás el conocimiento reiterado de casos resueltos por la Corte con anterioridad (*Loayza Tamayo, Castillo Pretruzzi y otros y Cesti Hurtado*) y otro que tenía ante sí (*Cantoral Benavides*) respecto del juzgamiento de personas civiles por el fuero militar constituyó el motivo fundamental para que la Corte se expresara en tales términos, toda vez que en lo que al juicio de civiles por los tribunales militares penales respecta no constituye ninguna novedad el caso *Durand y Ugarte*.

1.2. Derecho a la presunción de inocencia y a las garantías judiciales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la presunción de inocencia en el mismo numeral que las garantías judiciales mínimas. A pesar de ello consideramos que una cosa es la vulneración de la presunción de inocencia y otra distinta es la violación de las garantías judiciales mínimas. Sin embargo, cuando éstas se violan, ¿hasta qué punto, en determinadas ocasiones, no estamos ante una violación del derecho a la presunción de inocencia? En sentido positivo parece que ha sido interpretado por la Corte, cuando en el caso *Loayza Tamayo* afirmó que el Estado peruano, “por conducto de la jurisdicción militar, infringió el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a la señora (Loayza Tamayo) la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello, pues en todo caso [...] esa imputación sólo correspondía hacerla a la jurisdicción ordinaria competente”. Y concluyó diciendo que el hecho que la mencionada señora “haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente, tuvo como consecuencia negativa en su contra en el fuero común”¹¹².

¹¹¹ Caso *Durand y Ugarte* (fondo), pág. 117.

¹¹² Caso *Loayza Tamayo* (fondo), págs. 162-163.

En definitiva, la Corte afirmó que se había violado el derecho a la presunción de inocencia sobre la base de la infracción de garantías judiciales mínimas reconocidas también en el artículo 8.2, entendemos que como consecuencia de la indefensión de la víctima.

Idéntica situación se produjo en el caso *Cantoral Benavides*. Sin embargo, en éste la Corte fue menos explícita toda vez que se limitó a afirmar que el principio de la presunción de inocencia, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. Y que en las actuaciones penales ante la jurisdicción común “no se reunió prueba plena de su responsabilidad, no obstante lo cual, los jueces del fuero ordinario lo condenaron a 20 años de pena privativa de la libertad”, por lo que concluyó que el Estado violó el artículo 8.2¹¹³.

En el caso *Cesti Hurtado* la Comisión solicitó de la Corte que declarase violación del artículo 8.2. Sin embargo, como el Estado sostuvo que “los derechos procesales” enunciados en dicho artículo “fueron escrupulosamente observados” y la Comisión no contradijo tales alegatos, la Corte lo resuelve diciendo que “por no ser probadas las alegaciones referentes a las violaciones del artículo 8.2 de la Convención Americana [...] debe desestimarlas”¹¹⁴. Dado que en este caso la Corte había declarado violado el artículo 8.1 porque la víctima fue juzgada por un tribunal incompetente, consideramos que el problema no radica en la falta de prueba de la violación de las garantías judiciales (artículo 8.2), sino que, como consecuencia de la incompetencia del tribunal, se hace innecesario entrar a valorar la invocada violación de tales garantías toda vez que el juicio carece de “vigencia jurídica”.

Oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa

En el caso *Castillo Petruzzi y otros* la Comisión invocó violación del derecho a la presunción de inocencia, fundamentándola en las letras b) y c) del apartado 2º del artículo 8. La Corte prácticamente reproduce los argumentos de la Comisión, aunque de forma más sintética. Sin embargo, no declaró violado el principio de presunción de inocencia, sino el artículo 8.2.b) y c), que garantizan los derechos de

¹¹³ Caso *Cantoral Benavides* (fondo), párs. 120-122.

¹¹⁴ Caso *Cesti Hurtado* (fondo), pár. 162.

defensa. La presencia y actuación de los defensores, sostuvo la Corte, “fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada”¹¹⁵.

Como sostuvo la Corte, las víctimas no contaron con una defensa adecuada, sin embargo, el verdadero problema consideramos que estriba en la violación de la presunción de inocencia, toda vez que fueron condenados sin pruebas concluyentes que destruyeran la presunción.

Elección de abogado

En lo que al artículo 8.2.d) respecta, la única vez que la Comisión invocó violación de este derecho en un caso peruano fue en *Castillo Páez*. Fundamentó su alegato porque se vieron mermados los derechos de los familiares de las víctimas para contar con un abogado para la defensa de sus derechos. Al respecto señaló que el abogado inicialmente elegido fue víctima de un atentado, lo que le obligó a apartarse de la defensa, siendo reemplazado por el equipo jurídico del Instituto de Defensa Legal de la Comisión de Derechos Humanos del Perú. La Corte se apartó de los argumentos de la Comisión y antes de pronunciarse sobre la alegada violación afirmó que: “Lo que no queda claro, ni existen evidencias, es que el citado atentado se produjera con el objeto de privar de defensa específicamente a los familiares de la víctima”, puesto que el propio abogado en su testimonio ante la Corte señaló que “se ocupaba de asistir a varias personas, e inclusive intervenía en una acusación en contra del ex Presidente del Perú, señor Allan García”. Tuvo presente, por lo demás, que los familiares de la víctima “contaron en este caso con asistencia legal para promover el hábeas corpus y el juicio penal respectivo, por lo que no se privó a dichos familiares de la defensa legal, aún cuando tuvieron dificultades para su ejercicio; dificultades [no relacionadas directamente con este caso] que, la Corte estima, no llegan a constituir una violación del artículo 8 de la Convención, ya que otros abogados asumieron la defensa”¹¹⁶.

De las palabras de la Corte se deduce que para que pueda probarse la existencia de una violación del artículo 8.2.d) tiene que ser impedido o, al menos, obstaculizado directamente el ejercicio de la defensa al abogado elegido. Pero incluso si estas circunstancias se

¹¹⁵Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), párs. 136, 136, 140-141.

¹¹⁶Caso *Castillo Páez* (fondo), párs. 76 y 79.

dieran respecto de un abogado y no de otro, ello de por sí no tiene por qué constituir una violación, salvo que se demuestre que la forma de proceder del Estado tenía por finalidad obstaculizar la defensa de la víctima o de los familiares de ésta.

Interrogatorio de testigos

Cuando la Corte entró a pronunciarse sobre el derecho a interrogar a testigos en el caso *Castillo Petruzzi y otros* precisó previamente que “la legislación aplicada al caso imposibilitaba el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas”. Y sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁷, la Corte Interamericana consideró que “la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención de la defensa, de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, por lo que declaró violación del artículo 8.2.f)¹¹⁸.

Lo cierto es que cuando se viola el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a hacer comparecer a los testigos de descargo, se está negando la práctica de pruebas, por lo que la víctima se encuentra en la más absoluta indefensión, constituyendo, en nuestra opinión, uno de los motivos en los que la presunción de inocencia se puede considerar vulnerada. Sin embargo, la Corte no declaró violado el principio de presunción de inocencia, como solicitó la Comisión, sino que declaró violación de distintos incisos del artículo 8.2.

Recurso ante un tribunal superior

El derecho a recurrir un fallo judicial ante un juez o tribunal superior está reconocido en el artículo 8.2.h). En relación con Perú la única vez que la Comisión invocó violación de esta disposición fue en el caso *Castillo Petruzzi y otros*¹¹⁹.

Lo cierto es que sí existían recursos (apelación, nulidad) y las víctimas los utilizaron, incluso dos de ellas también utilizaron el recur-

¹¹⁷ En el caso *Barberà, Messegué y Jabardo contra España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que entre las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. Sentencia de 6 de diciembre de 1988, Serie A-146, pág. 78.

¹¹⁸ Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), párs. 153, 155 y 156.

¹¹⁹ *Ibidem*, pág. 158.

so de casación el cual estaba previsto en la Constitución de 1979, vigente en el momento de la detención, por consiguiente, aplicable a las víctimas. Sin embargo, la Constitución de 1993 eliminó dicho recurso en el fuero militar para el delito de traición a la patria, salvo que se hubiera dictado condena de muerte, por lo que el recurso de casación fue declarado improcedente, ya que la condena fue a cadena perpetua.

La Corte no entró a enjuiciar la compatibilidad o no de la legislación aplicable en relación con el recurso de casación, pues de lo que quiso dejar constancia fue que la violación del artículo 8.2.h) no se producía por la inexistencia *de iure* o *de facto* de los recursos, sino que, como ella había considerado que el procesamiento de personas civiles por jueces militares era incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las mismas razones devenía incompatible las instancias superiores de la jurisdicción militar¹²⁰. Si las etapas procesales que se desarrollan ante juez o tribunal superior del fuero militar, en lo que al juzgamiento de civiles se refiere, tienen que considerarse como ilegítimas e inválidas por no satisfacer los requerimientos del juez natural, y si el proceso penal “es uno solo a través de sus diversas etapas”, habrá que entender que la etapa procesal desarrollada en primera instancia es ilegítima e inválida, en tanto que tampoco cumple el requerimiento de juez natural.

Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no declarar bajo coacción

En el caso *Castillo Petruzzi y otros* la Comisión alegó que “durante la diligencia de declaración instructiva se requirió a las supuestas víctimas que declarasen la verdad”, lo cual fue corroborado por la Corte. Sin embargo, precisó que “no hay constancia de que esa exhortación implicara una amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad. Tampoco hay prueba de que se hubiera requerido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contraría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo”, por lo que concluyó que no ha sido probado la violación del artículo 8.3¹²¹.

¹²⁰ *Ibidem*, párs. 161-162.

¹²¹ *Ibidem*, párs. 164, 167 y 168.

De las palabras de la Corte se deduce que para que exista violación del artículo 8.3 el inculpado ha tenido que ser coaccionado para que diga la verdad, porque ello infringiría su derecho a no declarar; también cuando se obligue al inculpado a rendir juramento o promesa de decir la verdad pues, como señaló la Comisión, el inculpado no es un testigo respecto del cual si existe tal requerimiento. En todo caso, la Corte no se aparta totalmente de la construcción doctrinal de la Comisión, lo que sucede es que no considera probado que la exhortación a decir la verdad implicara coacción o exigencias ilegales. No obstante, lo que no admitió es que el simple hecho de que se exhortara a los inculpados a que dijeran la verdad, fuese *per se* constitutivo de violación del artículo 8.3 y en este sentido se apartó de lo argumentado por la Comisión.

No obstante, en el caso *Cantoral Benavides* la Corte sí afirmó que la víctima fue coaccionada a declarar contra sí misma, esto es, fue obligado a autoinculparse. Como quiera que previamente había decidido violación del artículo 5 porque el señor Cantoral Benavides fue sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas, se limitó a concluir que el Estado violó los artículos 8.2.g) y 8.3¹²². Por consiguiente, en este caso la Corte sí reconoció que la víctima fue coaccionada para declarar contra sí misma, a pesar de la escasa motivación que sustenta esta decisión.

Principio non bis in idem

En relación con el principio *non bis in idem* la Corte ha precisado que el mismo busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos. Ha aclarado que a diferencia de otros tratados de derechos humanos (particularmente al artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual se refiere “al mismo delito”), la Convención Americana sobre Derechos Humanos utiliza la expresión *los mismos hechos*, “que es un término más amplio en beneficio de la víctima”. En relación con los Decretos-Leyes que tipificaban los delitos de *traición a la patria* (terrorismo agravado) y de *terrorismo*, la Corte afirmó que tales Decretos “se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos

¹²²Caso *Cantoral Benavides* (fondo), párs.104, 132 y 133.

y, como en el caso examinado, de la ‘*propia Policía (DINCOTE)*’. Por lo tanto, los citados Decretos Leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.3 de la Convención Americana”¹²³.

En el caso *Loayza Tamayo*¹²⁴ la Corte se centró para pronunciarse al respecto en el contenido del fallo del tribunal militar. Por ello consideramos que la Corte afirmó que dicha Sentencia resolvió un proceso seguido también contra otras personas: “el mencionado Tribunal (El Juzgado Especial de la Marina) utilizó, refiriéndose a algunas de ellas, la frase ‘*se inhibe del conocimiento del presente caso con respecto a...*’. Si la intención judicial hubiese sido la de limitar su pronunciamiento a un asunto de incompetencia, habría empleado idéntica fórmula” al referirse a la señora Loayza Tamayo. No fue lo que hizo, “sino que, al contrario, usó la expresión ‘absolución’”. La Corte observó que el juez militar al absolver a la citada señora y a otros procesados, “dictó una sentencia, con las formalidades propias de la misma, al expresar que lo hacía administrando Justicia a nombre de la Nación, juzgando las pruebas de cargo y de descargo con criterio de conciencia y a mérito de la facultad concedida en el artículo primero [...] del Decreto Ley [...] concordante con la Ley Constitucional [...]”. También precisó que la jurisdicción militar decidió “sin lugar el pago de reparación civil”, que sólo procede cuando se absuelve a una persona y no cuando se declara una incompetencia¹²⁵. Por las razones expuestas consideró que en el presente caso la señora Loayza Tamayo “fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del término técnico de la palabra ‘absolución’, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancia y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla”¹²⁶.

¹²³Caso *Loayza Tamayo* (fondo), párs. 66 y 68.

¹²⁴Vid. Acevedo, D.E.: “La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis in idem*) en el caso *Loayza Tamayo*”, en *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio...*, Vol. I, pp. 279-300.

¹²⁵El juez Montiel Argüello fundamentó su disentimiento en el hecho de que “en otros casos los jueces se hayan inhibido de conocer, lo que sería técnicamente lo correcto, no modifica la forma en que debe ser interpretada su decisión en el presente caso. Tampoco lo hace el que la decisión se haga ‘sin responsabilidad civil’, ya que esto también sería consecuencia necesaria de que los hechos imputados no se encontraban en la esfera de la competencia del juzgado”.

¹²⁶Caso *Loayza Tamayo* (fondo), párs. 70, 72, 76 y 77.

En el caso *Cantoral Benavides* la Corte fue menos explícita, ni siquiera cita el caso *Loayza Tamayo* y se limitó a sostener que, como ya había afirmado, “la aplicación de la justicia penal militar a civiles infringe las disposiciones relativas al juez competente, independiente e imparcial” (artículo 8.1), que eso es suficiente “para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar en relación con Luis Alberto Cantoral Benavides, no configuran el tipo de proceso que correspondía a los presupuestos del artículo 8.4 de la Convención”, por lo que concluye que en el presente caso, “la presunta infracción del artículo 8.4 de la Convención resulta subsumida en la violación del artículo 8.1 de la misma”, remitiendo a lo ya resuelto en relación con dicha violación¹²⁷.

Según se deduce de las palabras de la Corte, el juicio al que fue sometido el señor Cantoral Benavides en el fuero militar fue incompatible con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo que deviene incompatible todo lo acontecido procesalmente con posterioridad. Esto es, cuando fue juzgado y condenado por el delito de terrorismo por la jurisdicción ordinaria, a pesar de ser absuelto por la jurisdicción militar por el delito de traición a la patria, son los mismos hechos los que dan lugar al doble juicio. La Corte en este caso consideró la oportunidad de ser más expedita que en el caso *Loayza Tamayo*, a pesar de que los hechos son prácticamente los mismos. En nuestra opinión, hubiese sido más acertado que hubiese actuado en el caso *Cantoral Benavides* como lo hizo en el caso *Loayza Tamayo*, toda vez que la violación del artículo 8.4 (*non bis in idem*) se produce como consecuencia del segundo juicio en el que fue juzgado y condenado por unos mismos hechos tras ser absuelto en el primero.

Publicidad del proceso penal

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a diferencia de otros instrumentos internacionales de derechos humanos¹²⁸, sólo se refiere a la publicidad del proceso penal, “salvo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (artículo 8.5).

En el caso *Castillo Petruzzi y otros* la Comisión argumentó que el principio de publicidad implica que “debe contar con asistencia del

¹²⁷Caso *Cantoral Benavides* (fondo), párs.138 y 140.

¹²⁸Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6.1) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1).

público en general y debe darse participación a los medios de comunicación”. Este tipo de juicio (refiriéndose al penal) debe ser también “concentrado y con inmediación, lo que lleva necesariamente a que todo lo que pueda influir en la decisión judicial tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones o a las pruebas hechas o practicadas ante el juez de sentencia y en audiencia pública”¹²⁹.

Como señala la Comisión, la publicidad del proceso requiere que concurren todas aquellas circunstancias a las que hace referencia. Sin embargo, si los intereses de la justicia están en juego, se puede prescindir de la publicidad. Lo que resulta extraño es que el Estado peruano, en lugar de invocar para su defensa las razones que conllevaban que los juicios ante el fuero militar por el delito de traición a la patria no fueran públicos, se limitó a alegar que las supuestas víctimas “fueron juzgadas cumpliéndose escrupulosamente las garantías procesales establecidas en la legislación peruana, en especial las relativas al debido proceso y al derecho de defensa”¹³⁰. El problema no radicaba, en nuestra opinión, en que hubiese habido una escrupulosa observancia de la legislación interna, sino que era precisamente la aplicación de esa ley interna (procesamiento de personas civiles por tribunales militares “sin rostro” y en audiencias privadas) el motivo por el cual la Comisión alegó violación del artículo 8.5 de la Convención Americana.

Lo cierto es que el argumento del Estado dio a la Corte la oportunidad para sostener de forma lacónica que consideraba probado que “los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales ‘sin rostro’, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal”. Y en relación con la publicidad señaló que tales juicios “se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso consagrado por la Convención”, por lo que declaró violación del artículo 8.5¹³¹.

¹²⁹Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), pár. 170.

¹³⁰*Ibidem*, pár. 171.

¹³¹*Ibidem*, párs. 172-173.

Hubiera resultado del mayor interés que el Estado demandado hubiese invocado la excepción del artículo 8.5, ya que de este modo la Corte posiblemente habría entrado a aclarar qué se entiende por “intereses de la justicia”. En todo caso consideramos que la Corte debió hacerlo, en tanto que si la publicidad del juicio constituye el principio general, el mismo admite la excepciones. Unas excepciones que, en el caso que nos ocupa, no consideramos que sean de aplicación ante las circunstancias que lo rodean, por lo que estamos de acuerdo con la Corte al haber declarado violación. Sin embargo, son también las circunstancias que concurren en este caso el motivo por el cual el juez Vidal Ramírez votó en contra al considerar que las mismas “han debido llevar a interpretar la salvedad que hace el acotado numeral 5 del artículo 8 de la Convención”.

Pero la observación que hemos hecho al Estado por no haber invocado la excepción del artículo 8.5 en el caso anterior está realizada, en cierta medida, por la Corte en el caso *Cantoral Benavides* cuando señala que el Estado “no presentó informaciones ni argumentos que demostraran que se debían restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser ‘necesario para preservar los intereses de la justicia’, como lo prevé el artículo 8.5 de la Convención”. Pero, en este caso, ante la omisión del Estado, la Corte consideró que “dada las características particulares de Luis Alberto Cantoral Benavides, el proceso que se le siguió podía desarrollarse públicamente sin afectar la buena marcha de la justicia”, por lo que concluyó que el Estado violó el artículo 8.5, ya que varias audiencias ante el fuero común fueron llevadas a cabo en el interior del establecimiento penitenciario¹³².

2. Aplicabilidad del artículo 8.1 y 8.2 a los procesos judiciales no penales

La jurisprudencia de la Corte pone de manifiesto que “constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos¹³³. Dichos tri-

¹³²Caso *Cantoral Benavides* (fondo), párs. 146-149.

¹³³En los casos *Tribunal Constitucional* (fondo, pár. 73) y *Castillo Petruzzi* y otros (fondo, pár. 130), la Corte cita los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

bunales deben ser competentes, independientes e imparciales”¹³⁴. Tras estas palabras en el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte consideró que el Estado, “al crear Salas y Juzgados Transitorios Especializados en Derecho Público y designar jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos del caso *sub judice*, no garantizó al señor Ivcher Bronstein el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos ‘con anterioridad por la ley’, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana”, señalando que “esos juzgadores no alcanzaron los estándares de competencia, imparcialidad e independencia requeridos por el artículo 8.1 de la Convención”, por lo que concluyó que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana¹³⁵.

Se trataba de un proceso contencioso-administrativo al que la Corte aplicó las exigencias no solo del artículo 8.1, sino también del 8.2 de la Convención Americana. De ello se deduce que cualquier proceso judicial tiene que desarrollarse de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 8, en lo que resulte pertinente, por lo que esta Sentencia constituye un paso importante en lo que a la aplicabilidad del artículo 8 respecta. A pesar de ello, quizás sea excesivo extralimitar este pronunciamiento de la Corte pues posiblemente el mismo deba ser interpretado en el sentido a lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando ha sostenido que “los requisitos inherentes al concepto de ‘proceso equitativo’ no son necesariamente los mismos en asuntos relativos a la determinación de derechos y obligaciones de carácter civil que en asuntos sobre una acusación en materia penal. Esto lo confirma la ausencia de disposiciones detalladas como los apartados 2 y 3 del artículo 6 aplicables a los casos de la primera categoría. Así, aunque esas disposiciones tienen una cierta relevancia fuera de los estrictos límites del Derecho penal, los Estados Contratantes tienen un margen más amplio de discrecionalidad al tratar de casos civiles relativos a derechos y obligaciones de carácter civil que al tratar de asuntos penales”¹³⁶.

¹³⁴Caso *Castillo Petruzzi y otros* (fondo), pág. 130.

¹³⁵Caso *Ivcher Bronstein* (fondo), párs. 112 y 114-116.

¹³⁶Casos *Dombo Beheer BV contra Holanda*, Sentencia de 27 octubre 1993, Serie A-274-B, párs. 32-33; y *Jakela contra Finlandia*, Sentencia de 21 de mayo de 2002, pág. 68.

3. Aplicabilidad del artículo 8.1 y 8.2 a los procesos no judiciales

En el año 2001 la Corte dio un paso sin precedentes al aplicar los exigencias del artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana a los procesos no judiciales. Es cierto que en su Opinión Consultiva de 6 de octubre de 1987 ya había sostenido que si bien el artículo 8 se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación “no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”¹³⁷. Sin embargo, hasta el año 2001 no tuvo ante sí casos contenciosos en los que se presentara la aplicabilidad del artículo 8.1 y 8.2 a procesos no judiciales.

En los casos *Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein*, la Corte sostuvo que el conjunto de tales requisitos deben observarse en las instancias procesales no judiciales a los efectos “de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”¹³⁸.

En el caso *Tribunal Constitucional* la Corte precisó que, de conformidad con la separación de los Poderes Públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo¹³⁹. Es decir, cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por ello, la Corte considera que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”¹⁴⁰.

¹³⁷ *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

¹³⁸ Caso *Tribunal Constitucional* (fondo), párs. 69-71 y caso *Ivcher Bronstein* (fondo), párs. 102-105.

¹³⁹ Vid. En este sentido lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Campbell and Fell*, Sentencia de 28 de junio de 1984, Serie A-80, pár. 76; y *X. Contra Reino Unido*, Sentencia de 5 de noviembre de 1981, Serie A-46, pár. 53.

¹⁴⁰ Caso *Tribunal Constitucional* (fondo), pár. 71.

En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, en opinión de la Corte, el Congreso peruano “no aseguró a los magistrados destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención Americana”. Es evidente, afirmó la Corte, que “el procedimiento de juicio político al cual fueron sometidos los magistrados destituidos no aseguró a éstos las garantías del debido proceso legal y no se cumplió con el requisito de la imparcialidad del juzgador. Además, la Corte observa que, en las circunstancias del caso concreto, el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional”. Por lo que concluyó que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8¹⁴¹.

La Sentencia dictada en el caso *Tribunal Constitucional* constituye, en nuestra opinión, una de las más importantes, pues la Corte no ha dudado en ejercer el control sobre el juicio político realizado por el Poder Legislativo peruano en lo que a la destitución de los tres magistrados del Tribunal Constitucional respecta. Una competencia de la Corte que no tiene por qué ser puesta en cuestión, toda vez que ante ella lo que está en juego es la responsabilidad internacional del Estado, con independencia del órgano causante de la violación, por lo que queda comprendido el Poder Legislativo no sólo en el marco de su competencia legislativa, sino también en lo que a los juicios políticos respecta.

Resulta asimismo de la mayor trascendencia que aplique las exigencias del artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana a un proceso político de destitución de magistrados del Tribunal Constitucional. Por ello no es de extrañar que aplique estas mismas exigencias en el caso *Ivcher Bronstein* en relación con la Dirección General de Migraciones y Naturalización, entidad de carácter administrativo que dictó la “resolución directoral” que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein, tratándose en este caso de un proceso administrativo¹⁴². En este segundo caso la incompetencia del órgano que dictó la resolución privativa de la nacionalidad, así como la infracción de garantías procesales, constituyen los fundamentos para que la Corte procediera a declarar violación de los artículos 8.1 y 8.2.

¹⁴¹ *Ibidem*, párs. 72-75.

¹⁴² Caso *Ivcher Bronstein* (fondo), párs. 106-110.

VII. Otros derechos reconocidos convencionalmente

1. Derecho al honor

Sólo en un caso peruano la Comisión ha invocado violación del artículo 11, derecho al honor, el caso *Cesti Hurtado*. La Corte sostuvo que un “proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona”, y que la sanción aplicada “tampoco se dirige a menoscabar esos valores de las personas, en otros términos, no entraña o pretende el descrédito del reo”. Sin embargo aclaró que “los efectos en el honor y en la buena reputación del señor Cesti Hurtado que pudieran resultar, eventualmente, de su detención, procesamiento y condena por el fuero militar, derivarían de la violación, ya declarada en esta sentencia por la Corte, de los artículos 7, 8 y 25 de la Convención. Dichos efectos podrían ser materia de consideración en la etapa de reparaciones”¹⁴³.

El hecho de que una persona sea víctima de las violaciones de los artículos 7, 8 y 25 no significa que también lo sea del artículo 11, pues el derecho al honor no se viola por el simple hecho de ser juzgado en un proceso sin las debidas garantías, sino que el mismo ha tenido que estar dirigido a menoscabar el honor de la persona acusada penalmente; lo mismo cabe decir en relación con la condena impuesta, de ahí que compartamos lo decidido por la Corte.

2. Libertad de pensamiento y de expresión

La libertad de expresión¹⁴⁴, uno de los pilares básicos de una sociedad democrática, fue objeto de interpretación por la Corte en 1985 en una Opinión Consultiva¹⁴⁵. Sin embargo, hasta el año 2001 no tuvo la oportunidad de interpretar y aplicar el artículo 13 en el marco de su jurisdicción contenciosa¹⁴⁶.

¹⁴³Caso *Cesti Hurtado* (fondo), párs. 171 y 177-178.

¹⁴⁴Vid. Faúndez Ledesma, H., “La libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática”, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos...*, pp. 559-588.

¹⁴⁵*La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de septiembre de 1985, Serie A No 5.

¹⁴⁶El primer caso en el que la Corte aplicó el artículo 13 fue uno contra Chile: “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*), Sentencia de 5 de febrero de 2001 (fondo), Serie C No 73. Con posterioridad ha sido un caso peruano en el que de nuevo la Corte ha procedido a la aplicación del artículo 13, *Ivcher Bronsteint*.

La Comisión alegó en el caso *Ivcher Bronstein* que la privación del título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein no fue producto de una revisión rutinaria para verificar el estado de todos los expedientes de peruanos naturalizados; su finalidad primordial fue coartar el derecho del señor Ivcher a la libertad de expresión¹⁴⁷. Antes de proceder a resolver la alegada violación, la Corte delimitó el contenido de la libertad de pensamiento y expresión, invocando a tales efectos su jurisprudencia anterior, y sostuvo que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información¹⁴⁸ y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. Estas dos dimensiones, afirmó, “deben garantizarse en forma simultánea”¹⁴⁹.

En relación con la primera dimensión, la individual, la Corte recordó que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, “inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”. Y con respecto a la segunda dimensión, la social, también recordó

¹⁴⁷El Comité de Derechos Humanos de forma implícita se ha referido a este caso al sostener que “lamenta los procedimientos usados por el Perú para privar del control de sus medios de comunicación a personas críticas al Gobierno, recurriendo por ejemplo a despojar a uno de ellos de su nacionalidad”. Por lo que solicitó al Estado peruano que, “en cumplimiento del artículo 19 del Pacto, revoque estas situaciones que afectan a la libertad de expresión y proporcione recursos efectivos a los afectados”, CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000, pár. 17.

¹⁴⁸Vid. Carpizo, J.: “Derecho a la información. Derechos humanos y marco jurídico”, *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio...*, Vol. I, pp. 503-520.

¹⁴⁹*La colegiación obligatoria de periodistas*, pár. 30; y caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros), pár. 64.

que la libertad de expresión “es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”¹⁵⁰. El mismo concepto de orden público, continuó diciendo, “reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”¹⁵¹.

En sentido similar se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al sostener que “la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturbaban al Estado o a cualquier sector de la población”¹⁵². Ello “tiene una importancia particular cuando se aplica a la prensa” pues no solo implica que compete a los medios de comunicación “la tarea de transmitir información e ideas relativas a asuntos de interés público, sino también que el público tiene el derecho a recibirlas”¹⁵³.

Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, sostuvo la Corte Interamericana, “no debe sujetarse úni-

¹⁵⁰ Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros), párs. 65-66.

¹⁵¹ *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), pár. 69. Caso *Ivcher Bronstein* (fondo), párs. 146-148 y 151.

¹⁵² Casos *Handyside*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A-24, pár. 49; *The Sunday Times*, Sentencia de 26 de abril de 1979, Serie A-30, párs. 59 y 65; *Barthold*, Sentencia de 25 de marzo de 1985, Serie A-90, pár. 55; *Lingens*, Sentencia de 8 de julio de 1986, Serie A-103, pár. 41; *Müller y otros*, Sentencia de 24 de mayo de 1988, Serie A-133, pár. 33; *Otto-Preminger-Institut*, Sentencia de 20 de septiembre de 1994, Serie A-295-A, pár. 49.

¹⁵³ Caso *The Sunday Times*, pár. 65.

camente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron”¹⁵⁴. Sobre la base de tales presupuestos, en el caso *Ivcher Bronstein* la Corte puso de manifiesto que “tanto el señor Ivcher como los periodistas que laboraban en el programa Contrapunto tenían el derecho pleno de investigar y difundir, por esa vía, hechos de interés público como los denunciados entre los meses de abril y julio de 1997, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 13 de la Convención”¹⁵⁵.

La Corte considera que “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”. Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, “el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”, por lo que concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención Americana¹⁵⁶.

Estamos ante un supuesto de injerencia arbitraria a la libertad de expresión, toda vez que la misma no estaba prevista en la ley (se adoptó un Decreto *ad causam*), no constituía una medida necesaria, en una sociedad democrática, para salvaguardar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, que son las injerencias permitidas en el artículo 13.2 y, por ende, la injerencia, en nuestra opinión, no fue proporcional. En ocasiones, cuando lo que está en juego es la libertad de expresión de una persona lo que procede es realizar un balance sobre el justo equilibrio entre los

¹⁵⁴ *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), pár. 42; caso *Ivcher Bronstein* (fondo), pár. 154. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros, caso *Müller y otros*, pár. 32; caso *Sürek y Özdemir contra Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, pár. 57.

¹⁵⁵ Caso *Ivcher Bronstein* (fondo), párs. 156-157.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párs. 162-164.

intereses de la colectividad, en general, y del individuo particular. En el caso *Ivcher Bronstein* dicho balance pone de manifiesto que no estaban en juego los intereses de la colectividad, en general, sino exclusivamente el de las fuerzas armadas.

3. Derecho a la propiedad privada

La Comisión sostuvo, en el caso *Cesti Hurtado*, que el Estado violó el derecho a la propiedad privada en perjuicio de la víctima, “pues el embargo trabado de sus bienes no fue consecuencia de un proceso debido ni fue ordenado por un juez competente e imparcial”. El Estado peruano afirmó que el derecho de propiedad del señor Cesti Hurtado “nunca ha sido violentado”, pues “no ha inmovilizado indebidamente, confiscado, expropiado el patrimonio [...], no ha dispuesto que éste deje de percibir sus remuneraciones” y que “lo único que se ha realizado es la efectivación de medidas cautelares tendientes a asegurar el cumplimiento de un mandato resarcitorio o de una reparación que pudiera fijar”, tal y como aconteció en el proceso penal¹⁵⁷.

La Corte utilizó idéntica fórmula que en el marco del artículo 11, esto es, que “no se comprobó que hubo una violación, *per se*, del derecho del señor Cesti Hurtado sobre su propiedad”, y que los efectos que “su detención, procesamiento y condena hubieran podido producir en su patrimonio o en su capacidad de trabajo derivarían de la violación de los artículos 7, 8 y 25 de la Convención, por lo que la Corte se reserva su pronunciamiento sobre dichos efectos para la etapa de reparaciones”¹⁵⁸. El detrimento en su patrimonio como consecuencia de la privación de libertad “arbitraria”, que constituye el alegato de la Comisión, consideramos que puede conllevar a una indemnización por daños patrimoniales, pero no a la declaración de un derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que en este contexto compartimos plenamente la decisión de la Corte.

En el caso *Ivcher Bronstein* la Comisión alegó ante la Corte que “a pesar de que el señor Ivcher no fue formalmente privado de su derecho de propiedad sobre las acciones de la Empresa, mediante decisiones judiciales le fueron suspendidos, en la práctica, los derechos que le confería la titularidad de las acciones y, por lo tanto, se le pri-

¹⁵⁷Caso *Cesti Hurtado* (fondo), párs. 179-181.

¹⁵⁸*Ibíd*em, pár. 183.

vó arbitrariamente de ejercer los derechos fundamentales que implica esa titularidad”. Con carácter previo la Corte definió el concepto de “bienes” como aquellas “cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. Y siguiendo en este extremo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵⁹, la Corte Interamericana señaló que “no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cual fue la situación real detrás de la situación denunciada”¹⁶⁰.

La Corte sostuvo que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana debe fundarse en “razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley”. En el caso *sub iudice* “no existen prueba ni argumento algunos que acrediten que la medida cautelar ordenada por el Juez Percy Escobar tuviera su fundamento en una razón de utilidad pública o interés social; por el contrario, los hechos probados en este caso concurren a demostrar la determinación del Estado de privar al señor Ivcher del control del Canal 2, mediante la suspensión de sus derechos como accionista de la Compañía propietaria del mismo”. Tampoco hay alguna indicación de que “se hubiese indemnizado al señor Ivcher por la privación del goce y uso de sus bienes, ni que la medida que lo afectó se hubiera adoptado conforme a la ley. La Corte observa, al respecto, que cuando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél. Por consiguiente, no fue adecuada la privación del uso y goce de los derechos del señor Ivcher sobre sus acciones en la Compañía, y este Tribunal la considera arbitraria, en virtud de que no se ajusta a lo establecido en el artículo 21 de la Convención”. Por ello concluyó que el Estado violó el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención¹⁶¹.

¹⁵⁹ Caso *Belvedere Alberghiera S.R.L. contra Italia*, Sentencia de 30 de mayo de 2000, párr. 53.

¹⁶⁰ Caso *Ivcher Bronstein* (fondo), párrs. 117 y 123-124.

¹⁶¹ *Ibidem*, párrs. 128-131.

Como quiera que la privación de la propiedad fue arbitraria, en nuestra opinión, las medidas cautelares decididas por el juez en relación con el señor Ivcher Bronteín tuvieron como consecuencia que se produjera una expropiación *de facto*. De ahí que compartamos plenamente la decisión de la Corte declarando violación del artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, aunque sería deseable que en el futuro calificara esta forma arbitraria de privación de la propiedad como expropiación *de facto*, como viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶².

En el caso *Cinco Pensionistas* la Comisión también invocó violación del artículo 21 ya que una ley disminuyó “el monto de las pensiones niveladas que percibían desde su jubilación” los pensionistas víctimas de la violación. La Corte afirmó que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido”. A pesar de ello puso de manifiesto que “los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados”¹⁶³.

Para reducir el monto de las pensiones, la Corte señaló que el Estado debió: “a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas, y b) respetar, en todo caso, sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia”. Ninguna de las dos condiciones fueron cumplidas, por lo que consideró que “el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas [...], violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención, [...] en cuanto fueron conculcados los derechos reconocidos en dichas sentencias”¹⁶⁴.

¹⁶²Vid. entre otros los siguientes casos: *Sporrong y Lönnroth contra Suecia*, Sentencia de 23 septiembre 1982, Serie A-52, pár. 63; *Brumarescu contra Rumanía*, Sentencia de 28 de diciembre de 1999, Reports VII, pár. 76; *Zwierzyński contra Polonia*, Sentencia de 19 de junio de 2001, pár. 69; y *Karagiannis y otros contra Grecia*, Sentencia de 16 de enero de 2003, pár. 41.

¹⁶³Caso *Cinco Pensionistas* (fondo), párs. 90 y 102-103.

¹⁶⁴*Ibidem*, párs. 117, 118 y 121.

En este caso la decisión de las autoridades administrativas reduciendo de forma arbitraria el monto de las pensiones niveladas a las que tenían derecho los cinco pensionistas, tuvo consecuencias negativas en el derecho de propiedad de cada uno de ellos. En vía judicial y constitucional fue confirmado su derecho a percibir las pensiones niveladas, incluso el Tribunal Constitucional reconoció el carácter de derecho adquirido de la pensión de jubilación. Por consiguiente, el problema que se plantea en relación con el derecho de propiedad está originado en la inejecución de unas Sentencias internas, o por ser más precisa, en una ejecución tardía en el sentido que ésta solo tuvo lugar tres meses después de que la Comisión presentara la demanda ante la Corte. En todo caso, durante el tiempo que los cinco pensionistas dejaron de percibir su pensión de jubilación nivelada se puede considerar que estamos ante una expropiación *de facto* como consecuencia de una injerencia arbitraria en el derecho de propiedad por parte de las autoridades administrativas.

4. Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales

En el caso *Cinco Pensionistas* la Comisión también invocó violación del artículo 26, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la obligación establecida en dicho artículo “implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos”¹⁶⁵.

Sobre el alcance y contenido del artículo 26 la Corte se limitó a decir que los “derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁶⁶, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 142.

¹⁶⁶ U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9.

los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”. Es evidente, continuó diciendo, que “esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso”¹⁶⁷.

En nuestra opinión, la dimensión individual de los derechos económicos, sociales y culturales se traduce, como sostiene el juez García Ramírez, en “una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudiera ser compartido, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de ésta”¹⁶⁸. Sin embargo, como hemos señalado en otra ocasión¹⁶⁹, la Corte omite pronunciarse acerca de si desde el punto de vista de la titularidad individual se han violado o no “los derechos económicos, sociales y culturales”, se limita a centrarse exclusivamente en el problema relacionado con la “progresividad”, por lo que no admite los alegatos de la Comisión¹⁷⁰, y tampoco acepta pronunciarse a la solicitud formulada por los representantes de la víctimas y sus familiares¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párs. 146-148.

¹⁶⁸ Voto razonado concurrente en el caso *Cinco Pensionistas*, apartado 2.

¹⁶⁹ Salado Osuna, A., “Comentario a la Sentencia de 28 de febrero de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Cinco Pensionistas’ v. Perú”, *Revista de Jurisprudencia peruana*, junio-2003 (en prensa).

¹⁷⁰ La Comisión sostiene que la obligación establecida en el artículo 26 de la Convención Americana “implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto del grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general en una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos” (pár. 142).

¹⁷¹ Los representantes de las víctimas y sus familiares solicitaron de la Corte que “determine el contenido de la cláusula de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y que establezca parámetros y criterios que ilustren a los Estados sobre la manera de cumplir con sus obligaciones jurídicas y criterios para determinar la manera en que las medidas regresivas violan las obligaciones convencionales. Asimismo, sería ‘muy útil’ que la Corte fije pautas que permitan al Estado adoptar una política integral en materia de seguridad social” (pár. 143.f).

Según se deduce de las palabras de la Corte en lo que al “desarrollo progresivo” respecta, el mismo hay que analizarlo desde el punto de vista de la dimensión colectiva de los derechos económicos, sociales y culturales ya que afirma que no debe hacerse “en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaeciente”. Como sostiene la Corte, un limitado número de personas (pensionistas en el caso *sub iudice*) no tienen por qué ser considerado como representativo del conjunto de la población, a pesar de ello cabría haber realizado una interpretación sistemática de los artículos 26 y 21 en relación con los derechos reconocidos.

Si la Corte hubiera realizado una interpretación sistemática (quizás no haya sido el momento para hacerlo) la consecuencia jurídica hubiera sido que los derechos económicos son justiciables, justiciabilidad que ya ha afirmado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y de ahí que haya propuesto a tales efectos la adopción de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷².

VIII. Un derecho no reconocido en la Convención Americana: el derecho a la verdad

La primera vez que la Comisión invocó ante la Corte violación del derecho a la verdad, fue en un caso relacionado con la desaparición forzada de personas, el caso *Castillo Páez*. La Comisión alegó que se había infringido “el derecho a la verdad y a la información debido al desinterés del Estado para esclarecer los hechos que dan lugar a este caso”¹⁷³. Consideramos loable que la Comisión invocara violación del “derecho a la verdad” ya que de éste modo dio la oportunidad a la Corte para poder proteger de forma “indirecta” o por “efecto de rebote”¹⁷⁴, un derecho que no está expresamente reconocido en la Convención Americana. La práctica pone de manifiesto cómo esta técnica ha sido utilizada por el Tribunal Europeo de Dere-

¹⁷²Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/2000/49, 18 de enero de 2000.

¹⁷³Caso *Castillo Páez* (fondo), pár. 85.

¹⁷⁴Utilizamos estas expresiones tomándolas de los Profesores Roger Pinto y Gérard Cohen-Jonathan, citados por el Profesor Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid-España, 2003, p. 105.

chos Humanos, sobre todo, en los casos relacionados con la extradición, expulsión y deportación de extranjeros¹⁷⁵.

La Corte, sin embargo, se abstuvo de pronunciarse por dos motivos: el primero, porque estos argumentos fueron invocados en los alegatos finales de la Comisión y “que por ello no fueron contradi-chos por el Estado” y, el segundo, porque “se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones de la Convención Americana”¹⁷⁶.

En efecto, la Corte decidió que Perú estaba obligado a investigar los hechos que produjeron las violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y si bien dicha obligación tiene su fundamento en el artículo 1.1, lo cierto es que implícitamente está reconociendo “el derecho a la verdad” de los familiares de las víctimas, pues considera que inclusive, “en el supuesto de que dificultades de orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, donde se encuentran sus restos”¹⁷⁷.

En nuestra opinión, de lo expresado por la Corte se puede deducir que “subsiste” el derecho de los familiares de la víctima a conocer la verdad, en definitiva, los familiares de las víctimas tienen este derecho. De este modo por efecto de “rebote” o de “forma indirecta” consideramos que la Corte reconoció, aunque de forma tímida, “el derecho a la verdad”, pero cuya titularidad se enerva con el artículo 1.1, siendo en este caso la titularidad del derecho no de las víctimas, sino de sus familiares dado que estamos ante un supuesto de desapa-

¹⁷⁵En relación con la extradición, caso *Soering contra Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 1989, Serie A-161. Respecto de la expulsión Vid. casos *Cruz Varas y otros contra Suecia*, Sentencia de 20 de marzo de 1991, Serie A-201, pág. 70; y *D. contra Reino Unido*, Sentencia de 7 de mayo de 1997, Reports 1997-III. Y respecto de la deportación, Vid. casos *Chahal contra Reino Unido*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, Reports 1996-V; *Ahmed contra Austria*, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, Reports 1996-VI; y *Jabardi contra Turquía*, Sentencia de 17 de junio de 2000, Reports 2000-VIII.

¹⁷⁶Caso *Castillo Páez* (fondo), pág. 86.

¹⁷⁷*Ibidem*, pág. 90.

rición forzada de personas. A la misma conclusión se puede llegar en relación con el pronunciamiento de la Corte en el caso *Durand y Ugarte* cuando sostuvo que “en el supuesto de que las dificultades de orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el destino de éstas y, en su caso, el paradero de sus restos”¹⁷⁸.

En un caso relativo a otro Estado, *Bácama Velásquez contra Guatemala*, en el que también se trata de un supuesto de desaparición forzada de personas, la Comisión de nuevo invocó el “derecho a la verdad” y la Corte procedió a dar un paso adelante al sostener que “en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de 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”¹⁷⁹.

En el mismo sentido se expresó la Corte en el caso *Barrios Altos*, en el que no estamos ante un supuesto de desaparición forzada de personas sino de ejecuciones extrajudiciales, respecto de determinadas víctimas y de lesiones de otras. No obstante con carácter previo señaló que “es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a las víctimas de los familiares que fallecieron, conocer la verdad de los hechos ocurridos en Barrios Altos”¹⁸⁰. Por consiguiente, la Corte reconoce la existencia del derecho a la verdad, aunque al no estar expresamente regulado en la Convención Americana lo hace depender de las obligaciones que se derivan de los artículos 8 y 25.

Pero en este caso la Comisión, además de alegar ante la Corte que el derecho a la verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25, también

¹⁷⁸Caso *Durand y Ugarte* (fondo), pár. 143.

¹⁷⁹Caso *Bácama Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No 70, párs. 197 y 201. Como señaló el juez Cançado Trindade en su voto emitido en este caso, en la construcción jurisprudencial “del derecho a la verdad, se puede verificar un avance entre lo señalado al respecto por la Corte en el caso *Castillo Páez*” (pár. 32). Por su parte el juez García Ramírez puso de manifiesto que el derecho a la verdad tiene una doble vertiente, colectiva e individual, y que la Corte “se ha ceñido a la vertiente individual” (párs. 18 y 20).

¹⁸⁰Caso *Barrios Altos* (fondo), párs. 47-48.

argumentó que dicho derecho “se enraíza en el artículo 13.1, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información”¹⁸¹. La Corte no se pronunció sobre tal alegato, sin embargo, esto no tiene por qué interpretarse como un rechazo a que la violación del derecho a la verdad pueda quedar amparado por el derecho a la libertad de expresión, a pesar de que en los momentos presentes se haya limitado a decir que el derecho a la verdad queda subsumido en los artículos 8 y 25. En todo caso, lo adelantado por la Comisión nos parece relevante y quizás en el futuro, como sería deseable, la Corte llegue a considerar que el derecho a la verdad queda subsumido en los artículos 8, 25 y 13 de la Convención, pues este último garantiza el derecho a recibir información, mientras que los dos primeros establecen la obligación del Estado a depurar responsabilidades y, como la Corte viene señalando de forma reiterada, a sancionar a los culpables.

Quizás la forma de proceder de la Corte viene motivada por la actitud positiva del Estado peruano en el caso *Barrios Altos* pues, además de no rebatir los alegatos de la Comisión a este respecto, puso de manifiesto que su estrategia en materia de derechos humanos partía de “reconocer responsabilidades, pero más que nada de proponer fórmulas integrales de atención a las víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación”¹⁸².

De este modo el propio Estado está reconociendo ante la Corte el derecho de las víctimas sobrevivientes, de los familiares de éstas, así como de los familiares de los fallecidos a conocer la verdad. En definitiva, parece como si estuviera implícitamente abogando ante la Corte que reconozca la violación del derecho a la verdad, quizás para tener más fuerzas a los efectos de depurar responsabilidades, sobre todo cuando el problema fundamental ante el que se encontraba venía motivado por la vigencia de las leyes de amnistía, que la Corte consideró incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que carecían de efectos jurídicos.

Conclusiones

1. Perú es hasta el momento el Estado que en más ocasiones ha estado ante la Corte. Sin embargo, hay que tener presente que otros

¹⁸¹Ibídem, pár. 45.

¹⁸²Ibídem, pár. 46.

Estados han sido denunciados de forma reiterada ante la Comisión, al igual que Perú, aunque por diversas razones la Comisión no siempre ha considerado la oportunidad de presentar la correspondiente demanda ante la Corte. Además, el hecho de haber sido demandado en numerosas ocasiones ha permitido que el Estado peruano obtenga una decisión en Derecho del órgano competente a tales efectos. La actitud de Perú ante la Corte en los últimos años, obviando el periodo de vigencia del “retiro” de la aceptación de la jurisdicción contenciosa, ha sido bastante positiva y ello se pone especialmente de manifiesto en la etapa sobre reparaciones y, en particular, en los dos acuerdos sobre reparaciones concluidos.

2. Al analizar los distintos casos peruanos hay un dato significativo y es que la Corte suele invocar su anterior jurisprudencia tanto contenciosa (respecto de cualquier Estado) como consultiva cuando resulta pertinente. Ello confirma que la jurisprudencia de la Corte, en tanto que cosa interpretada, tiene eficacia *erga omnes*, sin perjuicio de que como cosa juzgada solo tenga efectos *inter partes*, salvo que la Corte decida que un pronunciamiento suyo al resolver un caso individual tenga efectos generales, como aconteció en el caso *Barrios Altos* en relación con las leyes de amnistía.
3. Pero la jurisprudencia de la Corte en los casos peruanos también confirma la práctica reiterada de citar la jurisprudencia de otros órganos internacionales, fundamentalmente de la Corte Internacional de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos. Resulta loable dicha forma de actuar, a pesar de que no tiene una justa correspondencia, pues aunque la jurisprudencia de la Corte es conocida, e incluso utilizada, no suele ser citada. No obstante, en los últimos tiempos el Tribunal Europeo sí suele invocar, en los casos pertinentes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
4. El uso desproporcionado de la fuerza con resultado de muerte fue conocido por la Corte en dos casos: *Neira Alegría y otros* y *Durand y Ugarte*. No obstante, mientras que en el primero de ellos sólo se centra en el problema del uso desproporcionado de la fuerza, en el segundo entra además a enjuiciar lo relacionado con la detención y el encarcelamiento de los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera, sin perjuicio de que en ambos casos la ineficacia

de los recursos para que fueran esclarecidos los hechos y depurar responsabilidades, centró la atención de la Corte.

5. El problema relacionado con la desaparición forzada de personas ha sido conocido por la Corte en un caso peruano, *Castillo Páez*. En éste puso de manifiesto que tal desaparición obedecía a una práctica en Perú cuando acontecieron los hechos del citado caso.
6. Las ejecuciones extrajudiciales se plantearon ante la Corte en dos casos: *Cayara y Barrios Altos*. Sin embargo, en el primero no se pronunció al prosperar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado peruano y, en el segundo, tampoco entró a enjuiciar los hechos ante el allanamiento de Perú ante la Corte.
7. Uno de los problemas principales que se encontró la Corte al resolver varios casos peruanos está relacionado con la vigencia de los Decretos-Leyes 25475 (terrorismo) y 25659 (traición a la patria, terrorismo agravado), los cuales en dos casos, *Loayza Tamayo* y *Cantoral Benavides*, fueron aplicados de forma sucesiva, esto es, tras ser cada una de las víctimas absueltas por el delito de traición a la patria por jueces militares “sin rostro”, fueron juzgadas por jueces de la jurisdicción ordinaria “sin rostro” y condenadas como autores del delito de terrorismo, desconociendo todas las exigencias del debido proceso legal, incluido el principio *non bis in idem*. En el caso *Castillo Petruzzi y otros* se aplicó el segundo de los Decretos-leyes, y nacionales chilenos fueron juzgados y condenados por tribunales militares “sin rostro” como autores del delito de traición a la patria, con la inobservancia del debido proceso legal.
8. La incompetencia de los tribunales militares para juzgar a civiles fue decidida por la Corte en el caso *Cesti Hurtado*. Calificó de parcialidad la actuación del Tribunal Constitucional para enjuiciar la destitución de tres magistrados de dicho Tribunal, así como la del Congreso en el caso *Tribunal Constitucional*. Decidió que la privación de la nacionalidad era arbitraria, como también lo era la injerencia en la libertad de expresión, en el caso *Ivcher Bronstein*, y ello sin perjuicio de la arbitrariedad de la privación de los bienes del señor Ivcher Bronstein. Por último, en el caso *Cinco Pensionistas* decidió que había habido privación arbitraria del derecho de propiedad como consecuencia de la reducción de las pensiones de jubilación.

9. Uno de los hechos más trascendentes está relacionado con el reconocimiento por la Corte del “derecho a la verdad”, un derecho no reconocido de forma expresa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si en un primer momento rechazó pronunciarse (caso *Castillo Páez*), con posterioridad, aunque de forma tímida, ha aceptado la existencia de este derecho en el caso *Barrios Altos*, aunque sustentando la violación de tal derecho en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Por consiguiente, por efecto de rebote o de forma indirecta, ha dado entrada a un derecho no reconocido de forma expresa por la Convención.
10. Por último hay que tener presente que el primer caso en el que la víctima o sus representantes han podido participar ante la Corte en el procedimiento sobre fondo ha sido en *Cinco Pensionistas*, pues con la adopción del Reglamento vigente (2001), éstas tienen *locus standi* en todas las etapas procesales ante la Corte, por lo que se ha dado un paso cualitativo en esta materia, que será culminado el día que el individuo tenga *ius standi* ante la Corte, como existe en la actualidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Temas en derechos humanos

The Institution of the Ombudsman. The Latin American experience*

*Lorena González Volio***

I. Introduction

A key element for the consolidation of democracy is the creation of control mechanisms on the exercise of power by State authorities through a system of checks and balances. During the past fifteen years we have witnessed the establishment of institutions that permit the citizenry to present proposals, express opinions and demand respect for its rights and interests.

This evolution has strengthened democracy by making it more participative and by creating opportunities for society to make its voice heard in a more organized manner. The institution of the Ombudsman¹ has played a significant role in this consolidation of democracy in Latin America.

A State policy that encourages the establishment of bodies such as the Offices of the Ombudsman, as has occurred in Latin America, must be accompanied by a policy that strengthens these institutions and provides them with complete political, administrative and budgetary independence. In other words, the Ombudsman must be able to perform their functions without governmental interference and must have an adequate budget. The Ombudsman must also have

* *Nota de la editora: Se publica en inglés, idioma en el que fue presentado en la Universidad de Essex, Inglaterra, en el marco del Seminario "National Human Rights Institutions: What Makes Them Effective?" en noviembre de 2003. Este seminario fue organizado por el Centre for Civil and Constitutional Rights, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Notre Dame, el Human Rights Centre del Queen's University of Belfast, y el Human Rights Centre de la Universidad de Essex.*

** Staff Member, Inter-American Institute of Human Rights, Costa Rica. Professor of International Law of Human Rights, I and II, University of La Salle, Costa Rica.

This article is the sole responsibility of the author and does not necessarily reflect the position of these institutions. The author wishes to thank Magda Rojas and Erika Brenes for their support in the preparation of this paper.

¹ In Latin America, the Ombudsman is also known as Defensor del Pueblo; Procurador de los Derechos Humanos and Comisionado Nacional de Derechos Humanos. For the purposes of this paper, the generic term Ombudsman will be used.

the freedom to organize their offices, manage their economic resources and have the final word regarding their powers.

This paper attempts to explain the process of consolidation of the institution of the Ombudsman since the creation of the first Office (Guatemala, 1985), the different laws that have established it, as well as to understand the challenges that the Ombudsman have had to confront and those that they will face in the future.

II. Origins of the Ombudsman

The institution of the Ombudsman has existed throughout history. It began with the functions of controlling and supervising the activities of governmental employees and has recently added that of monitoring respect for human rights.

The history of the Ombudsman begins in the Greek cities of Sparta and Athens, which as a practical matter were unified from 700 to 500 B.C., when the “Eflora” in Sparta and the “Euthynoi” in Athens oversaw the activities of governmental employees and municipal activities.²

Around 300 B.C., the Romans created an institution for the protection and defense of fundamental rights. With the fall of the monarchy and the rise of the Republic, the division between the social classes -patricians and plebeians- became more evident, so the latter left Rome in order to obtain social equality, or at least better living conditions. The plebeians retreated to Mount Aventino around 509 B.C. and obtained an important concession from the patricians who allowed them to choose two plebeian Magistrates to represent them and watch out for their interests. These civil employees were known as the Tribuni Plebis. They had the right of veto and could oppose the decisions of the Magistrates, the Consuls and the Roman Senate.³

During the reign of Cyrus in the Persian Empire -from 560 to 529 B.C.- he appointed an “Eye of the King,” a comptroller over the activities of all governmental employees.

² <http://boards2.melodysoft.com/app?ID=ombudsman&msg=63>

³ <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa>

During the Han dynasty in China -from the 3rd century B.C. to 220 A.D.- the Emperor assigned a civil employee called the Yan to exercise a systematic and permanent control of the imperial administration and its civilian employees. The Yan also received petitions from the public against what were called “administrative injustices.”

During the Byzantine Era -from 395 to 1453 A.D.- the figure of the Civitatis Defender or Defender of the City was established and given the mission to protect the humble against abuses of the rulers.

In 15th century Venice, the Council of Ten controlled the bureaucratic excesses of the city with proven effectiveness.

In the following century, the Great Senescal of Sweden, who acted as a true inspector of the courts of justice, brought before the king the abnormalities that he noted in the administration of justice, thus becoming the predecessor of administrative control that would be exercised by the Ombudsman. In 1713 King Charles XII named the first Supreme Solicitor, who was charged with ensuring that the civil servants faithfully obeyed the laws of the kingdom. In fact, it was in Sweden where the figure of the Ombudsman was created with its present characteristics. This figure was institutionalized in 1809 as a result of a dispute between the king and Parliament.

When the parliamentary monarchy was established and the attributes of the three branches of the State were assigned, the Justitie Ombudsman was created as the representative of Parliament to act totally independent of Parliament and to control the observance of the law by courts and government employees. He was authorized to bring to justice those who in the exercise of their functions committed illegal acts or neglected the performance of their duties by being partial, by doing a favor or for any other motive. As the representative of the Legislative Branch, he looked out for the rights, guarantees and interests of the citizenry.

The Ombudsman, given constitutional rank, soon provided innumerable examples of effectiveness. Finland adopted the institution and included it in its Constitution of 1919.

Nevertheless, the evolution of the figure was delayed until the end of World War II. Denmark included it in its Constitution of 1953 with the purpose of creating guarantees for the proper exercise of the

civilian and military administration of the State. In 1952 Norway established the office for military purposes and in 1962 broadened its mandate. Due to the international interest that this figure had created, this type of representative was established throughout the world as “Comptroller of the State” in Israel; “Supplier of Justice” in Portugal; “Mediator” in France; “Civic Defender” in Italy; “Parliamentary Commissioner” in Great Britain and “Defender of the People” in Spain, among others.⁴

This is a short history of how the institution of the Ombudsman, such as we know it today, began to be included in the legislation and Constitutions of the different countries. Its history in Latin America covers the last two decades and had as its main inspiration the Spanish Ombudsman.

At present the institution of the Ombudsman has extended far and wide and has been established in countries with solid democratic systems as well as in more recent democracies. In addition, the European Union appointed the first European Ombudsman in 1995, in accordance with the Maastricht Accord.⁵

III. Origins of the Ombudsman in Latin America

The beginnings of the Ombudsman in Latin America can be found in the Inca Empire, in which a figure called the “Trucuyricuy” (the one who sees all) existed and was in charge of overseeing the operation of the Imperial Council.⁶ With the arrival of the Spanish, the “Protector of the Indians” was created through the initiative of Fray Bartolomé de las Casas. There are also historical antecedents in the Law of the Indies, in which the Supervisor of the King communicated to the monarch claims or injustices committed by the Viceroy.

Nevertheless, the process of creating and incorporating the institution of the Ombudsman into the Latin American modern legal systems dates from the decade that just ended,⁷ when the so-called

⁴ <http://boards2.melodysoft.com/app?ID=ombudsman&msg=63>

⁵ http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/esp/history_s.html

⁶ A type of police organization that was responsible for order and compliance of the laws of the sovereign, supported by “michues,” who acted as advisors, inspectors and investigators.

<http://www.moais3.8k.com/antepasados/inca/incas.html>

⁷ The only Office of the Ombudsman created prior to this time was that of Guatemala (1985).

“transition to democracy” began at the same time that the cold war, the bi-polar world and the doctrine of national security, which dominated the region during practically the entire second half of the 20th century, were coming to an end.

The figure of the Ombudsman can be seen as evidence of this change because, until recently, the nations of the region lacked institutions to supervise the performance of government employees with respect to human rights.⁸

The phenomenon of the expansion of the Ombudsman can be said to be an answer to an institutional weakness in some countries and to the serious violations of human rights committed during the military dictatorships and the internal conflicts that afflicted Latin America in the 1970's and 80's, which has led to an emphasis on human rights by the Ombudsman. The Mexican jurist, Jorge Madrazo, describes the Latin American prototype as the “Criollo Ombudsman.”⁹

The Latin American Ombudsman is based on the Swedish and Spanish models and has evolved according to the needs of each country, in an attempt to respond to the demands of the people who need a mechanism to control the abuses of the authorities and private individuals.¹⁰

Although this figure is based on previously existing models, the Latin American model, tied to the constitutional developments of the transition to democracy and the end of authoritarian regimes, adds two fundamental elements to the classic figure. On the one hand, explicit priority is given to the protection of human rights, without relinquishing control of the *ultra vires* acts of the public administration. On the other hand, it may transfer files to the Public Ministry so that the latter can initiate, when appropriate, a criminal prosecution. The Ombudsman also has promotional and educational functions.¹¹

In Latin America, the Ombudsman is often more effective than the courts in protecting human rights and also has an important

⁸ FIO and IIDH, *Informe de La Secretaría Técnica*, period 2000-2001 November 2000- September 2001.

⁹ Madrazo Cuellar, Jorge, *El Ombudsman Criollo*, Mexico, D.F.: CNDH, 1996.

¹⁰ <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa>

¹¹ García Laguardia, Jorge Mario, *Reflexiones sobre el Ombudsman en América Latina y su proceso de nombramiento*, Guatemala, 1997.

complementary role in the resolution of conflicts. The Office of the Ombudsman is able to do this because of its particular characteristics, such as not being subject to formalities or legal restrictions for the handling of cases of violations of human rights; being an organization that does not charge a fee; and being independent of other State bodies.¹²

Today an institution of this nature exists in all of the countries of the region, except Chile,¹³ The Dominican Republic¹⁴ and Uruguay.

We now turn to the social and political situation in Latin America prior to the creation of the Offices of the Ombudsman in order to have a better idea of their particular characteristics, legal order, mandate and limitations.

1. During the era of military dictatorships and internal conflicts

Until the beginning of the 1980's, the governments of several Latin American countries were headed by the military, which in some cases succeeded one another through fraudulent elections¹⁵ or perpetrated themselves in power -as was the case of Paraguay and Nicaragua-¹⁶ where the rule of law or independent democratic institutions that enabled the citizenry to present claims for the violations of its most fundamental rights did not exist. During this period, there were massive human rights violations: some governments were responsible for multiple forced disappearances¹⁷

¹² See Note 8.

¹³ At the beginning of 2003, as a result of cases of scandals affecting the government, the Administration and the opposition in Chile agreed on an agenda of legislative projects regarding the modernization of the State and transparency, which includes the creation of the Office of the Ombudsman.

¹⁴ In February 2001, the Congress of the Dominican Republic adopted Law 19-01 that creates the Office of the Ombudsman. However, to date the first Ombudsman has not been named.

¹⁵ In Guatemala, from 1970 to 1982, four fraudulent elections were held that allowed a succession of military governments. On March 23, 1982, a few days after general elections -also fraudulent- a military coup overthrew General Romeo Lucas García and imposed General Efraín Ríos Montt as the new Head of State.

¹⁶ General Alfredo Stroessner governed Paraguay from 1954 to 1989 and three generations of Somozas held power in Nicaragua from 1933 to 1979.

¹⁷ In Argentina, human rights NGOs claimed that more than 25,000 persons had disappeared during that time and presented documentation regarding 7,000 disappearances.

and for the killing of those persons who worked in the field of human rights or criticized the military governments.¹⁸

The first Office of the Ombudsman in Latin America was created by the 1985 Constitution of Guatemala and given the task of ensuring compliance of human rights. The Constitution also created a Parliamentary Commission of Human Rights.¹⁹ Subsequently, in the “Global Agreement on Human Rights” that the Government and the rebel group *Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca* (URNG) signed in 1994, it was agreed that any behavior that limits, restricts or opposes the functions assigned to the Ombudsman in the area of human rights would undermine the fundamental principles of the rule of law and thus this institution had to be endorsed and fortified in the exercise of its functions. In that Agreement, the Guatemalan government agreed to support and strengthen the work of the Office of the Ombudsman and to improve its technical and material conditions.²⁰

In El Salvador, the Office of the Ombudsman was established in the constitutional reforms of 1991, which came about as a result of the Peace Agreements,²¹ that had as its basic function the promotion and protection of the fundamental rights and freedoms of the citizenry, in order to terminate the armed conflict and to achieve coexistence among all sectors of the nation. The Ombudsman was thus a product of the peace negotiations and his legal and constitutional powers had their origins in the serious violations of rights and freedoms of the immediate past.²²

In the case of Argentina, several members of the House of Representatives presented in 1975 a draft law to establish the Office

¹⁸ On March 24, 1980, the Archbishop of San Salvador, Monseñor Oscar Amulfo Romero, was assassinated while he celebrated Mass. It is clear that he was killed for his strong defense of human rights.

¹⁹ García Laguardia, Jorge Mario and Edgar Alfredo Ballsells Tojo, *El Procurador de los Derechos Humanos*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos, Guatemala, 1997, p. 47.

²⁰ See Global Agreement on Human Rights, Section 2, COPREDEH, Guatemala, 1997.

²¹ Peace Accords signed by the Government of El Salvador and the Farabundo Martí Front for National Liberation (FMLN).

²² Alamanni de Carrillo, Beatriz, *Cuadernos de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*, “Fundamentos de la labor de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos”, in San Salvador, 2002.

of the Commissioner of Congress. This initiative was not successful because of the political situation that resulted in the *coup d'état* that took place the following year and that led to military governments until 1983.²³ Ten years after the military dictatorships, the Defensoría del Pueblo was created in 1993 by presidential decree during the administration of Carlos Menem. An Ombudsman was not named, however, until the Office was created by law at the end of that year. In 1994, the institution was granted constitutional rank.

Paraguay, which was ruled by a dictatorship from 1954 to 1989,²⁴ incorporated the figure of the Ombudsman into the Constitution of 1992. Nevertheless, the Paraguayans had to wait nine years before the first Ombudsman was named. It is noteworthy that the office was authorized to hear compensatory claims of the victims of the dictatorship, which meant that the process to obtain indemnification was through the Ombudsman (Law 838 of 1996).

In Nicaragua²⁵ and Honduras²⁶ the institution of the Ombudsman arose at end of the military and dictatorial regimes and when the transition towards democracy had begun. In Nicaragua, the office was given constitutional rank in 1995.²⁷ In Honduras, the Ombudsman was first created by means of an executive decree in 1992, with a Commissioner appointed by the President. Later, in the constitutional reform of December 1994 and its entry into force in February 1995, the National Commissioner of Human Rights was institutionalized.

In the case of Bolivia, Col. Hugo Bánzer Suárez governed from 1971 to 1978²⁸ and was followed by a series of alternating military *coup d'états* and presidential elections between 1979 and 1983.²⁹

²³ Fix Zamudio, Héctor, "Posibilidad del Ombudsman en el Derecho Latinoamericano", in *La Defensoría de los de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, UNAM, Mexico, D.F., 1986.

²⁴ General Alfredo Stroessner governed from 1954 to 1989.

²⁵ The dictatorship of the Somoza dynasty ruled Nicaragua from 1933 to 1979 and was succeeded by the Sandinistas until 1990.

²⁶ Honduras lived under military regimes from 1963 until 1981.

²⁷ Known as the *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos*.

²⁸ With the support of the *Movimiento Nacional Revolucionario* (MNR) political party.

²⁹ The presidency was occupied by Juan Pereda Asbún, David Padilla Arancibia and Alberto Natusch Busch through *coups d'états* and by Walter Guevara Arce and Lydia Gueiler in elections. In 1980, Hernán Siles Suazo won the election but

From this latter date, Bolivia has had elections that have even returned the ex-dictator Bánzer to the presidency in 1997, but he resigned in 2001 for reasons of health. It is in this context that the Office of the Ombudsman was created in 1997 with constitutional rank. It is important to point out that its mandate emphasizes respect for the multi-ethnic and multi-cultural nature of the country³⁰ as well as the promotion and defense of the rights of women, the police and the military.

The cases of Peru and Colombia are special because, although the two countries have enjoyed civilian rule, they have been the scene of lengthy and serious armed conflicts³¹ that have involved massive violations of fundamental rights, many of which have gone unpunished. In that context, the Ombudsman was created in the Constitution of 1993 in Peru but the first Ombudsman did not take office until 1996. In Colombia, the Ombudsman was created in 1991 with constitutional rank.

2. Institutional weakness

There are also States in the region that, although they were not governed by the military, had institutional weaknesses that caused their democracies to be fragile. Such is the case of Mexico, which, in spite of having had periodic elections and civilian presidents, was ruled for 70 years by the same political party. In 1990, the Office of the Ombudsman was created following the example of Honduras; by presidential decree with the President naming the Ombudsman. At first, the Office was under the Ministry of Government.³² With the Constitutional reforms of 1992 the National Commission on Human Rights is given full autonomy as part of the slow and progressive democratic transition to fair elections from one-party rule that,

was prevented from assuming power by a *coup d'état* perpetrated by General Luis García Meza. In 1982 the military regime was ousted and in October of that year Siles Suazo assumed the presidency.

³⁰ There are a total of 33 ethnic-linguistic groups in Bolivia.

³¹ In Peru, the *Sendero Luminoso* (Shining Path) group intensified its attacks at the beginning of the 1980s, but lost its effectiveness after the capture of its leader, Abimael Guzmán. The internal conflict in Colombia persists and is characterized by drug trafficking, paramilitary forces, etc., which makes a short-term solution very difficult.

³² Fix Zamudio, Héctor, "Los Derechos Humanos", in *Memoria del 4º Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mexico, 2001.

between the end of the 80's and the beginning of this century, has taken place in countries such as Mexico. In 1999 the Mexican Constitution was amended so that the Senate elected the President of the National Commission and gave the Commission autonomy under the Constitution.³³ The Mexican legislation also envisions the formation of State Commissions in each of the 33 States and the Federal District.³⁴

In Panama, after the ten years of the government of Omar Torrijos that ended in 1978, there were a parade of Presidents, some of whom did not finish their term,³⁵ and a weakening of the public institutions. From 1983 to 1989 the Head of the National Guard, General Manuel Noriega, was the strong man of Panama.³⁶ The law creating the Office of the Ombudsman (*Defensoría del Pueblo*) was enacted in 1996, during the second democratic period, but the Office has not been included in the Constitution.

Ecuador, in turn, adopted the Organic Law of the Office of the Ombudsman (*Defensoría del Pueblo*) in 1997, in spite of a situation of weak institutionality,³⁷ and gave it functional, economic and administrative autonomy.

In Venezuela, at the beginning of 1992 the Government³⁸ was without popular support because of administrative corruption and an economic crisis in the country that had caused instability. On February 4, 1992, there was an attempted *coup d'état* and the following year President Carlos Andrés Pérez was removed from office and succeeded by J. Velásquez for the rest of his term. Later, Rafael Caldera governed for five years until the presidential elections of 1998 won by Hugo Chavez, who immediately convoked a Constitutional Convention.

In December 1999, the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela was adopted, which contains a structure of five branches,

³³ Ibid.

³⁴ Santiestevan de Noriega, Jorge, *El Defensor del Pueblo en Iberoamérica*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2002, p. 23.

³⁵ From 1978 to 1989, Panama had seven Presidents.

³⁶ In October 1989, an insurrection against Noriega by a group of young officers failed. Two months later, the United States of America invaded Panama.

³⁷ Between 1996 and 2000 Ecuador had three presidents: Abdala Bucaram; Fabian Alarcón and Jamil Mahuad.

³⁸ In 1992, the President of Venezuela was Carlos Andrés Pérez, who had been elected on December 4, 1988.

among them the Citizen's Branch with the Ombudsman (*Defensoría del Pueblo*) among them.³⁹

3. Democracies

Of the countries that currently have an Ombudsman, Costa Rica is the only one that did not suffer armed conflicts nor alterations in the democratic order. Nonetheless, creating an Office of Ombudsman was not easy. It was first attempted in 1979 when an amendment to Article 48 of the Constitution was proposed.⁴⁰ In 1982, the Organic Law of the Public Prosecutor was passed, which established the Office for the Defense of Human Rights, with the function to protect the human rights of all of the inhabitants of the country. It was not until 1992 that the law of the Office of the Ombudsman (*Defensoría de los Habitantes*) was passed.⁴¹ The Office is under the Legislative Branch but carries out its work with functional and administrative independence. The case of Costa Rica is one of the few in Latin America in which the Office of the Ombudsman has been created by law without including it in the Constitution.

IV. Comparative analysis of the mandate of the Ombudsman in Latin America

The Latin American countries referred to in this study are those that have an Ombudsman.⁴² They are: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru and Venezuela.⁴³

³⁹ The Citizen's Branch is made up of the Ombudsman, the Public Prosecutor and the Comptroller General, in accordance with Article 273 of the Constitution.

⁴⁰ Article 48 of the Constitution regulates the referring issue on the writ of amparo and the proposal was to create a Defender of Human Rights. Muñoz, Hugo Alfonso, "El Ombudsman: posibilidad de incorporarlo en Costa Rica", in *Revista Jurídica de Costa Rica*, No. 10, San Jose, December 1978.

⁴¹ Trejos, Gerardo, *El Defensor de los Habitantes: el Ombudsman*, Editorial Juricentro, San José, 1992; and, Muñoz, Hugo Alfonso, "El Defensor de los Habitantes", in *Revista Parlamentaria*, volumen 11, No. 2, San José, 1993.

⁴² The Dominican Republic has a law that created the Office of the Ombudsman since December 29, 2000, but the Ombudsman has still not been appointed. The legislatures of Chile, Uruguay and Brazil have not yet adopted the pertinent laws.

⁴³ Included in this study is the Commonwealth of Puerto Rico, as it belongs to the Ibero-American Federation of Ombudsman.

In beginning the analysis of the Office of the Ombudsman, it is important to point out its legal basis since some of the offices are included in the Constitution and others owe their existence to a law. This is important because the Ombudsman's legal standing influences his job security, independence, impartiality and privileges and immunities in carrying out his mission.

Of the 14 Latin American countries that have a functioning Office of the Ombudsman, eleven include the Office in the Constitution and only Costa Rica, Panama and Ecuador exist solely by law.

In the case of the aforementioned eleven States, the Ombudsman has greater job security because to change or eliminate the Office it would be necessary to amend the Constitution, which is a more complicated process than the simple change or repeal of a law because of the hierarchy of the Constitution over a domestic law. The case of Panama is an example where the Supreme Court, in a decision of February 12, 1998, voided several articles of the Law of the Office of the Ombudsman, which had the effect of reducing the Ombudsman's mandate to investigate matters involving the Legislative and Judicial Branches, the Office of the Public Prosecutor and the Electoral Tribunal or to investigate deficiencies in the administration of justice. In the same decision, the Supreme Court declared unconstitutional the immunity of the Ombudsman and his Deputies.

1. Basic conditions for the selection of the Ombudsman

a. The Ombudsman and the selection process

The importance of the process of selection of an Ombudsman deals mainly with the attributes that applicants to the position should have because the post is that of a kind of "magistrate of conscience." As the decisions of the Ombudsman are not binding, their effect depends greatly on the credibility of the person holding the Office. This means that the Ombudsman must have a recognized moral integrity in order to give credibility to his work and he must be able to bring together different sectors of civil society.

Each State has established its own procedure to select the person to hold the Office. The importance of this point, although apparently

only a question of form, lies in the fact that the Ombudsman must be independent in order to carry out his functions without favoring, or having an interest in doing so, any political party or sector of the government. Support for the Ombudsman depends on the manner in which he is selected and the importance or power of those who choose him.

The countries of Latin America have devised a number of ways to choose their Ombudsman. Most are elected by the legislature but there is no consensus on the number of votes necessary. In some cases, the Ombudsman is elected by a vote of two-thirds of the pertinent body.⁴⁴ In other cases, the election is by two-thirds of those present,⁴⁵ an absolute majority,⁴⁶ a qualified majority⁴⁷ or a majority of votes.⁴⁸ We also have the case of Nicaragua where the Ombudsman is not named by a qualified majority or by two-thirds of the vote but rather by 60% of the votes of the Assembly, which is a healthy measure that means that the candidates must meet a certain profile in order to be elected by consensus.

In a few States, it is the Executive Branch that appoints the Ombudsman. Such is the case of Colombia, where a short list is presented by the President, and in Panama, where the President can change the suggested candidate of the Assembly.

Worthy of mention are the cases of Bolivia, where the law calls for an open process and civil society can propose or oppose candidates,⁴⁹ and Nicaragua, where the candidates are proposed by Deputies in consultation with organizations of civil society.⁵⁰ In

⁴⁴ In Paraguay, the Ombudsman is elected by a vote of two-thirds of the House of Representatives; in Mexico, by a vote of two-thirds of the Senate, and in Venezuela, by a vote of two-thirds of the National Assembly.

⁴⁵ In Argentina, the Ombudsman is elected by a vote of two-thirds of those present in both the Lower and Upper Houses; in Bolivia, Ecuador, Guatemala and Peru by a vote of two-thirds of those present in the National Congress.

⁴⁶ In Costa Rica and Panama, the Ombudsman is elected by an absolute majority of the Legislative Assembly.

⁴⁷ In El Salvador, the Ombudsman is elected by a qualified majority of the Legislative Assembly.

⁴⁸ In Honduras, the Ombudsman is elected by a majority of votes in the National Congress.

⁴⁹ Article 7 of the Law of the Ombudsman of Bolivia.

⁵⁰ Article 138, subsection 9 of the Constitution of Nicaragua, and Article 8 of the Law of the Ombudsman.

Peru, the Ombudsman is selected by means of a notice in the Official Gazette and then a list of candidates is published in order to make up the official list.⁵¹

Sometimes the process to name the first Ombudsman has taken more than a reasonable period. Such is the case of Paraguay, where the Constitution of 1992 created the institution and the Congress adopted the Organic Law of the Office in 1995, but it was not until 2001 that the first Ombudsman was named.⁵²

In order that the selection process be transparent and to avoid delays in naming the Ombudsman, or so that the Deputies of the Office do not assume the post for prolonged periods,⁵³ the legislatures should adopt rules that state clearly the procedures and precise time-limits so as to avoid vacuums that would facilitate a crisis or leave the Office without a head for long periods. It is also important that civil society be able to monitor the process so that it transcends politics and in order that the person chosen is legitimated so that he can carry out his work in accordance with the requirements of the post.

The Deputy Ombudsman is an important figure because some laws permit the Ombudsman to name or remove his Deputies.⁵⁴ In some cases, such as Bolivia, the Ombudsman can name or remove his Deputy only with the consent of the Senate. In Argentina and Costa Rica, the Deputies are named by the legislature upon the proposal of the Ombudsman. In Nicaragua and Paraguay, the legislature elects the Deputy. In order to avoid a political arrangement in the Parliament that would lead to the appointment of deputy Ombudsman of a different political party, and given that the

⁵¹ Article 161 of the Constitution and Article 3 of the Basic Law of the Ombudsman of Peru.

⁵² This unjustified delay might be explained by the fact that Law 838 of 1996 recognizes that the State must indemnify the victims of violations of human rights during the dictatorship from 1954 to 1989 and establishes that the Office of the Ombudsman must substantiate the claims, by evaluating the proof and decide on the pertinent indemnization.

⁵³ As of October 2003, four Offices of the Ombudsman in the Andean Region (Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru) do not have an Ombudsman elected by the legislature and many of these Offices have been filled by persons for longer than a year.

⁵⁴ In El Salvador, the Ombudsman by law selects five Deputies; in Panama the Ombudsman may designate two Deputies and in Honduras there is no limit to the number of Deputies that the Ombudsman may name.

office should not be a political one, we believe that the best solution would be to give the Ombudsman three months to nominate a Deputy and to present that name to the Parliament for approval.

b. Duration of the mandate

Once elected, the Ombudsman remains in office until his period is complete. Eight of the Latin countries included in this survey have fixed a term of five years and most allow re-election for the same period.⁵⁵ In three countries, the term is four years.⁵⁶ Honduras has a period of six years with the possibility of re-election; El Salvador sets the term at three years and finally Venezuela fixes the term at seven years without the possibility of re-election.

With respect to the personal attributes that the aspirant should have, some countries expressly require that the person be native-born⁵⁷ and, in other cases, the law implicitly or expressly permits the candidate to be a citizen by naturalization.⁵⁸

Some laws establish the welcome rule that the Ombudsman does not have to be a lawyer,⁵⁹ but mention that the candidate should have a background in the study or defense of human rights.⁶⁰ Most of the laws require that the candidate not be convicted of a crime that involves the deprivation of freedom or of a crime involving fraud. Only one country, Bolivia, requires the Ombudsman to have completed military service.

c. Preservation of independence

A key element is the independence that the Ombudsman must have so that he can carry out his mission. This is an indispensable, perhaps the most important, attribute that the Ombudsman must have in the control and monitoring of the respect and promotion of human rights within the public arena.

⁵⁵ Argentina, Bolivia, Mexico, Panama, Paraguay, Peru, Guatemala and Nicaragua. The latter two do not permit re-election.

⁵⁶ Colombia, Costa Rica and Ecuador. The latter two permit re-election.

⁵⁷ For example, Bolivia, Colombia, Ecuador, Honduras, Mexico and Venezuela.

⁵⁸ For example, Argentina and El Salvador.

⁵⁹ Colombia, Ecuador, Guatemala and Peru require that the Ombudsman be an attorney, while the law in Panama indicates a preference that the Ombudsman be an attorney.

⁶⁰ In Argentina, Bolivia, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Mexico and Venezuela, it is not necessary that the Ombudsman be an attorney.

The majority of Latin American countries give their Ombudsman independence either by law or by the Constitution. Some laws expressly state that the Ombudsman must only be subject to the law and the Constitution, while others, for example Colombia, state that the Ombudsman must act under the control of the Attorney General.

The Ombudsman's independence is also important because his job is to protect the citizenry from those acts in which the State infringes, limits or suppresses its rights. How can the Ombudsman do his job effectively if he is subject or limited by the government that he must accuse? It is precisely in the matter of independence that we find the main obstacles to the establishment and adequate functioning of the Office of the Ombudsman, because there are ingenious and sophisticated ways to limit its independence. This can happen structurally when, for example, the organic law limits it to certain areas, or when the Office is not given adequate resources or, in the worst of cases, its funds are reduced. On extreme occasions, the independence of the Office has been challenged by threats to those who work there, such as the case of Guatemala, where there was a campaign of intimidation that included threats to the employees in both the central office and the provincial offices; the murder of the head of the Chimaltenango office; and the search of the central office on August 26, 2003.⁶¹ In addition, the UN Committee on Human Rights has expressed its concern over the threats received by the Ombudsman of El Salvador.⁶²

The worst enemy of the Ombudsman is the lack of political will that does not allow the Office to be a truly efficient body with broad powers. Thus it is necessary to develop strategies so that these monitoring organizations have the optimal human and financial resources to cover all areas related to the supervision of the administration of the State. The Ombudsman must never be chosen as a result of political maneuvering or be subject to any legal or judicial reform that limits important functions.⁶³

⁶¹ This situation was condemned by the international community. The Central American Council of Ombudsman adopted a resolution demanding an immediate end to the harassment and persecution of the Office of the Ombudsman of Guatemala.

⁶² See *Final Observations of the UN Human Rights Committee, El Salvador* CCPR/CO/78/SLV, April 15, 2003.

⁶³ An example is the amendment to the Law of the Ombudsman of Panama, due to a decision of the Supreme Court, by which important attributes of the Office are limited, such as the possibility of overseeing the administration of the Judicial Branch.

There is a clear proportion between the rules governing the institution -be it under the Constitution or under the law- and the privileges and immunities granted to the Ombudsman. As stated, there are three States that do not regulate the Ombudsman in their Constitutions, of which two -Costa Rica and Panama- do not grant any type of privilege or immunity to the Ombudsman, not even regarding work carried out in conjunction with his Office. Ecuador gives the Ombudsman the same immunity as members of Congress⁶⁴ and Colombia -which unlike most of the States that regulate the Ombudsman in the Constitution and grant a broad immunity necessary for the successful carrying out of his functions- says nothing about the subject of privileges and immunities.

d. Vacancies

The majority of Latin American countries expressly state in their legislation the causes for removal of the Ombudsman, among which are expiration of the mandate, resignation and death. Some States cite political participation or activity⁶⁵ or a violation of the legal order -whether it be the Constitution or the law- such as a serious crime. Other States have laws that grant the Ombudsman the right to a hearing before he can be terminated.⁶⁶ Only three countries -Colombia, Mexico and Venezuela- do not indicate the causes that can give rise to terminating the Ombudsman.

The cases of Peru and Colombia are very interesting. In the former, the law indicates that the Ombudsman can appoint his substitute when he is unable to continue in office, whether temporarily or upon his resignation. In the case of Colombia, the law allows the President to intervene not only in proposing a slate of candidates but also, in the definitive absence of the Ombudsman, in appointing an Ombudsman to exercise the functions until the Congress elects a new Ombudsman, according to the procedure established in the Constitution.⁶⁷

It is important to note that, in general, the laws in Latin America do not provide clear rules for appointing an Ombudsman in case of

⁶⁴ In the case of Puerto Rico, it only grants immunity with respect to civil and criminal responsibility.

⁶⁵ For example, Guatemala and El Salvador.

⁶⁶ For example, Costa Rica, Nicaragua and Peru.

⁶⁷ By Decree No. 2480 of September 2, 2003, President Alvaro Uribe named Volmar Antonio Pérez Ortíz to replace Eduardo Cifuentes Muñoz, who had been the Ombudsman for three years.

a vacancy, a situation that has resulted in serious problems and delays in appointments.⁶⁸ In Paraguay, to fill this gap the Congress passed Law 2103,⁶⁹ which establishes that once the Ombudsman's period has expired, the Ombudsman continues to exercise his functions until his successor assumes office.

e. Budget

The legal framework that governs the institution of the Ombudsman should seek, among others, its budgetary independence, which is essential so that the Ombudsman can completely fulfill his function of overseeing the public administration.

All of the laws in Latin America related to the Ombudsman contain a reference to the budget. The great majority of the laws include it in the budget of the Legislative Branch⁷⁰ or in the general budget of the State.⁷¹ Some laws call for a special budget as in the case of El Salvador or its own budget as in Mexico. Others, as in the case of Paraguay, include it in the budget of the Senate. Some States -Bolivia, El Salvador, Honduras and Nicaragua- by law allow it to receive donations, either national or international, to be used or inserted into the budget of the Office of the Ombudsman. Others, such as Colombia and Peru, authorize the Ombudsman to present, explain and defend the draft budget before the pertinent authorities.

It has also been the practice of some Latin American countries to weaken the institution by cutting the budget –which in some cases is among the lowest in the public administration. This has resulted in limiting the adequate functioning of its role in the face of serious needs in view of the national reality in the field of human rights.

This has led to civil society and international organizations to speak out⁷² so that the budget of the Offices of the Ombudsman not

⁶⁸ El Salvador waited for more than a year before naming the current Ombudsman.

⁶⁹ Adopted in May 2003.

⁷⁰ Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala and Panama.

⁷¹ Colombia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Puerto Rico and Venezuela.

⁷² The Central American Council of Ombudsman adopted on September 2, 2003, at its XXIV Meeting held in Guatemala, a resolution that recommended that the governments of Central America provide the Ombudsman with a budget in line with the role that they play. It also manifested its support for the efforts of the Ombudsman of Guatemala, Nicaragua and El Salvador to achieve a budget that would allow them to fully protect human rights in their respective countries.

be used as an instrument of control, since such adjustments in assigning resources lead to the weakness of these institutions.

f. Competence and limitations

Before analyzing the competence and limitations of the Ombudsman, we should point out that they can carry out investigations on anything that relates to the services of the public administration that affect the basic rights recognized in the Constitution, international treaties and the law.

Their investigations and activities must meet certain requirements, such as:

- a) they must be without charge, must not be full of formalities and must be prompt;
- b) their resolutions do not replace acts of the administration⁷³ nor do they have a jurisdictional nature, in that the Ombudsman exercises a type of influence;
- c) their field of action is limited to the public sector;⁷⁴
- d) their resolutions are not binding;⁷⁵
- e) they should publicize both their recommendations and their activities, because this is vital for their strengthening and institutional legitimacy.

Of the 14 Latin American States surveyed, four⁷⁶ do not have laws that expressly limit the Office of the Ombudsman, but do make a very general mention of its functions: Colombia, El Salvador and Venezuela limit the Ombudsman to the protection and defense of human rights and Bolivia refers to the protection of human rights and the guarantees of persons only in relation to administrative acts of

⁷³ It is a question of using its influence in making recommendations to the administrative bodies charged with resolving the case in question, but not substituting them.

⁷⁴ Contrary to what happens in the administration of justice, the Ombudsman has a strictly limited range of action in the public sphere within which he acts as a mediator or interlocutor of the complainant or of the collective harmed by the action or inaction of the public institution.

⁷⁵ They consist of warnings, recommendations or reminders that may or may not be paid heed to by the public bodies. In the case that they are not accepted, the Ombudsman has other possibilities: file a judicial appeal, look for a public censure through the mass media or present the case to the Legislature.

⁷⁶ Bolivia, Colombia, El Salvador and Venezuela.

the public sector.⁷⁷ The rest of the States also give the Ombudsman the task of defending rights with respect to the public administration and establish that that sector conform to human rights,⁷⁸ as well as the defense of those other rights set out in the Constitution and the law,⁷⁹ which obviously gives a broader, or at least more detailed, concept to its competence. Although we believe that the Office of the Ombudsman should be allowed to investigate the acts of the Judicial Branch with respect to its service to the public, in some cases there are specific limitations on which the laws agree, such as the fact that it cannot receive complaints concerning the Judicial Branch,⁸⁰ nor receive complaints about matters pending resolution or modify them.⁸¹

With respect to electoral matters, there are four countries that restrict the action of the Ombudsman; the Costa Rican law being the least restrictive in limiting his intervention to resolutions of the Supreme Tribunal of Elections. In the other three countries, the restriction not only refers to the resolutions but also to any matter concerning elections. The basic law of the Mexican Ombudsman states that he is not competent to deal with electoral matters; Panama does not permit him to investigate acts or omissions of the Electoral Tribunal and Paraguay does not allow him to exercise functions that belong exclusively to the electoral authorities. On the other hand, the case of the Ombudsman of Peru -who has no prohibition- is interesting because he presented a complaint to the Inter-American Commission on Human Rights against the State because the National Board of Elections -in a restrictive interpretation of Electoral Law 26859, which establishes among other matters electoral quotas- allows a lesser percentage to that determined by law, thus favoring a discrimination for reasons of gender.

With respect to the competence of the Ombudsman to investigate the military,⁸² the laws in Nicaragua and El Salvador expressly state

⁷⁷ The case of Puerto Rico also seems very restrictive since the law states as a sole attribute the power to investigate administrative acts of any body of the Executive Branch.

⁷⁸ Argentina, Costa Rica, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay and Peru.

⁷⁹ Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua and Peru.

⁸⁰ Argentina, Costa Rica, Mexico, Panama and Paraguay.

⁸¹ Argentina, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras and Nicaragua.

⁸² In his report of October 30, 2002, the Ombudsman of El Salvador concluded that those responsible for the murder of the Jesuit priests on November 16, 1989

that the military must comply with requests of the Ombudsman. The Ombudsman of Honduras attributes extend to activities of civil servants and the military with free access to all governmental and military offices. In the case of Ecuador, the Ombudsman must by law make periodic visits to centers of social rehabilitation, police stations and military posts to assure that human rights are respected.

The Ombudsman must have broad control and supervision over every type of State activity, encompassing all branches of government⁸³ and public sectors. In this sense, only in Argentina is the Ombudsman excluded by law from overseeing activities linked to matters of defense and security.

g. Principal functions

The main functions of the Ombudsman in Latin America are those of investigation, mediation and education in human rights. If it is true that not all of the laws in Latin America expressly grant these functions,⁸⁴ they have been developed with great success in the majority of countries.

With regard to the area of investigation, almost all of the countries⁸⁵ give the Ombudsman this function either when requested or on his own and require civil servants to furnish all information. It is important to note that some countries expressly indicate that even confidential information must be furnished,⁸⁶ while some do not allow the Ombudsman to receive confidential information,⁸⁷ and others do not refer to this matter.

Some States grant their Ombudsman more functions than those already mentioned. Such is the case of Colombia, the laws of which expressly provide that the Ombudsman must report to the public on

in the Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", were members of the Armed Forces of El Salvador and requested the Supreme Court and the Attorney General to initiate the appropriate proceedings.

⁸³ Cf. Laws of Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua and Panama.

⁸⁴ Of the 14 States surveyed, Colombia, Ecuador, El Salvador, Mexico, Nicaragua and Panama give the Ombudsman mediating and educational functions. In the cases of Argentina and Peru, these functions are not expressly granted. In Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Paraguay and Venezuela, there is only an educational function.

⁸⁵ It is not expressly granted in Colombia and Mexico.

⁸⁶ Such is the case of Honduras, Nicaragua and Panama.

⁸⁷ As in Argentina and Costa Rica.

any investigation, which is important because it creates a clear access to the information obtained in the investigations. El Salvador allows the Ombudsman to adopt provisional measures considered necessary and in Guatemala the Ombudsman can request that a civil servant who obstructs an investigation be fired.

The type of infraction that a civil servant commits in not furnishing the requested information -in not collaborating or helping an investigation of the Ombudsman- differs depending on the country. For example, in Costa Rica it is the crime of disobedience; in Ecuador, the crime of failure to obey a lawful order (*desacato*) and civil servants may be fined or have to face the appropriate civil and criminal charges; in Nicaragua, the crime of *desacato* and for administrative responsibilities; in Paraguay, the obstruction of the functions of the Ombudsman and *desacato*, with the possibility that the Public Prosecutor take the appropriate legal action.

Finally, the laws of two countries are somewhat different concerning recommendations of the Ombudsman: Peru, where if the pertinent measures are not adopted and no reason is given, the Ombudsman informs the highest authority or -as appropriate- the Comptroller and Mexico, where the authorities are responsible criminally and administratively for acts or omissions during the handling of complaints.

In order that the investigative function be carried out fully, the law must provide for:

- In-depth investigations of any type that involve the services of the Public Administration.
- Authorization to inspect without prior notice and request any type of information⁸⁸ from public offices, including police stations⁸⁹ and military posts.⁹⁰
- Carry out acts of clarification and immediate access to prisons.⁹¹
- The real possibility of requesting information from civil servants.

⁸⁸ An example is the Ombudsman of Costa Rica.

⁸⁹ By law, the Ombudsman of Ecuador must make periodic visits to centers of social rehabilitation, police stations and military posts to assure the respect for human rights.

⁹⁰ An example is the Ombudsman of Honduras.

⁹¹ Examples are the Ombudsman of Bolivia and El Salvador.

- Sanctioning of civil servants who obstruct investigations or do not collaborate when so required.⁹²

In investigations, the Ombudsman should define the priority to handling individual cases or general cases or those whose impact might result in public policies. The choice should be based on criteria of timeliness and suitability, as well as on the effectiveness and impact that his activities might have.

As to the development of his role of mediation in social conflicts, his function -regulated by law- is more varied. For example, the law in Colombia states that the Ombudsman mediate concerning collective petitions between beneficiaries and companies in the area of public services. In Ecuador, he shall do so between juridical persons and popular organizations concerning conflicts with the Public Administration. These two countries do not give express authority to an individual to present a complaint to the Ombudsman, such as occurs in the case of Panama the laws of which grant the Ombudsman the power to mediate conflicts between individuals and the administration with the consent of both parties. The laws of El Salvador, Mexico and Nicaragua refer to conciliation and allow the Ombudsman to hear complaints between individuals whose rights have allegedly been violated and the pertinent authorities.

The figure of the Ombudsman in Latin America has recently been strengthened by his direct participation in the solution of conflicts. For example, the intervention of the Bolivian Ombudsman⁹³ in the dialogue regarding coca growers and the integral development of the tropics of Cochabamba; the mediation of the Colombian Ombudsman in the agreement among indigenous leaders of the Cauca region to end the struggle over land that had lasted for more than 20 years; and in Costa Rica in the crisis of the draft law concerning the electrical utility.

⁹² The laws of Argentina, Costa Rica and Honduras stipulate that it would be a crime of disobedience and those of Ecuador, Nicaragua and Paraguay classify it as *desacato* or failure to comply.

⁹³ In 2001 the Ombudsman of Bolivia participated, together with the Catholic Church and the National Assembly of Human Rights, in the mediation between organizations of civil society and governmental authorities to search for a solution to the conflict regarding water and the impact of the conflicts caused by the eradication of the coca plants in the Department of Cochabamba. See, report of the Office of the Ombudsman, 2001.

The educational function of the Ombudsman should be understood as the promotion and dissemination of human rights doctrine and of the mandate of the Office and its programs and policies on human rights. This is established by law in El Salvador, Mexico, Panama and Paraguay. Colombia, Nicaragua and Ecuador, in addition to including the aforementioned in their educational function, broaden it slightly by adding -the first two- the dissemination of information on the Constitution and the latter, by indicating that this function should be carried out by the mass media of the State.

It is important to note in this regard the agreements of collaboration by which some Ombudsman support Ministries of Education in the incorporation of the topic of human rights in formal education, as well as agreements with civil society organizations for its incorporation in popular education. Another mechanism is through agreements with universities so that students fulfill a community service in the Offices of the Ombudsman and thus not only learn about human rights but also support the work of the Ombudsman.

In the majority of the States,⁹⁴ the Ombudsman is given a series of jurisdictional and/or administrative activities, permitting him to present complaints and follow them up.⁹⁵ In the cases of Costa Rica and Bolivia, the law enables the Ombudsman to present writs of unconstitutionality⁹⁶ without it being necessary that the laws or norms have been applied to an individual in a concrete case.

The case of Argentina is also interesting. Its laws do not mention this possibility but, through a correct interpretation of its mandate, the Ombudsman presented a writ of *amparo* against the State regarding decrees that “froze” funds that individuals had deposited in different financial institutions in Argentina as a violation of the rights to property and the intangibility of the deposits.

⁹⁴ Honduras and Mexico do not make any reference in their legislation to the judicial or administrative actions to which the Ombudsman may have access.

⁹⁵ With the exception of Argentina, which doesn't stipulate as an attribute of the Ombudsman the possibility of making this appeal.

⁹⁶ In 2002, the Ombudsman of Bolivia presented eight constitutional appeals on various matters related to the exercise of basic human rights, such as the right to life, to personal security, to health, to freedom of expression and to work. See, V Annual Report to National Congress.

In some States, the Ombudsman can present draft laws. For example, in Bolivia⁹⁷ the Ombudsman can propose changes to decrees, laws and non-judicial resolutions; in Colombia⁹⁸ and El Salvador he can do so in matters referring to human rights.⁹⁹ Some States¹⁰⁰ expressly allow their Ombudsman to suggest the ratification or signing of human rights treaties. Although this function is not expressly defined by law -because the Ombudsman is a parliamentary delegate- we think it important that he be allowed to support or advise Parliament in this material, not only in suggesting the ratification of treaties but also in conforming the domestic laws to the international commitments of the State.

Among the special activities of the Ombudsman, the laws of Argentina and Costa Rica establish that in case the Ombudsman learns of a fact or news of a crime he must communicate it to the corresponding authority. In the other States, special activities may be overseeing conditions in jails and the rights of those deprived of their freedom, as is the case in Colombia,¹⁰¹ Ecuador, El Salvador, Mexico and Nicaragua. In Colombia and Venezuela, the Ombudsman is charged with overseeing the conditions and rights of ethnic minorities and indigenous peoples. There exist certain particularities in the special activities of the Ombudsman of Ecuador who can oversee the human rights of nationals who live abroad.¹⁰² The Honduran Ombudsman can handle cases of domestic violence and complaints presented by inmates of psychiatric hospitals. Only Paraguay and Venezuela allow their Ombudsman to handle a variety

⁹⁷ Using this attribute, in 2002 the Ombudsman proposed twelve laws or amendments of norms that violated or affected basic rights in matters such as the human rights of persons afflicted with HIV/AIDS and the constitutional reform of the Agrarian and Peasant Regime. See, V Annual Report to National Congress, 2002.

⁹⁸ The Ombudsman of Colombia actively participated in 2001 in the amendment to Article 93 of the Constitution, by which Colombia recognizes the jurisdiction of the International Criminal Court.

⁹⁹ As a special attribute, he can give his opinion on draft laws that affect human rights.

¹⁰⁰ Examples are the laws of Venezuela, Nicaragua, Peru, Bolivia, Ecuador, El Salvador and Mexico.

¹⁰¹ See Resolution No. 15 of December 4, 2002 of the Ombudsman of Colombia on the rights of innocent persons deprived of their freedom.

¹⁰² In 2003, the Ombudsman of Ecuador named a Commissioner in Barcelona and announced that one would be named in Murcia.

of matters and Guatemala and Peru expressly state that the mandate of the Ombudsman cannot be suspended for any reason.

h. Resolutions and their effect

As we have already indicated, the prestige of the Ombudsman is what gives him his effectiveness. The post of Ombudsman is legally and socially legitimated, which gives weight and authority to his acts and recommendations that in any case are not binding. Their effect comes from the prestige of the occupant of the Office and the quality of the work. An analysis of the laws creating the Ombudsman in Latin America shows how in each case the law refers to recommendations, whose compliance is intimately related to the mechanisms of social control that the figure of the Ombudsman is able to establish.

The matter of resolutions and their effect is of great importance since that is where it is possible to truly see the importance or power that the Ombudsman has in each of the States under study; with the exception of Paraguay, the laws of which do not address this question.

The laws of almost all of the countries¹⁰³ state that the Ombudsman can formulate recommendations, observations or suggestions. The laws of Colombia and Venezuela stipulate that these recommendations can only be made concerning human rights. Other countries -Costa Rica, Honduras, Mexico, Panama and Peru- are even more specific and limiting in stating that these recommendations are not binding or that they can not modify any other type of resolution. In seven countries, the Ombudsman is constrained to informing the pertinent authority -according to the law- of the complaints, anomalies, infractions that have been brought to his attention, which means that he cannot handle and resolve them but rather only report them: in Argentina, either in an annual or special report; in Honduras, place them in the hands of the Head Prosecutor; in Panama, report them to the Attorney General; in Peru, to the pertinent authority and, where appropriate, to the Comptroller General; in Colombia, once the evidence has been evaluated, the Ombudsman must send the case to the pertinent authority; and in Venezuela, the Ombudsman must request that the Head Prosecutor present the appropriate claims and apply the proper sanctions. The

¹⁰³ Except Ecuador and Guatemala.

opposite occurs in Ecuador where the Ombudsman must present the necessary writs to avoid damage or danger and can also require that the appropriate authority resolve them. In El Salvador, the Ombudsman presents the appropriate judicial and administrative claims and requests that there be due process. In Guatemala, the Ombudsman can order the immediate end to the violation and present the claim before the pertinent body. Finally, in Nicaragua the Ombudsman can also initiate or promote actions of responsibility and the corresponding remedies.

There also exist a series of interesting peculiarities. For example, in Colombia the Ombudsman can publicly seize the violator of human rights if he is an individual. The Guatemalan Ombudsman can issue resolutions of public censure against the material and intellectual authors of a violation and in El Salvador, if the measures demanded by the Ombudsman are not complied with, he can issue a public censure.

i. Consequences of not obeying or not collaborating with the Ombudsman

We now will analyze the consequences in each State for the crime of disobedience for not collaborating with the Ombudsman in his investigations or for not taking into account his recommendations. The laws in Guatemala are the only ones that do not make reference to this matter. Most of the other States indicate the crimes -set out in their legislation- that civil servants or in some cases individuals commit if they obstruct or disobey the requirements or recommendations of the Ombudsman. Some States generally refer to obstruction of the work of the Ombudsman. For example, in Bolivia, the law establishes that in the case of negligence there is a serious infraction; in Colombia, this obstruction is bad conduct and is punishable by firing in addition to the respective criminal sanctions; in Ecuador and Panama, it is criminal or administrative responsibility; in Honduras and Argentina, if there is a refusal or negligence, it is the crime of disobedience.

As to the infractions of not furnishing the requested information, lack of cooperation or not helping with the investigative function of the Ombudsman, the Costa Rican law indicates the crime of disobedience; the law in Ecuador establishes the crime of *desacato* and civil servants are fined in addition to facing the respective

criminal and civil actions; in Nicaragua it is the crime of *desacato* in addition to the pertinent administrative responsibilities; in Paraguay it is an obstruction of the functions of the Ombudsman and *desacato*, with the possibility that the case will be taken to the Public Prosecutor for the appropriate action.

In the case of the failure to comply with the recommendations of the Ombudsman on the part of the employees of the public administration, the laws in Costa Rica state that, if an employee does not follow the recommendations, he will be warned and, in the case of a repeated violation, he will be suspended or fired. Under Nicaraguan law, the civil servant must twice refuse to follow the recommendations to be guilty of the crime of *desacato* and the respective administrative responsibilities and he may be called before the Congress.

There are two States whose laws slightly differ with respect to the recommendations of the Ombudsman: Peru, where if adequate measures are not adopted or no reason is given for not adopting them, the Ombudsman communicates that to the highest authority or -as appropriate- to the Comptroller and Mexico where the authorities incur criminal and administrative responsibility.

On the other hand, only five of the countries studied¹⁰⁴ have laws that refer to the possibility of challenging the recommendations of the Ombudsman. Of these five, only those in Panama indicate that the actions of the Ombudsman are not susceptible to administrative or jurisdictional actions; in Argentina, only decisions on admissibility can be contested; Costa Rica allows only reconsideration of the acts, decisions and reports of the Ombudsman. In Mexico -because it has a federal system- omission or inactivity of the State Commissions can be challenged and, if the matter is considered important, the challenge can be brought and the handling continued. In addition, the decisions of the State Commissions can be impugned. Both recourses must be presented to the National Commission on Human Rights. Finally, in Peru where there is no challenge to admissibility, the acts of the Ombudsman are subject to revision by the judiciary and reconsidered only through a writ of reconsideration.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Argentina, Costa Rica, Mexico, Panama and Peru.

¹⁰⁵ Articles 20 and 31 of the Basic Law of the Ombudsman.

j. Procedures for the handling of petitions

With respect to the procedure that should be followed in the handling of petitions brought before the Ombudsman or so that the Ombudsman sends it to the competent authority in order that the matter be known concretely, only Venezuela does not have a provision on the matter. The majority of States permit any person -individual, physical or natural or any juridical person- to present petitions.¹⁰⁶ Ecuadorian law indicates that a legitimate interest is necessary in order to present a petition; the law in Honduras refers only to natural persons; Mexico and Argentina do not refer to who can present a complaint; only three countries -Bolivia, Costa Rica and Honduras- establish in their legislation a limit of one year from learning of the events to present the complaint; the rest of the countries do not place any time limit for the presentation of complaints.

Normally, a report¹⁰⁷ is requested from the superior of the employee who committed the error¹⁰⁸ or from the employee allegedly involved¹⁰⁹ or, in some cases, from both.¹¹⁰ The State sets a time limit for the presentation of the report. Panama allows the Ombudsman to request all the reports necessary from civil servants.

In many cases, the Ombudsman must present his resolutions within a certain time limit. The law in Costa Rica gives the Ombudsman two months to decide a case. El Salvador gives a term of 28 days to issue the pertinent resolution. Guatemala states a term of eight days to issue the resolution with the particularity that the legislation expressly indicates the points to which the Ombudsman must refer in the resolution. Finally, Paraguay gives the Ombudsman 120 days to issue the resolution.

¹⁰⁶Such is the case of Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panama, Paraguay and Peru.

¹⁰⁷Argentina, without indicating a time-limit; Colombia, within five days; Peru, within 30 days and, in the event no report is presented, an additional five days is granted to present it.

¹⁰⁸For example, in Guatemala there are five days to present the report.

¹⁰⁹Ecuador, within eight days, with a possible extension for a like period; El Salvador and Nicaragua, a maximum of 71 hours; Mexico, within 15 days; Bolivia, within 10 days.

¹¹⁰Costa Rica, within five days; Honduras, within 10 days.

V. Conclusions

The Offices of the Ombudsman, as bodies that oversee the activities of the State and promote and supervise compliance of human rights, have a fundamental role to play in furthering democracy.

The principal characteristics of the Ombudsman are:

- An autonomous functionary without any ties to a political party.
- A parliamentary delegate who must present an annual report.
- A “magistrate of conscience” whose credibility is measured by his moral standing and efficacy and by his actions; that is, by the results of his efforts.¹¹¹
- Preferably created by the Constitution.
- Oversees all of the authorities of the public administration.
- Watches over respect and compliance of human rights.
- Can investigate alleged violations of human rights, issue reports and resolutions, but does not have the power to revoke any act.
- Must have total political, administrative, budgetary and functional independence in the exercise of his functions.

The Ombudsman must be creative and interpret his mandate as broadly as possible.

The Ombudsman in Latin America is a democratic figure who is capable of mediating social conflicts and promoting democratic standards. There are occasions in which achieving peace, transparency in elections, the search for truth and reconciliation and the very stabilization of the processes involved in the transition to democracy have called for the Ombudsman to be an interlocutor of democratic aspirations.¹¹²

The staff of the Offices of the Ombudsman must have an adequate level of preparation and training. Likewise, they should have competitive salaries and stability in the workplace.

¹¹¹Conclusions of the *Jornada de Reflexión sobre el Ombudsman Centroamericano*, organized by the IIHR in September 1999.

¹¹²Santestevan de Noriega, Jorge, *El defensor del pueblo...*

“Centros de Justicia” guatemaltecos: la piedra angular para avanzar en la transparencia, eficiencia, debido proceso y acceso a la justicia

*Steven E. Hendrix**

Resumen ejecutivo

Guatemala es un país con una larga historia de problemas de justicia: derechos humanos, corrupción, impunidad e ineficiencia. Las mujeres, los pobres y los indígenas han sido especialmente privados de sus derechos civiles debido los problemas mencionados. Después de un conflicto civil genocida, es evidente que se hace necesario el establecimiento del imperio de la ley.

Para dirigir estos asuntos, la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID - por sus siglas en inglés), ha apoyado a Guatemala en el desarrollo de un nuevo modelo operativo: el Centro de Justicia. Esta estructura reúne a la policía, fiscales, jueces, defensores públicos, sociedad civil local y abogados litigantes privados para solventar los problemas mediante un sistema de colaboración. El ingrediente esencial de los Centros de Justicia es que la gente llega a reunirse en un esfuerzo voluntario para romper con las estructuras tradicionales. En pocas palabras, los Centros están designados para hacer que el sistema de justicia de una determinada comunidad funcione realmente.

* Coordinador Regional del Estado de Derecho, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Buró de América Latina y el Caribe; Investigador de la Universidad de De Paul, Facultad de Leyes, Instituto Internacional para los Derechos Humanos. El autor agradece a Tim Cornish, Brian Treacy y Tyler Raimo por su ayuda en la preparación de este artículo. Asimismo, agradece a la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional por su apoyo mientras estuvo haciendo el borrador de este documento. Partes de este artículo han sido publicadas anteriormente en inglés en: “Guatemalan ‘Justice Centers’: The Centerpiece for Advancing Transparency, Efficiency, Due Process and Justice Access”, 15:4 *AM. U. INT’L L. REV.*, 2000, p. 101. Las opiniones expresadas en este documento reflejan la opinión personal del autor y no necesariamente reflejan la opinión de USAID o de cualquier otra institución. Puede comunicarse con el autor a la siguiente dirección: shendrix@usaid.gov.

Los elementos clave de los Centros de Justicia son: (1) estructuras organizacionales y administrativas que reducen la demora, minimizan la exposición a la corrupción y crean auditoría social; (2) incrementan el funcionamiento de los actores clave en sus roles asignados y estructuras administrativas y técnicas que promueven planteamientos en equipo; (3) uso de formatos estandarizados y de fácil acceso para el usuario; (4) sistemas para el manejo de casos y registro de fácil acceso para el usuario, que reducen las oportunidades para la corrupción, incrementan la calidad de la supervisión del caso y generan estadísticas exactas; (5) intérpretes con alcance culturalmente apropiado y programas educativos en lengua local, que hacen accesible el sistema a las personas cuya lengua materna no es el español; y (6) promoción de resolución alternativa de conflictos, criterio de oportunidad, suspensión condicional de la pena y otros mecanismos para conciliar casos mediante una mejor recepción de los mismos y diversos programas.

Hasta el momento los resultados son impresionantes. Los Centros de Justicia proveen de un mejor servicio al usuario, acceso a la justicia y calidad, todo con mayor transparencia. Esto, a su vez, ha permitido el avance en el debido proceso y los derechos humanos. Hoy, los quince Centros de Justicia, en varias etapas de desarrollo, se encuentran en Zacapa, Escuintla, Quetzaltenango, San Benito (Petén), Santa Eulalia (Huehuetenango), Nebaj (El Quiché), Santa Cruz del Quiché, Huehuetenango, Cobán, Chimaltenango, Villa Nueva, San Marcos, Jutiapa, Sololá y Antigua.

Luego de un período tan prolongado de irrespeto por la ley en la historia de Guatemala, el cambio no se da de la noche a la mañana. Guatemala tendrá que esperar el transcurso de varias generaciones antes de que el verdadero acceso al imperio de la ley se extienda a todos los ciudadanos. Sin embargo, la estrategia del Centro de Justicia parece ser parte de la solución.

Introducción

Actualmente Guatemala está experimentando una triple revolución con cambios tales como el paso de la guerra a la paz, del autoritarismo a la democracia participativa y de una economía de estado centralizada a un mercado global. Desde 1985, la estructura política guatemalteca ha estado conformada por gobiernos constitucionales y

presidentes democráticamente electos. Sin embargo, uno de los obstáculos más grandes que confronta el proceso de paz ha sido un clima de violencia en el ámbito nacional. Consecuentemente, el asesinato de Monseñor Juan Gerardi Conedera¹ ha surgido como el punto central de sendas discusiones sobre la impunidad y la necesidad de una justicia efectiva².

Además de la violencia generalizada, existe una apremiante necesidad de discutir los asuntos de derechos humanos. De acuerdo a la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, la guerra fratricida de treinta y cinco años, de 1962 a 1996, tuvo un saldo cerca de 200,000 muertos. Durante este período ocurrieron miles de casos de violaciones a derechos humanos y actos de violencia. Al mismo tiempo, la impunidad penetró en Guatemala a tal grado que consumió no solamente al sector justicia sino también al Estado mismo. En particular, mujeres y niños fueron víctimas de esta anarquía. El gobierno guatemalteco consideraba a la población Maya como el enemigo colectivo del Estado. El sistema de justicia, inexistente en grandes áreas de Guatemala antes de la guerra, fue debilitado aún más cuando el sistema de tribunales se sometió a las demandas del aparato de seguridad nacional dominante. Los tribunales de justicia fueron incapaces de investigar, procesar, juzgar o sancionar siquiera a un pequeño número de aquellos responsables por los abusos más graves³.

Los Acuerdos de Paz⁴ indican que el sistema de justicia en Guatemala está erosionado. La corrupción, la ineficiencia, las prácticas y procedimientos lentos y anticuados y una falta de técnicas adminis-

¹ El Arzobispo Gerardi fue uno de los más importantes defensores de los derechos humanos en Guatemala hasta su asesinato el 26 de abril de 1998. Gerardi dirigió la Oficina de los Derechos Humanos del Arzobispado. Fue asesinado una semana después de la publicación de un tratado de cuatro volúmenes sobre los abusos a derechos humanos en Guatemala, intitulado *Guatemala: Nunca más*.

² Institute for Democracy and Electoral Assistance, "Democracia en Guatemala: La Misión de un Pueblo Entero" [Democracy in Guatemala: the Mission of an Entire Community], *Mission Report on Compliance*, 1998, p. 6 (donde se enumeran varios ejemplos de persistentes impedimentos para la paz, seguridad y justicia en Guatemala).

³ Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio -Conclusiones y Recomendaciones*, 1999, p. 36, párrafo 94 (donde se atribuye la falta de garantías judiciales para los individuos investigados, ya fuera en tribunales militares u ordinarios, como falta de imparcialidad de parte de los primeros y una actitud generalizada de resignación en los últimos).

⁴ ONU, *Los Acuerdos de Paz Guatemaltecos*, Ventas No. E.98 I.17, 1998 [de aquí en adelante *Acuerdos de Paz*] (que contiene una serie de acuerdos alcanzados por los grupos rivales en Guatemala para establecer la paz).

trativas modernas tienen plagado al sistema de justicia⁵. Durante el proceso de paz se hizo un llamado para finalizar con la impunidad y la corrupción⁶. Hoy el crimen común es un problema significativo en Guatemala⁷. Además, la violencia doméstica en contra de la mujer ha alcanzado niveles críticos, contabilizando más del cuarenta por ciento de mujeres asesinadas en Guatemala⁸. Otros crímenes, tales como el linchamiento y las amenazas a individuos, se han sumado al incremento de la violencia⁹.

En buena medida, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, estos problemas se deben a la débil respuesta del sistema judicial a los llamados por hacer una reforma, a la falta de comunicación, así como a la desorganización en la estructura de justicia¹⁰. Se hace necesaria una solución, la cual incluya el fortalecimiento y la reestructuración del sistema formal de justicia, incluyendo los juzgados, los representantes municipales, la policía, la fiscalía y otros¹¹. En estos términos, el reto obvio es lograr que la justicia funcione

-
- 5 ONU, "Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y el Papel del Ejército en una Sociedad Democrática", en *Los Acuerdos de Paz...*, Ventas No. E.98 I.17, 1998, pp.129, 133, párrafo 8 [de aquí en adelante "Fortalecimiento del Poder Civil..."] (donde se atribuye la debilidad del Estado de Guatemala a un sistema de administración de justicia erosionado).
 - 6 *Ibidem*, párrafo 9 (donde se aconseja que una reforma al sistema de administración de justicia debe mantenerse como objetivo, a modo de asegurar un derecho básico a la justicia por medio de "imparcialidad, objetividad, universalidad e igualdad ante la ley").
 - 7 Hendrix, Steven E., "Innovation in Criminal Procedure in Latin America: Guatemala's Conversion to the Adversarial System" [Innovación en el Procedimiento Criminal en Latinoamérica: Conversión de Guatemala al Sistema Acusatorio], 5 *Sw. J.L. & TRADE AM.*, 1998, pp. 365, 367-73 (donde se mencionan los asaltos, robos, secuestros y la corrupción en general como algunos de los crímenes más serios que enfrenta Guatemala hoy en día).
 - 8 Vital Voices, *Increasing Women's Access to Justice [Incrementando el Acceso a la Justicia de las Mujeres]*, USAID, Washington, D.C., 1999, p. 5 (donde se esbozan las iniciativas de USAID para el mejoramiento del acceso a la justicia de las mujeres en Guatemala).
 - 9 Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, *Resumen ejecutivo del informe final: una nueva justicia para la paz*, 1998, p. 47 [de aquí en adelante *Resumen ejecutivo de justicia*].
 - 10 *Ibidem*, p.15.
 - 11 Comentarios de Timothy Cornish, Director del Centro de Apoyo al Estado de Derecho [Center for the Advancement of the Rule of Law], USAID Tele-Conferencia en Chichicastenango, Guatemala (Sept. 23, 1999) (donde menciona que los problemas de comunicación y estructura están debilitando la respuesta del sistema de justicia).

efectivamente. De acuerdo con una de las Comisiones de Paz, el juzgado debe ser el epicentro para resolver los conflictos, dar asistencia a las víctimas y reconciliar al país¹². Los juzgados, los fiscales, la policía y los defensores públicos necesitan coordinar acciones para mejorar el servicio público y el sistema de justicia¹³. Además, los donantes internacionales juegan un papel potencialmente importante mediante el apoyo al proceso dinámico de la reforma en Guatemala¹⁴. El Centro de Justicia representa la iniciativa más reciente de USAID para mejorar el sector justicia en Guatemala¹⁵.

¹² *Resumen ejecutivo de justicia*, supra nota 9, p. 13 (donde se enumeran los puntos importantes para una reconceptualización del sistema de justicia en Guatemala).

¹³ *Ibidem*, p.14 (donde se argumenta que los distintos grupos necesitan ser desarrollados simultánea y conjuntamente). Esta recomendación es similar a la que da el Colegio de Abogados de Guatemala. Ver Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, *Diagnóstico de la administración de la justicia penal*, 1998, p. 20 [de aquí en adelante *Diagnóstico del sistema de justicia penal*] (donde se recomienda una reforma regional y multi-sectorial de las diferentes administraciones de justicia).

¹⁴ *Resumen ejecutivo de justicia*, supra nota 9, p. 15 (donde se argumenta que la cooperación internacional puede jugar un papel central para reformar los sistemas de administración de justicia); Ver también *Diagnóstico de la administración de la justicia penal*, supra nota 13, p. 21 (donde se hace un llamado para que la cooperación internacional dé su apoyo al fortalecimiento del proceso judicial).

¹⁵ “Los Estados Unidos apoya Programa de Justicia para Guatemala”, *Diario de Centro América*, Nov. 21, 1999, p. 4 (donde se reporta que los Estados Unidos, a través de USAID, tenía reservados doce millones de dólares para el apoyo de programas de reforma judicial guatemaltecos, tales como el Programa de Justicia, el cual dirige su apoyo a los sectores más vulnerables de Guatemala). La Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard se encargó del primer proyecto de USAID, en 1986. Ver Consultoría DPK, “Informe final relacionado al proyecto de administración de justicia de Guatemala, enero 1998, p. 6 [en adelante “Informe final DPK”] (donde se describe cronológicamente el desarrollo del Proyecto de Justicia, indicando los problemas para su puesta en marcha, así como su éxito final). El segundo proyecto en el sector fue el “Proyecto para una administración de justicia mejorada,” llevado a cabo por Checchi and Company Consulting, Inc., en 1988. Ese proyecto produjo varios diagnósticos que centraban la atención en los problemas del sistema. Quienes lo apoyaban suspendieron las actividades en 1991, enfatizando que mantendrían la suspensión “hasta que el Gobierno de Guatemala demostrara un interés más activo en reformar el sistema de justicia penal en Guatemala” (cita de la declaración de USAID). En 1994, con un nuevo Código Procesal Penal vigente, USAID otorgó un nuevo contrato de asistencia técnica a la Firma Consultora DPK, después de un proceso de licitación selectiva. DPK creó una oficina local en la Ciudad de Guatemala conocida como el “Centro de Apoyo al Estado de Derecho – CREA/USAID” [CREA/USAID Center for the Advancement of the Rule of Law]. El contrato original de DPK duró hasta diciembre de 1997. USAID firmó un nuevo contrato de licitación no competitiva, de enero de 1998 hasta junio de 1999. En mayo de 1999, USAID otorgó otro contrato para el sector justicia a Checchi and Company Consulting, Inc., después de un proceso competitivo de licitación.

I. Condiciones antes de la llegada del Centro de Justicia

Previo a la apertura de los Centros de Justicia, USAID encontró muchos factores que contribuyen a la debilidad del sistema de justicia de Guatemala. Entre otros: estructuras organizacionales verticales, donde la investigación era delegada a oficiales sin capacitación y sin preparación; poca cooperación entre la policía y el Ministerio Público; inexistencia de un sistema de recepción de denuncias; inexistencia de sistemas de investigación o registro de casos, o siquiera espacio para su existencia; ninguna definición del papel o función de la Oficina de Atención a la Víctima; poco uso del criterio de oportunidad porque su aplicación y ventajas eran desconocidas, ya que era prohibido en Guatemala hasta 1994; poco uso de cualquier otro mecanismo de resolución de conflicto más allá de un juicio completo¹⁶.

A pesar de los múltiples problemas que enfrenta el sistema de justicia, la experiencia de los Centros confirma que, si el gobierno guatemalteco permite que la población participe en la búsqueda de soluciones, se demostrará su capacidad para resolver los problemas detectados en el sistema¹⁷. En este contexto, nació la noción del Centro de Justicia. El papel de USAID fue el de facilitador; los ejecutores (los actores locales) recibieron el crédito por el éxito de los nuevos Centros de Justicia¹⁸. Además, el nuevo Código Procesal Penal ha sido el instrumento para el éxito de los Centros, dentro del amplio contexto de la reforma legal y la innovación¹⁹.

II. Definición y descripción de los Centros de Justicia

USAID originalmente se refirió a los Centros de Justicia como *Centros de enfoque* porque estaba *enfocando* recursos en áreas geográficas específicas²⁰. Sin importar cómo los llame, la idea clave es

¹⁶ Memorando de Erhardt Rupperecht, USAID/Director en Funciones, al Embajador Donald Planty (Mayo 15, 1998) [de aquí en adelante 15/05/98 Rupperecht Mem.] (donde se le informa sobre el estatus de los Centros de Justicia de USAID en varios lugares a lo largo de Guatemala) (en archivo del autor).

¹⁷ Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Hendrix, Steven E., "Innovation in Criminal Procedure in Latin America...", *supra* nota 7, p. 365 (donde se discute extensamente el impacto del nuevo Código Procesal Penal guatemalteco).

²⁰ Memorando de Jeff Borns & Steven E. Hendrix, USAID Oficiales de Democracia, a George Carner, USAID/Director de la Misión para Guatemala (Septiem-

hacer que la justicia sea más efectiva -más eficiente e integrada- en un área geográfica determinada²¹. Originalmente, USAID pensó en un incremento de recursos tan sólo para actividades de capacitación; sin embargo, pronto se dio cuenta que el programa requería mucho más. Las nuevas iniciativas demandaban instituciones funcionalmente integradas, procedimientos modernizados, con coordinación intra e inter-programas y obteniendo el apoyo de las asociaciones locales de abogados, sociedad civil, comunidades y municipalidades²². Los Centros de Justicia emergieron como laboratorios de actividades positivas, compuestas por conceptos que fueron introducidos, probados y demostrados²³. Esto finalmente significaba computarizar algunos componentes del proceso, tales como la recepción de denuncias e investigación de casos²⁴, así como la reorganización de oficinas para eliminar las estructuras altamente verticales²⁵.

Cada Centro de Justicia es de alguna manera distinto. El impacto de dichas iniciativas difiere entre las localidades, dependiendo en parte de los distintos niveles de interés y necesidades locales. Consecuentemente, cuando lo que está en discusión es el “modelo” de Centro de Justicia, es importante mantener en mente que éste varía entre jurisdicciones²⁶. Un Centro de Justicia no es un lugar, sino un concepto completo²⁷ que reúne a la sociedad civil y a los oficiales locales del sector justicia, para discutir los problemas de acceso en el

bre 18, 1998) [en adelante 18/09/98 Borns & Hendrix Mem.] (con comentarios respecto al progreso del programa del Centro de Justicia) (en el archivo del autor). El término “Centro de Enfoque” se utilizó durante algún tiempo y aún hoy es usado algunas veces. Aunque este documento se referirá al término, más general, de Centro de Justicia, los dos términos se refieren al mismo concepto.

21 Ibidem.

22 Ibidem.

23 “Informe final DPK”, *supra* nota 15, p. 9 (donde se describe la interpretación general de la época respecto a que el progreso era imposible en la ciudad de Guatemala, debido a la falta de coordinación entre los Centros de Justicia existentes, mientras que los Centros del interior del país parecían más exitosos).

24 Consultoría DPK, “Informe Trimestral de Progreso No. 8”, CREA/USAID, Guatemala, diciembre de 1996, p. 12 [de aquí en adelante “QPR No. 8”] (donde se delimita el plan de CREA/USAID para desarrollar los sistemas de información del Ministerio Público, los cuales le permitieron llevar a cabo tareas previamente imposibles).

25 18/09/98 Borns & Hendrix Mem., *supra* nota 20.

26 Ibidem.

27 Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

ámbito local²⁸. El propósito de los Centros de Justicia es incrementar la calidad de los servicios del sector justicia, especialmente para la gente históricamente marginada, tales como los pobres, las mujeres²⁹, indígenas y niños³⁰. La metodología del Centro de Justicia requiere de los participantes locales para discutir temas y llegar a un consenso para abordar los problemas locales. Hasta ahora la clave ha sido la buena comunicación en el ámbito local³¹.

Dicho de otra forma, el ingrediente esencial de los Centros es la gente. El avance de los Centros de Justicia es un cúmulo de ideas y un esfuerzo voluntario por romper con las estructuras tradicionales. Los Centros de Justicia consideran diversos puntos de vista, por ejemplo, aquellos de la población indígena, la policía, los litigantes, jueces, sociedad civil y grupos de mujeres, para detectar problemas y formular soluciones. Esta filosofía no requiere de un donante de fuera o de apoyo financiero externo; de preferencia depende primordialmente de la misma gente³².

28 *Ibídem.*

29 Memorando de George Carner, Director de la Misión de USAID, al Embajador Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica para Guatemala (Julio 31, 1998) [de aquí en adelante 31/07/98 Carner Mem.] (donde se describe la iniciativa del programa de justicia de USAID de ofrecer capacitación sobre el proceso legal en casos de violencia doméstica); ver también Memorando de George Carner, Director de la Misión de USAID, al Embajador Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica para Guatemala (Septiembre 18, 1998) [de aquí en adelante 18/09/98 Carner Mem.] (donde informa sobre los seminarios de capacitación que se habían programado, sobre violencia doméstica, dirigidos a fiscales, jueces, defensores públicos y miembros del Colegio de Abogados). Estas actividades fueron respaldadas por campañas de información pública. Por ejemplo, en septiembre de 1998, USAID apoyó actividades de capacitación y campañas de información pública conjuntamente con la Asociación Nacional para Mujeres en el marco de la Feria de Quetzaltenango, donde se distribuyó material impreso sobre violencia en contra de la mujer. Ver Memorando de George Carner, Director de la Misión USAID, al Embajador Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica para Guatemala (Septiembre 11, 1999) [de aquí en adelante 11/09/99 Carner Mem.] (donde se menciona el apoyo para la distribución de materiales informativos sobre los derechos legales de las mujeres, en el marco de la Feria de Quetzaltenango) En el Centro de Justicia de Escuintla se emprendieron actividades similares. Ver Memorando de Mark Williams, Coordinador de los Centros de Justicia de USAID, a Brian Treacy, Jefe del Programa de Justicia 3 (Agosto 19, 1999) [de aquí en adelante 19/08/99 Williams Mem.] (donde se comenta sobre el estado del proyecto llevado a cabo en Quetzaltenango.) Ver, en general, *Increasing Women's Access to Justice*, *supra* nota 8, p. 5 (donde se indican los logros de los Centros de Justicia en Guatemala, en el campo de la reducción de la violencia en contra de las mujeres).

30 Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

31 *Ibídem.*

32 *Ibídem.*

En tanto están en marcha, los Centros de Justicia deben luchar con problemas de comunicación y malas relaciones entre el sector oficial de justicia y la sociedad civil. En los Centros de Justicia, los actores locales convergen para discutir la situación y definir cursos de acción, preguntándose, por ejemplo, si dichos problemas son estructurales, humanos o culturales. Los actores discuten su realidad e inician el proceso para propiciar el acceso a una justicia de mejor calidad³³. Los Centros de Justicia sirven para involucrar a todos los actores principales dentro de una jurisdicción geográfica específica, en un esfuerzo integrado y coordinado para proveer a la población de un mayor acceso a la justicia. Entre los actores se incluyen jueces, defensores públicos, fiscales, abogados litigantes, policía, representantes municipales, equipos de ambulancia con bomberos y sociedad civil. Los Centros de Justicia aprovechan las estructuras de administración organizacionales y de información que promueven el trabajo en equipo para proveer servicios públicos de mejor calidad³⁴.

La composición, esquema físico y funcionamiento de los Centros de Justicia varía de acuerdo a las condiciones locales, las necesidades especiales de los oficiales del sector justicia, disponibilidad de recursos (monetarios y otros, como, por ejemplo, la electricidad), y cuestiones particulares relacionadas al área geográfica (ej. incidencia y tipo de actividad criminal)³⁵. No obstante la diversidad, los Centros de Justicia contienen las siguientes características comunes. Primero, todos los Centros de Justicia tienen estructuras organizacionales y administrativas que reducen el retardo, minimizan la exposición a la corrupción, crean auditoría social y establecen prácticas uniformes, estándares de desempeño y sistemas para medir el desempeño. Esto incluye sistemas modernizados de registro de procesos y recepción de denuncias, un procesamiento modernizado de casos, sistemas de filtro de casos, sistemas centrales de archivo, administración unificada por parte de los oficiales de los tribunales y otras actividades relacionadas.

³³ *Ibidem*, (donde se articulan los avances positivos en Guatemala, que incluyen un mejor acceso a la justicia y mayor participación cívica).

³⁴ USAID/Guatemala, Sección "C", Solicitud de Propuesta No. 520-98P-020 (Septiembre 30, 1998) [de aquí en adelante "Solicitud Sección C"] (donde se establece que, entre otros avances, los Centros han instalado sistemas modernizados de recepción de denuncias y registro de procesos) (en archivo del autor).

³⁵ *Ibidem* (donde se indica que este enfoque en equipo para la resolución de conflictos y solución de problemas sirve mejor al público).

Segundo, todos los Centros de Justicia se esfuerzan por mejorar las funciones de los actores clave en sus roles asignados, así como las estructuras administrativas y técnicas que promueven acercamientos del equipo (incluyendo una mayor cooperación policía-fiscalía). Tercero, todos los Centros de Justicia utilizan formatos estandarizados, de fácil acceso para el usuario, uniformes para todos los Centros, aprobados por las respectivas instituciones del gobierno de Guatemala, para el reporte y procesamiento de delitos. Cuarto, todos los Centros de Justicia cuentan con sistemas de manejo de casos y de registro de fácil acceso para el usuario, lo cual reduce las posibilidades de corrupción, mejoran la calidad de la supervisión del caso y generan estadísticas exactas (tipo de caso, estado, a quien le fue asignado, progreso y otra información de monitoreo apropiada, según lo aprobado por la Corte Suprema). En donde es posible, los tribunales computarizan estos sistemas con un paquete de software de fácil acceso para el usuario, aprobado por el gobierno de Guatemala. Quinto, los Centros de Justicia buscan incorporar intérpretes con alcance culturalmente apropiado y programas educativos en lengua local para hacer el sistema realmente accesible para las personas cuyo idioma materno no es el español. Esto incluye una campaña de información pública de cómo acceder al sistema. El último componente promueve la resolución alternativa de conflictos, el criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la pena y otros mecanismos para solucionar los casos mediante una mejor recepción de los mismos y diversos programas³⁶.

Las contrapartes clave del sector justicia han expresado su compromiso hacia el modelo del Centro de Justicia, así como la réplica del modelo de USAID en otras regiones de Guatemala³⁷. No obstante, dada la naturaleza evolutiva del modelo y la diversidad de locali-

³⁶ Barrientos Pellecer, César, "Centros de Enfoque o Centros de Justicia y CAJs", diciembre de 1998, pp. 4-5 (manuscrito no publicado, en archivo de la Instancia Coordinadora para la Modernización del Sector Justicia (donde se describen los criterios y modelos utilizados por los diferentes Centros de Justicia). Ver, en general, "Solicitud Sección C", *supra* nota 34 (donde se discute sobre los Centros de Justicia en general, en diferentes regiones de Guatemala).

³⁷ "Solicitud Sección C", *supra* nota 34 (donde se enumeran otras organizaciones comprometidas a darle asistencia al sector justicia, incluida la Sección de Asuntos de Narcóticos (NAS -por sus siglas en inglés- de la Embajada de los Estados Unidos y del Departamento de Justicia de los Estados Unidos). Ver también Annette Pearson de González, "Formulación de una propuesta para la creación de ocho Centros de Administración de Justicia en Guatemala durante el período 2000-04" ["Formulation of a Proposal to Create Eight Justice Administration Centers in Guatemala for the Period 2000-04"], mayo de 1998, p. 63.

dades, se requiere de comunicación constante y de actualización. USAID continúa coordinando y trabajando con el Gobierno de Guatemala para institucionalizar este modelo a través del diálogo, informaciones regulares e intercambio de información con miembros de las principales instituciones del sector justicia por medio de la Instancia Coordinadora para la Modernización del Sector Justicia (ICMSJ)³⁸.

USAID inició el primer Centro de Justicia, con el apoyo de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General, en octubre de 1995 en Quetzaltenango³⁹. El segundo Centro fue abierto en Zacapa en junio de 1996⁴⁰, mientras que en febrero de 1997, la Misión de Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala (MINUGUA), inauguró el Centro de Nebaj⁴¹. USAID se unió al proyecto en Nebaj en marzo de 1998⁴². El Centro de Escuintla dio inicio el 9 de marzo de 1998, como resultado de una sesión de jueces, defensores públicos y fiscales⁴³. El Centro de San Benito (de-

³⁸ González, *supra* nota 37, p. 63 (donde se señala la importancia de las reuniones quincenales para discutir los problemas que afectan la eficiencia del sistema penal). La Instancia Coordinadora está conformada por el Fiscal General, el Presidente de la Corte, el Director del Servicio de la Defensa Pública y el Ministro del Interior. Ver, en general, Gabriela Judith Vásquez Smerilli & Héctor Hugo Pérez Aguilera, “Consultoría para la Secretaría Ejecutiva del ICMSJ” [“Consultory for the Executive Secretary of the ICMSJ”], junio de 1999 (donde se enfatiza el papel clave de la Instancia Coordinadora para el desarrollo de los Centros de Justicia) (materiales no publicados, en archivo del autor).

³⁹ Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11 (donde se discute la historia de los Centros de Justicia regionales, con datos tales como su localización y fecha de establecimiento); Ver también “QPR No. 8”, *supra* nota 24, p. 13 (donde se indica que USAID hizo del conocimiento y consultó con MINUGUA sobre el Centro de Quetzaltenango). MINUGUA incluso participó proporcionando capacitación en el área de defensa penal.

⁴⁰ “QPR No. 8”, *supra* nota 24, p. 12.

⁴¹ Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11 (donde subraya que en el Centro de Justicia Nebaj-Quiché se implementa la reconstrucción del sistema formal de justicia).

⁴² 15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16 (donde se encuentra una breve historia del Centro de Justicia que da inicio en Escuintla, Nebaj y Petén en marzo de 1998). La Instancia previó que los futuros CAJs recibirían apoyo con base en el modelo del Centro de Justicia de USAID. Ver Barrientos, *supra* nota 36, p. 5 (donde se hace evidente el papel central del modelo de USAID).

⁴³ Memoria de la Sesión en Escuintla, Guatemala (Marzo 9, 1998) (donde se explican los conceptos discutidos en la sesión) (en archivo del autor). Escuintla es un lugar particularmente difícil para la implementación de un Centro de Justicia. El Ministerio Público recibe 12,000 casos por año y, en marzo de 1998, tenía cerca de 30,000 casos acumulados. Memorandum de Timothy Cornish, USAID.

partamento de El Petén) empezó con una sesión participativa de actores locales el 12 de marzo de 1998⁴⁴. MINUGUA inauguró el Centro de Santa Eulalia (Huehuetenango) el 30 de abril de 1999, con fondos de Canadá y asistencia técnica de USAID⁴⁵. El sistema de justicia aplicó los avances administrativos de los Centros de Justicia a los juzgados penales de Guatemala en octubre de 1998⁴⁶. Al cierre de 1999, la Instancia Coordinadora solicitó que USAID estableciera otro Centro en Santa Cruz del Quiché⁴⁷. En total existen ya quince Centros de Justicia en distintas etapas de desarrollo, en Zacapa, Escuintla, Quetzaltenango, San Benito (Petén), Santa Eulalia (Huehuetenango), Nebaj (El Quiché), Santa Cruz del Quiché, Huehuetenango, Cobán, Villa Nueva, Chimaltenango, San Marcos, Jutiapa, Sololá y Antigua⁴⁸.

En cuanto al proceso, los Centros de Justicia tienen varias características estándar. Hay reuniones periódicas de coordinación con los actores principales del Centro, incluyendo jueces, fiscales, investigadores, policía, facultad de derecho, abogados litigantes, representantes comunitarios y otros. Además, hay programas periódicos de ca-

44 Memorandum de Marisela Velasco de Paniagua, Consultora de USAID, a Alicia Warde, Consultora de USAID, (Marzo 16 de 1998) [de aquí en adelante 16/03/98 Velasco de Paniagua Mem.] (donde se enumeran los participantes de la reunión para crear un Centro en San Benito). La Instancia Coordinadora aprobó los Centros de Justicia de Petén y Escuintla, solicitando la asistencia de USAID en ambas ubicaciones el 26 de febrero de 1998. Ver Carta de William Stacy Rhodes, Director de USAID, al Fiscal General Héctor Hugo Pérez Aguilera, al Presidente de la Corte Alfredo Figueroa y al Ministro del Interior Rodolfo Mendoza (Marzo 16, 1998) [de aquí en adelante 16/03/98 carta de Rhodes] (donde se enfatiza la necesidad de colaboración y cooperación para desarrollar los nuevos Centros de Justicia).

45 Memorandum de George Carner, Director de la Misión USAID/Guatemala, al Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica, Donald Planty (Abril 20, 1999) [de aquí en adelante 20/04/99 Carner Mem.] (donde invita al Embajador a asistir a la apertura del nuevo Centro de Administración de Justicia).

46 “Solicitud Sección C”, *supra* nota 34 (donde se establece que el objetivo principal de USAID durante los años de 1994-97, fue la implementación de un nuevo código procesal penal).

47 Carta de Astrid Lemus, USAID Secretaria Ejecutiva, a Brian Treacy, Jefe de Justicia del Contratante de USAID (Noviembre 25, 1999) [de aquí en adelante 25/11/99 Carta de Lemus] (donde se solicita la colaboración de la Instancia para construir un nuevo centro).

48 “Solicitud Sección C”, *supra* nota 34 (donde se señala la cooperación entre USAID y MINUGUA para integrar los avances administrativos de los centros existentes a los nuevos). Ver también Checchi & Company Consulting, “Guatemala Justice Program – Fifteenth Quarterly Report”, enero a marzo del 2003, pp. 2-3.

pacitación en el Centro de Justicia para asegurar que los esfuerzos se integren sobre la marcha⁴⁹.

III. Estructuras organizacionales y administrativas; sistemas de registro y manejo de casos

USAID proveyó asistencia técnica a la Corte Suprema de Justicia y al Ministerio Público, para modernizar sus estructuras organizacionales y administrativas, con miras al mejoramiento de la administración de casos y manejo de registros. Para ambas instituciones las propuestas incluían la reorganización de la recepción de denuncias, centralización de información y reubicación del espacio físico con equipo de computación⁵⁰. Los resultados fueron disímiles en estas instituciones; mientras que la Corte tuvo gran éxito, el Ministerio Público, después de alguna promesa inicial, se retiró de la modernización organizacional, pero mantuvo otros elementos del modelo del Centro de Justicia, tales como las prácticas del manejo de casos y la capacitación integrada.

A. Dentro del sistema de tribunales

A partir de abril de 1996, el Centro de Justicia de Quetzaltenango inauguró una nueva estructura organizacional en el tribunal, proporcionándole transparencia y eficiencia⁵¹. La nueva estructura contaba con un *registro único* implementado a través de una *secretaría común*⁵². Bajo el sistema previo, los juzgados llevaban los casos individuales en diecisiete libros diferentes o libros mayores. El *registro único* simplificó este proceso reemplazándolos con un libro único⁵³.

⁴⁹ Pearson de González, *supra* nota 37, p. 63 (donde se discute la coordinación de esfuerzos de diferentes actores para fomentar la cohesión y eficiencia). Hasta la fecha, los coordinadores de los Centros han sido guatemaltecos, pagados por USAID. Sin embargo, existe una tendencia a que, con el tiempo, estos individuos sean cambiados a la planilla del gobierno, a modo de que los esfuerzos sean sostenibles.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 63-64 (donde se detallan los esfuerzos realizados por el Ministerio Público y la Corte para cambiar los sistemas existentes por los del modelo de USAID).

⁵¹ Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

⁵² Instrucciones de Timothy Cornish, Jefe de Justicia del Contratante de USAID, a los miembros de la Corte Suprema de Guatemala (Mayo 22, 1998) [de aquí en adelante Instrucciones de Cornish] (donde se presenta un análisis estadístico de los efectos de las nuevas estructuras).

⁵³ *Ibidem* (donde se enfatiza la eficiencia del nuevo sistema). Con el simple registro único en el lugar, ahora es posible computarizar ese libro. Esto se ha hecho vía el Centro de Recepción, Registro e Información (CRRI).

Al agrupar al personal secretarial bajo el sistema de *secretaría común* se redujo el número de personas, de veinticinco a seis, manejando cada caso⁵⁴. Ahora, el tiempo que lleva la localización de un archivo ha disminuido de una semana a casi inmediatamente⁵⁵.

Sobre la base del éxito experimentado en Quetzaltenango, en mayo de 1998 empezó la planificación del Centro Administrativo de Gestión Penal en la Ciudad de Guatemala⁵⁶. Este Centro, que administra los diez juzgados penales de la Ciudad, no representa un nuevo Centro de Justicia, sino un resultado muy positivo de este modelo⁵⁷. El proceso de planificación abarcó diversas dimensiones⁵⁸. Primero, fue fundamental la formación de un comité de *secretarios* para participar en el proceso de implementación y asegurar que el público visualizara la oficina como un modelo guatemalteco -no de USAID-⁵⁹. Un segundo paso integral en el proceso de planificación fue el trabajo avanzado en el libro de registro automatizado y el programa de control de casos. El proceso piloto se realizó en el Centro de Justicia de Zacapa antes de abrir el Centro Administrativo de Gestión Penal en octubre de 1998⁶⁰. Esta fue la primera oficina en ir más allá de un esfuerzo piloto, en una ciudad capital latinoamericana⁶¹.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

56 Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11; ver también Steven E. Hendrix, Oficina de los Secretarios-Ciudad de Guatemala (Octubre 1, 1999) (donde se establece que la solicitud de la Corte para brindar asistencia a la Oficina del Secretario, llegó a USAID en septiembre de 1996) (manuscrito no publicado en archivo del autor); Acta de la Sesión Plenaria de la Corte Suprema, Acta 10-98, párrafo 4 (Marzo 11, 1998) (donde se formalizan las solicitudes de la Corte para brindar asistencia). La aprobación del diseño final llegó el 29 de julio de 1998. Ver 31/07/98 Carner Mem., *supra* nota 29. La Oficina del Secretario fue inaugurada el 5 de octubre de 1998. Ver Memorandum de George Carner, Director de la Misión de USAID, a Donald Planty, Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica para Guatemala (Octubre 9, 1998).

57 Correo electrónico de Timothy Cornish, Consultor del Sector Justicia, a Steven E. Hendrix, Coordinador del Programa de Justicia (Noviembre 15, 1999) [de aquí en adelante 15/11/99 Correo electrónico de Cornish] (donde se argumenta que los diez juzgados del área de la capital representan resultados positivos de los centros de enfoque).

58 15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16 (donde se señalan los hallazgos del sistema existente, puntualizando los problemas).

59 *Ibidem* (donde se describe la conformación de los comités en cada centro, al incluir a la policía, fiscales, defensores públicos y jueces).

60 Ver Acta de la Sesión Plenaria de la Corte Suprema, *supra* nota 56, párrafo 4 (Marzo 11, 1998); ver también 15/05/98 Mem. de Rupprecht, *supra* nota 16 (donde se señalan los avances del sistema automatizado de registro sumario de procedimientos y su eventual implementación alrededor del país).

61 Cable de Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica para Guatemala, "Guatemala llega a un acercamiento a la justicia total" (Febre-

La propuesta de este Centro era simple; el elemento de diseño más importante fueron los empleados y el objetivo principal proporcionar un servicio transparente y eficiente al público. USAID no pagó los salarios de los oficiales públicos, ni compró ninguno de los equipos. Más bien, concentró sus recursos en la asistencia técnica para acompañar y guiar un proyecto guatemalteco dirigido hacia un diseño participativo y su subsiguiente implementación. Al hacer esto, el esfuerzo ha asegurado la completa aceptación institucional por parte de la Corte Suprema guatemalteca hacia los oficiales de archivo. Por otro lado, los usuarios del sistema, incluyendo los litigantes, el público y las víctimas, pueden ahora exigir un mejor estándar de calidad, transparencia y eficiencia⁶².

En solo un año, es claro el impacto de los esfuerzos por reducir las posibilidades de corrupción e incrementar la transparencia. Primero, el sistema del juzgado ahora tiene un inventario de sus casos. Previamente, las partes le pagaban a oficiales corruptos para “perder” los expedientes del caso⁶³. Del 1 de octubre de 1996 al 31 de septiembre de 1997, el sistema del tribunal “perdió” 1,061 casos solamente en la Ciudad de Guatemala⁶⁴. Esto representa 1,061 acusados, muchos de los cuales permanecen en la cárcel sin haber tenido la oportunidad de presentar su caso ante el tribunal, en violación a

ro 22, 1999) [de aquí en adelante Cable del Embajador Planty] (donde se indica que USAID ayudó a Guatemala a establecer oficinas de secretarios de tribunales en varios Centros de Justicia, lo cual ha generado una mejora en los servicios) (en archivo del autor). Perú tiene un proyecto piloto pequeño en Lambayeque, y Costa Rica tiene uno similar en Guadalupe. Sin embargo, la Oficina de Secretarios de Tribunales es la primera en funcionar en una ciudad capital latinoamericana. Esto subraya el compromiso de la Corte con el modelo del Centro de Justicia, ya que la Oficina del Secretario está planteada bajo el modelo de los proyectos de Zacapa y Quetzaltenango. En este sentido, el modelo del Centro de Justicia de USAID ha sido institucionalizado. Ver Nota de Steven Hendrix, Coordinador del Programa de Justicia USAID, a Elizabeth Hogan, Jefe del programa de Democracia de USAID (Nov. 20, 1997) (donde se discute la decisión de la Corte del 17 de noviembre de 1997, a favor de expandir el modelo de los Centros de Justicia a la capital, bajo la forma de una Secretaría de Tribunales).

⁶² Hendrix, *supra* nota 56 (donde se denota la drástica reducción de la corrupción, en un período corto de implementación).

⁶³ *Ibidem* (donde se señalan los impactos positivos del programa implementado para la reducción de la corrupción). Los 1,061 “casos perdidos” en realidad recogen datos de seis de los diez Tribunales de la Ciudad de Guatemala. En cuatro tribunales, el manejo de casos fue tan pobre que resultó imposible establecer estadísticas confiables. La pérdida real podría haber sido el doble del número mencionado.

⁶⁴ *Ibidem* (donde se establece que del 1 de octubre de 1996 al 31 de agosto de 1999, solamente cinco casos han sido perdidos en la Ciudad de Guatemala). Desde entonces, cuatro han sido recobrados.

sus derechos humanos. Bajo el nuevo sistema, del 1 de octubre de 1998 al 31 de septiembre de 1999, sólo uno ha sido “perdido”⁶⁵, lo que representa un avance importante en derechos humanos, así como más de un 99% de disminución en la impunidad y una mayor eficiencia administrativa. Segundo, por primera vez en mucho tiempo hay una distribución equitativa y transparente de casos bajo el nuevo sistema, en lugar de dejarlos estancados y sin revisión⁶⁶. Tercero, ahora el sistema automáticamente respeta los tiempos legales límite. Previamente, no había control sobre cuánto se extenderían los procesos. Cuarto, bajo el nuevo sistema, los tribunales han disminuido a la mitad el número de casos donde no había acusado. Quinto, por primera vez existe un sistema confiable para generar estadísticas e informes sobre las acciones del tribunal.

La Corte Suprema de Guatemala elogió la estructura y operación de la nueva oficina. Después de seis meses de operación, la Corte solicitó que USAID apoyara la expansión de las nuevas metodologías con un formato computarizado -el *Centro de Recepción, Registro e Información* o CRRI- a todos los Centros de Justicia, una tarea que se completó el 15 de junio de 1999⁶⁷.

B. Dentro del Ministerio Público

A finales de 1996, USAID patrocinó una visita de estudio para los actores del sector justicia guatemalteco a Chihuahua, México, en

⁶⁵ *Ibidem* (donde se indica que entre octubre de 1998 y septiembre de 1999 cinco archivos fueron “perdidos” bajo el nuevo sistema de la Corte). En una visita de campo el 4 de noviembre, el Director del Centro pudo confirmar que cuatro de los archivos perdidos habían sido encontrados.

⁶⁶ *Ibidem* (donde se delimitan los beneficios del nuevo sistema de la Corte); también ver 15/11/99 Correo electrónico de Cornish, *supra* nota 57 (donde se denota que, previo a la modernización de octubre de 1998, el sistema asignó tribunales a una o más de las distintas zonas de la ciudad, lo que resultó en una distribución desigual de la carga de casos). Mientras tanto, el personal asignado fue el mismo en cada tribunal. Dentro de cada tribunal, las firmas privadas de abogados podían seleccionar un “oficial” para manejar el caso, por un costo compensatorio. La Oficina del Secretario centralizó a los “oficiales” en un solo lugar, eliminando la delegación ilegal de trabajo de los jueces a los “oficiales” y tomando control de los casos que no estaban en manos de los oficiales y permanecían sin supervisión por parte del juez, quienes eran la fuente primaria de corrupción en el sistema. Antes de esta medida, si uno no le pagaba al oficial el caso no se movía o, viceversa, se le podía pagar a un oficial para asegurar que el caso nunca se moviera.

⁶⁷ Memorando de Letitia Kelly Butler, Directora en Funciones de USAID, a Donald J. Planty, Embajador de Estados Unidos para Guatemala, (28 de mayo de 1999) [de aquí en adelante Memo. de Butler 28/05/99] (donde se detallan los planes para continuar el programa de modernización instituido como piloto en los Centros de Justicia a lo largo del país) (en archivo del autor).

donde el Ministerio Público ensambló una unidad de recepción de denuncia e investigación para proporcionar un modelo de procesamiento acusatorios a lo largo de América Latina⁶⁸. Esta visita contó con la participación del Fiscal General de Guatemala, fiscales de alto rango y oficiales de policía. Después del viaje, los participantes definieron un plan de acción para la implementación del modelo en los Centros de Justicia guatemaltecos. Un componente clave del plan fue un sistema de registro y control de casos, lo cual prometía un gran impacto en el funcionamiento del Ministerio Público. Adicionalmente, el plan prometía estadísticas más exactas y el monitoreo del desempeño. En febrero de 1997, el Fiscal General de Guatemala formalmente aprobó el plan y sus componentes⁶⁹.

Como el primer Centro de Justicia en Quetzaltenango adoptó el nuevo sistema, los resultados fueron visibles inmediatamente. La implementación de un sistema de índice de casos disminuyó de manera importante el tiempo necesario para la búsqueda de casos: de dos horas a diez minutos⁷⁰. Además, el número total de casos se redujo debido a la implementación de una unidad de filtro de casos, la cual dio a conocer, luego de una revisión de casos referidos, que muchos eran abandonados por falta de contenido criminal o porque no calificaban para ser procesados⁷¹. Se crearon unidades especializadas para profesionalizar los procesos penales tales como homicidio, delitos a la propiedad y delitos de alto impacto (drogas, secuestro, robo de vehículos). El nuevo sistema eliminó la doble asignación de casos a diferentes fiscales, lo cual había sido un problema antes de la implementación. La eficiencia aumentó debido al personal especializado para realizar las investigaciones y las presentaciones en juicio⁷², lo que permitió el desarrollo de investigaciones más completas. Además los fiscales

68 "QPR No. 8", *supra* nota 24, p. 8 (donde se denota que la visita expuso a los participantes a los beneficios de mediación en el proceso penal, sistema que ha sido esencial para arreglar denuncias penales sin involucrar a la policía y a los medios de persecución penal).

69 Consultoría DPK, "Quarterly Progress Report No. 9", CREA/USAID, Guatemala, 1 de enero de 1997 a 31 de marzo de 1997, p. 8 [de aquí en adelante "QPR No. 9"] (donde se explica que el plan sería implementado gradualmente, para desarrollar las capacidades técnicas de la institución, considerando que las habilidades básicas para el seguimiento de casos aumentarían sustancialmente la eficiencia).

70 *Ibidem*, p. 11 (donde se señalan los logros del Ministerio Público en Quetzaltenango).

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*.

podían pasar más tiempo en casos importantes, resultando en “menos devoluciones de autos” por parte de los tribunales de primera instancia. Aproximadamente en junio de 1997, el Ministerio Público de Quetzaltenango se jactaba de dos importantes sistemas adicionales: el “archivo único” y la “secretaría común”⁷³.

En mayo de 1997, USAID sostuvo una reunión de coordinación con MINUGUA para discutir recomendaciones para organizar al Ministerio Público⁷⁴. MINUGUA claramente estuvo en desacuerdo con el enfoque de USAID para el Ministerio Público. Expuso que los fiscales, al igual que los jueces, deben ser protegidos con “autonomía”⁷⁵. USAID indicó que dicha estructura es contraria a los estándares que controlan las oficinas de los fiscales modernos, pues ésta elimina el trabajo en equipo en casos complejos, disminuye las oportunidades de compartir el riesgo en casos peligrosos, incrementa el riesgo de corrupción porque una persona controla un caso en lugar de varios y obstaculiza la habilidad para reemplazar al fiscal en casos complejos⁷⁶.

El Director del Programa de Justicia de USAID, Tim Cornish, indicó que la organización tradicional del Ministerio Público guatemalteco se caracterizaba por ser una estructura vertical⁷⁷. Este es “muy parecido a un tribunal en el cual, en el caso de la capital, un

⁷³ Consultoría DPK, “Quarterly Progress Report No. 10”, CREA/USAID, Guatemala, 1 de abril de 1997 a 30 de junio de 1997, p. 15 (donde se explica que el “archivo único” es un espacio individual para archivar los casos, a modo de ordenar el sistema anterior, en el cual los abogados mantenían sus propios archivos). El archivo único fue un elemento esencial para la disminución de los casos de archivos “perdidos”, tanto por negligencia como por corrupción. Éste también le dio una mayor capacidad de manejo al Fiscal Distrital. La “secretaría común” implicó la concentración del personal de apoyo en un servicio común. Con anterioridad, los fiscales individuales contaban con personal completo a su servicio, con los consecuentes requerimientos de supervisión. Los fiscales eran gerentes de hecho, por lo que contaban con poco tiempo para concentrarse en la persecución penal. Ver, en general, el Memorando de Maggie Triviz, Consultora de Justicia de USAID, para Timothy Cornish, Jefe del Programa de Justicia de USAID (Nov. 17, 1997) (donde se denota que, desde que la secretaría común implementa el archivo único, se pueden considerar un sistema integrado) (en archivo del autor).

⁷⁴ Memorando de USAID a MINUGUA (15 de mayo de 1997) (donde se discute la posibilidad de colaboración entre CREA/USAID y MINUGUA para el desarrollo de los programas de descentralización) (en archivo del autor).

⁷⁵ Memorando de Timothy Cornish, Jefe del Programa de Justicia de USAID, a Steven Hendrix, Coordinador de Justicia de USAID (16 de mayo de 1997) [de aquí en adelante 16/05/97 Memo de Cornish] (en archivo del autor).

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

‘agente fiscal’ tiene su propio personal rígidamente estructurado que él administra y por este medio duplica las ineficiencias de los tribunales y aumenta las posibilidades de corrupción⁷⁸. Bajo esta estructura, los fiscales no pueden ser especializados. En contraste, Colombia, México, el Noreste de Europa o los Estados Unidos tienen fiscales asistentes. Estos fiscales asistentes son generalmente especializados (excepto en pueblos pequeños), asignados a equipos cuando están involucrados en casos importantes y no juegan un papel de supervisión con respecto al personal, excepto tal vez con respecto a la secretaria⁷⁹. Sin responsabilidad de vigilancia hacia el personal, dedican casi todo su tiempo a las acciones penales de los casos asignados⁸⁰.

En septiembre de 1997, MINUGUA empezó una revisión por su cuenta de los sistemas del Ministerio Público en los dos Centros de Justicia en Zacapa y Xela⁸¹. En esa ocasión, los asesores de MINUGUA dieron a conocer a los oficiales del Ministerio Público sus críticas a los sistemas modernizados, sin tomar en cuenta a USAID⁸². A partir de su revisión, esbozaron un nuevo plan sin el apoyo de USAID e, ignorando dos años de intensa experiencia institucional en los Centros de Justicia, indicaron los puntos exactos que el nuevo plan pretendía resolver⁸³. Si ellos hubiesen ido a Quetzaltenango o

78 *Ibidem*.

79 *Ibidem*. (donde se contrasta la opinión de MINUGUA sobre el papel del auxiliar fiscal con aquel basado en los modelos de los Estados Unidos).

80 *Diagnóstico del sistema de justicia penal, supra* nota 13, p. 21 (donde se asevera que la separación de funciones administrativas de las funciones legales, podría aumentar el acceso al sector justicia).

81 Memorandum de Timothy Cornish, Jefe del Programa de Justicia de USAID, a Steven Hendrix y Beth Hogan, Oficiales de Democracia de USAID (25 de septiembre de 1997) (donde se describe lo ocurrido durante la evaluación no planificada de los sistemas del Ministerio Público por parte de representantes de MINUGUA) (en archivo del autor).

82 *Ibidem* (donde se subraya que la conducta de los representantes de MINUGUA no fue aislada, sino que se había manifestado en otras situaciones).

83 Carta de Timothy Cornish, Jefe del Programa de Justicia, a Steven Hendrix, Coordinador del Programa de Justicia de USAID (24 de marzo de 1998) (donde se explica que los planes de MINUGUA daban soluciones que ya habían sido implementadas en ambos centros de justicia) (en archivo del autor); ver también Ministerio Público, *Programa de Reorganización y Regionalización de las Fiscalías del Interior del País*, Guatemala, 1998, p. 1 (donde se le da crédito a MINUGUA por el Plan de Reorganización). El plan tomaba en consideración las oficinas de persecución penal de Amatitlán, Baja Verapaz, Chimaltenango, Chiquimula, El Progreso, Escuintla, Huehuetenango, Izabal, Jalapa, Jutiapa, Mixco, Quiché, Sacatepéquez, San Marcos, Sololá, Totonicapán y Petén. La evaluación no tomó en consideración las estructuras ya desarrolladas en los Centros de Jus-

Zacapa mientras delimitaban el plan, hubiesen observado los modelos organizacionales coherentes que se encontraban presentes allí, desempeñando y dirigiendo los objetivos del plan⁸⁴.

En febrero de 1998, el Fiscal General de Guatemala, Héctor Hugo Pérez Aguilera, paró los esfuerzos en San Benito (Departamento de El Petén) y Escuintla dirigidos a modernizar las estructuras organizacionales, por estar pendiente un estudio de reorganización con MINUGUA⁸⁵. A mediados de 1998, el Ministerio Público dio a conocer su *Plan de reorganización*⁸⁶. De manera contraria a la tendencia en sistemas acusatorios, el Fiscal General de Guatemala formalizó un modelo altamente vertical de estructura organizacional⁸⁷. La nueva estructura está basada en pequeñas unidades operacionales autónomas, llamadas *agencias*⁸⁸. Cada agencia cuenta con un fiscal asistente de distrito (o *agente fiscal*), un cierto número de fiscales sub-asistentes de distrito (*auxiliares*) y personal de apoyo (*oficiales*)⁸⁹.

A pesar de que las *agencias* funcionan dentro de la oficina de cada fiscal de distrito, operan semi-independientemente. La comunicación entre cada oficina del fiscal de distrito (y en otros niveles) depende del interés de cada *agente fiscal*. Conceptualmente, en muchas instancias, cada *agente fiscal* se considera a sí mismo con cierta independencia judicial, sin supervisión del fiscal distrital, o hasta del

ticia tanto en Quetzaltenango como en Zacapa, sino que buscaba dejar de lado estas experiencias. *Ibídem*, p. 12.

84 Timothy Cornish, "Comentarios al Programa de Reorganización y Regionalización de las Fiscalías" ["Commentaries on the Reorganization and Regionalization of the District Attorneys Plan"], 24 de marzo de 1998 (donde se subraya que el plan adoptado por el Ministerio Público resultaba contrario a los principios modernos de organización para oficinas de fiscales) (manuscrito no publicado, en archivo del autor).

85 Carta de Héctor Hugo Pérez Aguilera, Fiscal General de Guatemala, a Timothy Cornish, Jefe del Programa de Justicia de USAID (13 de febrero de 1998) (donde se comentan las razones detrás de la suspensión de los esfuerzos de organización de CREA) (en archivo del autor). Curiosamente, Petén y Escuintla fueron visitados por el equipo de MINUGUA que desarrollaba la evaluación.

86 Ver, en general, Ministerio Público-Fiscalía General de la República, "Manual de organización", julio de 1998 (donde se delimitan las responsabilidades y funciones de las nuevas unidades creadas bajo el Plan de Reorganización) (en archivo del autor).

87 *Ibídem*, p. 13 (donde se explica la nueva estructura organizacional).

88 *Ibídem*, p. 4 (donde se indica que las *agencias* operarían bajo cada fiscal de distrito).

89 Cornish, *supra* nota 84 (donde se explica la composición de las agencias).

fiscal general, como si fuera de hecho un juez, más que un fiscal. Para empeorar las cosas, el Plan de Reorganización elimina efectivamente a los fiscales de distrito como supervisores, y coloca a los fiscales generales a cargo de una *agencia*, exacerbando así la fragmentación y la división en categorías de cada *agencia fiscal*. Bajo estas circunstancias, ni siquiera la implementación de sistemas sofisticados para compartir información resolvería completamente los problemas de comunicación⁹⁰.

En los Centros de Justicia de Zacapa y Quetzaltenango, USAID apoyó el establecimiento de unidades especializadas de persecución penal. Los autores del Plan de Reorganización nunca visitaron los Centros de Justicia⁹¹, ya que MINUGUA no aceptó la especialización. El nuevo modelo local de organización prohíbe el establecimiento de *agencias* o unidades por tipo de crimen, por ejemplo, delitos a la propiedad, homicidio, violencia doméstica, etc.⁹². En su lugar, el modelo organiza la oficina bajo un sistema de turnos de setenta y dos horas, en los cuales todo -excepto drogas- llega al fiscal “de turno”⁹³. Este modelo local es probadamente débil, fragmentado y completamente incapaz de investigar y procesar más allá de los casos más fáciles⁹⁴.

Una importante excepción al plan de descentralización atañe al crimen organizado. Una *Agencia fiscal contra crimen organizado* en el ámbito nacional fue estructurada en octubre de 1998 para registrar el secuestro, extorsión, robo de carros y abuso infantil. Previamente sólo la *Narcofiscalía* se encargaba de los temas fronterizos. No está claro si se estaba tomando en consideración el tema del lavado de dinero. No importa el tipo de crimen organizado, las estructuras nacionales o internacionales con representación local son esenciales, y

⁹⁰ Memorandum de Steven E. Hendrix, Coordinador de Justicia de USAID, a William Brencick, Jefe Suplente de la Misión (16 de diciembre de 1998) [de aquí en adelante 16/12/98 Hendrix Memo.] (donde se describen las consecuencias de darle a las *agencias* independencia parcial) (en archivo del autor).

⁹¹ “Manual de organización”, *supra* nota 86, p. 1 (donde se enumeran los sitios que MINUGUA visitó, visita de la que se excluyó notoriamente a los Centros de Justicia localizados en Xela y Zacapa).

⁹² 16/12/98 Hendrix Memo., *Supra* nota 90 (donde se hace notar que el Ministerio Público rechazó el plan para la especialización de los fiscales, el cual USAID había implementado en los Centros de Justicia de Xela y Zacapa).

⁹³ “Manual de organización”, *supra* nota 86, p. 15 (donde se describen las características del nuevo sistema).

⁹⁴ 16/12/98 Hendrix Memo., *supra* nota 90 (donde se describen los efectos del nuevo sistema).

deben ser independientes del Fiscal Distrital. Sin embargo, se ha realizado poco progreso para operativizar la Unidad del Crimen Organizado⁹⁵.

Cualquier unidad especializada de este tipo requiere de nexos para asegurar la comunicación apropiada con las organizaciones locales de persecución penal. Estos nexos son necesarios porque, bajo el presente esquema, los casos de posesión de drogas todavía están consignados al fiscal local, mientras que no se hacen los nexos obvios entre posesión y tráfico en las investigaciones locales. Por otra parte, hay pocos lineamientos para instruir a los fiscales en el ámbito local como, por ejemplo, cuándo deberían referir los casos al ámbito nacional⁹⁶. La investigación y persecución penal de cualquier clase de crimen organizado, desde el robo profesional hasta redes multinacionales de traficantes de droga y lavado de dinero, requiere niveles apropiados de comunicación y trabajo en equipo. El modelo de reorganización no responde a estos asuntos que, además, son bastante frecuentes⁹⁷.

En este contexto, la reestructuración de la oficina del fiscal para lograr una mayor eficiencia y transparencia fue cortada en Quetzaltenango⁹⁸ y, consecuentemente, en toda la nación. Hasta noviembre de 1998, el proyecto de Quetzaltenango había progresado bajo la dirección del Fiscal Distrital Estuardo Barrios⁹⁹. USAID había avanzado con el modelo administrativo de *secretaría común* dentro del Ministerio Público¹⁰⁰. Durante la administración de Barrios, funcionaba una Oficina de Secretaría Común y Archivo, se utilizaban formularios estandarizados y funcionaba un sistema de registro de casos¹⁰¹. En diciembre de ese año, con la llegada del nuevo Plan de Reorganización, Barrios renunció y fue reemplazado por Felipe Pé-

⁹⁵ *Ibidem* (donde se indican las razones para la excepción del crimen organizado).

⁹⁶ *Ibidem* (donde se asevera que la falta de comunicación dentro del nuevo sistema tendría como resultado dificultades ulteriores para los fiscales).

⁹⁷ *Ibidem* (donde se describen los defectos del nuevo sistema).

⁹⁸ 15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16 (donde se hace notar que la exclusión de la “secretaría común” fue uno de los retrasos más grandes).

⁹⁹ 19/08/99 Williams Mem., *supra* nota 29, pp. 11-12 (donde se comenta el estado del proyecto en Quetzaltenango).

¹⁰⁰ 15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16 (donde se discute el apoyo de la URL para reestructurar las oficinas de persecución penal).

¹⁰¹ 19/08/99 Williams Mem., *supra* nota 29, p. 12.

rez Santos, quien le puso fin a todos los programas antes mencionados¹⁰². Los fiscales simplemente no estuvieron dispuestos a renunciar al control que ejercían sobre los *oficiales* ni a la conveniencia de delegar mucho de su trabajo a estos individuos¹⁰³.

En menos de un año, aproximadamente en septiembre de 1999, Quetzaltenango tenía sin procesar un rezago de 20,000 archivos de denuncias penales activas¹⁰⁴. En esa época, un nuevo Fiscal Distrital asignado a Quetzaltenango, Armando Martínez¹⁰⁵, estaba dispuesto a empezar de nuevo el programa y desarrollar nuevamente los sistemas de seguimiento de casos¹⁰⁶. En agosto de 1999, Zacapa era el único Centro que continuaba usando el modelo original de USAID con organización modernizada con personal especializado en persecución penal en el Ministerio Público¹⁰⁷. Los fiscales de Zacapa estaban bastante orgullosos del sistema que utilizaban y se mostraban preocupados por el Plan de Reorganización de MINUGUA, el cual iba a llegar al departamento en el transcurso del año, desmantelando el progreso¹⁰⁸.

A pesar de haber puesto a un lado el programa de USAID en cuanto a la organización de fiscales, el Ministerio Público ha retenido y endosado otros elementos del modelo del Centro de Justicia. El Ministerio Público decidió retener las innovaciones en el campo del seguimiento y manejo de casos. Asimismo, éste continúa trabajando de forma colaborativa con enfoques integrados en temas del sector justicia¹⁰⁹. Además, a pesar que el Ministerio Público, para bien o

¹⁰²Ibidem.

¹⁰³15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16 (donde se hace notar el papel del fiscal en la reestructuración).

¹⁰⁴Memorandum de Brian Treacy, Jefe de Programa de USAID, a Steven Hendrix, Coordinador del Programa de Justicia (18 de octubre de 1999) [de aquí en adelante 18/10/99 Treacy Memo.] (donde se describe el informe de actividades del Programa de Justicia/USAID de septiembre de 1999) (en archivo del autor).

¹⁰⁵19/08/99 Williams Mem., *supra* nota 29, p. 12.

¹⁰⁶Ver, en general, 18/10/99 Treacy Memo., *supra* nota 104 (donde se describen los archivos del MP en Quetzaltenango).

¹⁰⁷19/08/99 Williams Mem., *supra* nota 29, p. 6 (donde se discute el sistema de seguimiento de casos de Zacapa).

¹⁰⁸Ibidem (donde se subraya el temor de los fiscales a un nuevo sistema).

¹⁰⁹Programa de Justicia USAID, "Resumen ejecutivo" ["Executive Summary"], CREA/USAID, Guatemala, noviembre de 1999, p. 2 (donde se encuentra un resumen de las diversas actividades en curso en los distintos Centros de Justicia, con la participación del Ministerio Público) (en archivo del autor).

para mal, adoptó el Plan de Reorganización de MINUGUA, poco sorprendería si éste revirtiera la decisión y volviera a apoyar la especialización, siguiendo el esquema regional, como parte de su esfuerzo por mejorar el desempeño¹¹⁰.

¹¹⁰ Miguel A. Espino G., *Estado de gestión sobre las denuncias en la Oficina de Atención Permanente del Ministerio Público: Evaluación preliminar sobre la actividad investigativa del delito por parte del Ministerio Público [State of Management Regarding Crime Reporting in the Investigation Office of the Public Ministry: Preliminary Evaluation of the Crime Investigating Activity by the Public Ministry]*, CREA/USAID, Guatemala, enero de 1999 [de aquí en adelante *Evaluación de Espino*] (donde indica que estadísticas nuevas y confiables se estaban generando en la nueva oficina de la Secretaría de Tribunales; éstas indican que existe muy poca actividad en los casos penales en general en la ciudad de Guatemala) (en archivo del autor). En otras palabras, los documentos de la Corte demuestran que el nivel de productividad del Ministerio Público es bajo. Debido a que sabemos que el crimen es una amenaza real, la pregunta obvia es “¿por qué?”.

El Ministerio Público invitó a USAID a revisar una de las “mejores” de las 35 *Agencias fiscales* que conforman la oficina Metropolitana de Guatemala. Esta visita tenía el propósito de favorecer una imagen más positiva del Ministerio Público. Sólo en la ciudad de Guatemala, se presentan cerca de 450 casos al día al Ministerio Público. Esto se traduce en cerca de 90,000 nuevas demandas penales por año. De éstas, cerca de 35,000 al año son inmediatamente desestimadas porque el oficial de recepción no cree que ameriten la atención de un fiscal. No existe un criterio establecido para tomar estas decisiones y los casos no entran al sistema, ni siquiera para ser investigados. De los casos restantes, en casi la mitad no se identifica claramente al “agresor”. Existe una política no escrita en el sentido de que los oficiales no carguen estos casos en el sistema ni los investiguen. Todo esto implica un sub-registro del crimen de casi 60,000 demandas penales al año, sólo en Ciudad de Guatemala.

Los otros 30,000 casos anuales (cerca de 2,800 al mes) que pasan a investigación inicial e identifican claramente a un agresor, son referidos a la “Fiscalía de Turno” (fiscal en rotación.) Existen 35 “fiscalías” (equipos del fiscal) para la Ciudad de Guatemala. Cada fiscalía tiene un fiscal director, fiscales asistentes, fiscales suplentes, oficiales y secretarías. Después de un período de tres meses y medio, 328 casos fueron registrados por la Corte (cerca de 94 al mes o 2.6 registros por Agencia Fiscal al mes), lo cual es menos del uno por ciento por fiscal. Este nivel de productividad es desastroso para el Ministerio Público. A manera de referencia, las oficinas de los fiscales de Estados Unidos se deshacen de los registros de rutina por cientos, diariamente, si es necesario.

Cuando la víctima identifica un agresor, el Ministerio Público y la Policía parecen trabajar en equipo. El porcentaje de casos resulta en dos o tres acciones judiciales, esto es, *citaciones a agredidos, citaciones a agresores, solicitudes de investigador*, etc., lo que significa que la Unidad de Recepción de Casos está procesando casos seleccionados. Sin embargo, en una muestra de casos, 100 por ciento de las víctimas y testigos se retractaron finalmente de su testimonio, rehusando cooperar con los investigadores o, en algunos casos, retiraron la denuncia. Los investigadores han informado a USAID que las víctimas temen represalias. En estos casos, la denuncia es simplemente retirada y archivada. No se toma ninguna acción en contra del agresor. En otras palabras, de las 90,000 demandas penales interpuestas en un año, el éxito real de persecución en términos estadísticos para la Ciudad de Guatemala se acerca a cero. Aún asumiendo un alto margen de error en el estudio, los resultados todavía son catastróficos.

IV. Funcionamiento mejorado y planificación en equipo

La planificación en equipo es esencial para los Centros de Justicia. Existe muy buena colaboración entre los actores, especialmente en los Centros más antiguos (Zacapa y Quetzaltenango). Esta colaboración se está desarrollando en los Centros más nuevos. Además,

Resumen de los Resultados

DENUNCIAS CRIMINALES	NÚMERO POR AÑO (EST.)	NÚMERO POR MES (EST.)	NÚMERO POR DÍA (EST.)
Presentadas al Ministerio Público	90,000	7,500	450
No consideradas, registradas o seguidas	35,000	2,917	175
Referidas a una Agencia Fiscal	34,000	2,800	168
Archivos en la Corte relacionados a casos*	1,125	94	3 a 4
Archivos en la Corte relacionados a casos por Agencia Fiscal *	32	2.6	N/A
Causas conocidas por el MP*	Ninguna en la muestra (0%)	Ninguna en la muestra	Ninguna en la muestra

*Fuente de Información: Centro Administrativo de Gestión Penal (Oficina del Secretario).

Si estos datos son ciertos, existe una falta de confianza alarmante en el sistema de justicia. Además, de acuerdo a información anecdótica, existe un gran temor a sufrir represalias, que se combina con la deficiencias reales en el sector. Esto se traduce en una falta de participación ciudadana en la investigación y persecución legal, aún después de haber presentado una denuncia, lo cual se convierte, a su vez, en impunidad a una escala masiva para los agresores.

Aunque el cero por ciento de los casos en la muestra de la investigación de USAID siguieron el trámite para la persecución penal, algunos de los casos si llegaron hasta la Corte. Sin embargo, esto demuestra una aberración estadística. La norma es que esa gente no presente denuncias y que aquellos que lo hacen, rápidamente renuncien a ellas. Los criminales están conscientes de esto y sacan ventaja de la situación.

Dado que no existen sistemas de seguimiento en Atención Permanente, la *Evaluación* de Espino representa la primera evaluación empírica de la oficina. Un sector de justicia que no evalúa su éxito o fracaso no podrá acopiar recursos o establecer las políticas correctas. La *Evaluación* de Espino claramente expone ineficiencias sobresalientes en el Ministerio Público, resultando en un nivel trágicamente bajo de productividad de los fiscales. Este muestra claramente el colapso del Plan de Reorganización de MINUGUA. Indudablemente, esto debe ser más documentado y definido.

Aunque el cambio de actitudes sociales solo sucederá a largo plazo, existe una clara necesidad de sustituir la unidad de recepción de denuncias como un primer paso inmediato de la estrategia más amplia de cambiar la imagen del sector de justicia. Claramente, la primera etapa de cualquier proyecto de *Atención Permanente* debería concentrarse en sustituir la recepción de casos con procesos simplificados y atomizados para capturar la información, con la idea de influenciar la agenda política institucional. Las políticas institucionales tendrán que cambiar, tomando en consideración el servicio al cliente, la protección al testigo, así como una rápida y efectiva persecución de hostigadores y asesinos de testigos. Esas políticas hoy en día no existen. Además el Ministerio Público necesitará capturar y procesar datos para perfilar la criminalidad y detectar patrones criminales (*modus operandi*).

USAID y las contrapartes del sector justicia han realizado acciones para institucionalizar la capacitación y mejorar las condiciones¹¹¹.

La Universidad de San Carlos (USAC) apoya el modelo del Centro de Justicia¹¹². Los Centros de Justicia han demostrado que los abogados guatemaltecos contaban, en general, con poca habilidad para la práctica del juicio y el litigio. Esto forzó a USAID a ajustar su programa para abordar dichos problemas al inicio de sus carreras profesionales, en las facultades de derecho. Como resultado de este esfuerzo de USAID, en 1998 la USAC llevó a cabo más investigación académica que en los veintitrés años previos juntos¹¹³. Además, para abordar las necesidades prácticas de implementar la ley indígena, la USAC creó un programa de post-grado en ley indígena, con el apoyo de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), primero en Latinoamérica¹¹⁴. El Colegio de Abogados de Guatemala también creó, en 1998, una unidad descentralizada, para institucionalizar la educación legal continua¹¹⁵. Esta unidad empezó a ofrecer cursos no solamente en la ciudad de Guatemala, sino también en los distintos Centros de Justicia¹¹⁶.

Otros productos derivados de los Centros de Justicia, que representan esfuerzos de colaboración entre jueces, fiscales, policía, defensores públicos y varias universidades, fueron el Manual del Investigador Penal, el Cuaderno de Notas de Evidencia, el Manual de Práctica en Juicio¹¹⁷, y varios Manuales de Procedimiento Administrativo¹¹⁸. Además, el Ministerio Público emitió un nuevo Manual

¹¹¹Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

¹¹²Barrientos, *supra* nota 36, p. 6 (donde se comenta el apoyo que los Centros de Enfoque han recibido de las instituciones del sector justicia).

¹¹³Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61 (donde se discute el trabajo de USAID para aumentar la capacidad de realizar juicios).

¹¹⁴Ibídem (donde se describen los resultados obtenidos por USAID al utilizar cursos educativos únicos en Latinoamérica).

¹¹⁵Ibídem (donde se explican los programas avanzados de educación legal de USAC y USAID).

¹¹⁶Ibídem; ver también Consultoría DPK, "Informe Trimestral de Progreso No. 3", CREA/USAID, Guatemala, junio a agosto de 1998, pp. 7-8 [de aquí en adelante "QPR No. 3"] (donde se informa que el grupo Unidad Académica [Academics United] estaba planeando establecer programas interinstitucionales de educación legal continua para abogados guatemaltecos).

¹¹⁷"Informe final DPK", *supra* nota 15, p. 12 (donde se hace alusión al uso de materiales de apoyo para el sector justicia).

¹¹⁸Barrientos, *supra* nota 36, p. 7 (donde se detallan los materiales producidos para establecer los Centros de Justicia).

del Fiscal basado en el apoyo técnico de MINUGUA, con apoyo económico de USAID y la Oficina de Asuntos de Narcóticos de la Embajada de los Estados Unidos (NAS -por sus siglas en inglés-)¹¹⁹. Hacer los manuales tomó varios años debido al proceso participativo involucrado, pero éstos representaron un avance importante en la literatura legal guatemalteca en aspectos prácticos de la ley y el procedimiento penal¹²⁰. Ningún material previo es comparable a estos manuales¹²¹.

En mayo de 1999, conjuntamente con la Universidad Rafael Landívar (URL), el Colegio de Abogados, la Corte, el Ministerio Público y el Servicio del Defensor Público, USAID realizó un programa de “aprendizaje a distancia”, mediante los varios Centros de Justicia, a modo de continuar la capacitación legal. El curso se centró en la defensa en el juicio penal y se usó el Manual de Práctica en el Juicio como el texto esencial¹²². A partir de la capacitación de USAID para fiscales en Quetzaltenango, de 1996 a 1998, y la especialización y modernización organizacional, las escalas de persecución de convictos alcanzaron el noventa por ciento en 1997 y cien por ciento en 1998¹²³. Esto se acerca, a escala nacional, a un cincuenta por ciento¹²⁴. En Escuintla, el monitoreo de desempeño del primer mes de operación del Centro documentó una reducción del 42% en la asig-

¹¹⁹ Ministerio Público-Fiscalía General de la República, “Manual del Fiscal”, Guatemala, 1996, pp. 9-10 (donde se introduce el nuevo código penal y se comenta su origen).

¹²⁰ Memorandum de George Carner, Director de la Misión USAID, a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (12 de febrero de 1999) (donde se describen las publicaciones de la Actividad de Justicia de USAID) (en archivo del autor).

¹²¹ Ver, en general, Consultoría DPK, “Quarterly Progress Report No. 1”, CREA/USAID, Guatemala, 28 del febrero del 1998, p. 6 (donde se subraya el cambio de las técnicas tradiciones en el curso de la prueba).

¹²² Memorandum de Letitia Kelly Butler, Directora en funciones de USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (21 de mayo, 1999) (donde se discuten las innovaciones en la capacitación del sector de justicia) (en los archivos de USAID/Guatemala). Otro curso de aprendizaje a distancia se centró en lo básico del derecho penal. Ver Escuela de Estudios Judiciales, *La Teoría del Delito*, Universidad de San Carlos y Ministerio Público, Centro de Apoyo al Estado de Derecho CREA/USAID, 1999.

¹²³ Memorandum de Erhardt Rupprecht, Director en funciones de la USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (6 de noviembre, 1998) (en el que nota el aumento de las tasas de condena después de la capacitación del programa de justicia) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹²⁴ *Ibidem* (refiriéndose a las tasas de condena en Guatemala).

nación de casos para los fiscales como resultado del filtro de casos y características referenciales¹²⁵. Esto llevó a la reducción de la carga de casos de los fiscales, permitiéndoles más tiempo para la investigación y persecución de casos que ameritan la atención de un abogado¹²⁶.

Uno de los fracasos del trabajo en equipo se ha dado en el área de la investigación criminal, la cual requiere de la colaboración entre la policía y los fiscales¹²⁷. En relación con esto, una de las necesidades claramente detectadas en la operación de los Centros de Justicia ha sido la inexistencia de procedimientos para el manejo de evidencias, asunto en sí desconsolador¹²⁸. Para diciembre de 1996, USAID junto con algunos fiscales y oficiales de policía, habían elaborado un boceto del texto del acuerdo (o “protocolo”) entre los directivos institucionales del Ministerio Público y la Policía para el mejoramiento de la investigación criminal¹²⁹. En octubre de 1998, USAID entregó al Ministerio Público un diagnóstico sobre cómo mejorar el manejo de evidencias, junto con la propuesta de reglas y formatos estándar para asegurar la cadena de custodia y pasos concretos para la acción¹³⁰. El 12 de enero de 1999, el Fiscal General de Guatemala prometió acción inmediata para aprobar las reglas de manejo de evidencia y el protocolo para la colaboración de la policía-fiscalía¹³¹. Hasta el momento, no se ha avanzado más; las herramientas no han sido utilizadas.

¹²⁵Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61 (donde hace referencia a la reducción de trabajo para los fiscales en Guatemala).

¹²⁶Ibídem (refiriéndose a la eficiencia del nuevo sistema).

¹²⁷*Diagnóstico del sistema de justicia penal*, *supra* nota 13, p. 13.

¹²⁸Memorandum de Ernesto D. Velarde, Consultor de justicia para la USAID, dirigido a Ángel Estuardo Barrios, Quezaltenanago, Fiscal de Distrito (27 de octubre, 1998) [de aquí en adelante referido como 10/27/98 Velarde Mem.] (donde informa a la fiscalía sobre observaciones referente a las deficiencias en el manejo de pruebas y la investigación penal en aquella oficina) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹²⁹Ver, en general, Ministerio Público y Ministerio de Gobernación, “Instructivo general relativo al cumplimiento de la dirección funcional del Ministerio Público en la Policía y demás cuerpos de investigación penal” (17 de septiembre, 1997) (documento no publicado, en los archivos de la USAID/Guatemala).

¹³⁰10/27/98 Velarde Mem., *supra* nota 128.

¹³¹Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61.

V. Uso de formatos estandarizados

Un resultado del proceso de implementación de los Centros de Justicia ha sido la integración funcional de las tareas administrativas, con incrementos correspondientes en eficiencia y, por lo tanto, en servicio al cliente. El 12 de junio de 1998, la *Instancia Coordinadora* adoptó formatos uniformes para compartir información entre los juzgados, fiscalía y la policía, incluyendo formatos para el reporte de crímenes (*denuncias*), detenciones preliminares (*prevenciones policiales*), detenciones en el acto (*consignación por flagrancia*), órdenes de allanamiento requeridas por los fiscales y ordenadas por los jueces, inspección de la escena del crimen y reporte de autopsia e inspección de cadáveres¹³². Increíblemente, antes de esta fecha, los actores del sector justicia no contaban con formularios estandarizados, aún para las tareas de rutina. Estos nuevos formularios están basados en los diseños de USAID y un proceso posterior de consulta y validación¹³³.

Por medio de la Instancia Coordinadora, USAID llevó a cabo un proceso de capacitación en el uso de los formularios nuevos, en cada uno de los Centros de Justicia¹³⁴. Después de que el Centro de Justicia diseñó los catorce formularios iniciales¹³⁵, veinticuatro formularios fueron desarrollados, probados, aprobados e implementados con apoyo de USAID¹³⁶. En diciembre de 1998, una evaluación

¹³²Memorandum de Letitia Kelly Butler, Director en funciones de USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (16 de junio, 1998) (donde se refiere al uso de formatos estandarizados) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹³³Ibidem (donde se refiere al papel de USAID en la implementación de las reformas).

¹³⁴Memorandum de George Carner, Director de la Misión USAID, a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (3 de septiembre, 1998) [de aquí en adelante referido como 09/03/98 Carner Mem.] (donde explica que los seminarios ya se han celebrado en Escuintla, Ciudad de Guatemala, Nebaj, Petén, y Zacapa, con una asistencia mayor a la esperada) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹³⁵Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61 (donde se subraya que la Instancia Coordinadora inicialmente aprobó catorce formularios desarrollados por USAID para uso de los tribunales, policía, defensa pública penal y la fiscalía, a nivel nacional).

¹³⁶Memorandum de Letitia Kelly Butler, Directora en funciones de la USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (29 octubre, 1998) (donde se explica que estos formularios han sido desarrollados para los procedimientos más frecuentes en los tribunales y permiten un flujo ágil de la información entre las instituciones del sector justicia) (en los archivos de USAID/Guatemala).

de gestión en San Benito (Petén) y Escuintla encontró que los formularios se estaban utilizando en ambas localidades¹³⁷. Más de cien formularios han sido diseñados, desarrollados e introducidos a nivel de los Centros de Justicia. Actualmente se encuentran en proceso de afinamiento, para luego ser utilizados a nivel nacional¹³⁸.

VI. Intérpretes apropiados y programas de capacitación

Los Acuerdos de Paz y la Comisión para el Fortalecimiento de la Justicia subrayaron la necesidad de un pluralismo legal y acceso a la justicia en la propia lengua¹³⁹. Los derechos humanos sólo pueden ser garantizados si al acusado, al testigo y a las víctimas se les garantiza un debido proceso¹⁴⁰. En un país en donde la mitad de la población no tiene el español como lengua materna¹⁴¹, la garantía constitucional de debido proceso implica ofrecer servicios de traducción. Esto es especialmente relevante en el caso de las mujeres y los niños, quienes con frecuencia son monolingües, no hispano-hablantes. Los Acuerdos de Paz son claros en el mandato de proporcionar los servicios de traducción¹⁴².

Además del español, el país tiene por lo menos veintitrés grupos étnicos mayas, que hablan veinticuatro lenguas derivadas del maya,

¹³⁷Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61 (haciendo referencia a que los jueces de esos lugares deben recomendar que los formularios sean utilizados).

¹³⁸“Informe final DPK”, *supra* nota 15, p. 12 (donde nota que los formularios contribuyen al aumento de la uniformidad a nivel nacional).

¹³⁹*Resumen ejecutivo de justicia*, *supra* nota 9, p. 39 (donde se argumenta que los administradores de justicia en Guatemala necesitan reconocer la característica multicultural y pluriétnica del pueblo y responder de manera apropiada).

¹⁴⁰Steven E. Hendrix, “Justice Sector Interpreters”, CREA/USAID, Guatemala, 18 de diciembre de 1997 (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹⁴¹Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., “Justicia y Multilingüismo: Pautas para alcanzar una justicia multilingüe en Guatemala”, septiembre de 1999, p. 4 (donde cita el censo de 1994, que revela que el 43% del pueblo guatemalteco es indígena) (manuscrito no publicado, en los archivos de la USAID/Guatemala). Fuentes no oficiales estiman la cifra en 61%, lo que quiere decir que Guatemala es el país con mayor población indígena del mundo. Ver también Plant, Roger, “Los derechos indígenas y el multiculturalismo latinoamericano: lecciones del proceso de paz de Guatemala”, en *Diálogo*, No. 9, octubre de 1999, p. 10 (donde afirma que las Naciones Unidas estima que los indígenas representan entre un 60 y un 65% de la población guatemalteca).

¹⁴²Steven E. Hendrix, “Justice Sector...”, *supra* nota 140 (donde se afirma que los Acuerdos de Paz pretendían asegurar los derechos humanos básicos y el debido proceso constitucional mediante la implementación de servicios de interpretación).

garífuna y xinca¹⁴³. Sin embargo, el k'iché, el kaqchikel y el mam son los tres idiomas predominantes¹⁴⁴. Como consecuencia, las diferencias lingüísticas complican en mucho los intentos por avanzar en el acceso a la justicia, especialmente para los grupos indígenas, los pobres, las mujeres y los niños¹⁴⁵.

Así, los servicios de traducción se convierten en un complemento natural de los objetivos de los Centros de Justicia¹⁴⁶, tanto como el incremento en el acceso al sistema de justicia¹⁴⁷. Con la firma de los Acuerdos de Paz a fines de 1996, USAID¹⁴⁸ y MINUGUA (con un fondo de USAID y holandés)¹⁴⁹ tomó medidas inmediatas de emergencia a corto plazo, para obtener traductores en el campo. En 1996, MINUGUA y USAID capacitaron 45 traductores en las lenguas mam y k'iché. En 1997, USAID capacitó otros 34 en Tecpán, en kaqchikel¹⁵⁰. En 1998, USAID graduó 25 traductores oficiales adicionales en el idioma pocomam, cerca de Escuintla y Jalapa¹⁵¹. Además, en 1997 y 1998, MINUGUA entrenó intérpretes en Huehuetenango y Cobán en las lenguas mam y k'iché¹⁵².

¹⁴³ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., "Justicia y Multilingüismo...", *supra* nota 141, p. 6 (con referencia a que la Academia de Idiomas Mayas estima la cifra oficial de idiomas mayas en 21); Ver también Plant, Roger, "Los derechos indígenas...", *supra* nota 141, p. 11 (donde se afirma que una de las características demográficas de Guatemala es la diversidad de pueblos indígenas).

¹⁴⁴ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., "Justicia y Multilingüismo...", *supra* nota 141, p. 7 (donde se indica que estas tres lenguas representan el 65% de la totalidad de lenguas indígenas de Guatemala).

¹⁴⁵ Steven E. Hendrix, "Justice Sector...", *supra* nota 140 (con referencia al hecho de que los pobres, las mujeres, y los niños tiene mayores probabilidades de hablar un solo idioma, diferente al español).

¹⁴⁶ Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

¹⁴⁷ Steven E. Hendrix, "Justice Sector...", *supra* nota 140 (donde se explica que las actividades de USAID están dirigidas a garantizar el derecho de uso de servicios de traducción en la administración de justicia).

¹⁴⁸ Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

¹⁴⁹ Memorandum de William Stacy Rhodes, Director de la Misión USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (27 de mayo, 1998) (donde se afirma que USAID contribuyó apoyó a MINUGUA con \$374,820 para el programa de multiculturalidad y justicia, que brindó capacitación a intérpretes jurídicos para personas indígenas de no hispano hablantes) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹⁵⁰ Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Memorandum de Steven E. Hendrix, Coordinador del Programa de Justicia USAID, a Neil Levine, Consultor de justicia de USAID (5 de octubre, 1998) [de aquí en adelante referido como 10/5/98 Hendrix Mem.] (donde refiere que los

USAID mantuvo un programa bilateral de traductores, el cual además contribuyó al esfuerzo multilingüística de MINUGUA. Como parte de su programa bilateral, USAID proporcionó apoyo técnico y logístico al proyecto de administración de justicia y multilingüismo de MINUGUA en los departamentos de Quetzaltenango, Totonicapán y San Marcos. Específicamente, el programa bilateral de USAID colaboró en el diseño e implementación del currículum del programa de entrenamiento, la selección de los candidatos para intérpretes, asistencia técnica para la implementación y desarrollo de los cursos de entrenamiento y diseño de los materiales de entrenamiento y talleres sobre los temas de justicia y multilingüismo¹⁵³.

En lo que metodología se refiere, MINUGUA creó tres diferentes niveles o perfiles de intérpretes. La capacitación más intensa fue proporcionada a los *intérpretes legales* (o *intérpretes judiciales*) quienes acompañan procedimientos legales realizando interpretación simultánea. La Corte y el Ministerio Público han creado unos cuantos puestos permanentes para este intérprete en particular, asegurando hasta cierto punto la sostenibilidad. El segundo plano es para los *intérpretes institucionales*. Estos tienen otros trabajos dentro de las distintas instituciones del sector justicia, pero son llamados según se

intérpretes fueron capacitados conjuntamente por MINUGUA y USAID) (en los archivos de USAID/Guatemala); Ver también Carta de William Stacey Rhodes, Director de USAID, dirigida a Jean Arnault, Director de MINUGUA (6 de mayo, 1998) (donde se subraya que la cuota final del financiamiento se concretó el 6 de mayo, 1998) (en los archivos de USAID/Guatemala); Campos, Erick, "Suspenden plan indígena", *Prensa Libre*, 24 de agosto, 1998, p. 5 (donde se informa que MINUGUA suspendió unilateralmente la capacitación en agosto del 1998); Carta de Jean Arnault, Director de MINUGUA, dirigida a Rigoberto Queme Chay, Alcalde de Quetzaltenango (24 de agosto, 1998) (donde se explica que la suspensión de actividades de capacitación tenía carácter temporal) (en los archivos de USAID/Guatemala); 09/03/98 Carner Mem., *supra* nota 134 (donde se informa al Embajador respecto a la suspensión de la actividad y que se estaba realizando un diagnóstico interno). Sin embargo, ver Carta de Jean Arnault, Director de MINUGUA, dirigida a George Carner, Director de la Misión USAID (5 de agosto, 1999) (donde se asegura a USAID que MINUGUA ha procedido con la capacitación y no la ha suspendido en ningún momento) (en los archivos de USAID/Guatemala); Carta de Steven E. Hendrix, Coordinador de Justicia con USAID, dirigida a George Carner, Director de la Misión USAID (5 de octubre, 1998) [en adelante, 10/5/98 Hendrix Mem.] (donde se indica que al 5 de octubre, 1998, inclusive, MINUGUA asegura informando a USAID que procedía con el proceso de capacitación, asegurando que no había cancelado actividad alguna) (en los archivos de USAID/Guatemala); Carta de George Carner, Director de la Misión USAID, dirigida a Jean Arnault, Director de MINUGUA (16 de marzo, 1999) (donde se da por concluida la donación de USAID para MINUGUA, que había iniciado mediante una carta de mutuo entendimiento) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹⁵³ Steven E. Hendrix, "Justice Sector...", *supra* nota 140 (donde se explican los objetivos del programa y de la estrategia de capacitación a intérpretes de USAID).

presenta la necesidad. El tercer nivel de intérprete es el llamado *intérprete comunitario*¹⁵⁴. Este individuo sirve como un puente entre los grupos locales y los actores oficiales del gobierno¹⁵⁵.

Esta labor representa el esfuerzo de USAID por garantizar el derecho a usar las lenguas mayas y los servicios de traducción en la administración de justicia, como se establece en el Código Procesal Penal, capacitando traductores judiciales y desarrollando un glosario de términos jurídicos en kaqchikel¹⁵⁶. En 1997, USAID visitó los siete departamentos de habla kaqchikel para entrevistar a las autoridades municipales, organizaciones mayas, operadores de la administración de justicia, organizaciones no gubernamentales (ONG) y otros, para organizar al *comité directivo*. A partir de estas visitas, generó un perfil del intérprete/traductor, diseñó el sílabo para la formación y capacitación metodológica de los traductores y creó un sistema de selección para los candidatos, después de lo cual realizó una capacitación para facilitadores. Además, facilitó apoyo logístico y materiales para estas actividades, desarrollando un programa de acompañamiento para la educación a distancia y presencial. USAID informó todo lo relativo a las actividades del proyecto en foros, programas de radio y conferencias¹⁵⁷.

Para la implementación del componente de capacitación del programa, USAID desarrolló dos clases de estrategias. La primera estrategia incluía la carrera de traducción e interpretación judicial para la administración de las instituciones de justicia, mientras que la segunda buscaba un traductor comunitario para que satisficiera las demandas de las comunidades e instituciones mayas. Las organizaciones mayas, escuelas públicas e individuos reclutaron solicitantes para ser parte del programa. Los candidatos para el puesto de traductor de la corte debían tener fluidez oral y escrita en el idioma, conocimiento de la cultura maya, experiencia en traducciones del español al kaqchikel, y viceversa, así como estudios universitarios en leyes. Los candidatos para el puesto de traductor comunitario requerían solamente conocimiento verbal de la lengua y noción de comunicación

¹⁵⁴Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

¹⁵⁵“QPR No. 8”, *supra* nota 24, p. 3 (donde se reporta que estos intérpretes son personas de la comunidad indígena, quienes pueden servir como enlaces entre su pueblo y el sector de justicia oficial).

¹⁵⁶Steven E. Hendrix, “Justice Sector...”, *supra* nota 140.

¹⁵⁷*Ibidem*.

escrita, conocimiento de la cultura maya y tercer grado de educación primaria. Para el puesto de traductor institucional, a los candidatos se les requería tener conocimiento verbal del lenguaje, alguna noción de comunicación escrita, conocimiento de la cultura maya, tercer grado de educación primaria y ser empleados de una institución del sector justicia¹⁵⁸.

En términos del proceso, treinta y cinco instituciones participaron en el *comité directivo* para el manejo del programa. Los operadores del sistema de justicia de siete departamentos (Baja Verapaz, Chimaltenango, Escuintla, Guatemala, Sacatepéquez, Sololá y Suchitepéquez) fueron proveídos de entrenamiento básico y sensibilizados en temas de pluriculturalismo y multilingüismo. Los sílabos de capacitación y programas fueron validados e implementados previamente. Además, se compiló un glosario en términos en kaqchikel, tomando en consideración un trabajo previo de la Universidad Rafael Landívar (URL)¹⁵⁹. Desde 1997, la URL ha producido diccionarios legales o glosarios en varios idiomas¹⁶⁰.

El impacto de este esfuerzo fue doble. Primero, a la gente se le concientizó sobre su derecho a un traductor en el proceso penal por medio de información referente a los derechos del ciudadano que fue dada a los operadores del sistema de justicia, autoridades locales, municipalidades y organizaciones mayas. Segundo, los operadores de justicia en la región kaqchikel tienen más información sobre este tema y reconocen la obligación del Estado a proveer servicios de traducción¹⁶¹.

En 1998, USAID otorgó una donación de \$10 millones a la URL. Ese programa, conocido localmente como Edumaya¹⁶², fue diseña-

¹⁵⁸Ibidem.

¹⁵⁹Ibidem (donde se refiere a los resultados del programa de intérpretes del sector justicia).

¹⁶⁰Comentarios de Timothy Cornish, *supra* nota 11.

¹⁶¹Steven E. Hendrix, "Justice Sector...", *supra* nota 140.

¹⁶²EDUMAYA es el proyecto de USAID dirigido a determinar y suplir las necesidades de capacitación del pueblo maya guatemalteco. Para suplir la diferencia entre los mayas y los ladinos, USAID ha colaborado en establecer un programa de becas universitarias para los líderes mayas. 1,070 personas se capacitan en universidades guatemaltecas en áreas esenciales, tales como interpretación jurídica, educación bilingüe, enfermería y administración de empresas. Otro programa ha permitido que 120 de 340 candidatos a ser maestros/as bilingües hayan terminado sus estudios y recibido certificados. Save the Children, un programa de aprendizaje de lectura financiado por USAID, también brinda apoyo a organizaciones privadas locales en regiones remotas de Guatemala. 18,500 adolescentes y adultos participan en el programa literario de USAID.

do en parte para institucionalizar el programa de intérpretes judiciales¹⁶³. Los intérpretes del sector justicia son piezas esenciales para asegurar que los juzgados garanticen el debido proceso a quienes no hablan el español como lengua materna. Por medio de las mejoras en el sector justicia y la inversión en el programa de pluriculturalismo y justicia de MINUGUA, USAID ha respondido a la necesidad urgente de garantizar el debido proceso existente en Guatemala, garantía que se encuentra plasmada en los Acuerdos de Paz y en el Código Procesal Penal. USAID hizo la donación a la URL, entre otras cosas para asegurar la sostenibilidad a largo plazo de ese esfuerzo. En 1998, la URL inscribió 123 estudiantes en los programas formales de traductor legal¹⁶⁴.

Complementar los Centros de Justicia fue una gran empresa en cuanto a la instalación de un Juez de Paz en cada municipalidad a lo largo de Guatemala¹⁶⁵. A principios de 1988, 118 municipalidades carecían de una presencia formal del sector justicia¹⁶⁶. En abril de 1998, el Informe de la Comisión para el Fortalecimiento de la Justicia sugirió que se nombraran Jueces de Paz en todas las localidades del país¹⁶⁷. USAID ayudó a la Escuela Judicial a crear y diseñar el curriculum apropiado para los candidatos¹⁶⁸. A lo largo de 1998,

¹⁶³ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., “Justicia y Multilingüismo...”, *supra* nota 141, p. 57 (donde se explica que el programa ofrece incentivos tales como becas y financiamiento para residencia y alimentos, a modo de incentivar a la gente a que sigan estudios para ser intérpretes jurídicos).

¹⁶⁴ 10/5/98 Hendrix Mem., *supra* nota 152 (donde se indica el número de intérpretes jurídicos en el programa). El programa de intérpretes jurídicos contempla: Campus central (total de 35 estudiantes; Poqomam, 10; Kaqchikel, 22; Tzutujil, 3); Cobán (total de 35 estudiantes; Keqchi, 22; Pocomchi, 8; Achi, 5); y Quetzaltenango (total de 53 estudiantes; K'iche, 28; Mam, 15; Quanjobal, 10).

¹⁶⁵ Organismo Judicial - Comisión de Modernización, Secretaría de Planificación y Desarrollo, “Plan de Instalación de Juzgados de Paz - Corto Plazo 1” (marzo 1998) (donde se hace referencia a que el plan contempla dos fases) (manuscrito no publicado, en los archivos de la USAID/Guatemala). En primer lugar, el plan contempla la creación de 60 juzgados de paz, ubicados en cada municipio de la República. En la segunda fase, el plan consiste en la instalación de juzgados de paz en los restantes 52 municipios.

¹⁶⁶ Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61 (donde se detalla el estado de la mayoría de los municipios que no contaba con un juzgado de paz).

¹⁶⁷ 09/18/98 Carner Mem., *supra* nota 29 (donde se hace referencia a las negociaciones para que cada municipio cuente con un juzgado de paz).

¹⁶⁸ *Ibidem* (donde se hace referencia a los esfuerzos de USAID por capacitar a jueces de paz, para los pueblos que no contaban con el suyo). Los Centros cuentan con un componente de extensión y relaciones públicas con las organizaciones no gubernamentales, el Colegio de Abogados y la comunidad misma. Consultoría DPK, “Quarterly Progress Report No. 7”, CREA/USAID, Guatemala, julio a septiembre de 1996, p. 15-16 [de aquí en adelante referido como “QPR No. 7”]

USAID entrenó a 120 candidatos y llenó sesenta puestos, principalmente en áreas rurales, indígenas¹⁶⁹. Además, proporcionó apoyo a la Corte en la selección de los candidatos apropiados¹⁷⁰. Durante 1999, las localidades restantes recibieron Jueces de Paz¹⁷¹, también entrenados por USAID en la Escuela Judicial¹⁷². El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) colaboró en el esfuerzo pagando una bonificación a los candidatos que asistían a clases; España les pagó un honorario¹⁷³.

VII. Resolución alternativa de conflictos y criterio de oportunidad: el sub-componente de mediación del modelo del Centro de Justicia

La Comisión de Fortalecimiento a la Justicia hace un llamado para que se dé un incremento en el uso de la mediación como un me-

(donde se detallan las actividades -conferencias locales, programas de radio y publicaciones- de CREA/USAID dirigidas a la comunidad y al público en general, a modo de informarles sobre el sistema de justicia penal. En este mismo documento se afirma que USAID apoyó la impresión de panfletos para ayudar a las víctimas a utilizar el sistema de justicia penal). Los Centros también comenzaron una serie de “seminarios permanentes” sobre temas legales, como un instrumento para uniformar las nociones sobre reforma judicial de toda la comunidad jurídica. Consultoría DPK, “Quarterly Progress Report No. 5”, CREA/USAID, Guatemala, enero a marzo del 1996, p. 6 [de aquí en adelante referido como “QPR No. 5”] (donde se reporta la importancia de los seminarios para informar al público sobre el sistema jurídico penal).

¹⁶⁹Ibídem (donde se hace referencia al progreso de USAID en cuanto a la implementación de sus nuevos programas); Ver también Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61 (donde se subrayan los esfuerzos de USAID por asegurar que todas las comunidades tuvieron un Juzgado de Paz).

¹⁷⁰Memo. de Butler 28/05/99, *supra* nota 67 (donde se subraya que USAID apoyó los esfuerzos de la Corte en su selección de candidatos a juez de paz).

¹⁷¹Memorandum de Carolina de Argueta sobre los Archivos de la Reunión de la Comunidad Internacional del Sector Justicia en Guatemala con el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (9 de marzo, 1999) (donde se hace referencia a los nuevos Juzgados de Paz, prediciendo su papel en las comunidades) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹⁷²09/18/98 Carner Mem., *supra* nota 29 (donde se hace referencia a que USAID estaba por concluir la capacitación del último grupo de candidatos a juez de paz); Ver también 05/28/99 Butler Mem., *supra* nota 67 (con detalles respecto al papel de USAID en la capacitación del último grupo).

¹⁷³Memo. de Butler 28/05/99, *supra* nota 67 (donde se hace referencia a que la estrecha colaboración entre USAID y la Cooperación Española contribuyó al éxito del programa).

dio para avanzar en el acceso a la justicia¹⁷⁴. El esfuerzo de mediación de USAID permite a los ciudadanos obtener justicia más equitativa y accesible, manteniendo a la vez el respeto por el liderazgo local y el derecho consuetudinario¹⁷⁵. Este programa subraya los mecanismos institucionales que los ciudadanos pueden usar para resolver conflictos¹⁷⁶. Los oficiales pueden utilizar estas prácticas para incorporar aspectos del derecho consuetudinario dentro de la administración local de justicia y la resolución de conflictos¹⁷⁷.

El Acuerdo de Paz sobre derechos indígenas obliga al gobierno de Guatemala a cultivar mecanismos legales que refuercen la aplicación del derecho maya o consuetudinario, practicado en las comunidades indígenas¹⁷⁸. El Acuerdo requiere el reconocimiento de las autoridades locales tradicionales, en tanto las políticas de éstas no contradigan los derechos humanos nacionales o internacionales¹⁷⁹. Los programas de USAID facilitan la comprensión y reconocimiento del sistema legal estatal y el derecho consuetudinario por medio de una mejor comunicación y el fortalecimiento de la colaboración¹⁸⁰. Adicionalmente, se fortalece a las instituciones públicas, tales como la Corte Suprema de Guatemala y el Ministerio Público, las cuales participan en los programas de reforma de la administración de justicia en el ámbito local¹⁸¹.

Por otra parte, a USAID le interesan las recomendaciones de la Comisión de Fortalecimiento de Justicia¹⁸². La Comisión recomien-

¹⁷⁴ Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61 (donde se subraya que el programa de mediación mejoró el acceso a la justicia de la ciudadanía, al mismo tiempo que des congestionaba los tribunales).

¹⁷⁵ Cable de la Embajada Guatemalteca al Secretario de Estado de los Estados Unidos, referente a la actividad de USAID a favor de la resolución alternativa de conflictos (7 de julio, 1998) [de aquí en adelante, Cable de Resolución de Conflictos] (donde se hace referencia a cómo USAID le ha facilitado a los ciudadanos más vías de acceso a la justicia, a la vez que reconoce la importancia de los valores locales) (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹⁷⁶ *Ibíd*em (donde se indica cómo el nuevo programa de mediación mejora las capacidades de los ciudadanos para resolver conflictos de manera independiente).

¹⁷⁷ *Ibíd*em (donde se detalla la naturaleza del programa de mediación, así como su éxito en extender el alcance de los funcionarios del sector de justicia hacia los pueblos de Guatemala).

¹⁷⁸ *Ibíd*em.

¹⁷⁹ *Ibíd*em.

¹⁸⁰ Cable de Resolución de Conflictos, *supra* nota 175.

¹⁸¹ *Ibíd*em.

¹⁸² *Ibíd*em.

da un mayor acceso a los servicios, el desarrollo y reconocimiento de métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC), así como el desarrollo de mecanismos legales para un mayor reconocimiento del derecho consuetudinario indígena¹⁸³.

El programa de mediación avanza hacia el acceso a la justicia y descongestiona los tribunales¹⁸⁴. Provee justicia descentralizada en el ámbito comunitario, empoderando a los individuos y a las organizaciones civiles para que resuelvan sus propias disputas¹⁸⁵. Además, alivia la congestión de casos a nivel comunitario¹⁸⁶. Asimismo, la mediación propicia los métodos tradicionales de resolución de conflictos, lo que ahorra a las personas usuarias tiempo y dinero, permitiéndoles a la vez acceder a la justicia en su propia comunidad e idioma¹⁸⁷.

En 1998 y 1999, USAID cooperó en la apertura de nueve nuevos centros de mediación¹⁸⁸: dos en Sololá, dos en Zacapa y cinco en el Departamento de Quetzaltenango¹⁸⁹. El modelo de mediación tiene dos componentes fundamentales: primero, una serie de técnicas de resolución de conflictos que consideran aspectos culturales e institucionales y, el segundo, un énfasis en la cooperación entre los oficiales del sector justicia y los líderes locales para la utilización de estas técnicas¹⁹⁰.

La ubicación y el entorno cultural no parecen ser determinantes: el modelo es adaptable¹⁹¹. USAID apoyó nuevos Centros de Mediación en 1998 y 1999, tales como un edificio municipal, una universidad, un área rural indígena, un área rural indígena con práctica de derecho indígena y un área rural mestiza¹⁹². Incorporó cada uno de los nueve Centros en una institución gubernamental existente o en

¹⁸³USAID Justice Program, "Strengthening Non-formal Channels of Administration of Justice", CREA/USAID, Guatemala, 30 de agosto de 1999, pp. 1-2 (en los archivos de USAID/Guatemala).

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 2

¹⁸⁹ Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61.

¹⁹⁰ USAID Justice Program, "Strengthening Non-formal Channels...", *supra* nota 183, p. 2.

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² *Ibíd.*, p. 13.

una organización local, a modo de garantizar su sostenibilidad¹⁹³. En el programa, USAID entrenó 480 mediadores guatemaltecos, 153 de los cuales se convirtieron en mediadores activos en los nueve Centros de Mediación¹⁹⁴. Durante el primer año, de mayo 1998 a mayo de 1999, 733 casos fueron procesados en los distintos Centros de Mediación¹⁹⁵. Los Centros de Mediación resolvieron el setenta y cuatro por ciento de todos los casos, las partes renunciaron o abandonaron en el ocho por ciento y quedaron sin resolver tan solo el catorce por ciento de los casos¹⁹⁶. Estos últimos incluyen asuntos criminales, civiles, de familia y laborales¹⁹⁷. Si los participantes así lo eligen, pueden hacer que el tribunal local valide la mediación para proveerla de respaldo legal¹⁹⁸.

En cada caso, fueron líderes locales quienes establecieron los centros y ahora los mantienen¹⁹⁹. En Quetzaltenango, los Centros de Mediación resultan un mecanismo importante para el acceso a la justicia, de manera que complementan el derecho consuetudinario y los valores culturales. Cada Centro proporciona acceso a la justicia gratuito para los no privilegiados, incluyendo, mujeres, niños e indígenas²⁰⁰. Los socios locales avanzaron a pasos agigantados al enseñarle a las comunidades cómo resolver conflictos pacíficamente por medio de la mediación²⁰¹. Éstos capacitaron a los ciudadanos sobre

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 2.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ *Ibíd.*, pp. 2, 11.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 11. Ningún caso fue abandonado en Quetzaltenango -solo en Zacapa, donde se argumentó que existían diferencias culturales en la manera de resolver los conflictos y que, por lo tanto, éstas sesgaban los datos. El Centro de Zacapa experimentó mayor dificultad en resolver los casos, contando tan solo con un 48% de casos resueltos, hecho que bajó el promedio general del programa.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, pp.11-12.

¹⁹⁸ USAID Justice Program, "Strengthening Non-formal Channels...", *supra* nota 183. La comunidad ladina muestra mayor interés en la validación de sus resoluciones o una especie de inscripción de resultado ("homologación") por parte de los tribunales. En los casos en que no se cumplió con lo acordado, una homologación es importante a modo de forzar el cumplimiento en la corte. En los grupos étnicos, esto tiene menor importancia, pues se considera que la palabra en sí es sacrosanta.

¹⁹⁹ Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61.

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ Cable de Resolución de Conflictos, *supra* nota 175.

temas básicos legales para que supieran cómo resolver los casos más difíciles por medio del sistema de justicia²⁰². Los socios locales ya han establecido dos Centros de Mediación en Zacapa, mientras que las comunidades en Quetzaltenango eligieron dedicarse en primer lugar a la capacitación por medio de talleres y otros programas²⁰³. El trabajo con socios permite a las comunidades decidir si quieren establecer un Centro de Mediación o simplemente capacitar a los líderes comunitarios y oficiales locales en técnicas de mediación. Este enfoque geográfico da como resultado el desarrollo de dos métodos diferentes para enseñar técnicas de resolución de conflictos. Por ejemplo, mientras que las regiones del Este de Guatemala son principalmente no indígenas y tienen experiencia mínima en mediación, la población en el Noroeste de Guatemala es en su mayoría indígena y posee alguna experiencia en la resolución de conflictos debido a su práctica local en el derecho consuetudinario²⁰⁴.

Las comunidades están usando varias herramientas esenciales para desarrollar su habilidad en la utilización de las técnicas de mediación. Estos esfuerzos han dado como resultado el establecimiento de dos Centros de Mediación en Zacapa; los oficiales desarrollaron algunos otros en Quetzaltenango en julio de 1998. Líderes locales, jueces y fiscales han intentado incrementar la cooperación por medio de la capacitación conjunta, sesiones de discusión, intercambio de información y otras actividades²⁰⁵. Es interesante notar que, mientras que los hombres tienden a utilizar el servicio más a menudo, las mujeres se benefician del mismo con mayor frecuencia. Aunque las mujeres solicitaron 59% de las mediaciones, los hombres fueron llamados a mediación en el 55% de los casos. El 42% de los casos trata de un conflicto entre hombres; un 28% trata de conflictos llevados por mujeres en contra de hombres²⁰⁶. Si la mediación funciona como una solución a largo plazo depende en buena medida de si las partes cumplen con honor los acuerdos. En Zacapa, 73% de los acuerdos mediados fueron totalmente cumplidos antes de cumplirse el mes del acuerdo, mientras otro 22% fue cumplido por lo menos en forma parcial. Solamente en un cinco por ciento de los casos las partes no cum-

202 *Ibidem*.

203 *Ibidem*.

204 *Ibidem*.

205 *Ibidem*.

206 USAID Justice Program, "Strengthening Non-formal Channels...", *supra* nota 183, p. 12.

plieron completamente su acuerdo²⁰⁷. El Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), MINUGUA, la Organización de Estados Americanos (OEA) y el PNUD han colaborado con USAID para asegurar que la nueva visión guatemalteca de la reforma del sector justicia sobreviva. Estas instituciones han desarrollado numerosos estudios y actividades relacionadas, particularmente en temas de MARC. Adicionalmente, USAID está colaborando con la Corte Suprema de Guatemala para implementar su experiencia con MARC comunitario en ciertas regiones de Guatemala²⁰⁸. La Corte Suprema de Guatemala implementó un programa paralelo en agosto de 1998 para crear centros de mediación y conciliación anexas a la corte en áreas urbanas, a lo largo de Guatemala²⁰⁹.

El uso de la mediación por parte de ladinos²¹⁰ parece diferir del uso de la población indígena. Las comunidades ladinas prefieren tener sus resoluciones registradas (*homologadas*) pues las decisiones tomadas en ese contexto tienen apoyo judicial en caso del incumplimiento²¹¹. En las comunidades indígenas, en donde la palabra de uno es sacrosanta, la práctica de registrar un acuerdo en un juzgado es mucho menos común²¹².

Los procedimientos con base en la oportunidad son poco utilizados, aún cuando resulten apropiados. Es más, es necesario que el sistema de justicia resuelva casos criminales sin juicio, cuando es apropiado. La receptividad a la capacitación de USAID en esta área ha alta, cuando las contrapartes tienen la oportunidad de examinar y entender lo que se les propone. La Escuela Judicial, con el apoyo de USAID, organizó seminarios para actualizar a los jueces en el desarrollo de temas sobre el criterio de oportunidad²¹³.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ Cable de Resolución de Conflictos, *supra* nota 175.

²⁰⁹ Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61.

²¹⁰ Ladino en este contexto se refiere a personas de origen no indígena.

²¹¹ USAID Justice Program, "Strengthening Non-formal Channels...", *supra* nota 183.

²¹² *Ibidem*. En las zonas Mam, las personas piden registro en poco menos de la mitad de los casos. Ver Memorandum de Steven E. Hendrix, "Mediation - Differences in Practices Between the Ladino and Indigenous" (2 de diciembre, 1999) (en los archivos de USAID/Guatemala). En zonas K'iche, nadie ha solicitado la inscripción de un caso.

²¹³ "QPR No. 3", *supra* nota 116, pp. 7, 12-13.

VIII. Modelos múltiples y coordinación entre donantes

Desde el inicio de los Centros de Justicia, el objetivo de USAID ha sido asegurar que los donantes trabajen conjuntamente. Por ejemplo, en 1995, USAID buscó a MINUGUA y al PNUD para coordinar actividades conjuntas y maximizar el impacto del proyecto²¹⁴. El 27 de agosto de 1997, el Embajador Planty dirigió una reunión con el Ministro del Interior de Guatemala Rodolfo Mendoza, el Fiscal General Héctor Hugo Pérez Aguilera y los Magistrados de la Corte Suprema Humberto Grazioso y Julio Ernesto Morales en Quetzaltenango²¹⁵. Durante la reunión, los líderes de estas tres instituciones -policía, fiscalía y corte- prometieron su apoyo para el modelo del Centro de Justicia²¹⁶. Además, en 1996 el Presidente Álvaro Arzú visitó el Centro de Quetzaltenango²¹⁷.

Al mismo tiempo, el Ministro del Interior comprometió su apoyo al modelo del Centro de Justicia, haciendo la solicitud de que la Instancia Coordinadora cumpliera con la designación de todos los centros futuros, una oferta que el Embajador de los Estados Unidos, Planty, aceptó inmediatamente. Planty acordó que USAID apoyaría en la implementación del modelo en Escuintla, localidad seleccionada por el Ministro Mendoza. Desde entonces, la Instancia Coordinadora solicitó a USAID que ampliara y copiara el modelo del Centro de Justicia en Escuintla, Nebaj, San Benito (Petén) y en los juzgados penales en Ciudad de Guatemala²¹⁸.

USAID ha recibido apoyo para el modelo del Centro de Justicia desde otras áreas del gobierno. En 1997, la Corte Suprema de Guatemala y el Ministerio Público aprobaron el *Plan de trabajo* de USAID, el cual se aplicaba al modelo del Centro de Justicia. El 1 de junio de 1998, el Presidente de la Corte de Guatemala, Figueroa, y el Fiscal General González Rodas organizaron una ceremonia oficial para firmar la aprobación del Plan de Trabajo de 1998. El 12 de junio de 1998, la Instancia Coordinadora aprobó todos los formatos de

²¹⁴Memorandum de William Stacy Rhodes, Director de USAID, dirigida a Marilyn McAfee, Embajadora de los Estados Unidos para Guatemala (7 de noviembre, 1995) (en los archivos de USAID/Guatemala).

²¹⁵ 18/09/98 Borns & Hendrix Mem, *supra* nota 20.

²¹⁶ Cable del Embajador Planty, *supra* nota 61.

²¹⁷“Informe final DPK”, *supra* nota 15, p. 9; Ver también “QPR No. 7”, *supra* nota 168, p. 17.

²¹⁸ 18/09/98 Borns & Hendrix Mem, *supra* nota 20.

trabajo de los Centros de Justicia para su uso a nivel nacional. El 17 de junio de 1998, el Ministerio Público solicitó que USAID capacitara a todos los *fiscales distritales* en el modelo del Centro de Justicia. La Corte Suprema de Guatemala otorgó su aprobación final para reorganizar los juzgados penales en la Ciudad de Guatemala el 29 de julio de 1998²¹⁹.

USAID organizó una serie de reuniones para apoyar el modelo del Centro de Justicia y otras actividades. La primera serie de reuniones estuvo dirigida a grupos mixtos de actores del sector justicia y sus contrapartes principales²²⁰. USAID se reunió en privado con el Ministerio Público de Guatemala, la Corte Suprema y el Secretario de Planificación (SEGEPLAN), nuevamente con el fin de consolidar los planes para las actividades futuras y la aplicación del modelo del Centro de Justicia. Al mismo tiempo, USAID estableció una serie de reuniones con los principales donantes en el área, incluyendo MINUGUA, el BID, el BM, el PNUD, la Unión Europea, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (JICA), el Banco Centroamericano para la Integración Económica (BCIE), *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit* (la Agencia de Asistencia Técnica Alemana, a menudo referida simplemente como GTZ), la Cooperación Española y otras. Además, USAID tuvo pláticas con NAS, el Programa de Entrenamiento y Asistencia Internacional de Investigación Criminal (ICITAP) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, y el representante de la Embajada de los Estados Unidos para las actividades de derechos humanos²²¹.

Al concluir esta serie de reuniones, USAID organizó mesas de discusión para consolidar las actividades propuestas y el modelo del Centro de Justicia. El 15 de abril de 1998, los representantes de USAID visitaron UPAVIM, donde se les presentó la estrategia de re-

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*. USAID sostuvo una sesión de trabajo con la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia el día 29 de enero del 1998. Asimismo, USAID solicitó reuniones con canales no formales de acceso a la justicia, incluyendo a María Eugenia Morales de Sierra (Directora de la Escuela Judicial), Nery Guzmán (Planificación, MP), Edgar Lemus (Área Penal, USAC), Cipriano Soto (Bufete Popular, USAC), Ernesto Burgos (Sub-Director, Ministerio Público y su Unidad de Capacitación - UNICAP), Alfonso Novales (Presidente, Colegio de Abogados), Xiomara Gómez (Unidad Académica del Colegio de Abogados), Roberto Morales (Planificación, Corte Suprema).

²²¹ *Ibidem*.

forma. Al día siguiente, éstos se reunieron con representantes del Ministerio Público de Guatemala, Corte Suprema, Escuela Judicial, SE-GEPLAN, Colegio de Abogados, Facultad de Derecho USAC y el Ministro del Interior. En ese mes, también se reunieron con grupos indígenas y líderes en Quetzaltenango. Finalmente, USAID organizó una reunión con los principales donantes del sector justicia, a modo de discutir el modelo de Centro de Justicia y las futuras actividades de USAID. Entre los que asistieron estaban el PNUD, España, MINUGUA, Holanda, el Banco Mundial, Suecia y GTZ. La Unión Europea y el BID fueron invitados y confirmaron su asistencia pero no se presentaron. Para obtener apoyo popular al modelo del Centro de Justicia, USAID realizó reuniones adicionales en 1998 en Zacapa y la Ciudad de Guatemala²²².

El Acuerdo Objetivo para la Estrategia de Paz de USAID con el gobierno de Guatemala en 1997, la comprometía a apoyar al Centro de Justicia de Nebaj junto con MINUGUA. A pesar de esto, MINUGUA procedió con un modelo nuevo de manera independiente. Abrió un Centro de Administración de Justicia (CAJ) en Nebaj, en abril de 1997, con el propósito de extender la justicia a un lugar en donde no había presencia del sistema legal formal²²³. El modelo de CAJ de MINUGUA es distinto del modelo del Centro de Justicia, en el sentido de que éste extiende el sistema de justicia presente en su estado defectuoso a una nueva localidad, mientras que el modelo del Centro de Justicia busca mejorarlo²²⁴. El modelo del CAJ intenta realzar el acceso a la justicia por medio del enfoque en la gente indígena y sus particulares problemas de acceso, incluyendo las barreras lingüísticas. La meta es descentralizar e integrar los servicios del sector justicia en una forma eficiente y a bajo costo. La resolución alternativa de conflictos es también clave para el éxito del modelo del CAJ²²⁵.

Desafortunadamente, desde un inicio, MINUGUA limitó el papel de USAID en la implementación del modelo del Centro de Justicia en Nebaj²²⁶.

²²²Ibídem.

²²³Ibídem.

²²⁴Barrientos Pellecer, César, "Centros de Enfoque...", *supra* nota 36, p. 5.

²²⁵Ibídem, pp. 14-17.

²²⁶Memorandum de Tim Cornish, Director de USAID, dirigido a Beth Hogan y Sharon Van Pelt, oficiales de USAID (3 de enero, 1997) (en los archivos de

Primero, no invitó a USAID a participar²²⁷. Luego intentó limitar su participación a temas puramente administrativos²²⁸, sin acceso a temas técnicos o legales determinantes²²⁹. Aún después de que la administración de MINUGUA acordó permitir el involucramiento de USAID, falló en que no informó al personal de campo sobre este acuerdo y, consecuentemente, éste se rehusó a colaborar con USAID²³⁰. MINUGUA ignoró los avances administrativos innovadores que USAID podía diseñar²³¹, además de no fomentar otro tipo de colaboración interinstitucional²³², más allá de la construcción de dos edificios. Adicionalmente, MINUGUA excluyó a la sociedad civil del desarrollo del Centro de Nebaj. Los esfuerzos de planificación de MINUGUA a lo largo de 1999 continuaron excluyendo a USAID²³³.

En un esfuerzo por eliminar los múltiples modelos de los Centros de Justicia y rescatar el Centro de Nebaj, en febrero de 1998, la Instancia Coordinadora solicitó la ayuda de USAID para introducir los avances del Centro de Justicia de USAID²³⁴. El Director de la misión, William Stacy Rodees, y Jesús Rodes, el jefe de la Oficina de Fortalecimiento Institucional para MINUGUA, firmaron una carta indicando la intención de apoyo de USAID al CAJ de Nebaj. Desde abril de 1998, USAID ha llevado a cabo una serie de programas en Nebaj y empezó a introducir las innovaciones implementadas en otros Centros de Justicia²³⁵. En julio de 1998, USAID reiteró su de-

USAID/Guatemala) [en adelante 01/03/97 Cornish Mem.]; Ver también Fax de Alejandro Álvarez, Consultor de MINUGUA, dirigida a Timothy Cornish, Consultor de USAID, p. 3 (20 de diciembre, 1996) (en los archivos de USAID/Guatemala) [en adelante 12/20/96 Álvarez Fax].

²²⁷ 15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16.

²²⁸ Álvarez Fax, *supra* nota 242, p. 3; Ver también 01/03/97 Cornish Mem., *supra* nota 242. Ver, en general, 19/08/99 Williams Mem., *supra* nota 29, pp. 7-8.

²²⁹ Álvarez Fax, *supra* nota 242; Ver también Carta de Timothy Cornish, Consultor de USAID, dirigida a Alejandro Álvarez, Consultor de MINUGUA (3 de enero, 1997) (en los archivos de USAID/Guatemala); 01/03/97 Cornish Mem., *supra* nota 242.

²³⁰ Carta de Walter Hernández, Consultor de USAID, dirigida a Steven E. Hendrix, Coordinador de Justicia de USAID (2 de septiembre, 1998) (en los archivos de USAID/Guatemala).

²³¹ 15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16.

²³² 19/08/99 Williams Mem., *supra* nota 29, pp. 2, 8.

²³³ *Ibidem*, pp. 8-10.

²³⁴ 18/09/98 Borns & Hendrix Mem, *supra* nota 20; Ver también Barrientos Pellecer, César, "Centros de Enfoque...", *supra* nota 36, pp. 5-6.

²³⁵ 18/09/98 Borns & Hendrix Mem, *supra* nota 20. Ver, en general, Barrientos Pellecer, César, "Centros de Enfoque...", *supra* nota 36, pp. 5-6.

seo de aunar todos los esfuerzos y asegurar que cualquier nuevo Centro aprovechara completamente las experiencias obtenidas en los Centros de Justicia de USAID²³⁶. Consecuentemente, las diferencias que pudieron existir en una época entre el trabajo de MINUGUA en Nebaj y los esfuerzos de USAID en otros lugares se han disipado²³⁷.

La Instancia Coordinadora esperaba que USAID estuviera presente en futuros Centros al finalizar 1998²³⁸. A fines de marzo de 1999, MINUGUA le informó a USAID que tenía planes de abrir un nuevo CAJ el siguiente mes en Santa Eulalia, Huehuetenango. En abril de 1999, la entonces Secretaría Ejecutiva de la Instancia Coordinadora, Magistrada Astrid Lemus, le pidió a USAID que participara en el CAJ de Santa Eulalia, proporcionando asistencia técnica y planificación operativa en el nuevo Centro²³⁹. Posteriormente, MINUGUA facilitó su plan a USAID²⁴⁰. Esta asesoría reconoció que la experiencia de Nebaj tuvo “dificultades”²⁴¹. USAID intentó llegar a un acuerdo con MINUGUA para que hubiera un solo modelo de Centro de Justicia y evitar los errores de Nebaj. Sin embargo, el plan de MINUGUA en Santa Eulalia ignoró los avances técnicos y administrativos de los Centros de Justicia de USAID, dejando las decisiones esenciales en manos de MINUGUA²⁴².

En octubre de 1999, USAID le proporcionó al BID extensa información para el diseño de un proyecto dirigido al sector justicia, incluyendo información sobre los Centros de Justicia de USAID²⁴³.

²³⁶15/05/98 Rupprecht Mem., *supra* nota 16, p. 2.

²³⁷18/09/98 Borns & Hendrix Mem, *supra* nota 20, p. 3.

²³⁸Barrientos Pellecer, César, “Centros de Enfoque...”, *supra* nota 36, p. 6.

²³⁹Memorandum de Letitia Kelly Butler, Directora en funciones de la USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (16 de abril, 1999) (en los archivos de USAID/Guatemala); ver también Carta de Jeff Borns, oficial de USAID, dirigida a John Wiater, oficial de MINUGUA (27 de abril, 1999) (en los archivos de USAID/Guatemala) [de aquí en adelante referido como 04/27/99 Borns Carta].

²⁴⁰04/27/99 Borns Carta, *supra* nota 239.

²⁴¹Correo electrónico de Steven E. Hendrix, Coordinador del Programa de Justicia USAID, dirigido a Jeff Borns, oficial de USAID (21 de abril, 1999) (en los archivos de USAID/Guatemala).

²⁴²Memorandum de George Carner, Director de la Misión USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (7 de mayo, 1999) (en los archivos de USAID/Guatemala).

²⁴³Carta de William Stacy Rhodes, Director de USAID, dirigida a Waleska Pastor, representante del BID (8 de octubre, 1997) (en los archivos de USAID/Guatemala).

Posteriormente, el 8 de junio de 1998, oficiales del BID fueron recibidos en el Centro de Justicia de Zacapa, donde se les ofreció un examen minucioso de las acciones y logros de USAID en el sector²⁴⁴. Cuando la documentación del préstamo del BID fue revelada, mostraba una versión modificada del CAJ²⁴⁵. De manera similar, el programa del Banco Mundial no mencionó a los Centros de Justicia en sus informes, aunque se proponían otras figuras, como *Centros regionales* (regional centers) y *Departamentos judiciales complejos* (complex judicial departments)²⁴⁶.

Existen otras organizaciones que parecen estar detrás del modelo del Centro de Justicia de USAID. Sin embargo, todavía no existe un glosario de trabajo para referirse a los Centros de Justicia. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Ángel Alfredo Figueroa, por ejemplo, usó el término *Centros de enfoque* (focus centers), cuando se refería a los esfuerzos de USAID, *Centros de administración de justicia* (justice administration centers), cuando hizo referencia a un nuevo tipo de edificio, así como a un incremento del personal; y *Palacios de justicia* (justice headquarters), cuando hacía referencia a una nueva infraestructura física para ubicar conjuntamente a los actores del sector justicia²⁴⁷.

Para extender el modelo del Centro de Justicia, USAID ha seguido el liderazgo de la Instancia Coordinadora, la cual tiene la última palabra en la selección de futuros sitios. En el pasado, la Instancia Coordinadora ha usado como criterio la infraestructura para albergar a la nueva Policía Nacional Civil, sitios en donde las comunidades mismas han solicitado el servicio, áreas de particular ineficiencia del sector justicia y otros factores. USAID puede hacer el intento de optimizar el impacto y recursos creando nuevos Centros de Justicia en áreas en donde otros esfuerzos de USAID están en marcha. En este sentido, participa en el proceso de selección. Con toda probabilidad, tomará en consideración todos los distintos factores (presupuestos,

²⁴⁴Memorandum de Letitia Kelly Butler, Directora en funciones de la USAID, dirigido a Donald J. Planty, Embajador de los Estados Unidos para Guatemala (16 de junio, 1998).

²⁴⁵Inter-American Development Bank, "Guatemala: Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Justicia", abril de 1999, pp. 8-18 (manuscrito no publicado, en los archivos de la USAID/Guatemala).

²⁴⁶World Bank, "Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US \$ 33 million to the Republic of Guatemala for a Judicial Reform Project", 28 de septiembre de 1998, p. 6.

²⁴⁷18/09/98 Borns & Hendrix Mem, *supra* nota 20.

gestión y capacidad absorbida) cuando se proponga el número, lugar e inicio de los nuevos Centros de Justicia. Similarmente, USAID tomará en consideración otras actividades de los donantes, tales como la oferta del BID para financiar infraestructura para ocho Centros de Administración de Justicia²⁴⁸.

En el año 2000 cada Centro de Justicia recibió cursos fundamentales en áreas clave, tales como teoría del delito, investigación criminal, procedimiento penal -incluyendo garantías constitucionales, resolución de conflictos y evidencia- MARC, pluralismo legal, defensa en juicio y escritura legal. Estos cursos fueron del interés de representantes de los juzgados de Guatemala, Ministerio Público, Defensa Pública, litigantes privados y de la Oficina de Derechos Humanos del Ombudsman. Posteriormente, las unidades de entrenamiento gubernamental oficial adscritas a los juzgados, Ministerio Público y el Servicio del Defensor Público ofrecerán cada uno de estos cursos²⁴⁹.

Conclusión

Después de la terrible historia de genocidio y abuso a los derechos humanos en Guatemala, es claro que la situación no cambiará de la noche a la mañana, ya que Guatemala todavía está lejos de ser una sociedad tolerante que respete los derechos humanos. Lamentablemente, cierto tipo de justicia y estado de derecho existió durante años en Guatemala, los cuales propiciaron la persecución y asesinato de los sospechosos. El sistema era eficiente y daba la ilusión de seguridad. No había necesidad de invertir en el desarrollo institucional de los juzgados, fiscales, defensores públicos o siquiera en la sociedad civil: los militares podían hacerlo todo. En un mundo moderno, de mercados y valores globales, esta situación no es deseable. Guatemala ahora se enfrenta a la construcción de nuevas instituciones de justicia, desde sus cimientos. Aún peor, dado que Guatemala nunca tuvo una tradición de estado de derecho, no existe experiencia en el diseño y la creación de instituciones positivas. La reforma de justicia en Guatemala se llevará varias generaciones y supone un

²⁴⁸USAID Justice Program, "Request for Proposal No. 520-98-P-020", Guatemala, 30 de septiembre de 1998, secs. C-D(III).

²⁴⁹Williams, Mark, "Cursos de Capacitación", Guatemala, noviembre de 1999.

proceso de aprendizaje gradual que requiere una estrategia progresiva. Los Centros de Justicia son una parte esencial de este proceso.

La conclusión inevitable de la experiencia del Centro de Justicia es que los guatemaltecos por sí mismos elaboraron un plan ingenioso, implementando un sistema de reforma que responde a *sus* necesidades y resuelve *sus* problemas. No obstante, la asistencia técnica conjunta por parte de donantes extranjeros, combinada con el liderazgo guatemalteco fueron elementales en el proceso de realizar cambios fundamentales en ambos: el sistema de justicia y las áreas de implementación de los Centros de Justicia.

El modelo del Centro de Justicia se está volviendo popular y debe extenderse. La Instancia Coordinadora busca ahora expandir el modelo a cada una de las capitales departamentales del país para proporcionar cobertura nacional²⁵⁰. Como un resultado de esta iniciativa de liderazgo guatemalteco en donde funcionan hoy los Centros de Justicia, las mujeres, los pobres e indígenas tienen mayor acceso a un sistema de justicia mejorado, más transparente y más eficiente. Se han reducido la corrupción y la impunidad. El servicio a la comunidad ha incrementado y la fe en el sistema está creciendo. El debido proceso ha aumentado, con las correspondientes mejoras en temas de derechos humanos. En tanto los Centros de Justicia continúen con el ritmo hacia la descentralización, podemos esperar que estos cambios positivos continúen. El reto será mantener el curso de esta reforma, con adaptaciones continuas y ajustes, para asegurar que el estado de derecho se convierta en la norma para todos los guatemaltecos.

²⁵⁰Carta de Astrid Lemus, Secretaria Ejecutiva, dirigida a Brian Treacy, USAID Justice Chief of Party (25 de noviembre, 1999) (en los archivos de USAID/Guatemala).

Censura y derechos humanos. Reflexión histórico-jurídica sobre el derecho a la comunicación en Guatemala*

*Sergio Fernando Morales Alvarado***

La historia de Guatemala es una lucha permanente entre el comunicador social y los poderes reales que tratan de coartar la información objetiva. La firma del *Acuerdo de Paz Firme y Duradera*, suscrito por el gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, abre la posibilidad de modificar el contexto de confrontación y favorecer el ejercicio de la libertad de expresión. Para ello es necesario, además de la tolerancia del poder real, una actitud responsable del comunicador social en la búsqueda de la verdad. El prejuicio, la venganza, el abuso, la inmoralidad, no tienen lugar en la vida social, menos en la comunicación.

El presente trabajo pretende compartir con el lector una visión crítica sobre el pasado y presente de la comunicación e información en Guatemala. La primera parte es una descripción histórica del papel de la prensa nacional durante la época colonial e independiente, con énfasis en el período revolucionario que inicia en el '44, la contrarrevolución de 1954, los años de la llamada *guerra sucia*, la transición a la democracia. La segunda analiza la estructura normativa vigente sobre el derecho a informar y ser informado, sus límites, los procedimientos que garantizan al ciudadano los derechos de emisión del pensamiento y los derechos personales: el honor, la intimidad y la vida privada.

El derecho a la información es parte integrante de un sistema democrático, participativo. Este trabajo es un punto de vista sobre tan debatido tema y pretende motivar el análisis y discusión sobre nuestra realidad.

* El presente artículo es una versión editada y acortada del manuscrito del mismo nombre. La edición estuvo a cargo del IIDH y se realizó con autorización del autor. Si desea recibir vía correo electrónico la versión completa, favor dirigirse a Marisol Molestina, Coordinadora de la Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH (mmolestina@iidh.ed.cr).

** Procurador de los Derechos Humanos de la República de Guatemala.

I. Relación de la prensa con el poder

Evolución histórica

La imprenta y los primeros periódicos

Alrededor del siglo VII, en pleno proceso de debilitamiento de las monarquías europeas, aparece en China la imprenta en bloques de madera¹. En el siglo XIV, cuando el poder papal empieza a ser cuestionado en Europa por republicanos y protestantes, aparece la imprenta. En 1440 Gutemberg introduce los tipos móviles, que al combinarlos con la prensa y la tinta dan origen a los periódicos de una sola hoja. El primer periódico de este tipo fue impreso en Nuremberg, Alemania, en 1454.

William Caxton estableció la primera prensa en Inglaterra en 1476, pero la Corona controló cuidadosamente su tarea. Por ello, fue en Holanda donde inicialmente aparecieron las hojas noticiosas en inglés, la primera de ellas publicada en diciembre de 1490. *The Weekly News* fue el primer periódico publicado en Londres en 1622. Sin embargo, el primer periódico *diario* impreso en inglés fue *The Daily Courant*, publicado en Londres en 1702, el que, por sus características especiales, marca el inicio del periodismo escrito como hoy se conoce. Su método consistió en publicar seis días a la semana y vender publicidad².

El desarrollo de las letras alcanzó a todo el mundo: en Guatemala bajo la influencia católica. El obispo fray Payo Enríquez de Rivera introduce la primera imprenta en marzo de 1660³. El historiador y escritor José Milla afirma que dicha imprenta fue utilizada tres años después, o sea en 1663. La primera pieza publicada fue el sermón predicado en el convento de San Francisco por fray Francisco Quiñones y Escobedo. Hubo varias publicaciones inmediatas, entre las

¹ No se conoce fecha exacta, sin embargo, la misma fue perfeccionada poco antes del año 770 d.C. y en el año 1040 d.C. Pi Sheng fabricó tipos móviles con arcilla. El primer medio de comunicación masivo conocido es el diario Tsing Pao, de la Corte de Pekín, publicado alrededor del año 500 d.C.; posterior a ello, en el año 700 d.C., aparece el periódico de seda y por los años 950 a 1,000 d.C. surge la Gaceta de Pekín, como primer diario.

² Close Sandoval, Alfonso, *El derecho de informar y ser informado*, Guatemala, 1982, p. 103 y s.

³ Además de todos los elementos tipográficos indispensables, don José de Pineda Ibarra, tipógrafo, tuvo a su cargo la instalación de la imprenta, lo que hizo en la Antigua Guatemala el 16 de julio de 1660.

cuales tienen relevante importancia el voto de gracia de los vecinos de la capital a fray Payo Enríquez de Rivera, por haber dado al país la imprenta. El primer libro impreso fue *Explicatio Apologética*⁴.

El autoritarismo y la censura

La imprenta entusiasmó a las monarquías europeas enfrentadas a la Iglesia, por lo que disputaban el privilegio de contar en sus cortes, los impresores y grabadores más hábiles. Lo atractivo del negocio de la comunicación impulsa el apareamiento de nuevas imprentas e impresos, lo que desborda la capacidad del Rey para cooptarlas a todas. Decide nombrar *censores reales*, encargados de vigilar las ediciones. Éstos resultan insuficientes para calificar el material editado que se les presenta, lo cual retrasa el trabajo de las imprentas; la protesta no tardó en surgir. La Corona tuvo que ceder a la presión y optó por la concesión de imprenta, por medio de la cual el monarca delega en determinado editor la emisión del material impreso.

El sistema de patentes británico floreció durante doscientos años, culminando en una organización exclusiva de impresores privilegiados conocida como la *Stationer Company*, que, por intermedio de sus funcionarios y miembros, era capaz de vigilar el negocio de la impresión sin que el Estado tuviera que gastar prácticamente nada. La cédula real confirió a la *Stationer Company* el poder de admitir y expulsar miembros del negocio de la impresión e imponer penalidades para las infracciones menores a los reglamentos. La Compañía resultó, en general, diligente para hacer valer sus controles, ya que su propia posición monopolista dependía de su habilidad de convencer al gobierno de estar trabajando en favor de la autoridad establecida⁵. Los reyes católicos descubren que este era un método barato para identificar los intereses de los impresores y editores de literatura popular con los intereses de la Corona y, el 8 de julio de 1502, emiten una *pragmática* -recoge la ley I, título XVI, del libro VIII de la Novísima Recopilación- en la que se ordena que:

ningún librero, ni impresor de moldes o mercader, ni factor de los susodichos, no sea osado de hacer imprimir moldes de aquí en adelante, por vía directa ni indirecta, ningún libro de ninguna facultad o lectura, u obra que sea pequeña o grande, en latín ni en romance, sin

⁴ Close Sandoval, Alfonso, *El derecho de informar...*, p. 103 y s.

⁵ Siebert, Fred y Peterson, Theodore, *Tres teorías sobre la prensa en el mundo capitalista*, Ediciones de la Flor, Argentina, 1956, p. 17-48.

que previamente tenga para ello nuestra licencia y especial mando, ni sean asimismo osados de vender en los dichos nuestros reinos, ningunos libros de moldes, que truxeran fuera de ellos, de ninguna facultad o materia que sea, sin que previamente sean vistos o examinados y [...] hayan licencia de ellos para ello, so pena de que pierdan todos los dichos libros y sean quemados todos públicamente en la plaza de la ciudad, villa o lugar donde los hubieran hecho o donde los vendieren.

Con esta disposición establecen las diligencias previas a la impresión y venta de libros en el Reino, imponiendo la censura por medio de conceder o negar permiso para la impresión de las diferentes obras.

Durante la Inquisición, en el año 1556, bajo el mando de Felipe II, *el tétrico*, es elaborada una lista de obras cuya lectura quedó prohibida. Al que contraviniera dicha orden se le sanciona con la confiscación de sus bienes y la muerte afrentosa⁶. La pragmática señala:

se manda que ningún librero ni mercader de libros, ni otra persona alguna de cualquier estado ni condición que sea, traiga, tenga, ni venda, ningún libro ni obra impresa o por imprimir de las que sean vedadas y prohibidas por el Santo Oficio de la Inquisición, so pena de muerte y perdimiento de todos sus bienes y, que tales libros sean quemados públicamente.

El primer periódico de la Colonia que se publica es *La Gaceta de Guatemala* (1729-1731). En sus primeras ediciones solamente se lee el calendario de festividades religiosas, algunos artículos de sabor eclesiástico y noticias relacionadas con las disposiciones dictadas por los monarcas. Además de éste se publicó el periódico *La Semana*⁷.

El sistema de concesiones exclusivas para la impresión se desbarató en Europa a fines del siglo XVII. El desarrollo de la empresa privada en todos los campos de producción y la dificultad del censor para no retrasar la impresión de los trabajos fueron las causas más importantes. Los impresores monopolistas, ansiosos de aumentar su producción y sus beneficios, preparan gran número de aprendices en el oficio, pero cuando dichos aprendices llegan al estado de oficial, descubren que únicamente pueden encontrar empleo con el impresor que posea licencia del gobierno, viéndose obligadas a aceptar cualquier salario que ofrecieran los monopolistas. En ésta época las cir-

⁶ Close Sandoval, Alfonso, *El derecho de informar y...*, p. 84.

⁷ *Ibidem*, p. 187 y s.

constancias cambian y los oficiales encuentran con facilidad a grupos religiosos y políticos deseosos de financiar la producción ilegal de opúsculos y folletos, para atacar los principios y prácticas de las autoridades existentes⁸.

El aumento de la alfabetización y la consiguiente demanda de mayor cantidad de materiales impresos, el crecimiento de las empresas privadas en todos los campos de la producción y la difusión de herejías religiosas y políticas bajo la forma del protestantismo, acentuaron la impotencia del Estado para mantener los monopolios de la impresión. Como respuesta, el nuevo sistema empleado por la autoridad fue el de *licencias individuales* para cada obra. Este sistema llegó a identificarse con el término *censura*, procedimiento de control de carácter *prescriptivo* que se caracteriza por un depósito previo y obligatorio de la nota o artículo a publicar, para que la institución gubernamental competente la examine *antes de su difusión*, teniendo la facultad de prohibirla.

El renacimiento

El renacimiento fue un período revolucionario de profunda ruptura, un *tránsito a la modernidad*, como lo nombra Peces-Barba⁹. El sistema feudal entra en crisis con el apareamiento de una clase burguesa cada vez más fuerte. En lo cultural y político, cuestiona al absolutismo secular y religioso por medio del humanismo renacentista y la reforma protestante, dos precedentes de la *ilustración*.

El punto central del humanismo era la revalorización del hombre en su dignidad, perdida en algún sentido en la Edad Media. Es así como Pico de la Mirándola, Erasmo de Rotherdam, Tomás Moro, Rabelais, y Montaigne reivindican la libertad del hombre y su capacidad para construir con autonomía, en el campo del arte, de la literatura y de la cultura. Indudablemente este hombre individual representa el nuevo estilo de la clase burguesa, reivindica instrumentos jurídicos para hacer posible en la vida social el desenvolvimiento de esa fuerza y de esa voluntad que lleva encerrada¹⁰.

El impulso creador necesita una protección jurídica que el humanismo renacentista reclama para el ser humano, negando los privile-

⁸ Ibídem, pp. 17-48.

⁹ Peces-Barba, Gregorio, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982.

¹⁰ Close Sandoval, Alfonso, *El derecho de informar y...*, p. 53 y s.

gios y prerrogativas reales de imprenta, pronunciándose contra la censura. La idea de la libre propiedad del burgués y la idea de la libre personalidad del humanismo, convierten al dinero y la inteligencia en nuevos factores de poder.

En 1520, durante el reinado de Carlos I de España, la cristiandad es conmocionada por un hecho grave: un fraile agustino que enseña Teología en la Universidad de Wittenberg, seguido por un grupo de estudiantes quema la Bula del Papa León X, sobre una indulgencia para sufragar los gastos de las obras realizadas en la iglesia de San Pedro, en Roma. Aquel fraile que procede radicalmente es Martín Lutero. Nace el protestantismo.

El renacimiento toca a las mismas puertas de la Iglesia mediante *la reforma*. Lutero propugnó por lo que llamó el *libre examen*, que era el derecho de toda persona a interpretar la Biblia, según su propio criterio, sin someterse al del Papa. Con ello establece las bases de lo que hoy conocemos como la *libertad de conciencia* que más tarde harán suya los iluministas para justificar el derecho a la *libre expresión*.

El pensamiento racionalista de la Edad Media le confirió a la manifestación del pensamiento, fundamento filosófico y proyección política. Fue John Locke, en su obra *Cartas sobre la tolerancia*, quien identificó la libertad de conciencia como un pilar en la conquista de los derechos humanos. En Inglaterra, la *Revolución Puritana*, sujeta el poder absolutista del monarca al Parlamento Largo, fijando como límite del poder las garantías individuales, entre ellas: la *libertad de expresión*. Las ideas de la *libertad de expresión y tolerancia*, proclamadas por la Revolución inglesa, están en la base de la Revolución francesa. Cuando Luis XIV revoca el Edicto de Nantes y se ejerce en Francia una vigorosa *censura* contra la opinión religiosa y política, Voltaire levanta su voz de protesta: “Desapruebo lo que decís, pero defendería con mi vida vuestro derecho a expresarlo”.

El poeta francés luchó por la libertad de investigación y de expresión, criticó incansablemente el derecho penal francés, todo ello con una gran dosis de ingenio, colocando en ridículo a sus enemigos¹¹.

¹¹ Diderot expuso en la Enciclopedia esta metodología: En todos los casos en que un prejuicio nacional parezca merecedor de respeto, el artículo que a él se refiera deberá exponerlo respetuosamente, con todo el séquito de atracciones y probabilidades. Pero el edificio de barro debe ser derribado y esparcido a los vientos como montón inservible de polvo.

Principio de comunicación, que, en forma cíclica, los diversos emisores emplean para burlar la fuerza del poder.

La teoría libertaria ¹²

La burguesía alcanza el poder y garantiza la libertad política, religiosa, de comercio, de expresión. El clima filosófico del *iluminismo* socava el autoritarismo y reclama un nuevo concepto sobre la prensa. La nueva teoría no concibe más al hombre como un ser dependiente que debe ser conducido y dirigido sino como un ser racional capaz de discernir entre lo cierto y lo falso, entre una alternativa mejor y una peor. La verdad deja de ser propiedad del poder, y aparece el *derecho de buscar la verdad*, como uno de los derechos del hombre. El hombre -dicen los libertarios- es un animal racional y un fin en sí mismo. La felicidad y el bienestar del individuo son la meta de la sociedad, y el hombre -como ser racional- es capaz de organizar su alrededor y tomar las decisiones que convengan a sus intereses, por lo que la función de la sociedad es promover esos intereses.

La teoría libertaria de la prensa será expuesta por John Milton en la obra *Aeropagítica* publicada en 1644. Milton confía en que *la verdad es precisa, demostrable*. A partir de Milton, los conceptos contemporáneos del *mercado abierto de ideas* y el *proceso de autojusticia* son desarrollados: dejar que todos los que tengan algo que decir estén libres de expresarse, lo cierto y lo bueno sobrevivirán, lo falso y lo malo serán vencidos. El gobierno deberá mantenerse fuera de la batalla y no inclinarse a favor de un lado o del otro¹³.

El artículo 7, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, emitida por el pueblo francés, expresa:

No puede ser prohibido el derecho a manifestar el pensamiento y las opiniones, sea por medio de la Prensa, sea de cualquier otra forma, el derecho de reunirse pacíficamente, el libre ejercicio del culto.

La crisis de la monarquía española y el reconocimiento de la libertad de expresión¹⁴

A principios del siglo XIX, como preludio a la independencia americana, la Monarquía española sufre una grave crisis institucio-

¹² Vid. Siebert, Fred, "La teoría libertaria", en la obra citada, *Tres teorías...*, pp. 51-86.

¹³ *Ibidem*, pp. 51-86.

¹⁴ García Laguardia, Jorge Mario, *Orígenes de la democracia constitucional en centroamérica*, Editorial Texto, San José, Costa Rica, 1976, p. 101 y s.

nal. El Rey Carlos IV deposita su confianza en la Reina y el Príncipe de la Paz -el favorito Godoy-, lo que incita a Fernando -Príncipe de Asturias- a iniciar una rebelión palaciega contra sus padres, pero es descubierto y detenido. El monarca español le perdona la vida pero revoca su derecho de sucesión al trono.

Mientras esto ocurre, Godoy prepara el tratado de Fountainebleau, firmado con Bonaparte, sella una alianza contra Portugal con el objetivo final de la repartición de ese país, una parte del cual sería, dentro de los designios de Godoy, su futuro reino. Con base en ese tratado, tropas francesas se internan en territorio español, desborda su camino y exigen ser acuarteladas con las tropas españolas. Atemorizado, Godoy decide abandonar la península y trasladar la Corte a América. Los ánimos se encienden ante la noticia de la huida y, al pasar por Aranjuez, el *Príncipe de la Paz* es capturado por la población.

El Rey convencido de la participación de Fernando en la conjura, y con el ánimo de salvar la vida de Godoy, abdicó la Corona en manos de su hijo, quien la aceptó el 20 de marzo. Carlos IV, arrepentido, solicita a Napoleón su mediación para recuperarla. El Gobierno francés decide no reconocer a Fernando VII y ocupa Madrid. Fernando VII, al observar que sus actitudes de adulación no convencen a Napoleón, decide hablar con el emperador francés y marcha a Bayona. Reunidos en esta ciudad los reyes padres, Fernando y el favorito Godoy, quien fue liberado por Murat -comandante del ejército francés- son obligados por Bonaparte a ceder sus pretensiones, abdicando Fernando el trono en favor de Napoleón.

Al tenerse conocimiento en Guatemala de lo acontecido a la Corona, el capitán general Mollinedo y Saravia convoca a Junta a todas las autoridades coloniales; resuelven no acatar lo resuelto en Bayona, desconocer a las autoridades intrusas extranjeras y renuevan su fidelidad a los monarcas legítimos. Ante la inminencia de la entrega del trono, el 2 de mayo se subleva el pueblo español y más tarde la Junta de Sevilla declara la guerra a Francia. El Ayuntamiento de Guatemala reconoce la autoridad de esta Junta en fecha 9 de septiembre.

En el ínterin, el Duque de Berg, por instrucciones del emperador francés, convoca a los españoles a una Asamblea Constituyente el 25 de mayo en Bayona. La Asamblea se reúne, integrándola arbitrariamente, en base de nombramientos directos a personas afines. El 30 de junio terminan los trabajos de la Constituyente y el 7 de julio tie-

ne lugar la solemne sesión de publicación y juramento. El famoso cuerpo constitucional de Bayona es aprobado sobre los borradores de Napoleón pero nunca entró en vigencia. La resistencia fue organizada en la península y todas las colonias. Cada una integró sus propias Juntas. Esta dispersión preocupó a las autoridades españolas, las que optaron por la integración de una Junta Central que unifica al gobierno y en la que están representadas todas las provincias: el 25 de septiembre, en la ciudad de Aranjuez, con el nombre de Junta Suprema Gubernativa del Reino, fue integrada bajo la presidencia del Conde Floridablanca.

El Ayuntamiento de Guatemala, reconoció la autoridad de la Junta Central el 24 de enero de 1809. El 22 de enero la Junta Central había emitido un decreto por el cual declaraba que los vastos dominios de Indias no eran propiamente colonias sino parte esencial e integrante de la Monarquía y convoca a elecciones para representar a las provincias de ultramar en la Junta¹⁵. Esta disposición fue conocida en Guatemala el 30 de abril e inmediatamente fue organizado el sistema de elección que concluyó con un Real Acuerdo por el que las colonias centroamericanas eligen a los ciudadanos José Aycinena, Antonio de Juarros y Manuel Pavón y Muñoz como representantes ante la Junta Central; pero no asumen sus cargos porque la Junta Central es disuelta y sustituida por la Regencia. Sin embargo, antes de disolverse la Junta Central entregó como instrucción a la Regencia la orden de convocar a las Cortes (Parlamentos). Después de múltiples incidentes es divulgada la convocatoria, el 18 de junio de 1810.

Es electo para representar al Ayuntamiento de Guatemala en las Cortes el canónigo Antonio Larrazábal, quien llega a Cádiz en agosto de 1811. Influído en la Ilustración y el movimiento independentista, el Ayuntamiento encomendó a su regidor perpetuo y decano, el doctor José María Peinado y Pezonarte, la redacción de las *Instrucciones* a Larrazábal, trabajo en el cual intervino Antonio de Juarros¹⁶. El documento está dividido en cuatro partes: la primera trans-

¹⁵ *Ibidem*, p. 136.

¹⁶ Brañas, Cesar, Larrazábal y Peinado, "Las instrucciones, brújula en el tumultuoso mar de las Cortes de Cádiz", trabajo introductorio del libro *Instrucciones para la Constitución Fundamental de la Monarquía Española y su Gobierno, de que ha de tratarse en las próximas Cortes Nacionales de la Nación, dadas por el M.I. Ayuntamiento de m.n. Ciudad de Guatemala a su diputado el Sr. Dr. D. Antonio de Larrazábal, Canónigo Penitenciario de esta Sta. Iglesia Metropolitana*, Editorial del Ministerio de Educación Pública,

cribe principios de la Declaración de Derechos del Hombre de la Asamblea Nacional francesa, proclamada el 4 de agosto de 1789. El artículo 4to. reconoce la libertad como un derecho natural e imprescriptible de los hombres. Sin embargo, no es incluido en la Constitución de Cádiz.

Las Cortes, al instalarse el 24 de septiembre de 1810, emitieron una trascendental disposición que reconoce *la libertad de imprenta*, abolición de la Inquisición, supresión del tributo del voto de Santiago, incorporación a la nación de todos los señoríos jurisdiccionales, abolición de los dictados de vasallo y vasallaje, supresión de pruebas de nobleza, abolición de mita y repartimiento de indios; libertad de industria, libre comercio¹⁷. El decreto que consagra la *libertad de prensa*, dice:

En las Cortes Generales y Extraordinarias, congregadas en la Real Isla de León, se resolvió y decretó, lo siguiente:

Atendiendo las Cortes Generales y Extraordinarias que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas son no sólo un freno a la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la nación en general y el único camino para llevar el conocimiento de la verdadera opinión pública, han venido en decretar lo siguiente:

Art. 1. - Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna, anteriores a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que se expresan en el presente decreto.

Art. 2. - Por tanto, quedan abolidos todos los actuales juzgados de imprenta y la censura de las obras políticas precedentes a su impresión;

Art. 3. - Los autores e impresores serán responsables respectivamente del abuso de esta ley;

Artículo 4. - Los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres, serán castigados con la pena de la ley y las que aquí se señalan.

Guatemala 1953. Las instrucciones, formadas por el Sr. D. José María Peinado, Regidor Perpetuo y Decano del Mismo Ayuntamiento, las da a luz en la ciudad de Cádiz el referido diputado.

¹⁷ García Laguardia, Jorge Mario, *Orígenes de la...*, p. 147.

Gracias a esa apertura aparece la llamada segunda época de la *Gaceta de Guatemala* (1816), produciendo una verdadera revolución ideológica en su seno. El epicentro fue la Universidad de San Carlos, gracias al rector fray Antonio de Liendo y Goicochea, cuyos artículos audaces y académicos abordan importantes problemas de la época. Paralelamente, se da una férrea oposición a la entrada en vigor de la nueva Ley de Imprenta, que desemboca, en 1815, con la quema de la *Instrucciones* en la plaza pública de la capital, así como la imposición de nueva censura a todas las publicaciones.

La pugna por la libertad de imprenta continúa en el marco de los movimientos independentistas. En este contexto, el 28 de julio de 1820 es editado el primer número de *El Editor Constitucional*, dirigido por Pedro Molina e impreso por Ignacio Beteta, número en el cual publican las leyes y reales disposiciones que garantizan el ejercicio de la libertad de imprenta. Su tendencia liberal molesta a conservadores y realistas, quienes aprovechan el contenido del artículo titulado *Viaje a la Luna o sueños políticos y morales*¹⁸, para iniciar un proceso de imprenta contra *El Editor Constitucional*. El 7 de junio de ese año, el abogado fiscal de la libertad de imprenta, licenciado Antonio Robles, presentó denuncia por escrito ante el alcalde segundo del Ayuntamiento señalando que el artículo *Viaje a la Luna o sueños políticos y morales* “es criminal y ofensivo al Soberano y digno de la censura que prescribe la ley”. Sin embargo, la Junta Provincial de Censura, en forma unánime, resolvió el 13 de junio que dicho artículo nada tiene de injurioso ni ofensivo al Soberano, pues según el artículo 3, capítulo I título 1 de la Constitución Política de la Monarquía, la soberanía reside en la nación y no en el monarca¹⁹.

El Juicio de Imprenta al que se ve sometido *El Editor Constitucional* obliga a Pedro Molina a cambiar de nombre al periódico y lo llama entonces *El Genio de la Libertad*.

La última edición de *El Editor Constitucional* fue la número trece, del 20 de agosto de 1821. La primera edición de *El Genio de la Libertad* fue la número 14, de fecha 27 de agosto de 1821. No cam-

¹⁸ *El Editor Constitucional* número 2 del segundo tomo, de fecha 4 de junio de 1821.

¹⁹ Fred S. Siebert, en la obra citada, *Tres teorías sobre la prensa*, describe cómo el sentimiento liberal fue extendiéndose en la sociedad y como los fiscales presentan denuncias ante jurados, pero estos no pronuncian los veredictos de culpabilidad.

bió la secuencia de sus publicaciones, ni en fecha o numeración. *El Genio de la Libertad* desaparece con su publicación número 28, del 10 de diciembre de 1821²⁰.

El otro periódico de la época fue *El Amigo de la Patria* bajo la dirección del licenciado José Cecilio del Valle e impreso por Manuel de Arévalo. Su primera publicación circuló el 16 de octubre de 1820, su edición fue semanal y su última publicación fue la número 24 del año 3, del primero de marzo de 1822.

El *Genio de la Libertad* y el *Amigo de la Patria* son los primeros periódicos de la época independentista.

La independencia y la prensa de opinión²¹

La primera Constitución del Estado de Guatemala, sancionada el 11 de octubre de 1825, reitera el derecho a la libertad de expresión en la sección 2, de los derechos particulares de los habitantes:

Artículo 25. - A nadie puede impedirse la libertad de decir, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin que puedan sujetarse en ningún caso, ni por pretexto alguno, y examen, ni censura.

La Gaceta del Gobierno Supremo de Guatemala publica, en apoyo a la decisión legislativa, el discurso pronunciado por el príncipe francés Talleiran sobre la libertad de imprenta.

En ese período, la libertad de pensamiento y expresión presupone una *prensa de opinión* más que *divulgación* de noticias o informaciones. Lo verdaderamente importante eran las opiniones individuales y por eso los textos constitucionales y las declaraciones hacen referencia al derecho de publicar las ideas libremente por la prensa sin censura previa²². Estas opiniones iban dirigidas a la clase ilustrada que luchó por el reconocimiento de la libertad de prensa, lo que favorece la formación de *ideologías*, limitando el poder del Estado o condicionándolo a los intereses de la clase ilustrada, que es la burguesía capitalista en ascenso frente al absolutismo de los conservadores.

²⁰ Ministerio de Educación Pública de Guatemala, recopilación *Escritos del Doctor Pedro Molina*, tomo III, Guatemala, 1954, p. 187 y s.

²¹ Morales Alvarado, Sergio Fernando, *Cambio en el ejercicio del poder político en Guatemala y el primer ombudsman latinoamericano*, Guatemala, 1977, p. 21 y s.

²² Pizarro, Ramón D., *Detrás de las noticias, en responsabilidad por daños*, (homenaje a Jorge Bustamante Alsina), tomo II, Madrid, pp. 45-46.

Sin embargo, la visión de un derecho absoluto en lo referente a la libertad de expresión es modificada en el período presidencial del doctor Mariano Gálvez (1831-1838) al sancionar, el 11 de septiembre de 1837, la *Declaración de los Derechos y Garantías que Pertenecen a todos los Ciudadanos y Habitantes del Estado de Guatemala*, ratificado por la decisión de la Asamblea Legislativa el 18 de agosto de ese año. En dicha declaración, el artículo 10 establece:

Todo hombre puede libremente comunicar sus pensamientos por la palabra, por la escritura y por la imprenta sin previa censura [...] siendo responsable ante la ley por el abuso de esta libertad.

No es el derecho ilimitado del primer momento. La libertad de imprenta es convertida en un derecho con responsabilidades. La responsabilidad es subsiguiente a la emisión de la opinión -censura discrecional²³-.

Sin embargo, la derrota de los liberales y la instauración de dictaduras conservadoras en Guatemala determina un nuevo contexto. Después del triunfo de Rafael Carrera y la instauración del presidente del Estado de Guatemala, Mariano Rivera Paz, el 14 de diciembre de 1836, se emite la nueva *Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes*, la que establece:

Artículo 8o. - Todos los habitantes del Estado tienen el derecho de publicar y hacer imprimir sus opiniones, conformándose a las leyes que deben reprimir los abusos de esta libertad.

Esta declaración es ratificada por el artículo 3o. del Acta Constitutiva de la República de Guatemala decretada por Asamblea Constituyente el 19 de octubre de 1851, que dice:

Artículo 3o. - Los deberes y derechos de los guatemaltecos, están consignados en la declaración hecha por la Asamblea Constituyente el 5 de diciembre de 1839, que continuará rigiendo como ley fundamental.

Disposiciones que permiten al gobierno ejercer una función de control sobre la prensa a través de las dos modalidades de censura: prescriptiva y discrecional.

Seis meses más tarde es aprobado el Decreto Número 6, suprimiendo la libertad de imprenta. Durante este período empieza a cir-

²³ La censura es discrecional cuando el que publica lo hace sin la previa autorización y corre con los riesgos subsiguientes.

cular el periódico del gobierno conocido como la Gaceta Oficial, fundado el 24 de febrero de 1841. Rafael Carrera, presidente vitalicio del Estado de Guatemala, fallece el 14 de abril de 1865. En forma interina asume Pedro de Aycinena, quien entrega el poder al mariscal Vicente Cerna, prolongando la unidad conservadora en el poder. Sin embargo, los gobiernos conservadores entran en crisis. Dependientes de la cochinilla, observan una baja de sus ingresos por el apareamiento en Europa de los colorantes químicos. Para superarla era necesaria la sustitución de cultivos. La opción era el café, pero este cultivo requirió la explotación de grandes extensiones de tierra y un uso extenso de mano de obra. Necesitó de mayores inversiones, que los conservadores no estaban deseosos de realizar.

En el año de 1869, el gobierno convoca a elecciones. Vicente Cerna -conservador- triunfa, encontrando resistencia armada del movimiento guerrillero encabezado por el mariscal Serapio Cruz -conocido como *Tata Lapo*-, quien es derrotado por Antonio Solares -*Tata Tonino*- el 23 de enero de 1870, en Palencia, y ahorcado en la ceiba del Parque Central de dicho pueblo. La muerte del líder guerrillero impulsa a los liberales a conformar un ejército fuerte capaz de oponerse al gobierno. El 3 de junio de 1871, los liberales desconocen al régimen de Cerna, nombran presidente provisorio al general Miguel García Granados y firman el acta de Pazticia²⁴. El 29 de junio de ese año los liberales toman el poder. Dentro de sus primeras disposiciones de gobierno restablecen la libertad de imprenta, mediante el Decreto Número 5, de fecha 7 de julio de 1871.

El 22 de agosto, aparece en San Marcos el primer número del periódico *El Malacate*, editado por Andrés Téllez, serie que alcanzará veinticinco números, el último el 28 de octubre de 1871. En su primer editorial expresó:

El sol de la libertad alumbró, por fin, definitivamente, a nuestra patria el 29 de junio del corriente año. La tiranía destruida, deshecha completamente huyó avergonzada y dejó el hermoso campo de la patria libre para recibir las fecundas simientes de la libertad. El pueblo guatemalteco, después de treinta años de opresión, de gemir bajo el ominoso yugo del despotismo, comienza a gozar de la libertad. Libertad sacrosanta, árbol frondoso regado con la sangre de los mártires del año glorioso de 1871[...]Pero, compatriotas, ¿cuáles libertades hemos conquistado con nuestros sacrificios y abnegación? El

²⁴ Morales Alvarado, Sergio Fernando, *Cambio en el...*, p. 31.

Malacate aboga por estas: libertad de reunión, de discusión y de emisión de los pensamientos, de palabra o por escrito.

El 7 de febrero de 1872, la Asamblea emite un Decreto que regula la libertad de expresión. Tan sólo 80 días más tarde, decreta una nueva ley que regula la libertad de imprenta. Ese mismo año, el 23 de octubre, mediante el Decreto 93 el Estado garantiza al pueblo la libertad de pensamiento sin previa censura sobre actos y conductas de los poderes y empleados públicos.

De la prensa ilustrada a la prensa de masas

En este período la libertad de prensa sirvió ideológicamente al afianzamiento y consolidación del Estado liberal, pero, a fines del siglo XIX el Estado liberal está consolidado, lo que significa que el poder político está en manos de la clase que luchó por su reconocimiento y que entonces pugna por conservarlo. En buena medida se rompe la vinculación de la libertad de expresión como crítica política y se abre un proceso progresivo de restricción de la libertad de expresión. Justificado ideológica y dogmáticamente, el poder público intentará fijar límites al ejercicio de la libertad de prensa -y a las demás libertades fundamentales-.

El 15 de octubre de 1872 la Asamblea aprueba el decreto 193 que establece las primeras regulaciones por los delitos de *calumnia e injuria*. Dos años después, el 7 de octubre, regula el funcionamiento de los Juzgados de Imprenta. El 19 de octubre de 1875, 17 diputados -argumentando que una Constitución limitaría el poder de Barrios, con lo que fracasaría el intento liberal- solicitan no sea emitida ninguna Constitución, otorgándole al presidente la facultad de gobernar mediante decretos. La propuesta es aceptada por la mayoría de los diputados de la Asamblea, aprobando el Decreto 6, que deja en suspenso la emisión de la Constitución y nombra a Barrios para ejercer el poder supremo por un período de cuatro años. Se instaura el período conocido como *despotismo ilustrado*²⁵, en el cual Barrios decide autoritariamente en todo lo relacionado con la vida nacional, incluyendo la prensa.

El 11 de diciembre de 1879 es decretada por la Asamblea Nacional Constituyente la *Ley Constitutiva de la República de Guatemala*,

²⁵ Propio de las ideas iluministas de la primera etapa de la revolución francesa, consiste en el Gobierno autoritario ejercido por las clases ilustradas -liberales-, para desarrollar los principios del liberalismo.

la que perdura hasta el año 1945, observando una preocupación por el protagonismo de los periódicos, fundamentalmente por la difusión de noticias y la crítica a los funcionarios públicos, por lo que el gobierno liberal trata de restringir el poder de los medios de comunicación mediante la penalización a los autores de algunas publicaciones que el régimen estima inconvenientes:

Artículo 26. - Es libre la emisión del pensamiento por la palabra, por escrito y también por la prensa, sin previa censura. Ante la ley es responsable el que abuse de ese derecho. Un jurado conoce de las faltas y delitos de imprenta.

El 2 de abril de 1885, Barrios muere en la batalla de Chalchuapa. La Asamblea Nacional Constituyente nombra presidente a Alejandro M. Sinibaldi, quien, al ser aislado por el gabinete de gobierno, renuncia al cargo el 6 de abril de ese año. Asume el general Manuel Lisandro Barillas, quien convoca a elecciones de las cuales resulta ser el ganador. Barillas disuelve la Asamblea Nacional el 26 de junio de 1887 y convoca a una nueva Constituyente, la que se instala el 1 de octubre de 1887 y ratifica las disposiciones del presidente. Barillas entrega la Presidencia al general José María Reyna Barrios, triunfador en las elecciones generales, pero este es asesinado el 8 de febrero de 1898.

Después de la muerte de Reyna Barrios asume el licenciado Manuel Estrada Cabrera, quien convoca a elecciones, participa apoyado por el partido oficial y triunfa. Durante su gobierno liberal es publicada una gran cantidad de periódicos, entre ellos: El Diario de Centroamérica, El Guatemalteco, La República, El Comercio, La Nación, El Liberal Progresista, La Patria, El Combate, La Hora, El País, La Montaña, El Eco Alemán, El Ferrocarril del Oeste, La Mascara-da, El Unionista, Diario Nuevo, Excélsior, Diario de los Altos, Diario de Occidente, Diario de la Tarde, La Ley. El desarrollo tecnológico permite el apareamiento de nuevos medios de comunicación. Sin embargo, después del *atentado de la bomba*, Estrada Cabrera constituye un verdadero *Estado policíaco* que marca los siguientes años de su gestión²⁶: desata una impresionante cacería de brujas, limita las libertades públicas, impone una férrea censura a la prensa, y establece *la paz de los cementerios*.

²⁶ El Ejército es cohesionado alrededor del presidente después de aplacar una rebelión militar. Estrada Cabrera ordenó diezmar una promoción de cadetes y la destrucción del edificio de la Escuela Politécnica en represalia por el llamado Complot de los Cadetes.

Los periódicos de la época no eran los diarios ilustrados de los primeros años de la independencia. Los ideales habían cedido su lugar a los intereses económicos y la mayor parte de medios de comunicación se amoldó a los requerimientos del tirano. La libertad de expresión pasó a convertirse solo en una libertad formal. Esto lleva, por un lado, a modificar el contenido sustancial de una prensa ilustrada que privilegia el foro libre de las ideas y transita a una prensa de masas, en la que lo importante es el beneficio económico. Ello le impone a la prensa tres condiciones:

- la necesidad de una relación armónica con el poder, a costa inclusive de la objetividad;
- la lucha por captar un mercado de consumo que le garantice su supervivencia, lo que representa una homogeneización de las ideas políticas; y
- la dependencia del aporte del anunciante, para quien sus páginas deben ser útiles²⁷.

La defensa del Estado

Durante el Gobierno de Estrada Cabrera estalla la Primera Guerra Mundial; el terremoto de 1917 destruye el 80% de la ciudad capital, que queda a merced de varias epidemias, especialmente la tifoidea que ocasiona incontables muertes. La población -azotada por la inflación, la miseria, la peste, persecución, muerte, limitación de los derechos, males todos asociados al dictador- se rebela. Es fundado el Partido Unionista con el apadrinamiento de los Estados Unidos de América, el cual reúne a los principales opositores al régimen. Los Unionistas convocan a una manifestación el 20 de marzo de 1921, la cual es reprimida por las fuerzas del gobierno, lo que amenaza con desencadenar una guerra civil. El Cuerpo Diplomático interviene y logra un acuerdo con las partes enfrentadas.

La Asamblea aprovecha la coyuntura y emite el Decreto Número 1022, el que separa a Estrada Cabrera de la Presidencia por incapacidad mental. Estrada renuncia ante el Cuerpo Diplomático y queda bajo su custodia y protección. La Asamblea nombra presidente interino al diputado Carlos Herrera mediante el Decreto 1023. El nuevo gobernante convoca a elecciones y resulta triunfador, toma posesión del cargo el 15 de septiembre de 1920, pero es derrocado el 5 de di-

²⁷ Zannoni, Eduardo A., Bescaro, Beatriz R., *Responsabilidad de los medios de prensa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 21-25.

ciembre de 1921 por un golpe militar. La Asamblea nombra presidente al general José María Orellana, quien convoca a elecciones en las cuales resulta triunfador como candidato único. El 26 de marzo de 1926 aparece misteriosamente muerto en el Hotel El Manchen, de Antigua Guatemala. Lo sucede el general de brigada Lázaro Chacón, quien el 12 de diciembre de 1930 es obligado a entregar la presidencia por un severo derrame cerebral que le paraliza el lado derecho del cuerpo. Es llamado el diputado Baudilio Palma para ocupar la presidencia el 12 de diciembre de 1930, pero es derrocado el 16 del mismo mes por un golpe de Estado encabezado por el general Manuel Orellana Contreras, a quien el Gobierno norteamericano le niega el beneplácito, por lo que entrega la presidencia al licenciado José María Reina Andrade el 2 de enero de 1931.

Reina Andrade convoca a elecciones, en las que triunfa el general Jorge Ubico a quien entrega el mando el 14 de febrero de 1931. Ubico gobernó el país el período comprendido entre el año 1931 a 1944, ejerció un gobierno absolutista, militarizó el aparato estatal, abolió la organización sindical y patronal, la ciudad volvió a ser acuartelada. Instala un clima de terror para neutralizar a sus enemigos, crea la Policía Montada, la Universidad de San Carlos pierde su autonomía, lo mismo que las municipalidades, congeló los sueldos, impuso la ley contra la vagancia e implantó la ley fuga.

La libertad de expresión es nuevamente censurada, en un contexto similar al del período de Estrada Cabrera. Existe una tendencia a la concentración de los medios de comunicación; de 1931 a 1944 son publicados los siguientes periódicos: *La Nación*, *La Gaceta de Política*, *Nuestro Diario*, *El Imparcial* y el *Diario de Centroamérica* -diario oficial del régimen-.

El 11 de julio de 1935 la Asamblea Nacional Constituyente emite el Decreto Número 4, por el cual reforma la Constitución de la República de Guatemala. El artículo 29 de la Constitución es modificado por el artículo 9 de la Reforma, el nuevo texto queda así:

es libre la emisión del pensamiento por la palabra, por escrito, por la prensa y por cualquier otro medio, sin previa censura. Ante la ley es responsable el que abuse de ese derecho. Un jurado conocerá de las faltas y delitos de imprenta. Los que tengan a su cargo Oficinas del Estado deben rendir los informes y exhibir los documentos que se pida en los juicios de imprenta en que funcionarios o empleados públicos comparezcan como acusados, excepto los relativos a asuntos

diplomáticos u operaciones militares pendientes. Los impresos calumniosos o injuriosos contra naciones extranjeras, sus gobiernos o representantes diplomáticos acreditados en el país serán juzgados según las reglas de reciprocidad, tanto en el procedimiento como en la calificación del hecho, observándose las reglas del Código Penal de Guatemala en lo que concierne a la imposición de la pena. Los talleres tipográficos y sus enseres no podrán ser decomisados ni confiscados, ni clausurados ni interrumpidas sus labores, por razón de delito o falta de imprenta. Una ley establecerá todo lo demás a que este derecho se refiere.

Cuarenta y seis días después emiten el Decreto 1717 que contiene la ley de Imprenta.

El 24 de abril de 1936 emite una nueva ley de imprenta por el Decreto 2158. Regula como nuevo límite a la libertad de expresión los delitos de *traición y sedición*, por medio de los cuales serán procesadas las personas acusadas o sospechosas de diseminar información u opiniones adversas a la autoridad²⁸. Un segundo método de control indirecto son los impuestos especiales, destinados a limitar tanto la circulación como las ganancias de los medios impresos. Y el tercero está constituido por los contratos de publicidad oficial para medios pequeños y de poca capacidad financiera.

La doctrina de la responsabilidad social y los gobiernos revolucionarios²⁹

Las grandes conflagraciones en el ámbito mundial y en particular la importancia de las técnicas de propaganda del Tercer Reich, impulsaron un movimiento de análisis sobre la libertad de expresión. La manipulación de la información no daña únicamente el honor o prestigio de una persona, sino puede ser empleada en contra de grandes conglomerados sociales. La idea de la responsabilidad individual es insuficiente y se pretende regular la responsabilidad pública de la prensa con el llamado *derecho del público a una información veraz*, lo que exige al editor asumir una responsabilidad. Los medios de comunicación rechazan dicha idea porque creen que es un instrumento de los gobiernos para hostigar a los periódicos independientes.

²⁸ Otra fórmula que utiliza el Gobierno es subsidiar diarios privados con fondos estatales, práctica copiada de la impuesta durante el prolongado régimen de Walpole como primer ministro de Inglaterra. Los escritores políticos tenían su lugar secreto en el presupuesto.

²⁹ Siebert, Fred S., y Peterson Theodore, *Tres teorías...*, pp. 87-123.

Contra la pretensión de control sobre el ejercicio de la libertad de expresión, Danilo Arbilla, presidente de la Comisión de Libertad de Prensa de la Sociedad Interamericana de Prensa, SIP, afirma:

En materia de información, como en cualquier otra acción humana, nadie está capacitado para decidir mejor que cada persona lo que a ella misma le conviene ni, por lo tanto, nadie puede sustituirnos en nuestras decisiones de lo que nos conviene ni en el caso especial de cómo debemos elegir nuestra información y cómo debemos decidir cómo nos informamos. No necesitamos tutores. El que busca la verdad la busca por todos los caminos y, en consecuencia, todo lo que ocurre debe ser conocido. Si se permite una sola mirada sobre los hechos, siempre será una mirada parcial. Siempre otra mirada es un paso de avance en el conocimiento³⁰.

La teoría de la información veraz es originada en la misma revolución tecnológica e industrial que afectó la propia naturaleza de la prensa, aumentó el tamaño, la velocidad y la eficiencia de los antiguos medios y produjo nuevos: cine, radio y televisión. Este crecimiento, acompañado por un aumento constante de la publicidad, convierte al sector económico en el apoyo principal de los periódicos, revistas y emisoras, dependencia que planteó la necesidad de regular la emisión del pensamiento.

La urbanización y un mayor número de ciudadanos educados convierten a la prensa en una entidad poderosa. Surge una concentración de los medios de comunicación en pocas manos. La prensa es transformada en un artículo de consumo, lo que origina una serie de críticas: la influencia periodística se ha trasladado de los editoriales a las columnas de noticias y la naturaleza comercial del periódico - no sólo la publicidad- es responsable de estos defectos.

La crítica a la *teoría libertaria* impulsa el apareamiento de la teoría de la *responsabilidad social*. La teoría libertaria de la prensa, ajustada al Iluminismo, basaba su justificación en la máquina mundial del *movimiento perpetuo* de Newton, que marchaba de acuerdo con las leyes inmutables de la naturaleza. La revolución del pensamiento moderno acabó por demoler la concepción del mundo que sustenta la teoría libertaria de la prensa. Las teorías de Darwin y Einstein, el método histórico de Hegel, el liberalismo humanista de Stuart Mills, Green y los idealistas de Oxford, forjaron profundos

³⁰ Arbilla, Danilo, "Información veraz: tentación totalitaria", artículo publicado en el diario *Prensa Libre* el día 3 de noviembre de 1997, p. 11.

cambios en el pensamiento de los sectores educados de la sociedad³¹.

A medida que los medios de comunicación fueron creciendo, atrajeron a personas educadas y de principios, que establecieron niveles elevados para su profesión y trataron de ajustarse a ellos. Formularon *códigos de ética* para redactores, aparecieron las primeras escuelas de periodismo, y empezó a hablarse con frecuencia de los deberes que acompañan al comunicador social. Se bifurcó el camino. Por un lado, una teoría de la responsabilidad social, desarrollada por los medios de comunicación; por el otro, la teoría formulada por la Comisión sobre Libertad de Prensa en los Estados Unidos de América. Ambos caminos difieren de la teoría libertaria tradicional y son paralelos entre sí. La primera de las vertientes, que podemos denominar *de la autorregulación*, expresada a través de códigos de conducta. La otra, por la regulación normativa representada por la Comisión sobre Libertad de Prensa, conocida como la *Comisión Hocking*.

El código más antiguo, que representa un ejemplo típico de autorregulación, está formado por los *Cánones del Periodismo*, adoptado por la Sociedad Norteamericana de Directores de Diarios en 1923, el cual exhortó a los diarios a practicar la responsabilidad frente al bienestar general, la sinceridad, la veracidad, la imparcialidad, el juego limpio, la decencia y el respeto a la reserva individual. Está implícita la fe en el hombre como criatura racional, capaz de descubrir la verdad y separar lo justo de lo equivocado mediante el poder de la razón; la fe en la eficacia del proceso de auto-justicia y la creencia en que el periódico es predominantemente un instrumento de ilustración que apela al sentido crítico del lector. La única idea nueva es la idea de la responsabilidad: “la prensa resulta responsable frente al bienestar general”.

Sin embargo, la Comisión sobre Libertad de Prensa observó que la concentración de los medios coloca a la libre expresión en peligro, por lo que propuso al gobierno ampliar su poder sobre los medios. Los códigos éticos no son suficientes para asegurar la clase de pren-

³¹ La máquina del mundo estática y atemporal de Newton fue desbaratada por la idea de la evolución. La doctrina de los derechos naturales fue destruida por los historicistas, así como por las teorías sociológicas y filosofías axiológicas de la actualidad. La economía clásica -dejar hacer, dejar pasar- fue repudiada por los movimientos sociales y la mayoría de los economistas contemporáneos. De la misma forma la doctrina miltoniana del proceso de auto-justicia en los medios de comunicación despertó sospechas.

sa que exige la sociedad. Las condiciones del siglo XX exigen una clase diferente y nueva responsabilidad social para los medios de masa.

La Comisión señaló cinco cosas que la sociedad contemporánea exige de la prensa:

- 1- Brindar un relato verdadero, amplio e inteligente de los acontecimientos del día en un contexto que les dé significado, la prensa debe ser exacta, no debe mentir, debe diferenciar el hecho de la opinión. Un relato verdadero y amplio de las noticias no resulta suficiente -dice la Comisión-, es necesario informar la verdad acerca del hecho, evitando las verdades a medias, incompletas o incomprensibles.
- 2- La prensa debe ser un foro para el intercambio de comentarios y críticas.
- 3- La prensa debe proyectar un cuadro representativo de los grupos integrantes de la sociedad.
- 4- La prensa es responsable de la presentación y clarificación de los objetivos y valores de la sociedad.
- 5- La exigencia final es que la prensa brinde acceso completo a las noticias del día.

Substituye la *libertad negativa* de la teoría libertaria por el de una *libertad positiva* que exige al Estado proporcionar las herramientas para que exista una información objetiva y veraz. La teoría de la responsabilidad social se basa en una escuela de pensamiento que considera insuficiente la libertad negativa. No es un derecho natural que nace con el hombre, que nadie puede arrebatarse, sino un derecho que promueve la victoria de la verdad sobre la falsedad en el mercado de las ideas. Conforme a esta teoría, la libertad de expresión está fundada en el deber del individuo frente a su pensamiento y conciencia. Un derecho moral que es un valor al que no puedo renunciar³².

Sin embargo, el hecho de reclamar la libertad de expresión como un derecho para sí mismo implica reclamarlo para los demás. Además de ser valiosa para el individuo y para la sociedad, la libertad de expresión tiene en sí un elemento de deber, ya que cualquiera que tenga algo que decir, está obligado moralmente a decirlo. Este deber frente a la *propia conciencia* es la base primaria del derecho a la li-

³² Siebert, Fred y Peterson, Theodore, *Tres teorías...*, pp. 100-101.

bre expresión, de acuerdo con la teoría de la responsabilidad social. Si el hombre no asume este deber frente a su conciencia -si, por el contrario, emplea su libertad de expresión para encender odios, contaminar las fuentes de la verdad-, no puede reclamar ese derecho. Por otro lado, el hombre es un ser social que tiene un deber para con sus semejantes de transmitir una información adecuada.

La discusión es trasladada al seno de las Naciones Unidas, donde el 10 de diciembre de 1948 es aprobada la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, con un contenido claramente favorable a la libertad de expresión, sin tomar aún en cuenta la doctrina de la responsabilidad social:

Artículo 19- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

En el seno de la organización mundial está latente un movimiento de revisión del status de los medios de comunicación; la Comisión de Derechos Humanos, por medio de la Subcomisión sobre Libertad de Información y Prensa, tiene el mandato de considerar los problemas específicos de la libertad de expresión. La Subcomisión convoca a una Conferencia de Naciones Unidas sobre Libertad de Información, la cual es celebrada ese mismo año (1948) en Ginebra. Los autoritarios y reformistas sociales ofrecen sus argumentos, sin alcanzar ningún resultado. Se acuerda nombrar a expertos para la elaboración de una Convención sobre Libertad de Expresión, pero sus propuestas tampoco son aceptadas. A la fecha no existe un acuerdo entre Estados sobre tan espinoso tema.

Paralelamente a estos desarrollos teóricos y de normativa internacional, en Guatemala el 11 de marzo de 1946, la Asamblea Constituyente decretó la Constitución de la República de Guatemala y, en su artículo 36, recoge los principios de libertad de expresión, los cuales coinciden en su redacción con el contenido del Decreto Número 5 de reforma constitucional del anterior Gobierno. El 24 de abril de 1947 el Congreso de la República de Guatemala emite el Decreto Número 372, que contiene la Ley de Emisión del Pensamiento por medios de Difusión, el cual regula los límites y garantías de la libertad de expresión, ubicando la nueva legislación en una corriente de responsabilidad social:

Artículo 14- Los periódicos están obligados a publicar las aclaraciones, rectificaciones, explicaciones y refutaciones que les sean dirigidos por autoridades, funcionarios y empleados públicos, corporaciones y toda persona individual o jurídica que considere falso o desfigurado los hechos que les ha atribuido el impreso.

Artículo 17- Los artículos no editoriales y demás escritos periodísticos que contengan acusaciones o que de alguna manera vulneren la honra o los intereses de autoridades, funcionarios y empleados públicos, corporaciones y toda persona individual o jurídica, deberán ser cubiertos por la firma de su autor, cuya responsabilidad es personal, salvo que conste de modo fidedigno que su escrito fue ordenado por la dirección o jefatura del periódico, en cuyo caso el director del mismo quedará también sujeto a responsabilidades legales[...]

Estos dos protegen los derechos del Estado así como la vida privada y la moral, mediante procedimientos especiales estipulados en la Ley de Emisión del Pensamiento, artículos 41, 42 y 43. Los delitos contra el Estado y su regulación son depositados en el Código Penal.

El marco de apertura social del nuevo movimiento político posibilitó el apareamiento de nuevos medios de información impresos. Sin embargo, en el año de 1954, el presidente Arbenz es depuesto, asume una Junta Militar de Gobierno compuesta por Carlos Castillo Armas, Mauricio Dubois, Elfego H. Monzón, José Luis Cruz Salazar y Enrique T. Oliva, y empieza a revertirse la obra del movimiento revolucionario del '44.

La contrarrevolución y la censura militar

El nuevo gobierno emite disposiciones de seguridad. Con el fin de consolidar su poder, inicia un período de persecuciones políticas que golpearon también a los comunicadores sociales. El Decreto Número 23, del 19 de julio de 1954, crea el Comité de Defensa Nacional contra el Comunismo, el cual elaboró una lista con más de 72,000 nombres de personas de filiación izquierdista o simpatizantes. El 28 del mismo mes y año, la Junta Militar de Gobierno emite el Decreto Número 39, por el cual aprueba medidas de seguridad extraordinarias contra los opositores:

Artículo 1. - Se incorporan a la legislación para prevenir la delincuencia, los estados de peligrosidad y la actividad comunista, las siguientes medidas de seguridad: a) Detención corporal por un término no mayor de 30 días; b) Libertad vigilada; c) Residencia forzosa; [...] f) Expulsión de extranjeros.

El 10 de agosto de 1954, la Junta de Gobierno emite el Estatuto Político de la República de Guatemala. En el capítulo III que regula las garantías individuales, artículo 15, inciso h, regula la libertad de expresión, así:

h) Es libre la expresión del pensamiento por la palabra, por escrito o por cualquier otro medio de difusión, sin previa censura. Los delitos y faltas que se cometan con ocasión del ejercicio de este derecho serán juzgados por un jurado integrado en la forma que la ley determine.

El 24 de agosto de ese año, el gobierno emite el Decreto-Ley Número 59, *Ley preventiva penal contra el comunismo* y dentro de sus hechos punibles señala:

c) Las publicaciones, impresión, reproducción, distribución de hojas volantes, panfletos o cualquier clase de publicaciones de propaganda comunista; [...] f) La propaganda comunista en reuniones públicas o en lugares de trabajo; [...] h) la propaganda comunista subrepticia; [...] j) Propagar, propiciar, provocar o estimular en cualquier forma huelgas ilegales; k) el tráfico de libros de propaganda comunista destinados a textos de enseñanza primaria o secundaria; [...] m) La tenencia de transmisores de comunicaciones o radiodifusoras sin licencia otorgada con posterioridad a la vigencia de esta ley; [...] o) La tenencia, tráfico o proyección de películas de tesis comunistas; p) La tenencia clandestina de elementos tipográficos o aparatos destinados a la impresión y reproducción de propaganda por personas incluídas en el registro que establece el artículo 3 de esta ley.

El 2 de febrero de 1956, la Asamblea Nacional Constituyente decreta una nueva Constitución de la República. En su artículo 57 regula la libertad de emisión del pensamiento; su redacción coincide con la contenida en la Constitución del 45. El 24 de febrero de 1956 la Asamblea Nacional Constituyente emite el Decreto Número 22 que contiene la Ley del Orden Público, la cual expone los motivos para suspender las garantías constitucionales³³ y el escalonamiento de las medidas extraordinarias: estado de prevención, estado de alarma, estado de sitio, estado de calamidad pública, y estado de guerra. Seis días después, la Asamblea Nacional Constituyente, emite el Decreto Número 24 que contiene la *Ley de Emisión del Pensamiento*. En su estructura garantiza la libertad de expresión sin censura previa, el ac-

³³ Artículo 1o.- Esta ley se aplicará exclusivamente en caso de invasión del territorio, de perturbación grave de la paz, de actividades comprobadas contra la seguridad del Estado o de calamidad pública.

ceso a las fuentes de información y establece los límites en el ejercicio de dicho derecho: traición a la patria, sedición, la moral, el respeto a la vida privada, las calumnias o injurias graves (*Artículo 27*).

Sin embargo, la vigencia de estas disposiciones es corta; dirigentes de la oposición se agrupan en un Comité Cívico Nacional y convocan a una manifestación, el día 24 de junio de 1956, con el propósito de solicitar la derogatoria del Decreto 57. El Gobierno de Castillo Armas responde con el Decreto Número 587, por el cual establece el estado de alarma en el país amparado en la nueva Ley de Orden Público, restringe entre otras disposiciones constitucionales la contenida en el párrafo primero del artículo 57 del nuevo cuerpo constitucional: *el derecho a la libre expresión*. Tres días después, el gobierno emite el decreto-ley 588, impone el estado de sitio y restringe todas las garantías constitucionales en disposición que es ratificada por el Congreso mediante la emisión del Decreto 1091.

Al amparo del decreto de estado de sitio, el ministro de la Defensa Nacional emite el acuerdo de fecha 26 de junio de 1956 por el cual establece la *censura militar*:

Artículo 7o. - Se establece la Censura Militar en el territorio de la República, para toda clase de prensa escrita, radiodifundida y televisada, quedando a cargo del Departamento de Relaciones Públicas del Ejército el cumplimiento de esta función [...]

Artículo 8o.- Las radiodifusoras y televisoras que funcionan en el territorio de la República serán controladas por la Radiodifusora Nacional "La Voz de Guatemala" TGW, de donde emanarán las medidas necesarias para mejor cumplimiento de esta disposición.

Castillo Armas pone al mando de la Policía Nacional a Bernabé Linares, el temido jefe de la Policía Nacional durante el Gobierno ubiquista. En aquel estado de terror, Castillo Armas convoca el 10 de octubre de 1956 a un plebiscito para legitimar su poder, el cual gana. No existe oposición, los medios de comunicación son sujetos a férrea censura y autocensura. La votación fue oral, con una sola pregunta: ¿Está usted de acuerdo en que el teniente coronel Carlos Castillo Armas continúe en la Presidencia de la República por un período que será establecido por la Asamblea Constituyente? Los resultados fueron 485,531 a favor, 393 en contra y 655 no se pronuncian.

Los motines no se hicieron esperar, pero Castillo Armas los disuelve por la fuerza. El 27 de julio de 1957, en un corredor de la Ca-

sa Presidencial, Castillo Armas es asesinado por un miembro del Ejército de nombre Romeo Vásquez Sánchez. El partido de Castillo Armas, denominado Movimiento de Liberación Nacional (MLN), intenta mantener el poder y convoca a elecciones. Presenta como candidato al abogado Miguel Ortíz Pasarelli, quien triunfa, según el computo oficial. La oposición encabezada por el general Miguel Ydígoras Fuentes protesta y organiza la llamada *revolución de las bicicletas*, miles de ciclistas manifiestan diariamente frente al Palacio Nacional gritando: ¡Fraude! ¡Tramposos! Finalmente, el gobierno anula las elecciones. Convoca a nuevas elecciones y sustituye a Ortiz Pasarelli como candidato oficial. En su lugar presenta al coronel José Luis Cruz Salazar. Ydígoras, el opositor, gana y asume la Presidencia el 15 de marzo de 1958.

La noche del 13 de noviembre de 1960, durante el Gobierno de Miguel Ydígoras Fuentes (1958-1963), un grupo de militares descontentos por la corrupción y la presencia de exilados cubanos anticas-tristas que se entrenaban para invadir Cuba, inician un levantamiento contra el presidente y toman fugazmente el control de las zonas militares de Puerto Barrios y Zacapa. El avance del movimiento rebelde determina la intervención de las autoridades norteamericanas en la disputa: ordenan bombardear a los rebeldes, y sofocan la asonada.

La lucha armada interna y la autocensura

Al fracasar la intentona, los militares golpistas liderados por Marco Antonio Yon Sosa y Luis Turcios Lima, quedan dispersos. Sin embargo, logran reagruparse en el grupo denominado *Movimiento Guerrillero Alejandro de León 13 de noviembre*, en honor de un militar caído, asesinado por la policía secreta de Ydígoras en una calle de la zona 12. La nueva organización lanza su primera ofensiva, el 6 de febrero de 1962, contra los puestos militares de Bananera y Morales, cerca de Puerto Barrios, pero es rechazada. De forma similar, el coronel Carlos Paz Tejada, ministro de la Defensa Nacional en el Gobierno de Jacobo Arbenz Guzmán, anuncia el surgimiento del frente guerrillero 20 de Octubre: con esos episodios da inicio el conflicto armado interno que tanto dolor produjo en la sociedad guatemalteca³⁴.

Paralela a la lucha militar, las acciones políticas aumentan. A mediados del mes de marzo de 1962, dos partidos opositores -Partido

³⁴ El Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico calculó más de 200,000 víctimas directas del conflicto.

Revolucionario (PR) y Partido Guatemalteco del Trabajo (PGT)-convocan a una manifestación en contra de Ydígoras, la cual es reprimida vigorosamente; perecen varios estudiantes universitarios y unas 200 personas resultan heridas. El Gobierno norteamericano, preocupado por el crecimiento de la oposición popular a Ydígoras, impulsa una campaña de contrainsurgencia en las regiones donde había presencia del movimiento guerrillero. La inestabilidad política por el fenómeno de marginación social y política, la reacción por la corrupción, la falta de empleo, la caída de ingresos e inflación en los precios de los productos de primera necesidad, obligan al gobierno a vigorizar la represión con el objeto de aplacar el descontento interno. Surge la militarización del Estado.

Aprovechando la inconformidad nacional contra el Gobierno de Ydígoras y la posibilidad de que el doctor Juan José Arévalo participe como candidato presidencial en las futuras elecciones, el ministro de la Defensa Nacional, coronel Enrique Peralta Azurdía, da un golpe de Estado preventivo con el apoyo del Gobierno norteamericano³⁵. El gobierno militar empieza a recibir préstamos y asistencia técnica. La dependencia aumenta y la intervención del Departamento de Estado de los Estados Unidos será mayor, fundamentalmente en los servicios de información e inteligencia, lo que hace perder legitimidad al gobierno golpista y lo obliga a mantener el status a través de una represión abierta. Los diversos cuerpos militares se distribuyen las instituciones y estructuras del Estado, justificando su actuación en una filosofía panamericana que identifica a los comunistas con el enemigo extracontinental contra quien era necesario luchar: *la Unión Soviética*³⁶. El gobierno realiza sistemáticamente una represión contra los sospechosos de ser *enemigos internos*, a la vez que desarticula cualquier organización popular, fomenta la apatía y el conformismo, reduciendo la política y las cuestiones sociales a problemas técnicos. El estado de sitio y otras medidas de excepción son el procedimiento normal de funcionamiento jurídico del Estado.

³⁵ El Golpe de Estado Preventivo consistió en relevar únicamente al Presidente de la República, sin que se modificara ninguna otra estructura estatal.

³⁶ Nace el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca controlado por Estados Unidos de Norteamérica; el conflicto mundial es asentado en tierra americana. Las reclamaciones sociales y populares son sospechosas cuando no subversivas. Vid. Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990, pp. 47-49 (el apartado I, denominado: la alternativa militar autoritaria que la refuerza).

Al asumir el control del Estado el coronel Enrique Peralta Azurdia (abril de 1963), como primera medida, decreta el estado de sitio. Endurece la persecución política, captura a 27 líderes de izquierda en una casa de la periferia de la ciudad y los desaparece. El gobierno suprime la libertad de expresión y persigue a los comunicadores sociales, varios de los cuales son encarcelados o son obligados a exilarse. Se produce el asesinato del periodista Oscar Rivera Berger, con lo que el gobierno inaugura un período de violencia dirigido contra determinados periodistas.

La polarización social orienta al gobierno a buscar su legitimidad con la emisión de una nueva Constitución que le dé carácter democrático nacional e internacionalmente. El 15 de septiembre de 1965, la Asamblea Nacional Constituyente promulga una nueva Carta Magna que garantiza la libertad de expresión. Sin embargo, rápidamente el Ejecutivo impone medidas de excepción que anulan la vigencia de aquella ley. Al amparo del estado de sitio y de la Ley de Orden Público, los medios de comunicación son constantemente censurados.

Peralta, involucrado en el plan contrainsurgente, insiste en legitimar el poder: convoca a elecciones generales. Como candidato del Partido Revolucionario (PR) participa el abogado Julio César Méndez Montenegro, quien triunfa en las elecciones el 6 de marzo de 1966. Sin embargo, el nuevo presidente es obligado a firmar un pacto secreto con la cúpula militar por medio del cual el Ejército garantiza la estabilidad del nuevo gobierno a cambio de no intervenir en la política de *contrainsurgencia*. Aquel pacto echó por tierra las aspiraciones democráticas del pueblo de Guatemala, que observó el recrudecimiento de la lucha armada. Una de los primeros actos de gobierno del licenciado Julio César Méndez Montenegro fue proponer una amnistía a los insurrectos con el objeto de legitimar la represión. Los integrantes de los grupos revolucionarios rechazan la medida, legitimando con ello -desde la visión conservadora- la política contrainsurgente.

El Ejército de Guatemala prepara una gran ofensiva contra los guerrilleros y nombra al coronel Carlos Manuel Arana Osorio para dirigir la campaña *Zacapa-Izabal*. Esta se realiza con una intensidad sin precedentes, con tácticas contrainsurgentes nunca vistas. Hombres encapuchados suben a los autobuses que recorren las carreteras del país, señalan a simpatizantes de los movimientos guerrilleros, los bajan y en ocasiones los desaparecen y en otras los ejecutan. En este período comienzan las matanzas políticas a gran escala. Miles de

personas fueron ejecutadas e inician operaciones diversos grupos paramilitares denominados. Estos instauran la política del terror, cometen ejecuciones extrajudiciales a la luz del día, secuestran a presuntos guerrilleros, simpatizantes o familiares y posteriormente aparecen los cadáveres mutilados, con señales de haber sido previamente torturados.

Amnistía Internacional concluye que en década y media, a partir de 1966, más de 30,000 personas fueron secuestradas, torturadas y asesinadas. En aquel estado de lucha feroz, los movimientos guerrilleros utilizan las tácticas de asesinatos y secuestros selectivos, una de las primeras víctimas es el periodista Isidoro Zarco, copropietario y subdirector del diario Prensa Libre, quien cae abatido el 28 de enero de 1970.

Bajo aquel clima de terror, inicia el período de los *generalatos*. Carlos Manuel Arana Osorio, apoyado por el ala dura del Ejército y los partidos de ultraderecha (MLN-PID) triunfa en las elecciones generales del 3 de marzo de 1970. Un mes más tarde, un comando guerrillero izquierdista asesina al embajador alemán en Guatemala, Karl von Spretti. La reacción del gobierno no se hace esperar, institucionaliza la estrategia contrainsurgente desarrollada en Zacapa, desarticula los movimientos revolucionarios que se ven obligados a retirarse y reagruparse. El campo y la ciudad son convertidos en zonas de combate, la lucha por el control de las comunicaciones adquiere una importancia capital. Se recurre a la coacción, amenaza, censura y persecución.

En 1974 asume la presidencia el general Kjell Eugenio Laugerud García después de una reñida contienda electoral en la que había obtenido 187,595 votos, apoyado por la coalición MLN-PID; su opositor, el general Efraín Ríos Montt, postulado por la coalición FUR-DC, 168,926 votos. La oposición denunció fraude; sin embargo, el candidato abandona el país y viaja a España para asumir el cargo de agregado militar en la embajada de Guatemala. Las protestas cesaron.

Continúa la estrategia contrainsurgente. El 4 de febrero de 1976, se produce un terremoto en Guatemala. Mueren más de 23,000 personas, 76,000 quedan heridos y 1.200,000 sin hogar³⁷. La crisis social se ahonda. El 4 de mayo, según los medios de comunicación, 50 mil personas se desparaman en la ciudad a raíz del terremoto y con-

³⁷ Fue el terremoto de los pobres, se destruyeron las casas de adobe.

forman los llamados asentamientos, lugares de miseria viva. En esas circunstancias, resurge la actividad guerrillera y aparecen nuevos grupos armados.

En 1977 el Ejército inicia una profundización en la lucha contrainsurgente. Luego de ejercer un fuerte control sobre la información, la represión es dirigida selectivamente contra educadores y profesionales universitarios con el objeto de evitar la discusión e intimidar a la oposición.

En 1978, el general Romeo Lucas García asume la Presidencia. La lucha interna se profundiza, los grupos sindicales realizan una huelga general que es apoyada por estudiantes. Como reacción, el gobierno clausura anticipadamente el ciclo escolar; los bochinches y saqueos aumentan. La reacción oficial se dirige contra los dirigentes políticos.

En 1979 los movimientos armados en Guatemala logran aglutinarse en la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). El Comité de Unidad Campesina (CUC), logra movilizar 100 mil campesinos en demanda de mejoras salariales. El Gobierno luquista, ante la posibilidad de ser derrocado por las armas, desarrolla una política de guerra total. La estrategia contrainsurgente tendrá dos ejes: por un lado, asesinatos políticos selectivos y, por el otro, la instauración de matanzas a gran escala. Al primer eje se le conoció como la *Operación cuchillos del rey*. El régimen utiliza 19 organizaciones clandestinas anticomunistas que proliferaron en todo el país. Dichas organizaciones eran, en algunos casos, comandos especializados de los cuerpos de seguridad; en otros casos, operaban con cierto margen real de autonomía, constituyendo organizaciones de irregulares que dependían de cuerpos de seguridad o bien de partidos y entidades de extrema derecha. La represión alcanzó uno de los niveles más altos en la historia de la violencia en el país: perecieron millares de personas, no sólo integrantes o simpatizantes de las organizaciones revolucionarias sino individuos que se sospechaba tenían ideas de izquierda o bien en el pasado habían desempeñado posiciones que podrían ser encasilladas en esa terminología.

La estructura del terror es complementada con la lucha ideológica militar. Los crímenes son cometidos a plena luz del día, las víctimas son sometidas a crueles castigos, sus cuerpos son desmembrados y mutilados. Es común encontrar en calles o carreteras cuerpos estacados y decapitados. Circulan amenazas públicas constantes por

medio de listas negras de condenados a muerte. Algunos inmuebles, estaciones de radio, televisión, periódicos, son ametralladas o atacados con bombas. La violencia y los continuos estados de sitio, producen en los medios de comunicación una política de autocensura. Se publica lo que no moleste al gobierno, creando un ambiente de falta de información, especialmente con relación al conflicto armado. Las pocas personas que se atreven a romper el esquema son objeto de persecución, muerte o exilio.

La preparación de la transición y la desinformación

En aquel marco, se desarrolla un nuevo proceso electoral. Resultan electos el general Ángel Aníbal Guevara como presidente y el licenciado Ramiro Ponce Monroy como vicepresidente. La oposición denuncia un nuevo fraude electoral³⁸. El 23 de marzo de 1982, el Ejército de Guatemala da un incruento golpe de Estado contra el general Romeo Lucas García y coloca en el poder a una Junta Militar integrada por el coronel de infantería Francisco Luis Gordillo Martínez, el general Horacio Maldonado Schaad y el general José Efraín Ríos Montt, quien la preside. El Ejército, aquel día, emite una proclama al pueblo de Guatemala, por la cual legitima el golpe.

El movimiento militar no derrama ni una gota de sangre y las estructuras contrainsurgentes permanecen intactas. El nombramiento del general Ríos Montt levanta una expectativa nacional e internacional que le permite un mayor margen de maniobra. En busca de legitimar su gobierno inicia un programa de combate a la corrupción. Sin embargo, el proyecto de la Junta Militar era un gobierno de transición y contrainsurgente, con la finalidad de preparar el escenario para una transición del poder político. La principal meta es terminar con la oposición armada, con el movimiento guerrillero. Como primera medida, las autoridades golpistas suspenden la Constitución y emiten el Decreto Ley Número 24-82 que contiene el Estatuto Fundamental de Gobierno, que incluye, como un límite al goce de los derechos fundamentales, las medidas de *seguridad* que disponga el gobierno. La guerra sucia se profundiza.

³⁸ El aislamiento externo, la crisis armada, económica y social, la corrupción de la Administración del Gobierno de Lucas García, el manipuleo de las elecciones presidenciales, provocan descontento en las fuerzas armadas, las cuales -ante el aglutinamiento de una oposición nacional e internacional que amenaza su estabilidad- deciden el relevo del Gobierno luquista e inician una transición que finalizó el 29 de diciembre de 1996, con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera suscrito entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

El 24 de mayo de 1982 es emitido el Decreto Ley 33-82 de la Junta Militar de Gobierno, que otorga amnistía. Posteriormente es adicionado el Decreto Ley número 34-82. El 9 de junio de ese año se produce una recomposición del mando. Renuncian a la Junta Militar de Gobierno los vocales Maldonado Schaad y Gordillo Martínez. El Ejército de Guatemala proclama y reconoce al general de brigada José Efraín Ríos Montt, presidente de la República de Guatemala y comandante general del Ejército. Los grupos alzados en armas no hacen uso del perdón gubernamental. Como respuesta, el gobierno impone el estado de sitio mediante el Decreto 45-82. Son suspendidas las garantías individuales y sociales: derecho de locomoción, libre asociación sindical, derecho de reunión; *libre emisión del pensamiento*, inviolabilidad de la correspondencia, del domicilio, detención por orden judicial, entre otras.

Reinicia el proceso contrainsurgente: la tierra arrasada. La arremetida más importante de la campaña de contrainsurgencia de 1981 a 1983 fue *drenar el mar* donde operaban los movimientos guerrilleros, para erradicar su base de apoyo civil. Las principales técnicas incluían despoblar el área mediante el método de *tierra arrasada*, masacres de poblaciones enteras y forzar la reubicación masiva. Las estadísticas son asombrosas: 660 pueblos destruidos totalmente; mucho más de 200,000 civiles asesinados o desaparecidos; más de un millón de personas desplazadas. Junto a esos masivos desplazamientos de la población, estaba la deliberada destrucción de grandes áreas del altiplano (quema de bosques, etc.) para impedir que la guerrilla se protegiera y para asegurar que la región nunca más sirviera de escenario para operaciones revolucionarias. La devastación del medio ambiente fue irreversible, modificando incluso el clima y el patrón de lluvias³⁹.

Junto a la intensificación del conflicto armado, el gobierno establece instituciones coercitivas para consolidar el control militar. El Ejército organiza y equipa a las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) diseñadas para obligar a la población a participar en la erradicación del movimiento guerrillero y, en general, eliminar la actividad política de oposición al gobierno. Cualquiera que rehuse prestar el servicio era multado, o peor aún, tratado como subversivo. En una época las PAC contaron con un millón de campesinos. El gobierno establece los campamentos de refugiados conocidos como aldeas

³⁹ Jones, Susane, *La batalla por Guatemala*, Guatemala, p. 164 y s.

modelo, donde concentran en *polos de desarrollo* a las comunidades campesinas. En el fondo eran campos de reasentamiento forzado en los que todos los aspectos de la vida de las personas estaban sujetos a un control directo; por último las Coordinadoras Inter-Institucionales, las cuales centralizan bajo control militar la administración de proyectos de desarrollo en todos los niveles del gobierno (local, municipal, provincial y nacional). Esto creó una estructura militar paralela -superior a la administración civil-.

Ante la destrucción de sus cosechas, la población es convertida en dependiente de la ayuda alimentaria que el Ejército les proporciona. La institución armada inicia un programa llamado *Fusiles y Frijoles* rebautizado más tarde *Vivienda, Trabajo y Tortillas*. Este era un notable ejemplo de la sistemática utilización del hambre como arma de control social⁴⁰.

En el área urbana, duramente castigada por el Gobierno de Lucas y más sensible al control internacional, implementa un programa de *legalización de la ejecución extrajudicial y de desinformación*. El primero de julio de 1982 el presidente de la República emite el Decreto número 46-82, Ley de Tribunales de Fuero Especial⁴¹. Dicho cuerpo legal establece tribunales especiales, duplica la pena, amplía la aplicación de la pena de muerte a delitos como plagio, incendio, piratería, traición, tráfico de explosivos, terrorismo, depósitos de armas y municiones y restringe el ejercicio de la defensa penal. El procedimiento era sumario y sus fallos inapelables. No tardaron en levantarse voces de protesta contra esta forma de justicia. El Papa solicitó clemencia para diferentes reos condenados a muerte.

La censura a los medios de información era un instrumento peligroso para el plan contrainsurgente, por lo que se optó por establecer una nueva relación en la cual la prensa se aliara al *statu quo*. La estrategia militar consistió en captar a los medios de comunicación so-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 166 y s.

⁴¹ Considerando: Que grupos de delincuentes mediante actividades subversivas de naturaleza extremista, pretenden por medios violentos cambiar las instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas de la nación. Considerando: Que quienes realizan estas actividades hacen uso de procedimientos que perturban el orden público, alteran gravemente la tranquilidad social y destruyen vidas y bienes de los habitantes de la República. Considerando: Que para proteger el orden, la paz y la seguridad pública, se hace necesario dictar la ley que garantice una rápida y ejemplar administración de justicia, en el juzgamiento de delitos que atenten contra estos valores.

cial de manera que no se publicaran informaciones que les afectara. Este control es realizado mediante severas advertencias públicas.

Un mes después de la asunción de Efraín Ríos Montt al poder, los medios de comunicación empiezan a sentir la intervención directa del Estado. Esto sucede cuando la violencia es generalizada en el interior del país. En un primer intento de controlar la información, el 26 de abril de 1982, el jefe del Estado Mayor del Ejército circula una nota entre todos los periodistas, solicita su colaboración en la lucha contra la guerrilla; para el efecto pide que no se utilice el término guerrillero, en su lugar, los medios de comunicación deben emplear -dice- las palabras terrorista o subversivo, o delincuente subversivo. En el mismo comunicado exige que las organizaciones revolucionarias no sean mencionadas con su nombre completo, así como la de no darle importancia a las acciones que lleven a cabo estas organizaciones⁴². “Queremos una prensa institucionalizada”, declaró en el diario *La Razón*, el general Efraín Ríos Montt, el 29 de junio de 1982. Se producen numerosos incidentes entre reporteros y la guardia personal del mandatario. Los agentes de seguridad apuntaron sus armas para evitar interrogatorios al general Ríos Montt. La relación gobierno-prensa se deteriora. La información del Estado es centralizada en la Secretaría de Relaciones Públicas de la Presidencia y la mayor fuente de información es precisamente el mandatario; las fuentes de información son cerradas. El diario *El Gráfico*, en su emisión del 24 de junio de 1982, denuncia: “Las palabras del presidente son una advertencia, porque según él, si la prensa no opina de acuerdo a los intereses particulares del gobierno, está incumpliendo su misión”.

El 23 de junio de 1982, Ríos Montt define el papel que la prensa debe jugar durante su gobierno. El Jefe de Estado convoca a un desayuno a los directores de los medios de comunicación, acusando a la prensa de sensacionalista cuando habla en contra del gobierno y los exhorta a sacrificarse en favor de la recuperación del país. En el término de tres semanas, el gobierno ordena que todas las fuentes de información oficial sean centralizadas en su propia Secretaría de Relaciones Públicas. Prohíbe la publicación de noticias y comentarios relacionados con acciones insurgentes y con el funcionamiento de agrupaciones guerrilleras, a menos que la fuente de dichas noticias sea la mencionada secretaría. Solicita expresamente a los medios de

⁴² Circular del 26 de abril de 1982, dirigida por el general Héctor Mario López Fuentes, jefe del Estado Mayor del Ejército a los periodistas del país.

comunicación que ejerzan la autocensura -ver *Prensa Libre* en su edición del 23 de junio de 1982-. La violencia en el área rural es sometida a la *política del gran silencio*.

La discreción estatal es superada para lograr la liberación del periodista Alvaro Contreras Vélez, impulsada por los trabajadores de *Prensa Libre*, especialmente del licenciado Luis Morales Chúa, quien organiza una gran campaña de publicidad para obtener la liberación del periodista cautivo. Los diferentes medios de comunicación publican la nota exigida por los alzados en armas, aún en contra de la disposición oficial de censura. El cautiverio duró 147 días. El gobierno comprendió la posición de los medios y no fueron sancionados, como podía haber sucedido.

El 22 de marzo de 1983, el Gobierno de la República anuncia mediante la emisión del Decreto número 27-83, *decreto de amnistía*, la derrota militar de los grupos revolucionarios. Lo hace en los siguientes términos:

Considerando: Que la subversión se ha reducido de manera ostensible en el territorio nacional, en virtud de que sus elementos fueron derrotados militarmente, otro tanto fue atraído por las medidas de carácter económico-social, dictadas por el Ejecutivo, agregándose quienes se ampararon en la referida amnistía [...] Decreta: artículo 1o- Se concede amnistía por los delitos políticos y comunes conexos en los cuales hubiesen participado como autores o cómplices, las personas que individual o colectivamente formen o hayan formado parte de las facciones subversivas que han venido actuando en forma violenta en contra del orden jurídico político de la nación o hubiesen cometido el delito de encubrimiento en relación con tales hechos.

Al considerar que las fuerzas guerrilleras no eran una amenaza contra el poder, inmediatamente el gobierno modifica el esquema imperante y establece un programa para desligar a la institución armada del conflicto interno, el cual inicia con una aparente reestructuración del poder público. Crea un Consejo de Estado como órgano asesor del gobierno, encabezado por el ingeniero Jorge Serrano Elías. Reestructura el Ejército y crea el Estado Mayor de la Defensa Nacional, con el propósito de mantener el control militar en una forma indirecta:

Garantizada la estabilidad y control militar, crea el Tribunal Supremo Electoral, mediante el Decreto 30-83, con el fin de organizar los procesos electorales de la transición. Con este mismo propósito,

se estructura el Registro de Ciudadanos mediante el decreto número 31-83. Sin embargo, el proceso necesita legitimidad: era necesario substituir al general Ríos Montt, quien tuvo la responsabilidad de preparar la transición.

Así, el general Oscar Humberto Mejía Víctores releva en el mando a Ríos Montt el 9 de agosto de 1983, poniendo fin al estado de alarma impuesto por el anterior gobierno militar. Fue un retorno controlado, los mecanismos contrainsurgentes siguen ejerciendo control sobre la población y en ocasiones atacan en forma selectiva a quienes el Ejército identifica como adversarios o miembros de los grupos guerrilleros.

Ese mismo año, el Gobierno del general Mejía Víctores inicia una campaña de protección a los derechos humanos y suprime los Tribunales de Fuero Especial, mediante la emisión del Decreto 93-83, el cual es complementado por el Decreto 74-84, que contiene un indulto a favor de todas las personas condenadas en sentencia firme por dichos tribunales. El 19 de enero de 1984, el Gobierno de Mejía Víctores emite el Decreto ley 3-84 que contiene la Ley Electoral y de Partidos Políticos y convoca en junio de dicho año a la elección de una Asamblea Nacional Constituyente. La votación es llevada a cabo y resulta triunfador el partido Democracia Cristiana Guatemalteca (DCG). La Asamblea es integrada con una amplia participación de los partidos políticos tolerados por el gobierno.

La transición y el cierre de medios⁴³

El 31 de mayo de 1985 fue sancionada la nueva Constitución Política de la República de Guatemala; la nueva estructura legal pretende legitimar al Gobierno de Guatemala y garantizar ampliamente los derechos fundamentales, tanto en su contenido individual como social. En este marco destaca el artículo 35 que garantiza la libertad de emisión del pensamiento:

Es libre la emisión del pensamiento por cualquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna.

En aquel marco de apertura se producen las elecciones presidenciales de 1985; triunfa el líder opositor, licenciado Vinicio Cerezo

⁴³ Vid. Ramírez, Luis Rodolfo y otros, "Justicia Penal y Libertad de Prensa, informe sobre Guatemala", en: *Justicia Penal y Libertad de Prensa*, tomo II, Litografía e Imprenta Lit.S.A., San José, Costa Rica 1993, pp. 218-223.

Arévalo, con una apreciable mayoría sobre el periodista Jorge Carpio Nicolle, quien obtuvo el segundo lugar en las votaciones.

El Gobierno del licenciado Cerezo Arévalo inicia su mandato con una serie de expectativas, entre ellas la posibilidad de una mayor expresión. Aparecen nuevos medios de comunicación: el telenoticiero *7 días*, el diario *Siglo Veintiuno*, las revistas *Crónica*, *Crítica*, *Polémica*, *Panorama*, así como el semanario *La Época*. Como consecuencia de los nuevos espacios, los medios de comunicación promueven el periodismo investigativo y las columnas de opinión reciben oxígeno para tocar abundantemente los temas nacionales.

El Gobierno de Cerezo afronta una serie de demandas sociales que, ante la falta de respuestas, se traduce en movimientos de hecho: invasión de fincas, huelgas de empleados estatales, manifestaciones callejeras, entre otros. Con el deseo de revertir la debilidad de su régimen, intenta realizar una reforma fiscal que le permita sanear las finanzas públicas, pero encuentra una férrea oposición en el sector privado que -apoyado por el arzobispo- realiza un paro nacional y amenaza la estabilidad del gobierno, con lo que Cerezo es obligado a dar marcha atrás en sus planes de reforma. Su gobierno sufre varios intentos de golpe de estado por sectores duros dentro del Ejército, los cuales son contenidos por el ministro de la Defensa Nacional, Héctor Alejandro Gramajo Morales. La flaqueza del primer gobierno civil de la transición es aprovechada por el narcotráfico internacional y bandas de criminales logran invadir posiciones privilegiadas en la estructura del Estado. Desde este período, a la persecución política se adhiere la persecución delincencial contra los medios de comunicación. La insatisfacción social es reflejada en la prensa que, día a día, señala los errores del Gobierno demócrata cristiano. Los primeros roces entre la prensa y las autoridades civiles provienen de la política económica del nuevo régimen. Los niveles de represión en el país crean un clima de duda en la comunidad internacional sobre los verdaderos deseos del gobierno por democratizar el país; Amnistía Internacional organiza una manifestación contra Cerezo.

Afortunadamente para el gobierno, la situación de guerra civil en Centroamérica le permite impulsar un plan de pacificación de la región, que distrae la atención de los grandes problemas nacionales y le permite un aliento de legitimidad ante la comunidad internacional. Los presidentes Oscar Arias, de Costa Rica; Napoleón Duarte, de El Salvador; José Azcona, de Honduras; Daniel Ortega, de Nicaragua,

y Vinicio Cerezo, de Guatemala, dialogan el 25 y 26 de mayo de 1986 en el oriente del país y suscriben la Declaración de Esquipulas I, por la cual asumen el compromiso de buscar la paz por medios pacíficos y políticos en Centroamérica. El 7 de agosto de 1987 celebran una segunda reunión en Guatemala, conocida como Esquipulas II, en la cual definen los procedimientos para dar cumplimiento a lo resuelto en la Declaración de Principios. Este documento es un compromiso de los cinco Gobiernos centroamericanos de emprender pláticas negociadoras con los grupos de oposición no armados.

El 16 de enero de 1988, los mandatarios centroamericanos vuelven a reunirse, esta vez en San José, Costa Rica. El primer paso en la pacificación fue el compromiso del gobierno nicaragüense de levantar el estado de emergencia, dialogar con la Resistencia Nicaragüense, así como realizar elecciones y liberar a los presos políticos. Guatemala ajustó su agenda de negociación y, ante la carencia de utilidad de negociar con la *oposición no armada*, decide promover contactos con la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca. Es así, como un representante del gobierno, el embajador Danilo Barillas, logra reunirse por primera vez con los dirigentes de la oposición armada en Madrid, del 7 al 9 de octubre de 1987, sin alcanzar ningún acuerdo. Barillas fue posteriormente asesinado en Guatemala por un escuadrón de la muerte. El crimen nunca fue investigado ni aclarado. A esta reunión siguen otras dos -mayo y agosto de 1988- a las cuales asisten miembros de la Comisión Nacional de Reconciliación.

El 30 de marzo de 1990, en Oslo, Noruega, firman el *Acuerdo básico para la búsqueda de la paz por medios políticos*; dicho acuerdo es suscrito por la Comisión Nacional de Reconciliación, integrada por Jorge Serrano Elías, Mario Permut y Eduardo P. Villatoro. Por la delegación de la URNG participan Luis Felipe Bécker Guzmán, Francisco Villagrán y Jorge E. Rosal, ex presidentes de la Asociación de Estudiantes Universitarios (A.E.U). Los negociadores acuerdan nombrar como conciliador a monseñor Rodolfo Quezada Toruño, obispo de Zacapa y prelado de Esquipulas, y promover la celebración de reuniones de la Alta Comandancia de la URNG con representantes de diversos sectores del país.

El 1 de junio de 1990 celebran en San Lorenzo El Escorial, España, la primera reunión con los secretarios generales de los partidos políticos, encuentro emotivo que tuvo como fondo el abrazo de dos de los más grandes rivales políticos de los pasados 36 años; el licen-

ciado Mario Sandoval Alarcón, del anticomunista Movimiento de Liberación Nacional, y Ricardo Vicente Rosales -o Carlos González-, secretario general del Partido Guatemalteco del Trabajo (Partido Comunista de Guatemala). El 31 de agosto de ese año, la URNG logra reunirse con el Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF), en Ottawa, Canadá. El 26 de septiembre de 1990, en Quito, Ecuador, la reunión es con el sector religioso. El 25 de octubre de 1990, en Metepec, Puebla, México, la reunión es con los grupos sindicales y populares. Por último en Atlixco, Puebla, México, la reunión es con la instancia académica, cooperativista, empresarial, de pobladores y profesionales guatemaltecos.

El Movimiento de Acción Solidaria (MAS) triunfa en las elecciones presidenciales; Jorge Serrano Elías, asume la Presidencia de la República. Realiza una recomposición en la Comisión Nacional de Reconciliación, la negociación continúa y el 25 de julio de 1991 en la ciudad de Querétaro, México suscriben el segundo acuerdo, conocido como el *Acuerdo de Querétaro*, que contiene el *Acuerdo marco sobre democratización para la búsqueda de la paz por medios políticos*, suscrito por la Comisión de Paz del Gobierno de la República en presencia de la Comisión Nacional de Reconciliación y de la Organización de Naciones Unidas representada por el doctor Francesc Vendrell.

El 21 de diciembre de 1991 desaparece la Unión Soviética y surge la Comunidad de Estados Independientes. La crisis del Partido Comunista de la Unión Soviética obliga a la URNG a apresurar las negociaciones y sacrifica posiciones en la mesa. Sin embargo, la situación interna difiere de los éxitos en la mesa de negociación. La relación de la prensa con los diferentes gobernantes es tirante.

El 25 de mayo de 1993 el presidente Serrano Elías emite el decreto gubernativo número 1-93, que contiene las Normas Temporales de Gobierno. Por medio de estas disposiciones, el Ejecutivo disuelve el Congreso de la República, deja sin efecto la integración de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, remueve al Procurador General de la Nación y Jefe del Ministerio Público. La prensa nacional e internacional reaccionó en contra de la decisión del Ejecutivo, por lo que inmediatamente son censuradas. El 25 de mayo llegan a los diarios *Prensa Libre* y *Siglo Veintiuno*, los censores del gobierno. La respuesta contra la censura fue diversa, *Siglo Vein-*

tiuno presentó su edición sin contenido y en páginas negras en señal de protesta. Proprietarios y periodistas manifiestan en el Parque Central su rechazo a la política autoritaria de Serrano. La crisis es resuelta al respaldar el Ejército la resolución de la Corte de Constitucionalidad que declara inconstitucional las Normas Temporales de Gobierno. Serrano es despojado del mando, detenido y, a petición suya, enviado a Panamá.

El 5 de junio de 1993, durante la trigésima primera sesión ordinaria del Congreso de la República, es nombrado presidente el abogado Ramiro de León Carpio, para completar el período del ingeniero Serrano Elías. El 3 de julio de ese año es asesinado el periodista Jorge Carpio Nicolle, director propietario del diario *El Gráfico*. Aquel hecho marca un nuevo período de violencia en contra de los comunicadores sociales.

El Gobierno de Ramiro de León Carpio dirige su política económica al campo del neoliberalismo, globalización y privatización. Con el objeto de legitimar su gobierno decide depurar el Estado, promueve ante el Congreso la convocatoria a una consulta popular con el objeto de acortar los períodos de los organismos legislativo y judicial. Los movimientos sociales cuestionan la política de Ramiro de León Carpio, le exigen la desmilitarización de la sociedad y el fin de su política económica. De León Carpio nombra a Héctor Rosada Granados al frente del equipo de gobierno en las negociaciones de paz y, así, el 29 de marzo de 1994 las partes suscriben en México *el Acuerdo global sobre derechos humanos*; ese mismo año, el 17 de junio firman en Oslo, Noruega, *el Acuerdo para el reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado*; el 23 de junio en Oslo, Noruega, firman *el Acuerdo sobre el establecimiento de la comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca*; el 31 de marzo de 1995 *el Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria*. El proceso de paz entra en un *impasse* ese año por críticas internas de los movimientos revolucionarios a las concesiones realizadas en la mesa de negociación y a la política económica del gobierno. Sectores conservadores presentan una acción de inconstitucionalidad, en la Corte de Constitucionalidad, en contra de los acuerdos de paz. La acción es rechazada. Álvaro Arzú, encabezando al Partido de Avanzada Nacional, triunfa en las elecciones de 1996 y profundiza

las reformas iniciadas por de León Carpio. El nuevo gobierno, menos proclive a la crítica, rápidamente entra en conflicto con los medios de comunicación.

El distanciamiento del poder y la prensa empeora en forma constante. El Congreso emite una nueva Ley de Telecomunicaciones que trata de controlar las frecuencias de los medios de comunicación. Sin embargo, el Gobierno de Arzú logra ese año la conquista más importante de su agenda: la firma del *Acuerdo de paz firme y duradera*. En 1996, el presidente Arzú nombra como negociador del gobierno al licenciado Gustavo Porras, en sustitución de Héctor Rosada. Gracias a la nueva dinámica, el 19 de septiembre de 1996 las partes firman el *Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática*, en México, D.F. El 4 de diciembre de 1996, en Oslo, Noruega, firman el *Acuerdo para el definitivo cese al fuego*; el 5 de diciembre de 1996, en Estocolmo, Suecia, el *Acuerdo sobre reformas constitucionales y régimen electoral*; el 12 de diciembre de 1996, en Madrid, España, el *Acuerdo de incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la legalidad*, y finalmente, el 29 de diciembre de 1996, el *Acuerdo de paz firme y duradera*, en el Palacio Nacional de Guatemala, ante la presencia del Secretario General de Naciones Unidas, Boutros Gali, varios gobernantes de América, Europa y centenares de invitados especiales. Sin embargo, las expectativas que entre la población surgen con la firma de la paz no logran concretarse durante los meses siguientes del gobierno de Arzú: la pobreza aumenta y no llegan los beneficios a la mayor parte de la población guatemalteca.

El gobierno toma frente a la prensa una actitud de hipersensibilidad y trata de estrangular económicamente a los medios que no abandonen sus acciones. Inicia una campaña de bloqueo por anuncios contra *Revista Crónica*, *Prensa Libre*, *el Periódico*. Varios empresarios son invitados por personas ligadas al Partido de Avanzada Nacional a no pautar en los medios de comunicación antes mencionados. Los propietarios de la revista *Crónica* venden sus acciones.

La libertad de prensa en el gobierno eferregista (2000 - 2004)

La llegada del Frente Republicano Guatemalteco agravó más la relación con los medios de comunicación. El nombramiento de Luis Rabbé como ministro de Comunicaciones y Obras Públicas permitió

al gobierno el monopolio de los canales de televisión y de un importante número de radios, los cuales usa para descalificar al periodismo escrito, así como cerrar programas radiales y televisivos contrarios a sus intereses. La polarización y el enfrentamiento alcanzaron niveles importantes, por lo que se solicitó la presencia de Santiago Cantón, Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre Libertad de Expresión, quien denunció el monopolio en los medios de televisados.

De enero a septiembre de 2003, el gremio periodístico y la libertad de expresión habían sufrido ya serios atropellos, incluyendo 2 muertes y 4 suspensiones o cierre de programas. En este marco se dieron 85 acciones represivas en total, de ellas 46 fueron contra periodistas y medios de comunicación audiovisual; 39 contra periodistas y medios de comunicación escritos. Adicionalmente, serios ataques a la prensa nacional y extranjera sucedieron los días jueves 24 y viernes 25 de julio de 2003, en el marco del proceso electoral que culmina con las elecciones generales del 9 de noviembre. En protesta por el rechazo a la inscripción del general Efraín Ríos Montt como candidato a la presidencia, por parte de la Corte Suprema de Justicia, miles de simpatizantes que apoyan su candidatura se concentran en distintos puntos de la capital, entre ellos el Tribunal Supremo Electoral, la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, imperando la tensión porque las turbas se encontraban armadas de palos y machetes y se ensañaron contra comunicadores sociales y propietarios de medios de comunicación.

En el análisis posterior de los acontecimientos de esos días, los periodistas concuerdan en que:

- la mayoría de población indígena o campesina solo acuerpó los grupos de participantes, que fueron utilizados y traídos bajo engaño;
- aparte de que se les vedó el acceso a la información, se cometieron en su contra hechos que consideran delitos;
- los vehículos en que se efectuaron las persecuciones no mostraban placas de circulación y eran usados por encapuchados, quienes en muchos casos portaban armas de fuego y también transportaron llantas, combustible, piedras y palos;
- los elementos de la Policía Nacional Civil se limitaron a observar los hechos a distancia, sin intervenir a pesar de que se les requirió varias veces.

El derecho a la información en una sociedad democrática⁴⁴

La humanidad tiene una actitud comunicativa: a pesar de los obstáculos en su camino, ha luchado por el libre flujo de ideas. Experimentó triunfos y fracasos. El revés más importante es la falta de comunicación entre gobernantes y gobernados, la cual se traduce en conflicto, censura y guerra.

Nosotros somos los herederos de esa historia. En el presente, a pesar de que la libertad de expresión en el continente presenta importantes avances, especialmente después del ocaso de las dictaduras militares, la democracia no ha logrado impedir que el poder público ponga cortapisas al libre ejercicio de ese derecho. La violencia física contra los comunicadores sociales continúa: secuestros, asesinatos, todo ello con la mayor impunidad.

Los atentados contra los medios, la censura directa, la autocensura, el abuso de autoridad, las regulaciones legislativas, las presiones económicas y la obstrucción de acceso a las fuentes informativas, son algunos de los límites *reales* contra la comunicación. Pero este proceso violento no es solo contra los comunicadores, es mucho más amplio y profundo. Se enmarca dentro de un contexto social y cultural de imposición. Terminar con esta práctica demanda la utilización de mecanismos diversos: alentar el debate a todo nivel dentro de la sociedad, mayor orientación escolar sobre la tolerancia, desarrollar la responsabilidad profesional sobre la base de la ética, entre otras medidas.

Cuanto más evidente es el poder de la comunicación, mayor es el empeño por controlarlo. Solamente la democracia practicada honesta y responsablemente permite el papel fiscalizador del periodismo. *Desacreditar* al gobierno y *desestabilizar* la democracia son los verbos preferidos con los que son calificados medios y periodistas cuando destapan algún detalle de corrupción que el poder público desea ocultar. Peor aún, cuando los periodistas son silenciados para siempre y sus asesinatos jamás son esclarecidos. Es tan putrefacto el clima de impunidad, que las mismas víctimas terminan siendo desacreditadas hasta después de su muerte⁴⁵. Un ejemplo es el caso del

⁴⁴ Troti, Ricardo, "La libertad de expresión ¿cómo concebirla para lograr una verdadera democracia?", *Seminario: Libertad de expresión, expresión de la democracia*, Antigua Guatemala, 1995, pp. 1-6.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 232.

obispo Juan Gerardi Conedera, sobre quien, después de su muerte, fueron propalados toda clase de informes en descrédito de su vida personal y religiosa. Este clima de impunidad en que los responsables no son castigados acarrea frustración ciudadana y aumenta la desconfianza en la ley y los tribunales. Otra fórmula para acallar a la prensa es el silencio oficial; restringir el acceso a la información oficial constituye la estrategia perfecta del poder público de coartar la libertad de prensa: la legalización de la censura.

Cambiar estas actitudes es uno de los retos más importantes para la sociedad guatemalteca en tiempos de paz y democracia. Por ello, es necesario interiorizar el proceso de comunicación, los derechos que de ella nacen, la forma como son regulados en nuestro país, para cimentar una cultura de respeto y tolerancia, que fortalezca el Estado de Derecho y con ello, nuestra democracia.

II. El desarrollo normativo

La comunicación es un hecho trascendente en la historia de cualquier comunidad. En este proceso, el contenido del mensaje es prioritario, pues el mismo puede ser orientador o tergiversar la realidad. Por eso, diferentes grupos sociales pretenden influir en el comunicador de diferentes formas: desde acciones legales hasta las ilegales. El comunicador está en situación de vulnerabilidad frente a esta realidad, por ello la necesidad de un marco legislativo que le proteja contra las amenazas. La pregunta es *¿podemos evitar la situación de indefensión del comunicador social y cómo?* Para ello, es necesario conocer nuestro sistema deontológico y la cultura axiológica de los valores humanos, para que mediante un proceso dialéctico encontremos respuestas. La segunda parte de este artículo pretende ser una aproximación crítica a la legislación nacional en materia de información, la cual debe tener en cuenta el contexto social y cultural descrito en el capítulo anterior.

El fundamento del derecho a la información es la lucha por comunicarnos. El Estado de Guatemala reconoce el derecho a la información objetiva; sin embargo, la misma es restringida por mecanismos lícitos o ilícitos con sus diferentes modalidades. Con diferentes motivaciones, algunos sectores de los poderes reales -políticos, económicos- a los que hay que sumar los grupos ilegales -narcotráfico, secuestradores, asaltantes-, necesitan de una prensa complaciente, que

lejos de ser un control social sea un aliado, un encubridor que desvirtúe la noticia, la esconda o, en último caso, la minimice. La fórmula para lograr sus objetivos es variada, desde la persecución personal a la económica. En la historia de Guatemala abundan esos ejemplos. Afortunadamente, contra esta realidad han luchado hombres y mujeres infatigables y honestos que, aún a costa de su vida, reclaman para sí y para sus herederos el derecho a la *conciencia y su expresión*. Sin este esfuerzo, nuestro pasado, las injusticias, los crímenes, permanecerían en el anonimato.

La tierra de los derechos humanos esta abonada por el sufrimiento e incomprensión hacia el comunicador social, a tal grado que la lucha por la reivindicación de los derechos fundamentales surge de la lucha por el derecho a la comunicación libre y objetiva. La Constitución Política de la República de Guatemala estructura un Estado democrático, donde el desarrollo integral de la persona humana es el fin de la sociedad y le garantiza su protección: “Artículo 1o- El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”. La historia contemporánea demuestra que, a pesar de estos bellos postulados, el derecho a la información objetiva es menospreciado y la persecución y los crímenes cometidos en contra de los comunicadores sociales lejos de aclararse permanecen en total impunidad.

Derechos derivados de la comunicación

La actividad informativa gira en torno a cuatro elementos: el mensaje (objeto), el emisor (fuente), el receptor (destino) y la transmisión (canal). La profesora Remedios Sánchez Ferriz⁴⁶, afirma:

la información es el paso previo, ineludible, para lograr la comunicación. La comunicación es el resultado de un mensaje -cuantitativa y cualitativamente considerado- emitido por el sujeto promotor y comprendido por el receptor. Pero, si el mensaje emitido por el sujeto promotor no implica el recibo por el sujeto receptor, no podrá negarse que exista información pero falta comunicación.

En la aspiración de construir una cultura de respeto y tolerancia, el conocimiento del derecho a la comunicación tiene un lugar privilegiado, porque sin su respeto y promoción ninguna organización so-

⁴⁶ Sánchez Ferriz, Remedios, *El derecho a la información*, Ediciones Cosmo, Valencia, 1974, pp. 19-22.

cial puede progresar. La comunicación se manifiesta en formas concretas de interacción, entre las que destacan la comunicación interpersonal y la comunicación social. De este proceso surgen los derechos del emisor y los derechos del receptor.

Derechos del emisor

Acceso a los medios de comunicación

Debido a la omnipresencia de la comunicación, el ser humano puede ser percibido como un *homo comunicatore*. La comunicación es cultura y condiciona el desarrollo integral del hombre y de las sociedades, nutre la vida intelectual, la creatividad, la ciencia y la cultura; la comunicación es la base de la educación y el arte. Sin ella no existe cooperación entre individuos, ni entre grupos o naciones. De ello se desprende que *todo individuo tiene derecho a comunicarse*. La comunicación es una necesidad humana básica de toda organización social, pertenece a los individuos y a las comunidades⁴⁷.

La cambiante situación mundial ha provocado profundas alteraciones en la comunicación humana. Los medios de comunicación como *realidades de segunda mano* -como los denomina Michael Kunczik⁴⁸-, están cobrando una importancia decisiva. Los *mass media* han crecido en forma fenomenal en los últimos años. A la par de libros, periódicos, y revistas, de la radio, cine y televisión, aparecen nuevos equipos capaces de difundir conocimientos, ideas o informaciones a miles de millones de seres que viven en diferentes puntos del globo: teletipos, telefotos, satélites de transmisión con alcance continental, computadoras, cables de enlace, etcétera. Al mismo tiempo, las agencias noticiosas nacionales e internacionales, las agencias de publicidad, los productores de programas de difusión científica, cultural, noticiosa o de puro entretenimiento, brotan por doquier. Esta realidad obliga a reconocer el derecho del emisor a *acceder a cualquier vía destinada a ese efecto*: postal, telegráfica, satélite, telefónica, fax, telex, internet, sin medidas restrictivas que resulten irrazonables⁴⁹.

⁴⁷ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derecho*, Siglo Veintiuno Editores, México, tercera edición, 1987, p. 138 y ss.

⁴⁸ Kunczik, Michael, *Desarrollo y comunicación. Sobre la importancia de la comunicación en el proceso de desarrollo*, Druck Center, Meckenheim, Alemania, 1992.

⁴⁹ La existencia de este derecho obliga a tener un mayor control sobre las alzas tarifarias a los servicios de comunicaciones.

El derecho de informar ⁵⁰

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su primer período de sesiones, analiza los elementos que integran la libertad de información y aprueba la resolución 59(I) que la caracteriza como un derecho humano, acordando pedir al Consejo Económico y Social (Ecosoc) la convocatoria a una conferencia internacional para determinar los derechos, las obligaciones y las prácticas que han de comprenderse en el concepto de libertad de información.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Libertad de Información es celebrada en Ginebra, del 23 de marzo al 21 de abril de 1948. La conferencia prepara tres proyectos de convención: uno sobre obtención y transmisión internacional de información; otro sobre derecho de rectificación y un tercero sobre libertad de información; redacta, además, algunos artículos destinados a incorporarlos a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Trasmitido este material a la Asamblea General por el Ecosoc, en la sesión de 1949 aprueba los dos primeros proyectos de Convención, pero suspende la apertura de su firma por las naciones miembros hasta que no sea adoptado un pronunciamiento sobre el tercero.

El tercer proyecto de Convención sobre libertad de información fue estudiado por la Asamblea General en su quinto período de sesiones en 1950. Resolvió en esa reunión establecer un Comité especial que preparara una nueva versión. El Comité redactó, en el año 1951, un anteproyecto de Convención que consta de un preámbulo y de 19 artículos. Las dificultades con que tropezó para lograr la aceptación general del texto en una convención obligatoria provocaron la búsqueda de otra vía para adelantar en esta materia.

Es así como el Ecosoc en su vigésimo séptimo período de sesiones, 1959, consideró una declaración de las Naciones Unidas sobre libertad de información, la cual permitiría un progreso más fácil. En su vigésimo noveno período de sesiones, con fecha 21 de abril de 1960, el Consejo aprueba un proyecto de declaración que envía a la Asamblea General; en esta instancia, el proyecto de declaración sobre libertad de información figura en el orden del día durante numerosos períodos, sin que se produzca un pronunciamiento.

Los puntos más importantes del proyecto de declaración son los tres primeros. En ellos reconoce el derecho de saber y el derecho de

⁵⁰ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada...*, pp. 144-147.

buscar libremente la verdad como algo que corresponde inalienable y fundamentalmente a toda persona, proclamando el derecho de *buscar, recibir y difundir informaciones*; declara que los gobiernos deben amparar la libre circulación de informaciones para que el público conozca los hechos y pueda formarse una opinión sobre los acontecimientos; señala que los medios de información deben estar al servicio del pueblo, sin que intereses públicos o privados puedan impedir la existencia de diversas fuentes de información o privar al individuo de su libre acceso a ellas. Guatemala reconoce plenamente la existencia de este derecho en una norma de carácter no reformable -artículo 35 de la Constitución Política de la República de Guatemala⁵¹- y como signataria de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 19, dice:

todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión: este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Paralelo al derecho de informar está el libre acceso a las fuentes de información. No existe posibilidad de crear su propio criterio si antes no existe la información suficiente. El artículo 35 de la Constitución Política de la República de Guatemala lo garantiza cuando señala: “es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho”.

Finalmente, encontramos el *derecho al resguardo de la fuente de información*. El principio de libertad de prensa establece necesariamente que el periodista pueda guardar sigilo sobre quién le ha proporcionado datos utilizados en su quehacer profesional; tal derecho es una condición necesaria para el pleno despliegue de la actividad periodística.

Libertad de pensamiento y de conciencia

El derecho del pensamiento es una especificidad del derecho a la *intimidad* puesto que se refiere, básicamente al fuero privado de cada persona. Las ideas pertenecen al mundo interior de cada ser humano. Una, dos, tres o muchas ideas forman el pensamiento, que no es otra cosa que la capacidad de articular de la persona⁵². El artículo-

⁵¹ Artículo 35- Es libre la emisión del pensamiento por cualquiera medios de difusión sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna.

⁵² Morales Chúa, Luis, *La intención en los delitos de...*, p. 7.

lo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre es claro al señalar: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento”, postulado que repite la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, inciso 1.

Néstor Pedro Sagüés⁵³ señala que la imposición de ideas o doctrinas, las coerciones psíquicas, los métodos de lavado de cerebro y cualquier método que implique la manipulación del pensamiento son violaciones al derecho a pensar.

El derecho a pensar incluye el derecho de cada persona a formar su propio juicio sin interferencia del Estado o de persona alguna. La libertad de conciencia es la posibilidad psicológica de decir sí o no, de *elegir*. Punto de partida desde el cual la persona debe construir su *libertad moral*. Este dinamismo de la libertad, desde la libertad inicial a la libertad final o de autonomía, exige determinadas condiciones exteriores para su realización: la falta de coacción es una de ellas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 12, inciso 1) establece: “Toda persona tiene el derecho a la libertad de conciencia y de religión” -que también se corresponde con el mencionado artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre- en relación con la cual, surge un nuevo derecho, el de *objeción de conciencia*. Marina Gascón Abellán⁵⁴ dirá: “el derecho fundamental a la objeción de conciencia, no es, en consecuencia, un derecho de excepción, sino una parte integrante de la libertad de conciencia”. El sujeto lo que ejerce es su *derecho de conciencia*. El derecho de la objeción no está separado de la libertad de conciencia, sino es complementario de la misma. No puede existir libertad de conciencia si no existe un mecanismo que le permita hacer valer el derecho moral, que permite a un redactor, columnista, comunicador, objetar la emisión de información con la cual no está de acuerdo.

Libertad de expresión

Mientras el pensamiento no sea exteriorizado es como si no existiera. El medio para que fluya del cerebro y entre a formar parte del

⁵³ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, pp. 103-108.

⁵⁴ Gascón Abellán, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 266 y ss.

mundo sensible de los demás es la expresión o emisión⁵⁵. Sin embargo, la emisión del pensamiento está sujeta a diversas condicionantes, que pueden impedir una comunicación verdadera. El derecho a la libre expresión es la posibilidad de emitirlo sin temor a represalia, afirmación que ratifica el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

La primera exigencia de la libertad de expresión es la existencia de medios democráticos y participativos que permitan la libre discusión en sus ediciones. La segunda es que los comunicadores y los emisores estén comprometidos en la búsqueda de la verdad. Es necesario que el periodista tenga mayor independencia ante las diversas presiones, que son tanto más graves cuando se está en mayor crisis. La liberación del miedo es esencial: éste amenaza la verdad, incluso la disposición a encontrar la realidad. Hablamos mucho de libertad de prensa, pero ¿cuánta libertad real tendrían los periodistas y los demás que expresan o escriben en los periódicos, si dichas empresas no respetaran la libertad de información y expresión de los periodistas?

La libertad de expresión está condicionada por factores externos e internos. A ambos nos referiremos más adelante, resaltando que los internos son relativos a la falta de democratización de una sociedad. Paralelo al derecho de libre expresión existe el derecho a no expresarse o el *derecho al silencio*. Efectivamente el derecho al silencio, en ciertas circunstancias, puede incluso ser más significativo que el derecho a expresarse. La coacción para romper el silencio y forzar la expresión lesiona la dignidad humana.

Derechos del receptor

El derecho a recibir información⁵⁶

Toda persona, considerada aisladamente o inserta en una comunidad humana, necesita información cuando discierne sobre lo que sucede en su entorno. Goldschmidt, citado por Novoa Monreal, señala:

⁵⁵ Morales Chúa, Luis, *La intención en los delitos de...*, p. 7 y ss.

⁵⁶ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a...*, p. 147-153.

si no son ofrecidas a cada cual todas las opciones y sus respectivas fundamentaciones, más todos los hechos que puedan interesar para estos efectos, no existe libertad de pensamiento, ya que sólo de este modo el individuo puede hacer una elección auténticamente libre, pues la libertad de pensamiento supone la de examinar cualquier opinión, para cuyo efecto todos los hechos y todas las opiniones con sus respectivas defensas deben estar a disposición del individuo⁵⁷.

En el ordenamiento constitucional guatemalteco no existe una referencia directa al derecho a ser informado, sin embargo, el artículo 35 que garantiza y fundamenta la libertad de emisión del pensamiento hace una breve referencia al interés público de la información: “la actividad de los medios de comunicación social es de interés público”. Disposición que es complementada con los artículos 44 y 46 del texto constitucional que indican: “los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana” (art. 44). El artículo 46 establece el principio general de que “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

El artículo 13 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantizan el derecho a recibir información, al señalar: “toda persona tiene el 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”.

El derecho a la información objetiva

Eduardo Zannoni, citando a Alfred Grosser, destaca la relatividad de la objetividad: “la objetividad no existe, pero la voluntad de ser objetivo puede o no existir”⁵⁸. La información objetiva requiere una descripción en forma fiel, no tendenciosa, de un hecho o acontecimiento. Sin embargo, esto en la práctica es irrealizable, porque la verdad absoluta no existe, al menos, conocida por los mortales. Las circunstancias de un acontecimiento nunca son verdades puras. Deben ser colocadas en su contexto, explicadas y comentadas, y es ahí donde existe el riesgo de equivocarse. Por ello, el argumento de la objetividad de la información es falaz, pero, tampoco es cierto que la

⁵⁷ *Ibidem*, p. 148.

⁵⁸ Zannoni, Eduardo A., Biscaro, Beatriz, *Responsabilidad de los...*, p. 29.

apreciación de los hechos sea totalmente subjetiva, porque la realidad proporciona datos objetivos. La objetividad no está en las cosas, sino en la actitud del observador.

Cuando aludimos a la información pretendemos encuadrar el objeto del emisor a hechos y acontecimientos enmarcados en circunstancias concretas de tiempo y espacio, dejando la valoración al receptor. Esto es un propósito, una idea; la realidad nos demuestra que en los medios y comunicadores existen tendencias ideológicas que impiden conservar un verdadero cuadro de la realidad. Para John Sobrino⁵⁹, más importante que la libertad de expresión es la voluntad de verdad. Por libertad de expresión queremos decir, fundamentalmente, la posibilidad de expresarnos sin coacción previa ni posterior; es decir, que la sociedad o grupos sociales no aniquilen ese derecho. Más, ¿al servicio de qué y de quién está esa libertad? En la teoría y en la práctica la respuesta a esta pregunta puede ser variada. Existe libertad de expresión para servir a intereses de determinados grupos, pero esta libertad no es una libertad para servir a la sociedad como tal, sino para servirse a sí mismo. La libertad puede ser usada para decir la verdad o para encubrirla. Por ello, mi tesis es que la libertad de expresión no es solitaria sino debe estar acompañada de la voluntad de la verdad.

Límites de la información

Los derechos del emisor no son posibles si no tienen la protección estatal, pero estos derechos tampoco pueden extenderse en detrimento de los restantes derechos constitucionales, entre los que encontramos la dignidad, la integridad moral y el honor de las personas. Esto nos permite ubicar que la información enfrenta barreras internas y externas.

Límites internos

*Límites connaturales a la actividad informativa*⁶⁰.

Selección del mensaje

La actividad informativa presenta una serie de factores que limitan la comunicación:

- la organización interna del medio de comunicación; en ocasiones los medios son burocratizados, de tal forma que merman el servicio al público;

⁵⁹ Sobrino, John, "Libertad de expresión y voluntad de verdad", en: *Justicia Penal y Libertad de Prensa*, tomo II, San José, Costa Rica, 1993, p. 151.

⁶⁰ Sánchez Ferriz, Remedios, *El derecho a...*, p. 25 y ss.

- en el mismo corazón de la actividad informativa (el mensaje) puede haber impurezas. El mensaje debe ser inteligible;
- al final del proceso, el receptor también puede ser un obstáculo para la consecución del fin requerido. En primer lugar es necesario un receptor con interés; en segundo lugar, el receptor en su afán de saber, acumula conocimientos y no llega a asimilar lo que lee con voracidad; en tercer lugar, la inflación informativa, la abundante información, plantea un problema de selección al emisor;
- la comercialización: El desarrollo tecnológico y la concentración de los medios de información convierten en buena medida a la libertad de expresión en una libertad meramente formal. Los objetivos económicos adquieren prioridad.

Esta realidad necesariamente incide en la información. Estamos ante empresas comerciales que ofrecen un producto al consumidor: *la noticia*. Eduardo Zannoni y Beatriz Biscaro⁶¹ resaltan dicha contradicción entre la función que deben cumplir los medios y los fines para los cuales se reconoce su libertad: los medios masivos en la sociedad occidental ostentan una serie de ordenamientos que deben ser adecuadamente confrontados. Los medios constituyen fundamentalmente una industria cuya mercancía es la información y por eso están sujetos a leyes de producción mercantil.

Los medios constituidos en empresas deben atender sus inversiones crecientes y solventar sus costes fijos. La publicidad -fuente primordial de financiación- tiende a concentrarse en los medios de mayor alcance público y, de ese modo, cada cual trata de seleccionar la información y los mensajes según estereotipos que respondan a lo que consideran espera el público masivo. Ello, a la vez, tiende a configurar la concentración monopólica de los medios. Aquellos que no cuenten con adecuada financiación deben resignarse a espacios o tiradas menores o de alcances limitados; en tanto, los grandes medios captarán cada vez un mayor volumen de anunciantes. La empresa informativa tiene que servir, al mismo tiempo, a dos clientes distintos: al lector, telespectador u oyente que quiere conocer unos mensajes y al anunciante que paga por dar a conocer sus productos. Al ser el anunciante un comprador de espacio público no necesita imponer sus exigencias directamente, le bastará no comprar.

En el terreno de la información política o de hechos vinculados con la actuación de los poderes del Estado, funcionarios u otras or-

⁶¹ Zannoni, Eduardo A., Biscaro, Beatriz, *Responsabilidad de los...*, p. 33-39.

ganizaciones tales como sindicatos o partidos políticos, se produce un verdadero proceso de selección. Por un lado, los medios escogen los temas y los personajes que son atendidos por el electorado y, por el otro, condicionan su actuación y dan preferencia a las acciones y declaraciones que merezcan atención y sean seleccionadas por los medios. Selección que, en caso de molestar al poder público, representa una reacción desfavorable contra el medio, con la represalia económica que puede hacerse sentir de inmediato.

En Guatemala son varios los casos en que se han tomado represalias presionando a los medios para que no divulguen determinados programas o suspendiendo la publicidad de los mismos. El director de *el Periódico*, José Rubén Zamora, denunció públicamente la práctica por medio de la cual el gobierno favorece a determinados medios de comunicación en perjuicio de otros y pidió que las contribuciones estatales se distribuyan por sorteo. En forma similar, la revista *Crónica* denunció la presión del gobierno para que los empresarios desistieran de contratar espacios publicitarios en esa publicación por no dejarse someter a los dictados oficiales.

Salarios

En Guatemala, los salarios que perciben los comunicadores sociales, con excepción de quienes trabajan en los medios más grandes, son bajos. De todos los medios el peor pagado es la radio. Las causas son varias y van desde la escasez de publicidad hasta el coste de producción de los mensajes. La consecuencia directa de esta situación es la falta de dignificación en el trabajo de la comunicación social, que orilla a la búsqueda de ingresos adicionales, algunos de ellos recurren a la llamada *fafa*⁶² o a un trabajo *free lance*: fotógrafo de una agencia extranjera, asesor de relaciones públicas, gestor de anuncios, corrector, entre otros. En la provincia la situación es aún más dramática. Los periodistas obtienen sus ingresos a destajo: ganan por venta de anuncios.

Michael Kunczik, citando a Shafer, afirma:

no podemos ignorar que en muchos países en vías de desarrollo el periodismo no tiene opción de desarrollarse en forma independiente,

⁶² Fafa es una palabra usada por periodistas guatemaltecos para señalar la actitud de periodistas que se dejan sobornar o promueven el soborno, para publicar -o dejar de publicar- noticias, comentarios, reportajes y crónicas que interesan a la persona, empresa o institución pública que hace el pago. Vid. Prensa Libre, *Manual de Normas para Columnistas*, p. 10.

debido a que las mejores perspectivas de hacer carrera se hallan en el sector de propaganda del gobierno[...] Los propios periodistas perciben el hecho de aceptar dinero como un simple mecanismo de adaptación, es decir, como un medio de supervivencia en un ambiente difícil[...] Es periodismo no ético, que engaña al público por obtener ganancias personales, parece jugar un rol importante en perpetuar el subdesarrollo[...] Hay que asumir que una democracia que funcione requiere contar con un periodismo independiente⁶³.

Límites externos

*Límites normativos*⁶⁴

La libertad de prensa, como las demás libertades fundamentales, pugna por substraerse de la imposición de límites. La Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en el Castillo de Chapultepec, México, D.F. el 11 de marzo de 1994, en la parte introductoria de principios, señala:

Una prensa libre es condición fundamental para que las sociedades resuelvan sus conflictos, promuevan el bienestar y protejan su libertad. No debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión o de prensa, cualquiera sea el medio de comunicación. [Y luego afirma, en el Pricipio 9] [...] la credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga.

El reconocimiento de la libertad de publicar las ideas sin censura previa ha generado dos posiciones. Por un lado los que manifiestan que existe una responsabilidad posterior a la emisión del mensaje por parte del comunicador. Por el otro, quienes consideran que la emisión del pensamiento es inmune en términos absolutos. Zannoni⁶⁵ nos recuerda la discusión entre Cooley y Zacarías Chaffe con Story. Cooley y Chafee sostenían:

la libertad de palabra y de prensa implica no solamente la libertad de publicar sino también una completa inmunidad contra toda persecución o castigo legal por haber realizado esa publicación.

⁶³ Kunczik, Michael, *Desarrollo y comunicación...*, p. 34-37.

⁶⁴ Zannoni, Eduardo A., Biscaro, Beatriz R., *Responsabilidad de los...*, pp. 8-20.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 8-20.

A lo que Story respondió, en ocasión de comentar la primera enmienda de la Constitución Norteamericana:

el derecho absoluto de escribir o imprimir lo que deseen, sin ninguna responsabilidad pública o privada, es una pretensión tan absurda, que no puede ser discutida seriamente.

Se trata de la lucha entre la pretensión de autonomía de los medios frente a todo tipo de control por parte del gobierno o de cualquier otra institución de significación.

La tensión es ciertamente de carácter estructural y existe en razón de modelos antagónicos que se muestran excluyentes. Hay una auténtica lucha por el control o autonomía de los medios industriales periodísticos que suele hacer eclosión, en términos de conflicto, entre la libertad de prensa y el sistema democrático. Nuestra legislación opta por una comunicación responsable y señala: “quien en uso de esta libertad -emisión del pensamiento- faltara al respeto a la vida privada o a la moral será responsable conforme a la ley”. Límites que son ampliados al tenor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “los derechos de reputación de los demás, a la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud” (art. 13, inciso 2, literales a y b). Dicho texto internacional incluye, como caso especial, la aplicación de censura previa a los espectáculos públicos por protección moral a la infancia (inciso 4). Zaffaroni describe la posición oficial: “la libertad entraña responsabilidades. No puede haber libertad para los irresponsables. La libertad y la responsabilidad han de perfilarse, pues, como necesaria contrapartida”⁶⁶.

El sistema democrático y sus valores ético-sociales

El fundamento del derecho a la información es *la preservación del sistema democrático*. El uso inadecuado del derecho a la libre expresión provoca responsabilidad ulterior. En este sentido, el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala es claro: “el interés social prevalece sobre el interés particular”. De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el numeral 2 del artículo 13:

⁶⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina”, en: *Justicia Penal y Libertad de Prensa*, tomo II, Imprenta Lil S.A., San José Costa Rica, 1993, pp. 25-29.

el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.

Otro límite externo lo constituye una escala de valores *ético-sociales*, cuyos principios rectores son:

- los medios de comunicación deben evitar toda aquella publicidad que induzca al delito, a la violencia o al desorden civil;
- deben evitar aquello que resulte ofensivo para las minorías étnicas o religiosas;
- los medios en su conjunto deben ser pluralistas y reflejar la diversidad de la sociedad, concediendo acceso a los distintos puntos de vista y al *derecho de réplica*.

Principios que se encuentran consolidados en el artículo 13, numeral 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Está 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.

El derecho de los demás

El límite externo más importante lo constituyen los derechos de los demás. La Constitución Política de la República de Guatemala, señala como límite externo: “quien falte el respeto a la vida privada o la moral”. El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El derecho a la vida privada y su fundamento. Al ocuparse del respeto de la vida privada y de la intimidad del ser humano, el derecho moderno no hace otra cosa que redescubrir un valor tradicional que era conocido desde el siglo XVII. El llamado *derecho a la vida privada* surge, de manera específica, en los Estados Unidos en 1890, al aparecer el estudio de Warren y Brandeis titulado *The Right of Privacy*⁶⁷. Las declaraciones de derechos humanos y las constituciones

⁶⁷ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a...*, p. 26-30.

políticas del siglo pasado y comienzos del presente no hacen referencia al respeto de la vida privada. Sin embargo, en la legislación ordinaria de todos los países existen preceptos que amparan aspectos de este derecho; tal es el caso de las reglas jurídicas relativas a la protección del domicilio y secreto de correspondencia. En la época actual el derecho a la vida privada es un punto focal de los estudios jurídicos. El gran desarrollo de los medios masivos de comunicación lleva a los periodistas a tratar de satisfacer la curiosidad de un público cada vez más ávido, amplio y heterogéneo, lo que abre una brecha muy peligrosa contra el respeto a la vida privada.

Los organismos de Naciones Unidas analizaron el derecho a la vida privada en el año 1968, en la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos realizada en Teherán, Irán. En esa ocasión resaltan el peligro que representan los últimos descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos. Sobre esta base, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta, el 19 de diciembre de 1968, la resolución número 2450, solicitando al Secretario General que prepare un informe sobre el “respeto a la vida privada de los individuos y la integridad y soberanía de las naciones ante los progresos de las técnicas de registro y otras de la misma índole”.

El fundamento del derecho a la vida privada. La cultura occidental reconoce que existe un ámbito de vida que solamente concierne a la persona y que de éste quedan excluidos los demás. Este ámbito es consecuencia de la individualidad, autonomía y libertad, que son admitidas como propias de todo ser humano. Es allí donde surge el derecho de todo hombre a mantener secretas e inviolables ciertas manifestaciones de su vida.

En la vida social actual, bajo la forma de *sociedades de masas*, el individuo aparece inmerso dentro de enormes grupos humanos, con riesgo de que su individualidad sea absorbida por éstos y pierda su valor particular y autónomo. Las principales razones de inquietud son:

- la expansión del cine, televisión y el aumento de las informaciones calificadas sensacionalistas;
- nuevos descubrimientos e inventos que facilitan grandemente el acceso a la vida privada sin que el afectado se dé cuenta de ello;
- la intensificación de las relaciones y contactos sociales, especialmente dentro de las grandes aglomeraciones humanas;
- la creciente injerencia del Estado en la vida de los ciudadanos para fines de ayuda social, principalmente.

Dentro del conflicto de prevalencia entre derecho individual y social, la Conferencia Nórdica, celebrada en Estocolmo en mayo de 1957, trató de hacer valer una posición ecléctica, en el sentido de señalar un mínimo de prohibiciones que garanticen la vida privada. En este marco se señala que deben ser prohibidas las siguientes injerencias:

- injerencias en la vida privada, familiar y del hogar;
- injerencias en su integridad mental o física, su libertad moral o intelectual;
- ataques a su honra o reputación;
- ser colocado en situaciones equívocas;
- la revelación, fuera de propósito, de hechos penosos de la vida privada;
- uso del nombre, identidad o semejanza;
- ser copiado, atisbado, observado y acosado;
- violaciones a su correspondencia;
- abusos de sus medios de comunicación escritos u orales;
- revelación de información dada o recibida en virtud del secreto profesional.

Siguiendo a Novoa Monreal⁶⁸, definimos el derecho a la vida privada como aquellos *fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están abstraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos pueden turbar moralmente, por afectar su poder o su recato, a menos que la misma persona consienta ese conocimiento*. Los elementos que integran el derecho a la vida privada son:

- el carácter no conocido de los hechos;
- que los hechos puedan producir turbación moral al sujeto, en caso de ser conocidos por extraños;
- la voluntad del sujeto pasivo.

Los actos atentatorios contra la vida privada se producen en el momento en que el extraño toma conocimiento de cualquier parte de aquello que hemos indicado como el ámbito de la vida privada. Lo más genuino del atentado contra la vida privada surge cuando un

⁶⁸ *Ibidem*, p. 57-63.

extraño obtiene información, despreciando la exclusividad que corresponde a su titular. Es una injerencia en algo oculto que debe respetarse como tal. Para que el atentado contra la vida privada sea consumado no es necesario que el intruso divulgue los hechos privados que conoce indebidamente. La comunicación de esos datos a otros o el hecho de hacerlos públicos aumenta el mal que causa a la vida privada. Lo que interesa destacar es que la violación a la vida privada se produce cuando el extraño penetra en el mundo de lo reservado que corresponde a la persona afectada. La obtención del conocimiento sobre la vida privada no es el resultado de una circunstancia fortuita sino de una actividad especialmente dirigida a penetrar la intimidad.

La Conferencia Nórdica señaló como prácticas violatorias a la intimidad las siguientes:

- el registro de la persona;
- la entrada a recintos y otras propiedades y su registro;
- divulgar resultados de exámenes médicos, psicológicos y pruebas de aptitud física;
- las declaraciones embarazosas, falsas o fuera de propósito acerca de la persona;
- la violación de la correspondencia;
- la interceptación de comunicaciones telefónicas o telegráficas;
- el uso de la vigilancia electrónica u otro dispositivo de espionaje;
- las grabaciones de sonido y la toma de vistas fotográficas o cinematográficas;
- las imprudencias de la prensa u otros medios de comunicación de masas;
- la revelación de información que haya sido confiada a asesores privados o a autoridades públicas, obligadas al secreto profesional;
- la revelación pública de asuntos privados;
- el hostigamiento de las personas (acosar, observar, exponer o hacer llamadas telefónicas).

No excusan de responsabilidad por violación a la vida privada las advertencias que acostumbran colocar en películas cinematográficas o novelas, en el sentido de que los hechos o personajes que en ella

tratan son imaginarios y cualquier semejanza con sucesos o seres reales es pura coincidencia. El derecho a la vida privada es vulnerado si un argumento de teatro, cine o novela, presentan hechos de la vida ajena, aunque utilicen nombres y circunstancias diferentes a fin de eludir responsabilidad. Una declaración unilateral no es suficiente para excluir de responsabilidad por violación al derecho a la vida privada.

Los derechos personalísimos. Los llamados derechos personalísimos son tres: el derecho a la propia imagen y la voz; la intimidad, y el honor.

A mediados del siglo pasado el derecho a la imagen no provocaba conflictos jurídicos. Como no podía obtenerse retrato físico de una persona, sino a condición que ella aceptara posar para el artista, era raro encontrar casos en los cuales demandara el mal empleo de su imagen; cuando ello ocurría el problema era resuelto analizando e interpretando, según el convenio entre el retratado y el artista, conforme a los cánones del derecho privado. Actualmente, el empleo de la fotografía instantánea provoca el registro de la imagen de cualquier persona, lo que posibilita imágenes de personas sorprendidas en actitudes que no desean que queden registradas.

El derecho a la imagen puede ser lesionado sin que ataque la intimidad. Por ejemplo: si una modelo autoriza la toma de una fotografía pero no su difusión publicitaria, y esta se realiza; o si la autoriza para promover un producto y el infractor la utiliza para otros productos. El portador de la imagen no puede sostener que se ha lesionado su intimidad, puesto que consintió en la toma fotográfica; sin embargo, tiene el derecho a que respeten su imagen y no le den un uso no contratado.

El avance tecnológico impone, cada vez más, la recolección y conservación de datos en registro, mediante el uso de computadoras y técnicas de informática. Estos datos pueden ser utilizados rápida y eficazmente por el Estado y personas o corporaciones de distinta naturaleza. Al ser datos personales estos pueden ser puestos al servicio de intromisiones en la intimidad de las personas. Un modo de obtención ilícita de datos puede lograrse por el acceso a los registros de acumulación de datos en los sistemas informáticos y después divulgarlos.

Todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara

en la estimación que siente por sí mismo y la que tiene derecho a esperar de los demás. Existen dos clases de honor: el *honor subjetivo*, que consiste en el aprecio o estimación que el ser humano tiene por sí mismo; este honor es atacado por medio de acciones que expresan menosprecio hacia el sujeto, las cuales son conocidas en el derecho penal como injuria o contumelia, calumnia, difamación y reproducción de ofensas. El *honor objetivo*, que consiste en el interés que toda persona tiene por su prestigio y buen concepto ante los demás; este honor es ofendido mediante la propagación de información que perjudica su reputación: es difamación.

El abuso del derecho en el ejercicio de la libre emisión del pensamiento

La responsabilidad del emisor y de los medios de comunicación

La violación a los límites internos y externos del derecho a la información da origen a responsabilidad del emisor y del medio de comunicación. Para establecer esta responsabilidad es necesario diferenciar la noticia de la opinión, y los diferentes grados de responsabilidad al producirse los hechos violatorios.

Noticias falsas y noticias erróneas⁶⁹

La información inexacta es aquella que no concuerda con la verdad, por ser falsa o errónea. La información es *falsa* cuando es fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta de la realidad -falacia-. La información es errónea cuando el informante forma un concepto equivocado de la realidad -sofisma-.

La noticia falsa es dada conscientemente, es decir, con el deliberado fin de engañar; el informante actúa con deliberada mala fe o dolo. Por eso la información falsa genera -en algunos casos- responsabilidad penal y civil, mientras la información errónea sólo genera responsabilidad civil. En último caso, la responsabilidad del informante surge si este no tomó las debidas precauciones -confirmar la fuente, los datos de la información- antes de emitir el mensaje. Esto suscita un arduo debate sobre si los medios de comunicación tienen o no el deber de confirmar la veracidad de las noticias -agencias noticiosas, oficinas de prensa, etcétera-, lo que en la práctica es imposible. Semejante exigencia puede derivar en una verdadera autocen-

⁶⁹ Zannoni, Eduardo A., Biscaro, Beatriz, *Responsabilidad de los...*, p. 69-79.

sura. De ahí que no debe sujetarse el derecho objetivo de informar con el derecho subjetivo de buscar la verdad. La responsabilidad subjetiva desvanece cuando en el esfuerzo por encontrar la verdad de los hechos, el comunicador de manera diligente y razonable, agotando las fuentes disponibles, con la insistencia suficiente, llega a la razonable convicción de que lo publicado es verdad. De donde la responsabilidad del medio que publica o difunde la información es la de probar que no actuó con *negligencia o mala fe*.

La opinión. De conformidad con el artículo 27 de la Ley de Emisión del Pensamiento, la *opinión* no constituye un delito o falta en la emisión del pensamiento, por lo que *nadie puede ser perseguido ni molestado* por ello. Sin embargo, los manuales de ética periodística, entre los cuales se encuentra el del diario *Prensa Libre*, imponen límites en el ejercicio de la opinión: ningún columnista acusará a persona alguna de haber incurrido en faltas o delitos, a menos que posea el material probatorio suficiente. En todo caso tendrá en cuenta que la legislación mantiene por principio la presunción de la inocencia (art. 14, Constitución de la República)⁷⁰.

Responsabilidad en caso de violación al sistema democrático y sus valores ético-sociales

La noticia inexacta produce responsabilidades del emisor y el medio al violar el sistema democrático y sus valores ético-sociales. Las figuras antijurídicas y sanciones por la violación a dicho límite, que contemplan la Ley de Emisión del Pensamiento, el Código Penal y los tratados internacionales, son:

Ley de emisión del pensamiento

Los impresos que impliquen traición a la patria. De acuerdo con la Ley de Emisión del Pensamiento (art. 29), implican traición a la patria los *impresos* por medio de los cuales cometan los delitos tipificados en los incisos 8° y 20° del artículo 122 del Código Penal, siempre y cuando exista una *intención y no sea una simple opinión*. Esta normativa debe ser objeto de una necesaria revisión, por tres razones:

- 1.- El artículo 122 del actual Código Penal se refiere a la remisión a leyes civiles y no contempla ninguna disposición por el delito de

⁷⁰ Consejo Editorial Prensa Libre, *Manual de normas para columnistas*, Guatemala, 1996, p. 7.

traición; el actual Código Penal regula este delito en el artículo 359, que dice: “El guatemalteco que tomare las armas contra el Estado o se uniera al enemigo o se pusiese a su servicio”.

- 2.- En relación al término *impreso*: el decreto 9 de la Asamblea Nacional Constituyente clasifica a los impresos en libros, folletos, periódicos, hojas sueltas y carteles; el artículo 2º de dicha ley equipara a los impresos con cualquiera otra forma de representación de ideas con destino al público, tales como estampas, fotografías, grabados, emblemas, diplomas, medallas, discos, cintas o alambres fonográficos, ya sean fijados en papel, tela u otra clase de materia. Limitar el delito de traición a los impresos permite que se viole el derecho a la democracia a través de emisiones de radio, televisión, computadoras, etcétera.
- 3.- Por ser una clara violación al derecho de igualdad. No debe existir en el Código Penal una sanción distinta a la contemplada en la Ley de Emisión del Pensamiento; si se producen los presupuestos de la figura antijurídica, la pena debe ser aplicada con un criterio de semejanza. Es necesario, por lo tanto, la readecuación normativa. Sin embargo, debe tenerse el cuidado de atender la intención del actor, así como el no penar simples opiniones, evitando con ello la presión ilegítima del Estado sobre el comunicador social. Esta Ley considera de carácter sedicioso: “los escritos que conciten los ánimos al empleo de la fuerza para impedir la aplicación de las leyes o a la autoridad del libre ejercicio de sus funciones, o el cumplimiento de alguna providencia judicial o administrativa. En ningún caso podrá tenerse como falta o delito la crítica o censura a las leyes, propugnando su reforma o a las autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos”.

De manera similar, podemos señalar que este artículo no está adecuado a la realidad actual, porque limita la penalización a los medios escritos. Al producirse los elementos que originan las figuras descritas da inicio a un proceso por jurados. No interviene la jurisdicción penal ordinaria.

Código Penal

Derrotismo político. Comete el delito de derrotismo político quien en tiempo de guerra difundiere o comunicare noticias falsas, exageradas o tendenciosas, que puedan suscitar alarma con menoscabo de la resistencia del Estado ante el enemigo o desarrolle cual-

quier actividad que perjudique los intereses nacionales (Art. 364, Código Penal).

Instigación al genocidio. Comete este delito quien instigare públicamente a cometer el delito de genocidio (Art. 377, Código Penal).

Propaganda reeleccionaria. Quien haga propaganda pública o realizare otras actividades tendientes a la reelección de la persona que ejerza la Presidencia de la República, o a cualquier otro sistema por el cual se pretenda vulnerar el principio de alternabilidad o a aumentar el término fijado por la Constitución para el ejercicio de la Presidencia de la República (Art. 382, Código Penal).

Incitación pública. Quienes, públicamente o por cualquier medio de difusión, incitaren formal y directamente a una rebelión o sedición, o dieren instrucciones para realizarla (Art. 389, Código Penal).

Instigación a delinquir. Quien, públicamente, instigare a cometer un delito determinado (Art. 394, Código Penal).

Apología del delito. Quien, públicamente, hiciera la apología de un delito o de una persona condenada por un delito (Art. 395, Código Penal).

Desacato a los presidentes de los Organismos del Estado. Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los Presidentes de los Organismos del Estado (Art. 411, Código Penal). Es importante señalar que esta figura se perfecciona siempre y cuando no se trate de publicaciones que contengan críticas o imputaciones por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos (ver artículo 35 de la Constitución de la República).

Instigación a la violación de deberes. Quien, en tiempo de guerra, públicamente incitare a la desobediencia de una orden de las autoridades militares, o a la violación de los deberes del servicio, o a la deserción.

Responsabilidad en caso de violación a los derechos de los demás⁷¹

La violación a los límites externos surge cuando el ejercicio de la libertad de información excede los fines en virtud de los cuales es reconocida; abusando de ella, causando un perjuicio y generando una responsabilidad ante el damnificado. Los límites externos lo consti-

⁷¹ Zannoni, Eduardo A., Biscaro, Beatriz R., *Responsabilidad de los...*, pp. 87-93.

tuye el *derecho de los demás*. El abuso no prejuzga sobre la veracidad o falsedad de la noticia o información sino haber violado un derecho personal. La extralimitación es evidente cuando invaden la esfera propia y personal, la cual toda persona tiene derecho a exigir que se le respete, evitando las intrusiones donde consecuentemente cesa el derecho de los terceros.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, establece:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación;

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La Constitución guatemalteca, prevé la responsabilidad ulterior por faltar el respeto *a la vida privada o a la moral* (Art. 35). De igual manera la Ley de Emisión del Pensamiento en el artículo 28, inciso c, d, y e; reitera como una violación a la libre emisión del pensamiento: “*c) los impresos que hieran a la moral; d) los impresos en que falta el respeto de la vida privada; e) los impresos que contengan calumnias o injurias graves*”.

Impresos que violan la moral

De conformidad con la Ley de Emisión del Pensamiento, faltan a la moral los impresos que ofendan la decencia o el pudor público. Como acertadamente lo señala Luis Morales Chúa⁷², la redacción de dicho artículo es desacertada y necesita ser revisada. No dice más que una cosa absurda: el sujeto pasivo del derecho ya no es una persona individual o jurídica, sino el público. ¿Qué es la decencia o el pudor público? La decencia y el pudor son virtudes personales, por tanto no existe posibilidad de ofender el pudor público. Es al menos un delito imposible. Una fotografía de una pareja desnuda, el único pudor que podría ofender es el pudor de uno de los dos que aparecen en la fotografía o el de ambos. Por otro lado, es importante señalar que constituye un trato discriminatorio para los medios escritos, toda vez que no es aplicable a programas radiofónicos o televisados. Otro límite de aplicación está en el término *impresos*, la comunicación se realiza por diferentes medios que no se toman en cuenta en la redacción del artículo.

⁷² Morales Chúa, Luis, *La intención en los delitos de...*, p. 33.

Los impresos que faltan el respeto de la vida privada

El Decreto 9, en su artículo 32, los define: faltan al respeto a la vida privada los impresos que penetren en la intimidad del hogar o en la conducta social de las personas, tendientes a exhibirlas o menoscabar su reputación o dañarlas en sus relaciones sociales. Con una argumentación similar Morales Chúa evidencia la inadecuada construcción lógica de esta norma y, con ello, la existencia de una estructura inadecuada de protección⁷³.

Los impresos no penetran en la intimidad del hogar. Debemos preguntarnos, entonces ¿qué es lo que quisieron decir los señores diputados constituyentes? Pues, quisieron decir que el Estado sancione a los periodistas o a cualquier persona que, utilizando los medios de comunicación o uno solo de ellos, publique una noticia o comentario, varias noticias o varios comentarios falsos, sobre la conducta y relaciones de los miembros de una familia, dentro de la casa o de las casas que habitan. ¿Qué otra cosa podría entenderse por intimidad del hogar? Otro supuesto del artículo es que los impresos o publicaciones penetren en la conducta social de las personas, tendientes a exhibirlas o menoscabar su reputación. Párrafo que deja de ser pintoresco para convertirse en absurdo. ¿Qué debemos entender por conducta social de las personas? A mi modo de ver, los únicos delitos con los cuales se puede herir la moral y faltar el respeto a la vida privada son una calumnia o una injuria, pues son éstas las formas apropiadas para ofender la decencia y el pudor y exhibir a personas para menoscabar su reputación. Me parece innecesario hacer mención de *los impresos que hieran a la moral, los impresos que faltan el respeto a la vida privada*, que algún día deben ser suprimidos o redactados de una manera distinta y lógica.

Impresos que contengan calumnias o injurias graves

La calumnia. Son calumniosas las publicaciones que imputen falsamente la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio (Art. 33 Ley de Emisión del Pensamiento). Existen dos clases de calumnia, la manifiesta y la presunta. La calumnia manifiesta es la imputación falsa de la comisión de un delito que da lugar a procedimiento de oficio; la calumnia presunta es la que realizan por medio de alegorías, dibujos, caricaturas, fotografías, emblemas, alusiones o cualquier otro medio similar a los anteriores⁷⁴. El periodis-

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 45.

ta Morales Chúa da un ejemplo de calumnia presunta: pienso que tal era el caso -dice- cuando a un rector universitario le decían que había envenenado a un presidente en los inicios del siglo recién concluido, y en un periódico bufo asentaron la frase: “Considerando que en tiempos de Reyna Barrios, se usaba la mora para envenenar presidentes”. El rector -de apellido Mora- consideró ser aludido y presentó su renuncia al cargo. Podrían considerarse igualmente aquellos casos en que conocidos políticos son presentados en caricaturas, sentados sobre promontorios de calaveras, con lo cual dan a entender que son asesinos o genocidas.

La injuria. Es toda expresión o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (Art. 161 Código Penal). La diferencia fundamental con la calumnia es que en el acto injurioso no imputan la comisión de delitos.

La difamación. Es la divulgación de la calumnia o injuria por medios que puedan provocar odio o descrédito, o que menoscaben el honor, la dignidad o decoro del ofendido ante la sociedad. El medio idóneo para difamar es la prensa. Francisco Carrara la denominó la *suprema injuria*.

*La imputación*⁷⁵. Imputar es una palabra derivada del latín *imputare* que significa: atribuir a una persona una acción, un delito o una culpa. Imputar un hecho, en lenguaje jurídico, significa atribuir a una persona hechos para hacer surgir las consecuencias de Derecho. Es menester que puntualice un *hecho concreto*, con todos sus elementos: persona, tiempo, modo y lugar. Si alguien dice *Fulano de Tal es un ladrón*, no lo calumnia porque no le dice cuándo, cómo y dónde perpetró el apoderamiento de la cosa ajena, ni en qué consiste el cuerpo del delito. Este análisis, llevado a su última consecuencia, puede producir que el delito presunto desaparezca.

Medios de defensa contra la violación a los límites internos o externos

*El derecho de respuesta*⁷⁶

Dando por sentado que es infructuoso predicar con carácter absoluto lo verdadero de la realidad -una suerte de objetividad pura-, surge la idea del llamado *derecho de respuesta*: permitir al aludido en

⁷⁵ *Ibidem*, p. 55 y ss.

⁷⁶ Zannoni, Eduardo A., Biscaro, Beatriz R., *Responsabilidad de los...*, pp. 205-212.

una información dar su propia versión del mismo hecho, mediante la inserción de su respuesta en el medio que difundió la información, para que su versión tome estado público.

El derecho de respuesta no impide el acceso al ámbito resarcitorio. Si la noticia errónea o falsa toma estado público, en razón del obrar culposo del medio, existen las responsabilidades civiles y penales del caso, lo que no obsta, además, que el aludido ejerza el derecho de respuesta. La publicación de la respuesta es una especie de justificación ante la opinión pública, efectuada a instancia del propio interesado, que de ninguna manera alcanza a satisfacer el daño derivado de la lesión a sus derechos personalísimos. En esto hay una operatividad distinta a la que tiene la retractación del ofensor o de la publicación de una sentencia condenatoria por injuria o calumnia.

La respuesta no implica un elemento de convicción categórico, es un elemento informativo y tiene la misma jerarquía de la noticia falsa o errónea. La suerte de la respuesta dependerá de su valor persuasivo. Sin embargo, constituye un medio instrumental idóneo para que quien sea afectado por una noticia que lo alude pueda difundir, por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión.

El derecho de respuesta está garantizado por la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1952. En el ámbito americano, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en Guatemala, por los artículos del 37 al 47 de la Ley de Emisión del Pensamiento.

*Información susceptible de respuesta*⁷⁷

Suele afirmarse que la réplica procede solo respecto a noticias e información de hechos que aluden al afectado, en tanto este les atribuya falsedad o error con carácter agravante a su persona. Siendo así, queda descartada la respuesta de opiniones pues ello es más propio del debate. A primera vista, en efecto, los debates acerca de opiniones incluyen las ideas y estas implican la confrontación del pensamiento crítico, por lo cual los medios de comunicación son libres de decidir la inserción o no de las opiniones enviadas como respuestas. Sin embargo, existe una excepción: cuando el medio difunda opiniones atribuidas a alguien. En tal hipótesis, la opinión o idea atribuida es trans-

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 213-218.

formada en un hecho, siendo entonces susceptibles de respuesta -en tanto el aludido afirme la falsedad, error o carácter agravante- porque atribuir una idea no es opinión sino información fáctica.

Inexactitud y carácter agravante de las informaciones

La inexactitud es un predicado relativo, por lo que no es posible exigir *a priori* la demostración del error o falsedad. Por ello debe tomarse con cautela la afirmación de que para proceder a la respuesta, es necesario que el ataque realizado consista en la difusión de hechos inexactos, falsos o desnaturalizados, por cuanto el presupuesto fundamental no está probado, lo que da lugar a numerosas objeciones de los órganos de prensa. En efecto, no es la prueba de la inexactitud la que determina el derecho a la respuesta, sino el hecho de que el aludido afirme que la referencia es inexacta. La réplica enfrenta información contra información. El medio tiene el derecho de afirmar que la referencia por él difundida es exacta y el aludido que la referencia es errónea o falsa. No entenderlo así, coloca a quien responde en una situación de inferioridad frente al medio de comunicación, que convierte su derecho en ilusorio porque para acceder a la réplica debe probar la inexactitud de la información que alude.

Modo de hacerse efectiva la respuesta

El artículo 37 de la Ley de Emisión del Pensamiento establece que el derecho de réplica debe otorgarse con el requerimiento del aludido. Los periódicos están obligados a publicar las aclaraciones, rectificaciones, explicaciones o refutaciones que les sean enviados por cualquier persona, individual o jurídica, a la que se atribuyan hechos inexactos, se hagan imputaciones o en otra forma sean directa y personalmente aludidas.

La respuesta debe concretarse a los hechos que aclaran, rectifican o desvanecen las imputaciones o cargos que se hicieron al interesado. La réplica debe insertarse gratuitamente en la misma página, columna y caracteres tipográficos en que apareció la alusión o inculpación, en la edición siguiente al día en que es presentada la respuesta. En su forma, la réplica debe guardar relación directa con la información o referencia, explicando por qué resulta inexacta, falsa o agravante; no debe ser injuriosa u ofensiva al medio, ni involucrar a terceros en la información que contesta. La información puede ser requerida directamente al medio o mediante demanda judicial, por el aludido o sus parientes más cercanos.

De los procesos judiciales

Los procesos por violaciones a los límites internos y externos del derecho a la información son muy pocos. De los existentes, la mayor parte se refieren a la violación de derechos personales. Los motivos de esta ausencia pueden deberse al poco deseo de los afectados de tener que vérselas en los tribunales con personas que tienen una significativa cuota de poder. La segunda razón es porque las empresas periodísticas están preocupadas cada vez más por utilizar personal con cultura suficientemente aceptable, para evitar calumniadores, injuriadores o difamadores entre sus trabajadores. Y la tercera, la propia superación de los comunicadores sociales⁷⁸.

De acuerdo con el dato publicado por el Instituto de Ciencias Penales, en una investigación de campo que se realizó en siete Juzgados de Instancia Penal de Instrucción del departamento de Guatemala, de enero de 1985 a marzo de 1992, localizaron trece expedientes. El 70% de esos casos fueron presentados en la vía penal ordinaria, 66% de los mismos fueron rechazados por considerar el juzgador que el proceso utilizado no era el adecuado. Al otro 34% se le dio trámite, señalando audiencia conciliadora. Agotada esta diligencia, el juez declara la incompetencia para conocerlas. La Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones en el caso *Carrera-Arce*, confirmó la resolución que desestima la querrela, -mediante auto de fecha 16 de mayo de 1988 dictado dentro del expediente número 480-. El Procurador de los Derechos Humanos resolvió confirmando esta tesis en el caso *De la Cerda-Bendaña*, al señalar que el Juez Séptimo de Primera Instancia de Instrucción al librar una orden de captura y motivar prisión provisional contra el procesado *violó el derecho humano a la libre emisión del pensamiento* (Resolución de fecha 27 de junio de 1989). De los casos en trámite, dos están en fase conciliadora y en uno existe desistimiento del ofendido. En ninguno hay sentencia. El 30% de casos restantes (4) que iniciaron conforme a la Ley de Emisión del Pensamiento, tres están pendientes de que sea integrado el jurado, y el otro finalizó en una audiencia conciliadora entre las partes, las que llegaron a un arreglo, por lo que el proceso fue sobreesido.

La conclusión que alcanza el grupo investigativo es que, como se ha establecido, el juicio por jurados para resolver los conflictos surgidos en los abusos en la libre emisión del pensamiento no ha sido

⁷⁸ Morales Chúa, Luis, *La intención en los delitos de...*, p. 167.

efectivo. Sin embargo, no se puede asegurar que dicha falla se deba a la existencia del jurado como institución para dirimir esos asuntos sino a que el jurado utilizado es corporativo. Este tipo de jurado, si bien garantiza la participación ciudadana en la gestión de la justicia, al estar circunscrito a listas de ciudadanos proporcionadas por algunas instituciones -municipalidad, APG, Colegio de Abogados- limita la participación. Como los miembros del jurado pertenecen a gremios que aglomeran a un reducido número de ciudadanos, aumenta la posibilidad de que, como medidas dilatorias, sean utilizadas las excusas, los impedimentos y las recusaciones. Así, en el caso *Carre - ra-Arce* el sindicato pretendió recusar a toda la APG porque esta asociación, supuestamente, externó opinión. El incidente de recusación fue rechazado por el Tribunal.

Procesos por delitos y faltas sancionados por la Ley de Emisión del Pensamiento

Los delitos y faltas cometidos en el ejercicio del derecho a la información son juzgados por jurados privativos que resuelven, a su leal saber y entender, si el hecho es constitutivo de delito o falta, o si no lo es.

El proceso inicia cuando la persona considerada ofendida presenta la demanda al Juez de Primera Instancia del domicilio del presunto responsable de la violación. El órgano jurisdiccional, después de dar trámite a la misma, dentro de un término no mayor de 48 horas, convoca a las partes para que presencien el sorteo de cinco jurados. Si los jurados tienen impedimento o excusa justificada lo exponen por escrito al juez, quien notificará a las partes, dándoles audiencia por 24 horas para que se pronuncien. Si ambas partes rechazan la excusa o el juez así lo resuelve, el jurado queda hábil.

Organizado el jurado, el juez designa el día y hora para la vista, dentro de un plazo no mayor de tres días, con citación de los jurados y las partes. La vista es pública y en ella el acusador y el acusado, en su orden, pueden alegar de palabra o por escrito, por sí mismos o por medio de sus abogados o sus representantes legales cuando concurren a la acusación o defensa. Terminada la vista, el jurado delibera en secreto hasta llegar por mayoría absoluta a una resolución. En caso de ser una decisión afirmativa, el juez de Primera Instancia que lo ha convocado continúa el trámite para fijar las sanciones. Si el caso fuera resuelto en forma negativa el proceso es sobreesédo. Los fallos

del jurado son inapelables. Los jurados no tiene responsabilidad alguna al dictar su veredicto, ya que el fallo lo emiten a su leal saber y entender.

La práctica judicial ha demostrado una mayor decisión en los jurados de imprenta por proteger los límites del derecho a la información. Algunos de sus fallos son de condena, como en los casos *Chamier-Mulet Descamps* y *Cultreri-Palmieri*. En cambio, los jueces de derecho suelen emitir resoluciones favorables a los comunicadores sociales. Si son ataques o denuncias contra un funcionario o empleado público por actos puramente oficiales, el caso es conocido por un Tribunal de Honor que integran con cinco miembros, escogidos de una lista previamente establecida, quienes tienen las mismas calidades exigidas a los jurados de imprenta. Cuando el funcionario o empleado público denuncia al autor de un impreso ante el juez de Primera Instancia y solicita la formación de un Tribunal de Honor, las oficinas públicas están obligadas a rendir los informes y exhibir los documentos que les pidan sobre el hecho cuestionado, con excepción de los secretos militares y diplomáticos. El Tribunal de Honor se limitará a declarar que son inexactos o falsos los hechos que atribuyen al ofendido, infundados o temerarios los cargos que le imputan. La resolución del Tribunal de Honor constará en acta al concluir la vista, por el juez que lo haya convocado y dicha acta se mandará a publicar en el propio órgano de publicidad declarado moralmente responsable del abuso en la emisión del pensamiento. El fallo del Tribunal de Honor es inobjetable y el órgano de publicidad obligado lo insertará, sin anteponerle ni agregarle comentario alguno; aunque en artículo aparte podrá, si lo desea, presentar excusas o dar explicaciones al ofendido.

Conclusión.

La información objetiva en una sociedad democrática

El crecimiento de las comunicaciones convierte a la comunicación en la base política del sistema democrático. La información no es únicamente el derecho a transmitir noticias y expresar ideas, creencias o doctrinas, sino el vehículo por el cual los medios forman opinión; por esta proyección social, los medios de comunicación son llamados *el cuarto poder*.

El sistema democrático tolera el intercambio de opiniones, permite la discusión de lo que es considerado verdadero o falso, porque ad-

mite la ratificación o rectificación de las creencias, en la esperanza de que el individuo autodeterminado para discernir lo bueno y lo malo, pueda participar en forma auténtica, convirtiéndose en un elemento de fiscalización de la actividad social y estatal. Como antítesis, las doctrinas intolerantes pretenden someter la disidencia, por cualquier método coercitivo, sumiendo en la ignorancia y en el atraso a la humanidad.

El derecho a ser informado es un presupuesto necesario en toda sociedad democrática. Fomentar una sociedad realmente participativa, comprometida en sus decisiones es la piedra angular del sistema. Doble es, pues, el reto que plantea la consecución del ideal democrático: *el fomento de la participación y la búsqueda de la verdad*. Sin libertad para discernir y decidir el cómo, cuándo, por qué y para qué, más aún, sin libertad para participar o no en cada caso, no hay contribución auténtica. Habrá una participación ciega, fanática, pero no precedida de reflexión.

La ignorancia es siempre una de las razones de la opresión, por lo cual los sistemas autoritarios pretenden alienar a sus ciudadanos bloqueando la información y desviando el interés hacia sectores marginales y despolitizados. Por ello, la responsabilidad de los comunicadores en una sociedad democrática es mayor. El ejercicio consecuente de la información, entendida como derecho personal y social es una exigencia de la humanidad y ese es el gran compromiso de quien tiene la oportunidad de comunicar ideas propias y ajenas. Por otro lado, el Estado debe garantizar real y formalmente el ejercicio de la libertad de información objetiva. En los dos aspectos ha tenido dificultades.

La historia de Guatemala, ha demostrado que la libertad de expresión, siempre ha sido denegada por el Estado o sus agentes, o por lo menos han sido tolerados los actos ilegales ejercidos en su contra. El sistema normativo esta desarticulado, no protege, menos promocio-na, el adecuado ejercicio de la libertad de emisión del pensamiento, por lo que es urgente la revisión legislativa. De los niveles de cumplimiento de estos renglones podemos decir si nos encaminamos a construir un sistema democrático o nos alejamos de él.

